

MEMENTO EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

Esta obra colectiva ha sido realizada a iniciativa y bajo la coordinación de Francis Lefebvre

Coordinación

Ana Belén Campuzano - María Enciso

CAPÍTULO PRIMERO. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Autores:

AYLLON, J. Profesor de Filosofía del Derecho. Universidad San Pablo CEU

AYLLON, H.S. Abogado. Profesor Asociado. Universidad San Pablo CEU

CHICO DE LA CÁMARA, P. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos

GALÁN RUIZ, J. Abogado. Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Colegio Universitario de Estudios Financieros

GONZÁLEZ GARCÍA, I. Economista y Abogado. Profesor del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de A Coruña

OCHOA MARCO, R. Abogado

TEMPRANO, C. Abogada

CAPÍTULO SEGUNDO. DERECHO PROCESAL

Coordinación:

VEGAS TORRES, J. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rey Juan Carlos

CANOSA, R. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

Autores:

AGUILERA MORALES, M. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

BERNARDO SAN JOSÉ, A. Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

CEDEÑO HERNÁN, M. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

CHOZAS ALONSO, J.M. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

DÍAZ BARRADO, C.M. Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Rey Juan Carlos

FERNÁNDEZ CARRON, C. Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FERRER MARTÍN DE VIDALES, C. Profesora Titular interina de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de La Rioja

GARROTE DE MARCOS, M. Profesora Titular interina de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

GASCÓN INCHAUSTI, F. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

GÓMEZ AMIGO, L. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Almería

GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

LÓPEZ SIMÓ, F. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de las Islas Baleares

MARTÍN BRAÑAS, C. Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

SENÉS MOTILLA, C. Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Almería

TORRES MURO, I. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid
VALLINES GARCÍA, E. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
VEGAS TORRES, J. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rey Juan Carlos
VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

CAPÍTULO TERCERO. DERECHO CIVIL

Coordinación:

ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos
ORTEGA DOMÉNECH, J. Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid

Autores:

ANGUITA VILLANUEVA, L. Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid
ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos
ORTEGA DOMÉNECH, J. Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid
REPRESA POLO, P. Profesora Contratada Doctor. Universidad Complutense de Madrid
VINADER CARRACEDO, J. Notario

CAPÍTULO CUARTO. DERECHO MERCANTIL

Autores:

CAMPUZANO, A.B. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad San Pablo CEU
CHICO DE LA CÁMARA, P. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos
ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos
GALÁN RUIZ, J. Abogado. Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Colegio Universitario de Estudios Financieros

CAPÍTULO QUINTO. DERECHO PENAL

GÓMEZ TOMILLO, M. Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid
TAPIA BALLESTEROS, P. Profesora Ayudante Doctor (Titular Acreditada) de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

CAPÍTULO SEXTO. CONTENCIOSO Y PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Coordinación:

SERRANO ACITORES, A. Abogado. Profesor Doctor de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos

Autores:

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS GONZÁLEZ, M. Abogado
CALLEJA PUEYO, P. Abogado. Economista. Profesor Centro Universitario Villanueva
CORBALÁN PASTRANA, A. Abogado
GARCÍA SÁNCHEZ, C. Abogado
SERRANO ACITORES, A. Abogado. Profesor Doctor de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos
SERRANO ACITORES, J.M. Abogado
TORAL OROPESA, P. Abogado

CAPÍTULO SÉPTIMO. LABORAL Y PROCESO LABORAL

Coordinación:

CHARRO BAENA, P. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Autores:

BENLLOCH SANZ, P. Profesor Contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

BLASCO JOVER, C. Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

CAMAS RODA, F. Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía. Universidad de Girona

CHARRO BAENA, P. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

GARCÍA GIL, M.B. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

KAHALE CARRILLO, D.T. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid

LASAOA IRIGOYEN, E. Profesora Contratada Doctora (Titular Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

LÓPEZ INSUA, B.M. Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

MENDOZA NAVAS, N. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha

MONEREO PÉREZ, J.L. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

PÉREZ CAMPOS, A.I. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

RIVAS VALLEJO, P. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

RODRÍGUEZ INIESTA, G. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

SÁNCHEZ PÉREZ, J. Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

SEMPERE NAVARRO, A.V. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos. Magistrado del Tribunal Supremo

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. Profesor Contratado Doctor (Titular Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Actualizado a 15 de julio de 2018

© FRANCIS LEFEBVRE

LEFEBVRE-EI DERECHO, S. A.

Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00. Fax: 91 210 80 01

www.efl.es

AP	Audiencia provincial
AAPP	Administraciones públicas
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AESSS	Asociación Española de Salud y Seguridad Social
AN	Audiencia Nacional
ANECA	Agencia Nacional de la Calidad y Acreditación
AP	Audiencia provincial
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código civil (RD 24-7-1889)
CCC	Código civil de Cataluña
CCAA	Comunidades autónomas
CCol	Convenio colectivo
CCom	Código de comercio (RD 22-8-1885)

CDAE	Código deontológico de la abogacía española (CGAE pleno 27-9-02)
CDFA	Código de Derecho foral de Aragón
CEDH	Convenio Roma 4-11-1950, europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CGC	Comisión General de Codificación
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
Comp Baleares	Texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (Dleg Baleares 79/1990)
Comp Navarra	Compilación del Derecho civil foral de Navarra (L 1/1973)
Const	Constitución
Cont-adm	Contencioso-administrativo
CP	Código Pena (LO 10/1995)
CUNEF	Colegio Universitario de Estudios Financieros
D	Decreto
Dir	Directiva
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EDD	El Derecho doctrina administrativa
EDJ	El Derecho jurisprudencia
EDL	El Derecho legislación
EGAE	Estatuto general de la abogacía española (RD 658/2001)
ET	Texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (RDLeg 2/2015)
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
FJ	Fundamento jurídico
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
GI	Gran invalidez
IAE	Impuesto sobre actividades económicas
IBI	Impuesto sobre bienes inmuebles
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
ICIO	Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras
IGIC	Impuesto general indirecto canario
IIVTNU	Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Incapacidad permanente
IPA	Incapacidad permanente absoluta
IPC	Índice de precios al consumo
IPP	Incapacidad permanente parcial
IPREM	Indicador público de renta de efectos múltiples
IPT	Incapacidad permanente total
IS	Impuesto sobre sociedades
ISD	Impuesto sobre sucesiones y donaciones
ISM	Instituto Social de la Marina
IT	Incapacidad temporal
ITP y AJD	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
ITSS	Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
JS	Juzgado de lo social
L	Ley
LAJG	Ley de asistencia jurídica gratuita (L 1/1996)
LArb	Ley de arbitraje (L 60/2003)
LBRL	Ley de bases del régimen local (L 7/1985)
LCC	Ley cambiaria y del cheque (L 19/1985)

LCD	Ley de competencia desleal (L 3/1991)
LCGC	Ley de condiciones generales de la contratación (L 7/1998)
LCon	Ley concursal (L 22/2003)
LCS	Ley del contrato de seguro (L 50/1980)
LCSP	Ley de contratos del sector público (L 9/2017)
LDC	Ley de defensa de la competencia (L 15/2007)
LEC	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
LECrim	Ley de enjuiciamiento criminal (RD 14-9-1882)
LEF	Ley de expropiación forzosa (L 16-12-1954)
LGPu	Ley general de publicidad (L 34/1988)
LGSS	Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LGT	Ley general tributaria (L 58/2003)
LH	Ley hipotecaria (L 8-2-1946)
LHL	Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (RDLeg 2/2004)
LIRNR	Texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (RDLeg 5/2004)
LIRPF	Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (L 35/2006)
LIS	Ley del impuesto sobre sociedades (L 27/2014)
LITP	Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (RDLeg 1/1993)
LIVA	Ley del impuesto sobre el valor añadido (L 37/1992)
LJCA	Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (L 29/1998)
LJV	Ley de la jurisdicción voluntaria (L 15/2015)
LM	Ley de marcas (L 17/2001)
LO	Ley Orgánica
LOFAGE	Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (L 6/1997)
LOLS	Ley Orgánica de libertad sindical (LO 11/1985)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
LOREG	Ley del régimen electoral general (LO 5/1985)
LORPM	Ley de Responsabilidad penal de los Menores (LO 5/2000)
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979)
LOTJ	Ley Orgánica del tribunal del jurado (LO 5/1995)
LP	Ley de patentes (L 24/2015)
LPAC	Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (L 39/2015)
LPH	Ley de propiedad horizontal (L 49/1960)
LPI	Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (RDLeg 1/1996)
LPRL	Ley de prevención de riesgos laborales (L 31/1995)
LRC/57	Ley del Registro Civil (L 8-6-1957)
LRC	Ley del Registro Civil (L 20/2011)
LRJPAC	Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (L 30/1992)
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción social (L 36/2011)
LRJSP	Ley de régimen jurídico del sector público (L 40/2015)
LS/15	Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (RDLeg 7/2015)
LSC	Texto refundido de la Ley de sociedades de capital (RDLeg 1/2010)
LSSICE	Ley de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico (L 34/2002)

MESS	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
OM	Orden ministerial
PEEC	Proceso europeo de escasa cCuantía
PGC	Plan general de contabilidad (RD 1514/2007)
PGC PYMES	Plan general de ontabilidad de pequeñas y medianas empresas (RD 1515/2007)
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RAPRP	Reglamento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RD 429/1993)
RC	Registro Civil
RCD	Reglamento del Congreso de Diputados (Resol 24-2-1982)
RD	Real Decreto
RDLeg	Real Decreto Legislativo
REF	Reglamento de expropiación forzosa (D 26-4-1957)
Resol	Resolución
RETA	Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos
RGGI	Reglamento general de gestión e inspección (RD 1065/2007)
RGR	Reglamento general de recaudación (RD 939/2005)
RIRPF	Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (RD 439/2007)
RITP	Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales (RD 828/1995)
RIVA	Reglamento del impuesto sobre el valor añadido (RD 1624/1992)
RM	Registro Mercantil
RRC	Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (D 14-11-1958)
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996)
SA	Sociedad anónima
SComA	Sociedad comanditaria por acciones
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
SLNE	Sociedad limitada nueva empresa
SMI	Salario mínimo interprofesional
SRL	Sociedad de responsabilidad limitada
TARC	Tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCo	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPO	Transmisiones patrimoniales onerosas
Tratado FUE	Tratado 25-3-1957, de funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal superior de Justicia
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
UDIMA	Universidad a Distancia de Madrid
URJC	Universidad Rey Juan Carlos
USPCEU	Universidad CEU-San Pablo

Ejercicio de la profesión de abogado

5	Sección Deontología profesional, organización y ejercicio de la profesión de abogado	7
	1.	
	Sección La asistencia letrada y el proceso	375
	2.	
	Sección Tributación del abogado	1320
	3.	
	Sección Contabilidad del abogado	1410
	4.	

SECCIÓN I

Deontología profesional, organización y ejercicio de la profesión de abogado

7	1. Principios esenciales de la profesión de abogado	10
	2. Derechos y deberes de los abogados	15
	3. El deber de secreto profesional	40
	a. Fundamentos doctrinales	40
	b. Elementos constitutivos	50
	c. Los límites del secreto profesional	60
	d. Régimen disciplinario	70
	4. El conflicto de intereses	80
	5. Otros principios deontológicos	83
	a. Principio del decoro	85
	b. La integridad	87
	6. El Estatuto General de la Abogacía Española	90
	7. Los colegios profesionales de abogados. La organización colegial	95
	a. Orígenes históricos	95
	b. El marco constitucional y legal	97
	8. Las formas de ejercicio de la profesión: individual y colectiva. Relación laboral especial	115
	9. Gestión de Despachos: organización y estructura	129
	10. Régimen de previsión social de los abogados	135
	11. Incompatibilidades en el ejercicio de la profesión de abogado	145
	12. Obligaciones del abogado ante la Ley de protección de datos, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el blanqueo de capitales	155
	a. Protección de datos	155
	b. Cumplimiento por los abogados de las previsiones de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE)	195
	c. Blanqueo de capitales	215
	13. La responsabilidad del abogado en el ejercicio de su profesión: civil, penal y disciplinaria	230
	a. Responsabilidad civil	230
	b. Responsabilidades penal y disciplinaria	240
	c. Seguro de responsabilidad civil	265
	14. Los honorarios: determinación y procedimientos de reclamación e impugnación	275
	a. Regulación legal aplicable y su relación con las normas deontológicas	275
	b. Las normas orientadoras de honorarios profesionales del Colegio de Abogados	290

c. Algunas cuestiones prácticas	300
d. Reclamación e impugnación de honorarios (por excesivos y por indebidos)	325
e. La Jura de cuentas	350

1. Principios esenciales de la profesión de abogado

- 10 La función de defensa encomendada a una persona para conseguir que obtenga justicia, puede remontarse a la propia existencia del grupo social. Uno de los más lejanos **antecedentes**, históricamente citados, es en el «Código de Manú», en él se cita el recurso -a un pariente cercano- para ocuparse de la defensa de un anciano incapaz. Desde este precedente, la tradición de defensa pasa a ser una constante histórica y forma parte del universo jurídico en todas las civilizaciones antiguas. En Persia, Caldea o Babilonia se consagra la idea de su encomienda a hombres ilustrados para asistir a los desprotegidos. Será más tarde, cuando, dentro del sistema procesal griego, se introduzca la práctica del cobro de honorarios (no debemos olvidar que Demóstenes manifestó su desprecio por aquellos defensores ávidos de lucro y es conocida la crítica socrática a los sofistas por esta actividad lucrativa). La legislación de Solón incorporó las cualidades de «libertad y dignidad» como requisito para poder ejercer la labor de defensa. Esta tarea sería encomendada, en Roma, al patriciado y se instaura la participación del orador y el jurisconsulto. La denominación de *advocatus*, que reconocía a quienes asistían a las partes con sus consejos, debería tener «la ciencia del jurisconsulto» (recomendación de *Cicerón* en su *Dialogo «El Orador»*). Entre otras múltiples referencias, que abundan en las cualidades del defensor, no podemos dejar de citar, el «Corpus Iuris» o la organización del Colegio u Orden de abogados del Emperador Justino I. En nuestro país, en los comienzos de la edad moderna, época de los Reyes Católicos, se dictan «Las ordenanzas de Madrid para Abogados y Procuradores» que revisten la naturaleza de auténtico Código Deontológico y van a perdurar hasta el S XIX. Anteriormente (S XVII), una obra de *Melchor de Cabrera y Núñez de Guzmán*, «La idea del Abogado perfecto», nos ofrece una interesante información sobre las condiciones deseables de este profesional de la justicia que nos dibujan un arquetipo de hombre erudito: «La abogacía es compendio de todas las ciencias. El abogado ha de ser erudito en la jurisprudencia; ha de tener noticia de todas las ciencias y artes; ha de ser perito en todas las letras; ha de saber Historia, porque la Historia es maestra Universal».

La **contemporaneidad** ha transformado los deseos y recomendaciones éticos en exigencia legal. En consecuencia, la deontología supone hoy una «juridificación» de la **ética profesional** y, difícilmente puede abordarse la cuestión de los requisitos, deberes y obligaciones de esta índole, sin hacer referencia a las normas específicas que disciplinan el ejercicio de la profesión de abogado. Prohibidos constitucionalmente los **Tribunales de Honor**, las actuaciones profesionales se someten a normas éticas que se insertan en el sistema legal: Constitución, Leyes de organización y procedimiento, Leyes penales, Ley de Colegios, Estatuto General de la Abogacía (EGAE) y el Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE).

- 11 Respecto a la **norma básica** que, conforme al sistema de jerarquía normativa, ofrece cobertura legal a los códigos deontológicos: el **Estatuto General de la Abogacía** (aprobado por RD 658/2001), dispone con carácter general, en su artículo 1 (asumiendo la larga tradición jurídico-cultural de raíces clásicas e ilustradas), que la abogacía es una profesión libre e independiente que presta su servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia.

El nuevo proyecto de Estatuto General, aprobado por el CGAE (con fecha de 12-6-2013 y pendiente de aprobación por el Gobierno), atribuye al abogado la función de «asegurar la efectividad del derecho fundamental de defensa» y «velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto los principios del Estado social y democrático de derecho». Además, se añade que el ejercicio de la abogacía deberá realizarse en régimen de libre competencia y que sus principios rectores o valores esenciales serán los de independencia, libertad, dignidad e integridad, así como el respeto del secreto profesional.

En sentido similar se pronunciaba la LOPJ art.542.2 : «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».

Y al objeto de la salvaguarda de la **libertad e independencia del abogado**, el EGAE dispone textualmente (EGAE art.48.1), que «la independencia y libertad son principios rectores de la profesión que deben orientar en todo momento la actuación del Abogado, cualquiera que sea la forma en que ejerza la profesión. El abogado deberá rechazar la realización de actuaciones que puedan comprometer su independencia y libertad».

- 12 La **independencia del abogado** se puede definir, en su dimensión externa, como derecho de protección frente a cualquier tipo de coacciones de terceros, es decir, es toda ausencia de toda forma de injerencia, de interferencia de vínculos y de presiones cualquiera que sean provenientes del exterior y que tiendan a influenciar, desviar o distorsionar la acción del ente profesional para la consecución de sus fines institucionales y la actividad desempeñada por los colegiados en el ejercicio de su profesión.

Y, en su dimensión interna, como deber profesional de abstenerse de realizar cualquier función que, de modo directo o indirecto, le creen cualquier tipo de presión física o anímica que pueda poner en riesgo su autonomía e independencia. Deberá hacerlo siempre que concurren circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa... habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente (CDAE 2002, art.13.3).

La norma confiere a esta independencia el máximo reconocimiento y la equipara en idéntico nivel de necesidad a la **imparcialidad del juez** en un estado de derecho. El abogado, como cualquier otro profesional al que se confieren facultades respecto a la protección de bienes fundamentales reconocidos, debe poseer absoluta libertad e independencia de conocer, formar criterio, informar y defender, sin otra servidumbre en el cumplimiento de la función que tiene encomendada y, en ningún caso, debe actuar por coacción o complacencia.

Desde una perspectiva práctica, el respeto al principio de independencia del abogado supone, además, que preservará su independencia frente a presiones externas, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto al propio cliente o respecto a sus propios compañeros o colaboradores. En virtud de dicho principio, se permite al profesional rechazar instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, otros compañeros de su empresa, otros profesionales con los que colabore, o cualquier otra persona o entidad, debiendo cesar en el encargo efectuado cuando considere que no pueda actuar con total independencia. Sobre este particular, el abogado que, habiendo desoído las instrucciones del cliente respecto del asunto encomendado (justificando al mismo los motivos de tal actuación), resulta denunciado ante el colegio por falta de diligencia profesional ha sido retiradamente desestimado por los colegios y por el CGAE con base, precisamente, en el principio de independencia que debe guiar la actuación del profesional como proscribió al efecto el Código Deontológico art.2.4 y reconocen multitud de resoluciones judiciales que deben resolver recursos frente a las resoluciones del Consejo de los Colegios de abogados y CGAE (sirva citar, entre otras, el TSJ Madrid 13-7-16, EDJ 162203)

- 13 Además, la independencia se proyecta sobre aquellas relaciones que pueden suponer un **conflicto de intereses**. Prohíbe al profesional el ejercicio de otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la profesión de que se trate, así como asociarse o colaborar con otras personas o profesionales incursos en tal incompatibilidad o limitación (de lo contrario sería fácil eludir la incompatibilidad).

El principio de independencia se proyecta también en el desempeño de sus funciones tanto frente a sus clientes como a los poderes públicos, otros profesionales y autoridades. Los deberes asignados al profesional exigen de él la posesión de dotes morales particularmente sólidas para poder resistir las lisonjas y amenazas de terceros (que pueden ser personas poderosas o con riquezas).

El modo de protección más consagrado es el del **reconocimiento de inmunidad**. Así, los abogados gozan de inmunidad civil y penal en los tribunales por las actuaciones que realicen frente a cualquier injerencia en vía judicial o deontológica que pretenda la revisión técnica de su actuación profesional en un caso concreto. Revisión que solo será posible, de forma excepcional, si el abogado sobrepasa el límite de la responsabilidad vulnerando la ley o las normas deontológicas por error o aplicación indebida del derecho (p.e. supuesto de inobservancia de plazos procesales por el abogado o los plazos de prescripción). El colegio suele reputar como infracción leve el error simple en tales infracciones y como infracción grave cuando intervenga un dolo específico que transforme el error en lesión voluntaria e injusta de los intereses del cliente (p.e. se amenaza al cliente que si no se pagan los honorarios antes de cierta fecha se dejará vencer el plazo del recurso).

El reconocimiento y protección de la independencia está encaminado a preservar el vínculo de confianza y lealtad que le une al cliente y el de la interdependencia entre el derecho de defensa y el fin de la realización de la justicia. Pudiendo resultar afectada por presiones e injerencias provenientes de muy distintos ámbitos (el propio cliente, terceros, medios de comunicación, etc.). Deontológicamente, sin embargo, la junta de gobierno del colegio puede imponer sanción en aquellos supuestos (escasos en la práctica), en los que se produce un quebrantamiento doloso de la lealtad debida al cliente o del interés supremo de la justicia.

- 14 El **principio de libertad o de ejercicio libre** de la profesión alude a la autonomía de criterio e independencia en la estrategia y técnica de defensa de los intereses encomendados, así como al derecho y deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos ni injustos, ni el fraude de ley, y siempre conforme a la buena fe y a las normas deontológicas de correcta práctica profesional. Y, por último, dicha libertad se concreta igualmente en la libertad de expresión de que goza el abogado al amparo de lo prevenido en la LOPJ art.542.2 , que le habilita para, en aras del ejercicio del derecho de defensa, poder someter a juicio, opinión o crítica en cualquier ámbito los hechos, la ley y las propias actuaciones judiciales sin el miedo a ser sancionado por tales manifestaciones que, en definitiva y como ha reconocido el Tribunal Constitucional (TCo 157/1996 -, es una manifestación cualificada y privilegiada de la libertad de expresión de la Const art.20 cuyo límite, como ha señalado reiteradamente la junta de gobierno, encargada de sancionar disciplinariamente a los colegiados que se excedan en el ejercicio de esta libertad de expresión, sería el insulto y la descalificación personal, expresiones que provoquen desorden, escándalo o violencia en los estrados del órgano judicial (actuación, en todo caso, reprimible directamente por el propio titular del juzgado mediante el ejercicio de la potestad de policía que ejerce en tal ámbito).

Es preciso advertir que son frecuentes las quejas de abogados y jueces, denunciando a letrados, por utilizar oralmente o por escrito, en relación con sus funciones o las distintas manifestaciones de la misma, expresiones consideradas ofensivas, que son rechazadas por la Junta (por entender que no se ven afectados derechos de su personalidad y quedar amparadas por la libertad de expresión privilegiada de que gozan los abogados y el principio de inmunidad que les asiste, como prerrogativas del derecho de defensa).

El Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de una **conexión instrumental** entre la libertad de expresión y el derecho fundamental a la defensa y asistencia letrada del Const art.24.1 , pues sin la garantía de la citada libertad -entiende el Tribunal (TCo 157/1996)- el citado derecho fundamental sería ilusorio.

El resto de principios esenciales enunciados *ab initio* de este epígrafe -secreto profesional y dignidad e integridad- en el ejercicio de la profesión serán objeto de análisis en siguientes marginales de este capítulo.

2. Derechos y deberes de los abogados

- 15 El tratamiento de un tema tan relevante para el ejercicio profesional exige previamente la tarea de **determinación de las fuentes** que se encuentran en el origen de estas obligaciones y derechos que conforman la existencia y funciones del profesional de la abogacía. A este respecto, cabe señalar que, como consecuencia de su pertenencia al colegio profesional, los abogados deben cumplir, además de las **normas jurídicas**, las **normas deontológicas** integradas en el ordenamiento legal anteriormente citadas: Estatuto general de la abogacía española (EGAE), Código deontológico de la abogacía (CDAE), el Código deontológico aprobado por el colegio profesional de pertenencia y las normas deontológicas de la Unión Europea (que ya han quedado incorporadas a las normas deontológicas españolas).

En este sentido, el **EGAE**, regula en los artículos 30 s. los derechos y deberes de los abogados, que podemos sistematizar del siguiente modo:

- Deberes y derechos de carácter general (nº 17).
- En relación con el colegio y demás compañeros de profesión (nº 19).
- En relación con los tribunales y con las partes (nº 27).
- En relación con los honorarios profesionales.
- En relación con la asistencia jurídica gratuita.

En este epígrafe se hará un análisis de los tres primeros, toda vez que los otros apartados serán objeto de tratamiento específico en los nº 275 s. , respectivamente.

17 Deberes y derechos de carácter general

Entre los deberes generales que debe cumplir todo abogado podrían considerarse el de «**cooperación con la justicia**» (art.30); deber que se justifica en tanto que, las tareas encomendadas a la abogacía le hacen participe de ciertas funciones públicas que le conectan con la administración de justicia. En el Estado de derecho, la defensa exige de la cooperación del abogado (y sin su presencia no existe juicio justo). No es extraño que este reconocimiento posicione al abogado, que representa y defiende los intereses que le sean confiados por los clientes, en un nivel de necesidad análogo al del Ministerio Fiscal y los Jueces o Magistrados (Const art.24).

También constituye un deber general del abogado el de **cumplimiento de las normas** y acuerdos del colegio profesional a que pertenece (el profesional deberá acatar los citados acuerdos del colegio siempre que no se hubiera postulado en contra). Una aplicación concreta del citado deber general es la necesidad de tratar con respeto y consideración a los órganos del Colegio de Abogados -sic la junta de gobierno-, lo que no ocurre cuando se ignoran reiteradamente las comunicaciones enviadas por el colegio, constituyendo infracción prevista en el art.40.b y c del EGAE (TS 29-6-92, EDJ 7008).

Estos deberes encuentran su correlato con la correspondiente serie de derechos de carácter general que están contenidos en el art.33 del Estatuto: el derecho a todas las consideraciones y menciones honoríficas que están reconocidas tradicionalmente a la profesión; el derecho a la actuación profesional con libertad e independencia (derechos-deberes que, por su importancia son objeto de análisis diferenciado); el derecho a que se le guarde el debido respeto (haciéndolo valer ante el órgano judicial para que ponga remedio -evidentemente salvo que dicha falta de respeto provenga precisamente del titular del órgano judicial o del personal al servicio del mismo, en cuyo caso habrá de exigirse la responsabilidad disciplinaria correspondiente ante el Ministerio de Justicia) y el derecho (también deber) de defensa jurídica de los intereses encomendados pudiendo utilizar cuantos medios y recursos prevea la normativa y solicitar auxilio de las autoridades y del colegio en la adopción de aquellas medidas de protección legalmente establecidas.

Sobre los derechos que asiste a los letrados, existe uno que en no pocas ocasiones produce algún problema, es el **derecho de sentarse en estrados** cuando el letrado concurre al órgano judicial como **imputado o demandado** (esto es, como justiciable). A este respecto, y si bien el Alto Tribunal reconoce expresamente el derecho del profesional a permanecer en estrados cuando desarrollen su actuación profesional ante los juzgados y tribunales y que tal permanencia no es un simple trato de cortesía por parte del titular sujeta a la concesión graciable del mismo sino un auténtico derecho reconocido para hacer visible la verdadera significación del proceso jurisdiccional, no es menos cierto que es preciso establecer una distinción cuando el letrado también comparece ante el tribunal en su calidad de simple ciudadano justiciable. En este orden de cosas, el titular del juzgado, en aras de su poder de dirección del procedimiento, tiene facultad para denegar tal permanencia en estrados -máxime cuando el citado letrado ya ha designado a otro compañero para su defensa- sin que tal denegación vulnerara en modo alguno su derecho de defensa y considerando que su decisión sirvió para equilibrar las posiciones de las partes denunciante y acusado (TS 7-5-10, EDJ 92318 ; 3-5-07, EDJ 70490).

19 Deberes en relación con el colegio y los demás compañeros

El deber de **colegiación** es imperativo para el ejercicio de la profesión salvo en los casos expresamente excepcionados legal o estatutariamente (p.e. el supuesto de habilitación del decano para la defensa de asuntos propios o de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ex EGAE art.17.5). Actualmente la inscripción se circunscribe a un único Colegio que será el del domicilio profesional. La colegiación es origen de **obligaciones corporativas** como la de estar al corriente del pago de sus cuotas colegiales -como forma de contribuir al sostenimiento del Colegio- y permitir que el mismo cumpla las funciones que tiene encomendadas en virtud de lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales y su Estatuto regulador. El incumplimiento es causa de baja y pérdida de la condición de colegiado.

Para poder inscribirse en un colegio de abogados es **requisito ineludible** hoy día, no solo estar en posesión del título de licenciado en derecho sino, además, en virtud de lo dispuesto en la Ley de acceso a las profesiones de abogado y procurador (L 34/2006) haber superado las pruebas de capacitación correspondientes, aunque existen algunas excepciones plasmadas en la propia ley, en su disposición adicional tercera, como es el caso de los funcionarios públicos de carrera y los jueces y magistrados de carrera, de tal suerte que los jueces o magistrados sustitutos (tan prolíficos y longevos en los últimos tiempos), en tanto que no son funcionarios públicos tienen necesariamente que presentarse, y superar, la citada prueba de capacitación (TSJ Baleares 18-3-16, EDJ 43206).

Las **solicitudes de colegiación** presentadas por los abogados que reúnan los requisitos de incorporación (EGAE art.13) serán aprobadas, suspendidas o denegadas por la junta de gobierno de cada colegio, previas las diligencias e informe que proceda, mediante resolución motivada (EGAE art.15.1) y los colegios de abogados no podrán denegar el ingreso en la corporación a quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13 de este Estatuto General (EGAE art.15.2).

En el caso particular de **licenciados extranjeros** cuyo título ha sido homologado o convalidado resulta imprescindible efectuar la colegiación, en el colegio que se desee, en el plazo máximo de dos años a contar desde la obtención de la homologación tal y como previene al efecto la disp.adic.8ª de la citada L 34/2006 , sin que resulte de aplicación a estos efectos la disp.adic.9ª -paradójicamente específica de supuestos de títulos extranjeros homologados- pues la misma da lugar a resultados ilógicos, injustos y contrarios al derecho comunitario europeo (TSJ Madrid 31-3-15, EDJ 112685).

También existe la obligación de colaborar con el colegio en la vigilancia de actuaciones que pudieran ser calificadas de **intrusismo o ejercicio ilegal de la profesión** (por no estar colegiado, por estarlo pero en la categoría de no ejerciente - no debe confundirse el intrusismo profesional con la publicidad de la profesión por quien, una vez que ha cesado como colegiado ejerciente, tras haber ejercido durante al menos 20 años, pues en tales casos no pretenden engañar a los clientes ejerciendo de forma ilegal la profesión sino tan solo poder seguir utilizando la denominación de abogado añadiendo eso sí la expresión «sin ejercicio» (EGAE art.9)-, por haber perdido la habilitación como consecuencia de sanción penal o disciplinaria, etc.) y velar por el respeto de la libertad, independencia y dignidad de los abogados en el ejercicio de sus funciones, procediendo a denunciar cualquier conducta de que tuviera conocimiento que conculque estos principios del ejercicio profesional.

Por último, constituía un deber del colegiado comunicar las actuaciones que deba desarrollarse en territorio que sea competencia de **otro colegio profesional** diferente al de la colegiación, práctica que no obstante ya había caído en desuso en la práctica y que, en virtud de lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales (L 2/1974 art.3.3 , en su redacción dada por L 25/2009), ha sido suprimido hoy día, pues dicho precepto impide que los colegios puedan exigir a los profesionales colegiados en otro Colegio ningún tipo de comunicación o habilitación para ejercer en territorio distinto a aquel al que están adscritos, debiéndose entender por tanto derogada la obligación contemplada sobre este particular en el EGAE art.17.3. Antiguamente, antes de actuar ante otro colegio se remitía comunicación escrita y

firmada en la que se hacía constar el asunto de que se trataba, el órgano judicial y el abogado que ejercería en el ámbito territorial de otro colegio. Comunicación que no era recepticia y que, con el tiempo, dejó de solicitarse por los colegios. Hoy día, reiteramos es una obligación que ha sido suprimida expresamente del Código Deontológico con motivo de la libertad de ejercicio que se ha consagrado en el espacio europeo (EGAE art.17). A pesar de ello, y con carácter previo a la supresión, algún letrado trató de alegar la nulidad del juicio cuando el compañero contrario, perteneciente a otro colegio territorial de abogados, omitió la señalada comunicación de ejercicio (LEC art.31), si bien los tribunales no atienden tales pretensiones conscientes de que tal comunicación tiene un carácter de cortesía colegial más que un requisito ineludible. No en vano, la colegiación como abogado es única y, aunque se realice en un colegio determinado y concreto está expresamente prohibida la habilitación en otro colegio (AP Huesca 7-11-02, EDJ 65608).

20 Los abogados colegiados, paralelamente, son **titulares de una serie de derechos o facultades, respecto al colegio en el que están inscritos** (otros derechos y deberes son dependientes del lugar en los que deban realizar actuaciones profesionales concretas: tales como el cumplimiento de deberes deontológicos aprobados por el colegio respectivo). Merecen ser destacados los que siguen:

- A **participar** en la gestión corporativa (asistencia con voz y voto a las juntas ordinarias o extraordinarias del Colegio, y poder presentar su candidatura para ocupar cargos colegiales).

- Solicitar del colegio y de sus órganos la **protección** de su independencia y libertad de actuación profesional.

- Los que les confiera de forma particular los **Estatutos del Colegio**, así lo menciona expresamente el EGAE art.35. En el caso del ICAM el único derecho adicional, al margen de los reseñados, sería el de información de carácter económico (cuentas anuales, informes, etc.) del colegio. A este respecto, todos los colegiados podrán requerir las cuentas anuales durante los 15 días anteriores a la celebración de la Junta General en que hubieran de examinarse y aprobarse. Dicha información puede denegarse cuando ponga en riesgo o perjudique los intereses colegiales, salvo que la solicitud sea colectiva por parte del 5% de los **colegiados ejercientes** (Resol Madrid 31-7-07 art.44: Estatutos ICAM).

Precisiones

Para su **incorporación** en el colegio es preciso tener la nacionalidad española o de algún Estado de la UE, ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad, ser licenciado en derecho y satisfacer la cuota de ingreso del colegio y, para que la incorporación al colegio sea como abogado ejerciente, resulta preciso, además, de carecer de antecedentes penales, no estar incurso en causa de incompatibilidad o prohibición y formalizar el ingreso en la mutualidad o en el sistema RETA de la Seguridad Social.

21 En cuanto a los **deberes** que rigen la **relación de compañerismo**, el contenido general socialmente admitido podemos encontrarlo en la propia definición terminológica recogida por la Real Academia de la Lengua. En la lectura de su diccionario, se ofrecen dos cualificaciones del término: una, basada en el carácter relacional entre personas que están unidos por un vínculo determinado de actividad compartida (de «compañeros»), y otra que pone el acento en su sentido positivo de la relación (la «armonía y buena correspondencia entre ellos»). Ambas se complementan y suponen, aplicada al ámbito de la abogacía, que los letrados no son profesionales independientes que puedan realizar su ejercicio sin relacionarse en modo alguno con otros compañeros de profesión, puesto que, de un modo u otro, la relación con el abogado de la parte contraria existirá y hace aconsejable la creación de normas de naturaleza deontológica de obligado cumplimiento que contribuya a la creación y mantenimiento de un ambiente de armonía y buena correspondencia o relación entre ellos, extremo necesario para que, sin perjuicio de que cada uno defienda los intereses de su cliente, deba intentar la resolución de las controversias con acuerdos que resuelvan por sus clientes y evitar una litigiosidad innecesaria.

Lejos de este modo de lo que pudiera imaginarse el compañerismo debe predicarse tanto respecto de los demás compañeros del despacho colectivo (letrados que tienen, además del vínculo colegial, un vínculo social o empresarial que debe orientar necesariamente hacia objetivos comunes del meritado despacho), como respecto de profesionales que no tienen a priori más relación que la surgida fruto de los encargos efectuados por sus clientes.

En el **primer caso**, el citado compañerismo, como consecuencia del triunfo de una «cultura de la competitividad» ha dado nacimiento a **prácticas no siempre deseables** para la armonía de las relaciones entre los compañeros y, censurables desde principios de la ética profesional. En la última década, en los despachos colectivos, se han impuesto criterios de valoración profesional y retribución, asociados a la eficacia en la captación de clientes, la obtención de resultados, etc., que, en muchas ocasiones, sitúan al abogado en dilemas de naturaleza deontológica y que han contribuido a la desaparición del viejo espíritu de compañerismo.

Tampoco es infrecuente que ciertos profesionales de los despachos se muestren reticentes a prestar auxilio a un compañero que lo necesite, en el asesoramiento en un determinado asunto o sustituyéndole en actuaciones judiciales a las que, por cuestiones de agenda (u otras) no pueda asistir, (su éxito puede suponer en este caso que el auxiliante

no cumpla con las obligaciones impuestas y sea sancionado). Lamentablemente, se olvida que se forma parte de una organización y que, el desempeño de las funciones -con respeto al resto de compañeros-, contribuye a crear un ambiente de trabajo más agradable y mejora la salud laboral de los trabajadores (está comprobado que un mejor clima laboral contribuye a reducir las bajas laborales por estrés). Es cierto que forma parte de la complejidad de los sistemas socio-económicos contemporáneos (tendencia a la consolidación de un universo interdependiente cada vez más extenso e poliédrico). Algunos experimentados analistas hablan -a título de recomendación- de lo aconsejable de un cambio en las teorías organizativas dominantes y en los cursos formativos de directivos en las escuelas de negocios, que llevarán a un cambio de paradigma: es bastante general el convencimiento sobre el relevante papel de la ética en el mundo de los negocios pero pocos están honestamente implicados en sacarla del espacio de su consagración nominal: muchos códigos de buenas prácticas y pocos resultados. No debemos engañarnos, y sería un grave error el pensarlo, que la ética tendrá verdaderos efectos positivos si se articula como mero recurso estratégico de corte publicitario (que encierra una realidad más fielmente reflejada por el enunciado descriptivo «hablar de ética y practicar la corrupción» que está sacudiendo la credibilidad de los sistemas políticos y económicos). En nuestro particular universo profesional, convendría recordar y explicar a los titulares de los despachos, que aquellas organizaciones que fomentan entre los trabajadores un ambiente de compañerismo (valores cooperativos y de lealtad), se suele trabajar mejor en equipo y se favorece la integración y cohesión de sus miembros, permitiendo que sus integrantes compartan, además de trabajo, valores, principios, actitudes y pautas de conducta comunes.

- 22 En el **segundo caso**, por la falsa creencia de que, el actuar de forma respetuosa y ayudar al compañero, puede suponer favorecer a un profesional de la competencia y llevar a la pérdida de un determinado cliente o asunto; nuestra experiencia nos dicta la opinión contraria y su alejamiento de la realidad, aunque en la práctica, aún hoy, son muchos los profesionales un tanto reacios, a esta dimensión del compañerismo.

Cabría preguntarse si es posible o si está inevitablemente fuera de la tendencia actual de nuestras relaciones profesionales, la decisión colegial de imponer esta **visión del compañerismo** y los principios inherentes al mismo mediante el simple recurso de la colegiación obligatoria y el juramento. La respuesta no puede ser más que negativa y aunque la colegiación puede ser obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones tituladas (p.e. abogados), esto no significa que se admita e interiorice la convicción y los sentimientos de ese deber ser que encierra el calificativo de «compañeros de profesión». Y además existen profesiones en las que la colegiación no resulta en modo alguno obligatoria para el ejercicio de la profesión. Lo que parece cierto es que -el hecho de pertenecer a un colegio- supone la voluntad de perseguir el mismo fin común (la defensa de la profesión, de la imagen de la profesión, y unos intereses corporativos comunes, de lo que se deriva la consecuencia del nacimiento -entre sus miembros colegiados- de un espíritu de cuerpo (el sentido corporativo de pertenecer a algún grupo con los mismos ideales e intereses) y, al mismo tiempo, la obligación de cumplir con unos deberes para la consecución del fin común. Entre estos deberes están la fidelidad, la lealtad, la confianza mutua, la solidaridad, el respeto, la cortesía, la ayuda mutua, la estima, etc. Deontológicamente el cumplimiento de tales deberes no deriva del simple hecho de pertenecer al colegio sino en la certeza de la necesidad de que resulta indispensable ese cumplimiento para lograr el fin común (el prestigio de la profesión, los intereses corporativos, etc.).

- 23 Por otra parte, debe advertirse que el compañerismo y la colegiación de los profesionales, no puede estar al servicio de un **cerrada defensa gremialista** frente a cualquier otro tipo de derechos y no puede esconder incumplimientos y vulneraciones profesionales a las normas deontológicas y principios éticos consagrados, sino que una de las derivaciones del compañerismo y la colegiación es precisamente sancionar deontológicamente a aquellos profesionales culpables de tales conductas en aras de defender el buen nombre de la profesión, la imagen digna del trabajo desarrollado por sus profesionales y corregir los daños que se hubieran causado.

Como indicaba *Martínez Val* «hay que dar a tus compañeros la estimación que merecen: luchan como tú mismo por el ejercicio de la profesión. El compañerismo supone mantener relaciones de respeto, afecto, solidaridad y colaboración con tus compañeros de profesión».

- 24 Los **principios o deberes** que lleva aparejado el compañerismo o la relación con otros abogados serían esencialmente el de **respeto, lealtad, trato correcto, solidaridad, ayuda desinteresada** y salvaguarda **del secreto de las conversaciones** y comunicaciones mantenidas entre los letrados, del modo que sea (telefónicas, telemáticas, personalmente, etc.), con prohibición, salvo pacto expreso en contrario, de utilizarlos en cualquier forma -p.e. su presentación en juicio en aras de acreditar algún extremo (el reconocimiento de la existencia de la deuda de su cliente y la intención del mismo de llegar a un acuerdo por un determinado importe inferior al pretendido de contrario)-. No obstante, se prevé la posibilidad de que la junta de gobierno dispense al abogado y pueda presentarlo en juicio cuando concurra causa grave y sin el preceptivo consentimiento del letrado afectado.
- 25 Todos estos deberes esenciales -inherentes al compañerismo- se desagregan en una serie de **deberes concretos de actuación** de los letrados, respecto de sus compañeros. El Código deontológico, contempla de modo específico los siguientes (CDAE art.12):

1. Prestar orientación, guía y consejo de modo amplio y eficaz; deber que tienen como destinatarios principales a los abogados de mayor antigüedad (aunque no necesariamente, y, quizás por ello debería actualizarse la norma para

extender su aplicación a todo aquel abogado que, por las circunstancias que fueran, tuvieran mayor conocimiento sobre una determinada materia o asunto -esto es, que el abogado que estuviera especializado en una materia, aunque no fuera de mayor edad, auxiliara al abogado que lo solicitara). Un competente servicio colegial de asesoramiento jurídico resulta imprescindible a estos efectos-.

2. Comunicar al **decano** la inmediata interposición de acción de **reclamación de responsabilidad**, del tipo que sea (civil, penal, etc.), **frente a otro compañero**, por si fuera posible la mediación y evitar la actuación disciplinaria (EGAE art.79).

3. Mantener absoluto **respeto y trato correcto** con el abogado de la parte contraria, tanto en los escritos judiciales, como en las actuaciones orales ante el órgano judicial y, en definitiva, en cualquier comunicación oral o escrita que deba mantenerse con el mismo. Sobre este concreto deber es preciso señalar que en ocasiones los abogados, guiados por la defensa a ultranza de los intereses de sus clientes, se dejan llevar -en la elaboración de los escritos o en las vistas orales- de sentimientos (comprensibles pero no amparables) de parte en conflicto y faltan, de forma velada o irónica, al debido respeto al compañero. Precisamente dicha norma deontológica fue objeto de vulneración por parte de un abogado, en un procedimiento de impugnación de honorarios por indebidos y excesivos, que fue resuelto por el TSJ Cataluña 26-4-01; siendo las afirmaciones incorporadas por el Tribunal, en su motivación, un precedente de gran valor clarificador sobre este particular: «La Sala, finalmente, no puede por menos que deplorar el carácter prepotente y agresivo que contiene el escrito de contestación a la impugnación,..., que excede con mucho las reglas de respeto, moderación y buena fe que deben presidir las relaciones entre los intervinientes en el proceso. Párrafos como «tras habernos visto en el recurso obligados a explicar al recurrente algunos conceptos jurídicos que debiera haber aprendido en la facultad», «antes de pontificar sobre ella como hace debería haberse tomado la molestia de leerla, pues puede que llegar a entenderla sobrepase sus capacidades de comprensión»... Por todo ello, se deducirá testimonio de aquel escrito y de la presente resolución a fin de que sea remitido a la Comisión Deontológica».

En la misma línea se pronuncia este mismo Tribunal (TSJ Cataluña 28-10-03, EDJ 164128) al considerar como acto de desconsideración manifiesta hacia los compañeros en el ejercicio de su actuación profesional (RD 2090/1982 art.114.c) la realización de una serie de afirmaciones en el escrito de oposición a la solicitud de medidas provisionales (acusando al letrado demandante de asistir a la actora en la trama fraudulenta instrumentalizando un procedimiento judicial con la finalidad de apropiarse de los ahorros del Sr ...) y advertir cómo tales afirmaciones gratuitas no pueden quedar amparadas en una suerte de derecho a la libertad de expresión por parte del abogado, puesto que la libertad de expresión en tales supuestos no devienen ilimitadas sino que deben respetar, en todo caso, las normas deontológicas de relación con otros compañeros y con el tribunal, entre las que se encuadra el debido respeto hacia tales profesionales.

Como parte de este deber de respeto, el abogado también deberá tratar de **prevenir y evitar cualquier acción de violencia** (física o verbal) frente a un compañero por parte de su propio cliente o a instancias del mismo (no son escasos los supuestos en los que el letrado de la parte contraria es considerado por el cliente como el verdadero responsable de una consecuencia adversa en el procedimiento judicial, negociación, transacción, etc., y que sea objeto de actos o intentos de violencia por parte del citado cliente que se considera agraviado).

26 4. El abogado deberá buscar y procurar siempre una **solución alternativa a la vía judicial** (transacción, mediación, arbitraje), el precepto lo circunscribe a las controversias sobre honorarios, pero nada impide que pueda extenderse igualmente a cualquier controversia de otra índole. En cualquier caso, estando en conversaciones con otro compañero con la finalidad de alcanzar un acuerdo, antes de interponer la acción judicial deberá informarse al abogado de la parte contraria del cese de las negociaciones como deferencia o consideración.

5. Las **reuniones** con otros compañeros cuando defiendan intereses de otro cliente deberán celebrarse **en lugares que no supongan situación de privilegio** para ninguno de ellos y se recomienda el uso de las dependencias del colegio profesional, cuando no exista acuerdo sobre el lugar de celebración. No obstante si tuviera que celebrarse la reunión en el despacho o local de alguno de los profesionales será en el de mayor antigüedad, salvo que se trate del decano o de un ex decano, en cuyo caso será en el de estos, a no ser que decline expresamente (CDAE art.12.8). En tal caso el compañero deberá recibir siempre y con la máxima urgencia al compañero que acude a su despacho (siempre cuando tal circunstancia fuera posible, en caso contrario, podrá tener lugar en el despacho del abogado de menor antigüedad) y con preferencia a cualquier persona, sea o no cliente, que espere en el despacho. En caso de imposibilidad de inmediata atención, dejará momentáneamente sus ocupaciones para saludar al compañero y excusarse por la espera. El profesional deberá atender de manera inmediata las comunicaciones telefónicas y escritas (cartas, faxes, correos, etc.) de otros compañeros.

6. En nada obsta que el compañero de profesión se halle en el **extranjero** o que sea un profesional extranjero, salvo que deberá tenerse en cuenta que las necesidades de auxilio y ayuda serán frecuentemente mayores.

7. El profesional deberá abstenerse de realizar gestiones para desplazar a un compañero o sustituirlo en cualquier encargo profesional de un cliente (p.e. hablando al cliente sobre los defectos o errores que hubiera cometido el mismo en encargos anteriores del actual profesional y las virtudes propias). Tampoco debe participar o **inmiscuirse en**

asuntos que dirija otro compañero sin su previa conformidad (habrá conformidad cuando el compañero precise de consejo o colaboración y así la solicite).

8. El abogado deberá tratar a sus compañeros con la **máxima cortesía y caballerosidad**, lo que supone facilitar a sus compañeros de profesión la solución de inconvenientes momentáneos (cuando se trate de causas que no les sean imputables, como ausencia, duelo, enfermedad, o fuerza mayor y estén imposibilitados para prestar sus servicios). Esto supone, evidentemente, la prohibición de ponerse en contacto con el cliente de otro compañero, sea contrario o no, salvo que exista autorización del compañero a tal fin. Y además deberá comportarse con ellos de forma confraternal y leal. La fraternidad supone, entre otras cosas: intentar que al compañero que actuó con carácter previo, en defensa de tu cliente, le sean abonados sus honorarios pendientes, si los hubiere; no aprovecharse de la confianza brindada por su compañero adversario; no apartarse, por apremio de su cliente, de los dictados de la decencia y del honor. Cumple advertir que no se falta al compañerismo cuando se aprovecha el error del compañero por impericia; no obstante, si el error fuera involuntario (por descuido) debería informarse al compañero para que fuera subsanado (lo normal desde un punto de vista ético es que los compañeros se perdonen mutuamente este tipo de descuidos o fallos).

En el caso de los abogados si bien es cierto que hay que «luchar» continuamente en los procedimientos contra otros abogados y no por ello dejar de ser compañeros. Lo deseable es olvidar las «batallas», pues si se van considerando las victorias o derrotas como cuestiones personales y no como ejercicio profesional llegará un punto en que el ejercicio de la profesión sea insostenible y el compañerismo imposible por el rencor existente.

27 Deberes en relación con los tribunales y las partes

Tanto el EGAE como el CDAE, se refieren a los deberes concretos que asumen los abogados, en relación con su actuación profesional ante los órganos judiciales (cabría cuestionarse si no debieran preverse deberes similares en las relaciones de los abogados ante cualquier otra entidad pública que no pertenezca a la administración de justicia) (EGAE art.36 s.; CDAE art.11).

Con carácter general los abogados deberán **colaborar con la administración de justicia**- no en vano el TEDH, le atribuye un papel de auxiliar o cooperador esencial de dicha administración de justicia (TEDH 24-2-94) (p.e. contribuyendo a la diligente tramitación de los asuntos encomendados); actuar con buena fe, lealtad y respeto (cuya infracción puede ser directamente sancionada por el titular del órgano judicial -p.e. cuando dicha falta de respeto se produce ante el propio juez-, evitando al efecto cualquier alusión personal, directa o indirecta, oral o escrita, o mediante gestos de reproche o aprobación al tribunal o a cualquier persona relacionada con el mismo o que intervenga ante el mismo -perito, testigo, etc.-); es un respeto que debe ser exigido por los abogados a sus clientes en relación con el personal que desempeñe funciones en los órganos judiciales; actuar con libertad e independencia poniendo de manifiesto al órgano judicial cualquier injerencia de las mismas; comunicar al órgano judicial y a los compañeros que intervengan cualquier circunstancia que impida acudir a una determinada diligencia (cuando no sea posible su sustitución por un compañero); también los abogados podrán contar con el auxilio o con la sustitución puntual de un compañero en el acto de la vista o juicio bastando al efecto con la mera intervención del citado profesional sin necesidad de cumplir ninguna formalidad especial.

Existen una serie de deberes de los abogados en relación con la actuación de los mismos ante los tribunales que tienen relación con las **formalidades** que deben observar al respecto: vestir toga y potestativamente birrete (elemento este último ciertamente en desuso), sin distintivo de ninguna clase y adecuarán su vestimenta a la dignidad, prestigio de la toga y respeto a la justicia (sobre esta cuestión resulta interesante recordar que si bien no se exige una determinada etiqueta en la vestimenta -pantalón de vestir, chaqueta, camisa- en alguna ocasión ha sido objeto de recriminación verbal por el titular del órgano judicial algún colegiado por portar bañador bajo la toga o se le ha llamado la atención por no llevar corbata), términos todos ellos que no delimitan qué se entiende por vestimenta adecuada y si es posible adaptar dicha vestimenta a la época y circunstancias climatológicas existentes (no en vano en ocasiones los propios órganos judiciales dispensan de chaqueta o toga en los meses de verano en regiones donde el termómetro sube excesivamente); sentarse en el estrado -a la derecha del tribunal el demandante y a la izquierda el demandado- a la misma altura del tribunal, sin dar la espalda al público que pudiera comparecer a la vista y con igualdad de trato respecto del Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado (en ocasiones, en los que el número de demandantes o demandados es elevado, siendo de igual modo numerosos los abogados que intervienen en defensa de sus intereses, puede habilitarse espacio en la misma sala, de forma contigua al estrado, aunque no estén al mismo nivel).

Un deber que seguramente sorprende a los abogados en ejercicio es el que los letrados tienen el deber de exigir respeto a los tribunales en la **puntualidad de celebración de las actuaciones judiciales** (Estatutos del ICAM art.17.2) y se prevé que a tal efecto los abogados esperarán un tiempo prudencial y transcurrido el cual sin que se hubiera celebrado el acto judicial previsto se podrá presentar la oportuna queja por el profesional ante el mismo órgano e informar de ello al colegio cuando exceda de media hora (curiosamente son continuos los supuestos de demoras excesivas en la celebración de actuaciones judiciales -hasta tal punto que la celebración a la hora indicada sería la excepción y la demora la regla general- de tal suerte que si todos los abogados plantearon una queja por esta circunstancia los órganos judiciales se colapsarían aún más, sin perjuicio de que, además, una queja ante el

mismo órgano judicial que debe resolver una acción ejercitada en defensa de un cliente no parece más inteligente -no porque el órgano judicial vaya a resolver en contra como represalia por tal queja, pero sí que pueda ser más riguroso en la tramitación de la causa con el abogado que interpuso la queja y más laxo o permisivo con el compañero que sostiene la pretensión contraria-).

Deber de puntualidad que resulta igualmente predicable del abogado respecto de las vistas señaladas a las que deba concurrir. En este punto, y considerando la situación de colapso que sufre actualmente la actividad judicial y la dificultad de que se cumplan los tiempos inicialmente previstos para las vistas (salvo lógicamente el primer señalamiento), sorprende que en alguna ocasión el órgano judicial declarase desistido al letrado que se demoró 5 minutos en asistir a la vista. Sobre este particular, parece obvio que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del Const art.24 en tanto que el letrado vio conculcado su derecho de defensa, pero, además, también se infringe, en virtud del rigorismo exagerado con el que se actúa, el principio de seguridad jurídica (Const art.9.3), máxime cuando no consta en las actuaciones judiciales la hora en que se efectuó el llamamiento al abogado y cuando, la prudencia forense y las más elementales normas de cortesía, aconsejan, que ante la ausencia del abogado al primer llamamiento se vuelva a efectuar el llamamiento al menos otra vez más al final de la celebración de todas las vistas programadas para ese día. Si el abogado, además de defensor del cliente también ostenta la representación de los derechos e intereses que se debían enjuiciar en esa vista, resulta inadmisibles que el mero retraso en 5 minutos pueda ocasionar tan grave perjuicio como es considerarle desistido del procedimiento (TSJ Cataluña 27-3-03). Lo anterior obliga a reflexionar cuánto tiempo se considera un retraso prudente y cuánto una vulneración del deber de puntualidad que se impone a los profesionales que intervienen en la administración de justicia.

Se consideran **deberes especiales** en relación con las partes el del trato cortés y considerado, así como abstenerse de realizar ningún acto que implique una lesión injusta para la otra parte y, de otra parte, el cumplimiento del encargo realizado con el máximo celo y diligencia, pudiendo auxiliarse al efecto de colaboradores y otros compañeros que actuarán bajo su responsabilidad.

No debe olvidarse que cuando un cliente busca a un profesional busca en él confianza, seguridad, competencia y honradez, estos valores debe transmitirlos el profesional mediante el ejercicio de su actividad.

28 Los principales deberes éticos del profesional con el cliente serían:

a) El deber de **atención personal** al cliente, sin intermediarios, salvo causas justificadas y sin perjuicio de remediar dicha circunstancia a la mayor brevedad.

b) El deber de **conocimiento** del asunto encomendado (el profesional debe conocer íntimamente todo lo posible del encargo realizado, no es preciso que alcance a aspectos personales que no guarden relación alguna con el mismo pero no sirve un mero conocimiento superficial). Este deber de conocimiento es mutuo lo que supone que el profesional debe transmitir al cliente sus cualidades esenciales, su forma de actuar, como medio para transmitirle confianza en el desempeño de su labor.

c) Además existe un deber de **fidelidad** (ello supone que no se pueden revelar secretos del cliente a un tercero, ni realizar acuerdos con la parte contraria sin conocimiento de este) y dicha obligación persiste aun cuando haya cesado el encargo o la relación contractual con el mismo (así el deber de secreto es perpetuo y es inmoral dejar desasistido a un cliente una vez concluido el encargo).

d) Otro deber es el de la **igualdad de trato** (debe observarse la misma diligencia profesional sea el cliente de gran cuantía, esto es que el encargo realizado por el mismo represente unos honorarios importantes, o sea de escasa cuantía, no olvidemos que los profesionales realizan, en el desempeño de su cargo u oficio, una función social). Así pues éticamente no existen mejores o peores clientes.

e) Existe también un deber de **información**, con ciertas limitaciones, que supone trasladar al cliente la apreciación sobre el índice de probabilidades de éxito en el encargo realizado (la prudencia exige que no se pueda engañar al cliente y hacerle concebir vanas esperanzas. Por infracción de este deber fue sancionado un letrado que aceptó un encargo profesional sin informar de las nulas o escasas posibilidades de éxito del mismo, y, al contrario, le creó expectativas del éxito de la solicitud presentada. La citada conducta entendió tanto el Colegio de Abogados como el Tribunal, conculcaba en efecto el deber de información contemplado en el EGAE art.42 y le impuso la sanción correspondiente por esta infracción grave (TSJ Murcia 30-3-09, EDJ 78148).

El deber de información al cliente se extiende al coste aproximado o fijo del encargo, a las relaciones personales, laborales, económicas o de amistad con la parte contraria y a las posibilidades que le asisten de solicitar asistencia jurídica gratuita (aunque ello suponga la pérdida del cliente a favor del compañero del turno de oficio). Alguna duda puede plantear el ejercicio práctico del citado derecho de información en cuanto a su forma de ejercicio, esto es, si dicha información debe facilitarse al cliente por escrito o si, por el contrario es admisible deontológicamente hacerlo de forma oral. En este sentido, el Código deontológico, en su artículo 13.9 no impone la forma escrita -salvo que el cliente lo solicite por escrito también- ni especifica qué modalidad de escrito sería admisible. Teniendo en cuenta el

objeto de la información será aconsejable que parte de esa información ya conste en la hoja de encargo y que otra se pueda comunicar al cliente por mail o por vía telefónica en atención a la urgencia que tengan uno u otro.

29 También se contempla la obligación de **buscar la mejor solución posible** para su cliente sin pensar en la más rentable para los intereses del abogado (tiene que intentar evitar juicios innecesarios y tratar de alcanzar un acuerdo o solución transaccional, aunque la intención de las partes sea la de venganza o dañar a la contraria).

f) Un deber de **diligencia** en el desempeño del encargo, evitando dilaciones indebidas y actuando con la debida diligencia en aras de garantizar el éxito de la misión encomendada. Una exigencia ética de ello es que el profesional no debe aceptar más encargos que los que pueda ejecutar con la máxima profesionalidad.

g) La **puntualidad** es una exigencia del respeto debido a otras (es convención social al servicio de la eficiencia y la consideración debida a quien va a padecer los retrasos del incumplidor). El debido respeto de las partes que han concertado el encuentro es regla de reciprocidad y especiales exigencias al profesional, no solo con su propio cliente, sino también con los compañeros y contrarios. En determinadas ocasiones dicha puntualidad es indispensable para el buen fin del encargo realizado y, su incumplimiento, puede producir lesiones a veces irreparables (p.e. una investigación con seguimiento, práctica de la prueba, retraso a una vista, etc.). La previsión sobre posibles imponderables sobrevenidos ha incorporado a la regla de puntualidad un margen de cortesía del que la ha cumplido para con la parte incumplidora (marcado por diferencias culturales).

h) Deber de **aceptación formal del encargo** realizado, el cliente tiene que conocer que el profesional acepta dicho encargo y, aunque no suponga la redacción de un contrato escrito, lo recomendable es formalizar una hoja de encargo. En este sentido, el abogado tiene plena libertad para aceptar o rechazar el asunto encargado sin necesidad de justificar su decisión (excepción hecha de los supuestos de asistencia jurídica gratuita en los que la renuncia está subordinada a la concurrencia de causas tasadas (nº 2040 s.). De igual modo podrá abstenerse o cesar en la defensa de los intereses del cliente cuando concurren discrepancias con el mismo o pueda resultar afectada su libertad, independencia y secreto profesional. No obstante, el abogado que cese en la defensa de los intereses del cliente deberá adoptar las medidas oportunas para evitar, en tanto es sustituido por otro compañero, la situación de indefensión del cliente.

i) Rechazar encargos en los que exista **conflicto de intereses** (posiciones contrapuestas). Una vez que se ha atendido a un cliente y explicado el asunto de que se trata, facilitándole información confidencial, no podrá aceptar otro encargo por el mismo asunto de que se trataría el encargo del cliente contrario o que pueda afectar en dicho acto, ya sea oralmente o por escrito, a los intereses del primero. En este sentido, hay que tener en cuenta que se aplica esta misma prohibición cuando el profesional pertenece a un despacho o empresa y el encargo ha sido realizado a dicha empresa (aun cuando quien hubiera atendido al mismo hubiera sido otro profesional distinto al que está llevando el asunto del cliente contrario). La conducta deontológica obliga al profesional a dejar ambos encargos, salvo que exista autorización expresa de ambos clientes para intervenir en la defensa (sin perjuicio de que sí pueda intervenir como mediador o en la preparación de documentos, debiendo mantener una escrupulosa objetividad).

Resulta extraña y contraria a esta práctica, la solución que prevé la norma deontológica en los supuestos de **encargos contradictorios** por parte de dos clientes (consistente en cesar con ambos clientes). La difícil situación profesional (reducción del volumen de trabajo y la dificultad para fidelizar clientes), hace que esta sea una opción contestada por buena parte de la abogacía porque, no parece normal -en las actuales circunstancias- que un abogado renuncie no a uno sino a los dos clientes (parecería mas razonable y conforme a derecho, el mantenimiento de la incompatibilidad de la simultaneidad y la obligada renuncia a la defensa a uno de ellos y que se comunique al mismo que debe buscarse otro letrado que defienda sus intereses. Solución factible siempre y cuando no hubiera tenido conocimiento de información relevante respecto del **cliente que renuncia**, en cuyo caso sí debería abstenerse de intervenir en el asunto.

30 j) Deber de **conocimiento suficiente** por parte del abogado para el desempeño del encargo de forma profesional. Como consecuencia lógica del deber de desarrollar la actividad profesional con la diligencia debida, con el máximo nivel de competencia, el abogado que no esté preparado o que carezca de medios para prestar con garantías los servicios que exija un determinado encargo deberá rechazarlo, salvo que se auxilie al efecto de un abogado con mayor experiencia que sí pueda dirigir dicho asunto con garantías.

k) Deber de **utilizar todos los medios necesarios** para la realización del encargo siempre que sean legítimos o lícitos (no podrán utilizarse medios ilegales, contrarios a las normas deontológicas, si causan perjuicios innecesarios).

l) Deber de **devolución de la información**, documentos y demás instrumentos facilitados por el cliente en el momento de realizar el encargo. No puede retenerse ni siquiera con el pretexto de cobro de honorarios, aunque sí podrá conservar copia de la documentación (nº 155 s.). Y unido a lo anterior, la obligación de cuidar leal y debidamente de tales documentos, bienes y dinero de sus clientes. En todos los casos expedirá recibo de todo lo que le haya entregado el cliente y exigirá el mismo cuando efectúe la devolución de lo entregado.

m) Asimismo existe **prohibición de captación desleal de clientela** (lo que supone no utilizar procedimientos de publicidad directos o indirectos contrarios a las normas que conculcarían lo prevenido al efecto en el Código Deontológico (CDAE art.25, EGAE art.25 y Proyecto EGAE 2013 art.20-21). Claro ejemplo de vulneración de la citada

prohibición es la remisión por el abogado de cartas a personas que no eran sus clientes ofreciendo sus servicios como especialista en expropiaciones haciendo constar los nombres y direcciones de las personas a quienes había llevado asuntos en esta materia y los éxitos obtenidos por su intervención (TS 29-5-01). No se estimó, por el contrario, conculcación de norma deontológica alguna ni infracción de competencia desleal, la conducta del letrado que remite una carta a una persona que no es cliente suyo aún, ignorando que dicha persona ya tiene un letrado que le representa, máxime cuando dicho letrado no constaba en el procedimiento judicial en el que el primero quería representar al nuevo cliente y no podía ser conocida tal circunstancia con un mínimo de diligencia aplicable (TSJ Cataluña 10-11-00, EDJ 65625).

- 31 El Alto Tribunal se vuelve a pronunciar sobre esta cuestión en sentencia TS 22-12-04, EDJ 229498 , resumiendo la doctrina del mismo en esta materia advirtiendo que debe permitirse la **publicidad**, con las limitaciones expuestas, a los abogados para evitar la discriminación existente entre los abogados liberales y aquellos que trabajan como asalariados, funcionarios o profesores de facultad, pues los primeros únicamente tienen como mecanismo para captar clientes la publicidad de sus servicios, mientras que los segundos también pueden conseguir clientes con el desempeño de sus cargos o puestos. Además, recuerda que la publicidad constituye para el ciudadano un medio de conocer las características de los servicios y bienes ofrecidos por el profesional, pero que sin embargo puede ser a veces objeto de restricciones destinadas a impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa. Por último, existe una obligación de publicidad de los servicios del abogado con arreglo a los **principios de veracidad, dignidad y lealtad**, respetando, en todo caso, la legislación de publicidad, las normas de defensa de la competencia y competencia desleal y, por supuesto, las normas deontológicas (EGAE art.25). Presupuestos que no cumplió el letrado que dirigió diversas cartas y circulares a los clientes para ofrecerles sus servicios, aun sabiendo que ya tenían letrado, y dejando entrever que el precio sería menor que el actualmente satisfecho por los clientes (TSJ Murcia 29-6-02, EDJ 41241).

No siempre fue así, puesto que el EGAE anterior (RD 2090/1982), directamente prohibía en su art.31.a) a los abogados cualquier anuncio o difusión de sus servicios, así como emitir dictámenes gratuitos en diferentes medios sin autorización de la junta de gobierno (prohibición hoy claramente superada a favor de la liberalización en materia de publicidad de los servicios y consagrada, como se ha expuesto en el EGAE art.25).

No obstante, no toda publicidad es permitida puesto que el propio artículo 25 se encarga de delimitar **qué supuestos se entienden contrarios a las normas deontológicas**: la publicidad que suponga:

- revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional;
- incitar al procedimiento judicial;
- ofrecer los servicios legales a personas en situaciones de accidentes, desgracias, etc.;
- prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del profesional;
- hacer referencia directa o indirectamente a clientes del propio abogado;
- utilizar los emblemas colegiales, pues su uso se reserva para la publicidad institucional del colegio.

La justificación de que la publicidad de los servicios del abogado ha de ser veraz, leal y verídica radica en la especial naturaleza de la profesión del abogado como auxiliar de la justicia que le permite beneficiarse del monopolio y de la inmunidad de sus alegaciones y por ello debe dar testimonio de discreción, honestidad y dignidad en su conducta (TEDH 24-2-94).

- 32 El profesional que es **sustituido por el cliente por otro letrado** (por los motivos que sea), deberá facilitar al sustituto cumplida información sobre el desarrollo del encargo y cualquier otra circunstancia que sea precisa para un adecuado cumplimiento del asunto encargado (no es deontológico por tanto suministrar información falsa, incompleta o engañarle). Además, deberá otorgarle la venia correspondiente cuando el sustituido hubiera realizado para el cliente una actuación judicial y aún siguiera abierto el procedimiento. Venia que no puede ser negada por el abogado sustituido, bajo ningún pretexto. Como es obvio, no debe confundirse compañerismo con obligación de facilitar al compañero del contrario información que pueda perjudicar a su propio cliente, no se considera en modo alguno falta de colaboración con el compañero.

3. El deber de secreto profesional

a. Fundamentos doctrinales

- 40 El secreto profesional es una de las instituciones más consolidadas en el ejercicio de algunas profesiones (consideradas histórica y socialmente relevantes para la persona y la propia sociedad). Se discute doctrinalmente sobre la **naturaleza jurídica privada o pública** de la institución del secreto. En el **primer caso**, se pone la atención

en el carácter contractual de la relación cliente-abogado, por la que el abogado se compromete a una determinada prestación de servicios jurídicos y la otra a satisfacer los honorarios convenidos. En el **segundo**, la referencia recae sobre el carácter público por los intereses y bienes que están en juego: la función social de la abogacía (imperio del derecho y la justicia, los valores constitucionales en los que se asienta la sociedad y los derechos inalienables de la persona). Nos parece más acertado, por encontrar mayor grado de coherencia con las funciones que se le asignan en nuestro sistema, la tesis que sostiene el criterio de la naturaleza dual público-privada de este deber deontológico.

- 41 En su **perspectiva histórica**, quedaba circunscrita a las relaciones profesional-cliente-paciente. La tradición deontológica, siguiendo la distinción formulada por *J. Salmans* (Bilbao, 1953), integraba a este como variedad del «secreto conmisó» que nacería de la confidencia recibida después de prometer el confidente que guardará secreto» y que, en los hombres de leyes, abarcaba «absolutamente todo lo que por razón de su cargo o profesión han sabido de sus clientes, bajo condición de no revelarlo y de no hacer uso de ello contra la voluntad razonable de los mismos». La confianza y confidencialidad en las relaciones del cliente y su abogados impone a este el deber y le confiere el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias conocidas por su actuación profesional. Las **actuales regulaciones deontológicas** han ido extendiendo este deber para con otros partícipes de la relación jurídica profesional, incorporando a las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario y las de los compañeros (Código deontológico, 2002, art.5.2). A nuestro juicio, se ha producido una inadecuada integración -en el mismo tipo disciplinario- de bienes jurídicos de diferente naturaleza ontológica (intimidad-defensa del cliente, compañerismo entre abogados, trato considerado con la parte adversa).

El efecto más inmediato -de esta extensión del tipo- ha sido el de introducir **espacios de incertidumbre y de inseguridad jurídica** en aquel abogado que coloca en primer plano -de sus obligaciones deontológicas- la defensa de los intereses del cliente (que, de conformidad con el CDAE art.2.7, «deberán anteponerse a los suyos y a los de otros compañeros de profesión»). El estatuto de 1982, contemplaba exclusivamente como contenido del deber y derecho del abogado, en materia de secreto; literalmente, el de «no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que hubiera tenido noticia por el mismo en razón del ejercicio profesional» (art.41).

Bastaría con analizar la tipificación de infracciones y sanciones recogida en el Estatuto General de la Abogacía (2001) para poder llegar a esta conclusión de las **disfuncionalidades que produce esta nueva regulación** (confirmada por las resoluciones sancionadoras en instancias corporativas colegiales y las sentencias de diferentes tribunales administrativos que revelan un impropio tratamiento igualitario de los diferentes supuestos relacionales). De su lectura podemos extraer la conclusión de la falta de criterios comunes en la gravedad de la calificación como la **inaplicación del principio de proporcionalidad**. Como mera referencia, entendemos que no puede merecer idéntica reprobación: la conducta de un abogado que consiste en aconsejar, conocer, facilitar medios técnicos y el propio despacho profesional para que el cliente realice una grabación de las conversaciones entre las partes y los abogados respectivos y después presentar las grabaciones obtenidas como prueba; y, aquella otra que se limita a presentar al tribunal, como medio de defensa, las cintas facilitadas por su cliente, sin haber tenido conocimiento alguno del proceso y condiciones de la grabación que, además, ha sido efectuada en locales que fueron propuestos por el abogado de la parte adversa. (La primera conducta mereció una sanción de 15 días y la segunda, 1 año de suspensión). Si nos atenemos al **principio de jerarquía normativa** que nace de nuestro orden constitucional, no sería sostenible esta equiparación de los bienes protegidos, puesto que se sitúa en el nivel máximo de protección y objeto de ponderación, aquellos que están directamente vinculados con la protección de los derechos fundamentales de intimidad y seguridad jurídica, de la que forma parte el derecho a la defensa (Const art.18 y 24), sin olvidar que el texto está referido al derecho a «no declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de secreto profesional». No puede sorprender, en consecuencia, que en el máximo nivel de protección -representado por su regulación penal-, el secreto profesional quede incluido bajo el rótulo de «Delitos contra la intimidad, imagen y domicilio...». Y, es dentro de la relación de defensa, donde, el abogado adquiere la obligación de custodia de la intimidad personal de su cliente y de garante respecto al personal que colabore con él en la práctica profesional.

- 42 No debemos olvidar que, el secreto profesional, es un **valor de carácter instrumental** al servicio de otros valores y que, por su encaje constitucional, deberemos vincularlo de modo más directo a los ámbitos de la intimidad y de la seguridad jurídica. El **incumplimiento** del deber afecta a la imagen de la profesión (confianza) y a la credibilidad del propio sistema jurídico. La regulación deontológica hace discutible el carácter trascendental que le atribuye *R. del Rosal* cuando afirma que es «Pieza de trascendencia doble y de enorme alcance, pues consagra la prevalencia sobre los demás principios deontológicos y sobre todas las obligaciones éticas», al menos si nos atenemos a la consideración jurídica que merece su vulneración en el vigente EGAE (el art.84, infracciones muy graves, no contempla de forma expresa el supuesto del secreto profesional). Las **referencias infractoras** hay que buscarlas en asociación a los límites de la publicidad, la ofensa grave a la dignidad de la profesión o, de modo genérico, a las reglas éticas que la gobiernan o a los deberes establecidos. Si merecen, por el contrario, referencia substantiva otros valores como el intrusismo, las incompatibilidades, dignidad y honor de los compañeros, o la apropiación de honorarios.
- 43 Sin embargo, su **vulneración** si merece máxima reprobación en el **tipo penal específico**, que se contempla en el CP art.197 , bajo el epígrafe de «Del descubrimiento y revelación de secreto», que se encuentra conectado con los derechos fundamentales de intimidad, imagen y domicilio o, en el CP art.197.5 del mismo texto legal, cuando los datos

objeto de revelación sean de naturaleza personal (ideología, religión, salud, creencias, etc.). El tratamiento penal pone de manifiesto que, el bien jurídico prevalente, protegido por la institución del secreto, es el de la intimidad ajena (con independencia de un interés reflejo o indirecto de tutela de la dignidad de la profesión). En esta línea argumental, *Moreno Catena* sostiene que, la LECr art.416 , no tutela el secreto profesional del abogado (que abarcaría todos los conocimientos adquiridos en el ejercicio profesional), sino solo aquellos que le hubiera confiado el imputado en su calidad de defensor.

La nota de **confidencialidad** se constituía aquí, en un pre-requisito de la obligación, frente al denominado «secreto natural», que debe entenderse como «un deber de discreción absoluta concerniente a todo lo que se debe tener oculto por caridad o aún por justicia, si la divulgación daña al prójimo en su reputación». Esta confidencialidad se prescribía como una exigencia de la propia existencia del profesional (la relación profesional exigía, inexorablemente, un marco de confianza sin límites merecedora de una protección reforzada, justificada en el interés social de la profesión (si no se diera esta confianza, peligraría su propia subsistencia). Como en otras profesiones (sacerdocio, medicina, etc), si el cliente no confiara en el abogado y le abriera su intimidad, quedaría afectada la propia función de la defensa jurídica y el propio interés general. En este sentido, como señala *M. Garçon*: Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige..... Ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission, si les confidences qui leur sont faites n'étaient azures d'un secret inviolable (Comentarios al Código Penal, 1973).

b. Elementos constitutivos

50 En los siguientes marginales se analizan el elemento formal, el elemento subjetivo estatutario (nº 54) y el objetivo del secreto profesional (nº 56 s.).

52 Elemento formal

En el **Derecho canónico** -ámbito de gran tradición histórica en la construcción doctrinal- se distingue entre el «secreto de lo manifestado en el confesionario y fuera de él» (c. 1388), y entre sigilo sacramental que solo obliga al confesor y el secreto que afecta a los intérpretes y a cuantos conozcan los pecados manifestados en confesión. Si el penitente deseara que el confesor declare en su favor, «el ideal es que manifestara su pecado fuera del confesionario» (c. 1388.2). De lo que se puede deducir que el *locus* de la comunicación, a efectos de presunción, determina la naturaleza de la relación). No obstante, existe el secreto de confesión cuando se efectúa fuera del marco del confesionario pero se manifiesta al sacerdote, de modo expreso, el deseo de confesarse y esta se realiza en cualquier otro lugar, incluso fuera del espacio religioso. La relación queda perfeccionada con la expresión de la penitencia y absolución. En la relación jurídica debería corresponder a la inequívoca «relación profesional» y la «expresión de la confidencialidad» (que rige en otros muchos ámbitos profesionales).

53 Se podría considerar que la confidencialidad es requisito, tanto si el conocimiento del hecho está reservado a una persona, como a un círculo cerrado de personas, siempre que exista una consciencia de que lo manifestado es intrasmisible a terceros. El problema estriba en si el elemento constitutivo del concepto es la «voluntad manifiesta» de los sujetos intervinientes (subjetivo), o si puede desprenderse inequívocamente de la propia naturaleza de la relación o de los propios datos u hechos transmitidos (objetivo). La **Corte de casación francesa** ha introducido dos categorías de secretos *judiciare* y *juridique* (considerando que, en la actividad de consulta, negociación, redacción de actas, no puede oponerse a las autoridades más que un secreto relativo). Sería, en el segundo tipo, en el que existe una mayor indeterminación puesto que, no toda reunión de abogados y partes, tiene que tener necesariamente naturaleza confidencial y que, para mayor garantía de la seguridad de los partícipes, debería ser requerida una manifestación expresa de conformidad.

54 De modo análogo, la **norma deontológica española** constituye al abogado en garante de la confidencialidad y le hace responsable de las actuaciones contrarias del **personal a su servicio** (pasantes y colaboradores que también quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumen su propia responsabilidad disciplinaria (EGAE art.28), o los compañeros con los que se comparte despacho. Sin embargo, no puede ser responsable frente a **terceros** cuando las informaciones hayan podido suministradas en las oficinas del cliente, del abogado contrario o en lugar público. Tampoco puede ser garante de las actuaciones del **cliente** porque, este, no está sujeto a la obligación de guardar secreto (EGAE art.8).

El problema se nos plantea, como hemos visto anteriormente, si fueran **grabadas** por el cliente, las **conversaciones** habidas con la parte contraria y su abogado, realizadas fuera del despacho profesional. Difícilmente cabe imputar alguna responsabilidad al abogado por este hecho. Se plantearía mayor dilema, si estas grabaciones, le son entregadas por el cliente al abogado con exigencia de ser presentada como prueba en el proceso y utilizada en su defensa. El Código Deontológico art.5.3 recoge la prohibición en los siguientes términos: «El abogado no podrá aportar a los tribunales....., las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo» y, a continuación señala «la prohibición de grabación sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes (art.5.4)» (CDAE, 2002). ¿Debemos entender que constituye un medio ilegítimo de defensa,

porque ha sido obtenido de modo ilícito, y que no puede ser aportado al proceso sin incurrir en responsabilidad deontológica? El Tribunal Supremo (TS 24-5-99, EDJ 18965), mantiene que existen diferencias entre «el hecho de que el cliente grabe sus propias conversaciones con el contrario, de aquel otro en que, para la grabación, se ha utilizado el propio despacho del abogado, el cual está sometido a estrictos deberes de confidencialidad, de lealtad y de respeto no solo con su cliente sino con la parte contraria». Para el CGAE, sería lícita la grabación de la conversación telefónica que un interlocutor mantiene con el otro pero considera que la infracción estaría en la presentación como prueba de la cinta magnetofónica así obtenida.

Precisiones

El nuevo **proyecto de estatuto** (aprobado por el Consejo General, en 2013, y aún no vigente), refuerza las exigencias formales aun cuando mantiene el contenido objetivo del anterior (mantiene la doctrina anterior de la extensión del secreto a las relaciones profesionales sin distinción alguna entre las partes). Así, en su art.23.2, no ampara actuaciones del abogado distintas de las que son propias de su ejercicio profesional (en especial las referidas a **comunicaciones, escritos y otros documentos** en los que intervenga con mandato representativo del cliente y lo haga constar expresamente). En el apartado 3) regula la prohibición de **grabaciones** sin previa advertencia y conformidad. Es novedosa la explicitación efectuada «sobre las grabaciones realizadas por el cliente, no conocidas por su abogado, incluso si este no lo era o no intervino en dicho momento» y la prohibición de «ser aportada o utilizada en juicio sin previa autorización expresa de todos los intervinientes». Compartimos la limitación si está presente la voluntad expresa de los participantes en las conversaciones pero debe ser motivo de reflexión esta prohibición sobre la aportación de pruebas -que afecta al derecho a la defensa-, en supuestos en que los testimonios de alguna de las partes pongan de manifiesto una conducta delictiva (como pudiera darse en el caso de utilizar una de las partes algún tipo de coacción -extorsión o amenazas- chantaje para forzar u acuerdo ventajoso), sin atender a un **pronunciamiento judicial de admisión o inadmisión** de la grabación facilitada por el cliente como prueba, por estar afectada de ilicitud. Creemos que no debería ser objeto de responsabilidad la acción del abogado -en el ejercicio del deber de la defensa- la simple aportación de pruebas que le han sido proporcionadas al objeto exclusivo de su defensa y que debe corresponder al juez la declaración de esta ilicitud y la admisión o inadmisión (si entiende que afecta al derecho a la intimidad). No debemos olvidar que el conocimiento adquirido por el juez en el visionado o audición del contenido de las cintas grabadas está amparado por su propia obligación de secreto y que está obligado legalmente a adoptar aquellas medidas que estime pertinentes para su protección. Puede aplicarse el principio de excepcionalidad basado en la colisión de bienes jurídicos (su resolución requiere el uso de una ponderación que no puede ser función atribuible al propio abogado como parte interesada).

55 Elemento subjetivo estatutario

Osorio y Gallardo en su obra «El Alma de la Toga», señalaba que, «en puridad, el secreto no puede exigírsele al abogado más que en aquellas cuestiones que queden confiadas a la conversación o al apunte personal».

En las **Normas deontológicas de los abogados europeos** (actualización de 2006, art.5.3.1), se establece con claridad que, «El abogado que pretenda dirigir a un compañero comunicaciones que desea que tengan carácter confidencial o without prejudice, deberá expresarle su voluntad claramente antes de realizar tales comunicaciones».

La **naturaleza esencial del secreto profesional** aparece perfilada por este «carácter confidencial» de los hechos, circunstancias o pormenores conocidos por el abogado a través de la relación con el cliente. *Quintero Olivares*, respecto al CP art.199.2 , dice que «tiene como bien jurídico protegido la intimidad de los clientes y no intereses corporativo-gremiales». En este mismo sentido, entendemos que no se puede poner en un mismo plano al cliente, al adversario y al abogado contrario. No cabe la menor duda de que, el nivel máximo de protección, se establece respecto del **cliente** y los **bienes jurídicos** que son **objeto de reconocimiento constitucional**: el de la «intimidad» y la «seguridad jurídica», de la que forma parte el derecho de defensa. Es en esta relación cuando el secreto profesional alcanza su máxima plenitud, como requisito imprescindible para el mantenimiento de la necesaria relación de confianza interpersonal que también se proyecta sobre la confianza social en los abogados. *Bajo Fernández* destaca esta diferenciación cuando señala que «el tipo de interés protegido en cada uno de los tipos de secreto debe repercutir directamente en la valoración de la deshonestidad de quien viole ese secreto y consecuentemente en la gradación de la sanción».

La propia regulación deontológica reconoce esta distinción cuando indica que, en las **relaciones con el abogado contrario** se debe proteger como bien jurídico el de la «lealtad» entre compañeros de profesión (que puede resultar imprescindible para la imagen social de la profesión y la realización más efectiva de las funciones jurídicas atribuidas, con especial indicación en los supuestos transaccionales). En el caso de las **obligaciones para con la parte contraria**, que están desaconsejadas en la norma deontológica (art.14), se limita a indicar el deber de trato considerado y cortés, al que debe añadirse el respeto a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de toda persona (sin que sea propio de esta relación la formulación de confidencia alguna que deba ser objeto de protección y, en todo caso, desaconsejables por cuanto el interlocutor imprescindible debe ser el abogado y no su representado.

La comunicación debe atender a las pautas marcadas por el abogado, dentro de la estrategia de defensa y su incumplimiento puede afectar negativamente a sus propios intereses).

Precisiones

Importante manifestación del ejercicio de la voluntad expresa sobre el ámbito de la confidencia, es la del **tiempo de preservación del secreto confiado**. El Proyecto de 2013 (art.23.6), recoge esta obligación en los siguientes términos: «El deber de secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que se encuentre limitado en el tiempo». El problema se suscita respecto al caso de fallecimiento, en el que si no hay manifestación alguna sobre su preservación, correspondería a los herederos la capacidad de su levantamiento (podría suscitarse también la controversia en el supuesto de la existencia de un interés público declarado).

56 Elemento objetivo: naturaleza de lo comunicado

No toda información presente en una conversación alcanza relevancia para los sujetos intervinientes en el acto comunicativo aunque en su inicio se haya establecido la condición genérica de la «confidencialidad». En consecuencia, el principio determinante de la obligación «no debe ser la voluntad del confidente sino la naturaleza de la confidencia». No todo lo comunicado por el cliente o por las partes intervinientes en la relación puede ser considerado objeto de protección y, no puede negarse la existencia de una convicción socialmente compartida sobre los datos sensibles para la intimidad (aquellos que afectan a la personalidad moral y a sus intereses económicos, jurídicos o de reconocimiento social).

Pero junto a esta dimensión de la intimidad socialmente compartida, difícilmente se puede negar la existencia de otros aspectos de la vida personal que merecen consideraciones muy dispares para la propia consciencia y autoestima de la persona. Es en esta faceta de la persona individual, en la que no cabe interpretar objetivamente el carácter reservado sin la expresa manifestación del interesado. Todos podemos recordar alguna experiencia en nuestra vida cotidiana que ejemplifica esta proposición. Me refiero al **contexto relacional** de las conversaciones confidenciales de amistad. En ellas, es frecuente que uno de los interlocutores manifieste su deseo expreso de no divulgación sobre algún hecho o manifestación personal que considera subjetivamente importante (sirva de ejemplo el dato de la edad biológica que, mientras para algunas personas, puede tener una valoración superior a la de las relaciones íntimas y, para su protección, adopta todo tipo de cautelas que eviten el conocimiento de otros o su difusión social; para otras no merece interés alguno y no lo protegen en modo alguno). ¿Puede entenderse que este dato forma parte de ese contenido objetivo que, sin la reserva expresa de confidencialidad, debe ser amparado por el deber de secreto profesional?

Por otra parte, no debemos olvidar que los **derechos de la personalidad son bienes disponibles** para sus titulares y que los datos de la intimidad pueden ser libremente revelados a otros o transformarlos en objeto de transacción mercantil (memorias personales que son objeto de comercialización). Es aquí, la voluntad del sujeto, la que administra los datos de su intimidad y establece la calificación de los mismos como íntimos. ¿Debe ser el abogado quien establece la distinción de lo que objetivamente debe ser protegido como contenido del secreto profesional y aquello que queda fuera de este deber?. *R. del Rosal*, sostiene, de acuerdo con la doctrina colegial, que es el contenido objetivo el elemento determinante de la distinción y no la valoración o consideración subjetiva establecida por el confidente, «Lo que hace indiferente que el confidente haga o no constar al abogado la naturaleza confidencial para que venga protegido por el deber de secreto». Del mismo modo, en sentido contrario, si el confidente manifiesta la no confidencialidad, lo será si objetivamente goza de dicha naturaleza».

Manzanares y Cremades (La Ley, 1996), consideran como **elementos constitutivos del secreto**: «el conocimiento de un hecho reservado», la «consciencia de su intransmisibilidad a terceros», que «no hayan alcanzado transcendencia o dimensión pública» y la existencia de «un interés serio y legítimo en su ocultación».

58 La interpretación extensiva de la presunción de confidencialidad (EGAE art.32.1 y LOPJ art.437.2), al incorporar como contenido del deber a «todos los hechos o noticias», y a «todo tipo de actuaciones del abogado», puede llegar a imposibilitar ulteriores actuaciones en el ejercicio de la defensa (si en las conversaciones o escritos se incorporan datos de la parte contraria que no han sido convenidos). El **Tribunal Constitucional**, en reiterada jurisprudencia, se hace eco del problema e indica que «cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos», se origina una clara indefensión que no puede ser amparada. En el mismo sentido *del Rosal* señala que «una parte no puede pretender que quede activada la confidencialidad para el defensor de la parte adversa sobre hechos sensibles para ella por el mero hecho de hacerle objeto de confidencia sobre los mismos». Es desde estas posibles consecuencias cuando nos posicionamos en favor del requisito del requerimiento de la confidencialidad entre los abogados expresada de modo fehaciente y aceptada por la otra parte. El propio estatuto de 2001, atribuye a la abogacía el dual deber de «prestar un servicio de interés público» y la «defensa de intereses públicos y privados».

c. Los límites del secreto profesional

- 60 La doctrina más consensuada en materia de derechos humanos, sostiene que todos los derechos fundamentales son proyecciones del sujeto -en cuya personalidad se insertan- y, si la persona es limitada, también deben entenderse limitados sus derechos. La propia naturaleza de cada uno de los derechos y la colisión de derechos constituyen sus límites racionales. Si el secreto profesional encuentra su **fundamento** en la protección de los derechos a la intimidad y seguridad (a la que responde la defensa jurídica), y si el secreto tiene su origen en la confidencialidad (no existe secreto sin confidente y confidencia), resulta evidente que no es un deber ilimitado.

Surgen los límites que podemos concretar en los siguientes **supuestos**:

a) La voluntad del depositante. Si el cliente exige al abogado de la obligación, ¿deberá entenderse que cesa el deber profesional de su custodia?. Como principio general parece incontestable si no existiera duda alguna sobre su plena capacidad de obrar pero puede suscitarse algún reparo si nos atenemos a otro deber fundamental que sería el relacionado con la defensa del cliente. No dudamos de que la exención se proyecta sobre su condición de garante de la intimidad pero no debe extenderse a las exigencias de la defensa y no debe hacerse uso de los datos confidenciales si puede perjudicar al defendido. Esta es la posición sostenida e incorporada a la regulación deontológica, en el CDAE, se dice «el consentimiento del cliente no excusa al abogado de la preservación del secreto» (CDAE art.5.8). Es evidente que no tendría más consecuencias que la derivada del cumplimiento deontológico del deber de **honestidad, diligencia y lealtad** para no perjudicar los intereses encomendados puesto que es potestad del cliente el cese de la relación jurídica por la pérdida de confianza. Así el CP establece que «el abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con penas de multa e inhabilitación especial...» (CP art.467).

b) La colisión de bienes jurídicos. El derecho-deber de secreto debe ceder, cuando entran en riesgo otros bienes jurídicos que también deben ser protegidos y tiene prelación en la jerarquía de valores protegidos (vida, integridad, libertad, dignidad, etc.). La problemática cuestión de la jerarquía axiológica solo puede tener discutible respuesta en el reconocimiento jurídico de las prelación de derechos.

- 62 Los **problemas más destacables** en este conflicto axiológico-jurídico serían:

- La investigación de delitos y **entrada y registro en despachos profesionales.** En nuestro marco jurídico, no se presenta obstáculo alguno a la entrada y registro del despacho del abogado para la investigación de delitos cometidos por los clientes o el propio abogado. Aunque el EGAE establece la garantía de la presencia del decano del Colegio, la jurisprudencia no le confiere mayor valor que el de una deferencia recomendable, puesto que se da por cumplido - el requisito de legalidad- con la presencia en el mismo del letrado de la Administración de Justicia (TS 1-10-99, EDJ 36404) modificando la doctrina anterior que lo reconoce como requisito procesal).

- Las **intervenciones telefónicas:** análoga consideración que la anterior merece la intervención de conversaciones telefónicas del despacho profesional -si existen indicios suficientes de participación en actividad delictiva-. La gravedad del supuesto está conectada con los derechos de los clientes no implicados en el delito investigado y que conectan con su abogado para traslado o petición de informaciones relativas a sus defensas. Mayor comprensión merece cuando la intervención no es directa de los teléfonos profesionales del despacho sino los de aquellos clientes que están siendo investigados.

- Las **intervenciones en ámbitos penitenciarios.** La referencia más controvertida es la de las intervenciones de conversaciones de los abogados y clientes que motiva la condena por prevaricación del juez que las ordenó con el argumento de que «las resoluciones judiciales, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa, suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos» (TS 9-2-12, EDJ 6372). La única excepción recogida en nuestro ordenamiento por la LOGP 1/1979, es la referida a supuestos de terrorismo.

- El deber de impedir delitos, la **condena de inocentes y la impunidad de culpables.** Es este un claro supuesto de limitación del deber por colisión de bienes jurídicos.

El incumplimiento del deber jurídico de secreto profesional está contemplado como supuesto de responsabilidad penal por «Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución» (cuando el delito afecte a la vida, integridad, salud o libertad de las personas) (CP art.450).

Precisiones

1) La colisión del secreto con los derechos del tercero inocente condenado por el delito, no es justificación suficiente para la vulneración del secreto. En el proceso penal, la aportación de pruebas corresponde a las partes y

no es objeto de la defensa el de impartir justicia. No obstante, puede encontrarse alguna limitación en supuestos de colisión de bienes de mayor trascendencia como la condena a muerte de un inocente que podría ser salvado con la revelación de algún dato confidencial. A nuestro juicio, debería seguir rigiendo el deber de reserva de la confidencia y limitar la revelación a aquella información mínima que pudiera servir a la evitación de un daño irreparable como la muerte. Es este uno de los supuestos más controvertidos en la protección y limitación de deberes relativos al secreto. Si atendemos a criterios ontológicos y aún sociales, respecto a los valores preferentes, es seguro que recibirá mayor consenso la posición que defiende como actuación debida «la obligación de levantar el secreto si existe el riesgo de perder la vida de un tercero inocente», pero si esta posición jurídica prevalece, desaparecerá la seguridad del confidente sobre la preservación de lo comunicado y dejara de existir la propia confidencia, afectando gravemente a la confianza en la institución de la defensa.

2) En uno de los primeros recursos atendidos por el Tribunal Constitucional, resolviendo un recurso de amparo presentado por *Garrido Falla* contra la Agencia Tributaria (por vulneración del «derecho a la intimidad» de los clientes reflejado en los apuntes de pagos contenidos en las cuentas corrientes), se dictó sentencia contraria a la petición del abogado que estuvo fundada en la **prevalencia del interés general** vinculado a la obligación del pago de impuestos frente al secreto profesional y el secreto bancario.

d. Régimen disciplinario

- 70 Si bien la jurisprudencia de nuestros altos tribunales ha venido manteniendo la doctrina de «la naturaleza jurídica de las obligaciones deontológicas», la exigencia de reserva de ley no excluye la posibilidad de **remisión a normas reglamentarias**, pero si que la remisión haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (TS 27-12-94, EDJ 10414). En este sentido, los regímenes sancionadores colegiales, sitúan la regulación en el marco de la L 2/1974 de Colegios Profesionales (modif L 74/1978 ; L 7/1997 ; RD Ley 6/1999 ; RD Ley 6/2000 ; L 25/2009 y L 5/2012). En concreto, establece, entre otras funciones de los colegios, la de «ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial» (L 2/1974 art.5.i).

En cumplimiento de la función atribuida, el Consejo General de la Abogacía Española, aprueba el proyecto de Estatuto General de la Abogacía Española que es elevado a la aprobación del Gobierno (RD 658/2001).

- 71 Las **referencias al secreto profesional** en esta norma se encuentran circunscritas a los siguientes:
- Al regular la publicidad de servicios de los abogados se contempla, entre otras prohibiciones, la de aquella publicidad que suponga «revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional» (EGAE art.25.2 a).
 - «Se extenderá a todos los miembros del despacho el deber de secreto profesional...» y «para la mejor salvaguardia del secreto profesional... las normas reguladoras del despacho podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias...» (EGAE art.28.6).
 - «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos y noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional...» (EGAE art.32; LOPJ art.437.2).
 - Con respecto a los demás colegiados, mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia (EGAE art.34.e).
 - En relación con las partes, para con la parte defendida, el cumplimiento del deber de defensa con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional (EGAE art.42.1).
- 72 En la **tipificación de las infracciones**, no existe un reconocimiento de tipo específico para la vulneración del secreto, debemos interpretarlo en conexión con otros deberes deontológicos entre los que deben citarse:
- En **infracciones muy graves**, se recoge la infracción en materia de publicidad con incumplimiento de los requisitos especificados en el art.25, y en su apartado c), en el que solo se hace una mención genérica a los supuestos de comisión de delitos dolosos, actos y omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión, a las reglas éticas que la gobiernan y a los deberes establecidos en el estatuto; y en el d), dentro del atentado contra la dignidad u honor, y contra los compañeros con ocasión del ejercicio profesional (EGAE art.84).
 - En **infracciones graves**. Solo cabe mención al apartado d), si entendemos que puede establecerse relación sustantiva del secreto con los actos de desconsideración manifiesta hacia los compañeros en el ejercicio de la actividad profesional (EGAE art.85).

Las **deficiencias en la tipificación** actual han sido causa de frecuentes controversias en las resoluciones sancionadoras, tanto entre los diferentes Colegios profesionales como en las sentencias de los distintos tribunales que han tenido que pronunciarse, con las naturales repercusiones en la certidumbre de las conductas perseguidas como en su gravedad. Afortunadamente, el **nuevo estatuto**, que ha sido aprobado por el Consejo General de la Abogacía (Pleno de 12 de Junio de 2013), que deberá sustituir al texto vigente de 2001, incorpora importantes modificaciones que supondrán una significativa mejora en el ámbito sancionador y, singularmente, con respecto al tipo del secreto profesional.

4. El conflicto de intereses

- 80 Una de las manifestaciones del citado deber impone al abogado abstenerse de aceptar encargos que impliquen **actuaciones contra un antiguo cliente** cuando exista el riesgo efectivo no meramente hipotético (y que deberá quedar debidamente acreditado) de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con un antiguo cliente puedan ser vulneradas o de que puedan utilizarse en beneficio del nuevo cliente para lograr alguna ventaja en el citado asunto. Y lo mismo cabe predicar respecto de un asunto en el que un conjunto de clientes pueda resultar afectado por un mismo hecho (p.e. un accidente), el abogado deberá abstenerse de intervenir, tanto por la posible existencia de conflicto de intereses como por una eventual vulneración del secreto profesional o por resultar afectada su libertad e independencia.

La posible existencia de conflicto de intereses en la actuación del profesional cuando actúa en contra de un antiguo cliente obliga a realizar un análisis de qué se entiende por conflicto de intereses y si dicha prohibición es perpetua. El Tribunal Supremo indica que el término es un **concepto jurídico indeterminado** para cuya concreción y entendimiento habrá de conocer el detalle del caso concreto (TS 9-7-01, EDJ 31085). Añade el Tribunal que sería factible, sin conculcar la prohibición del artículo 13, aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones frente a un anterior cliente cuando haya **transcurrido un tiempo razonable** y cuando el abogado no pueda verse en ningún momento en situación de utilizar información de la que tuvo conocimiento a raíz de su anterior vinculación profesional y directamente de su anterior cliente. Surge entonces la duda de qué se entiende por «tiempo razonable» (de nuevo un concepto jurídico indeterminado), parece que el Tribunal está pensando en un tiempo lo suficientemente largo como para alejar cualquier posible duda acerca de la rectitud moral con la que se acepta a los nuevos clientes. En cualquier caso, lo que sí resulta evidente es que dicha prohibición no puede suponer, de facto, la imposibilidad de ejercicio indefinida respecto a ciertos clientes o en ciertos asuntos pues, si se trata de un abogado especializado en una determinada rama del derecho, será muy difícil que, antes o después, no se susciten controversias frente a antiguos clientes. No obstante, transcurrido un tiempo, también es cierto que debe existir el riesgo de que dicho conflicto de intereses pueda afectar al ejercicio diligente de la profesión sin conculcar el deber de secreto o aprovechar ilícitamente dicho conocimiento del cliente precedente para obtener alguna ventaja, pero no por el simple hecho de ser el contrario un antiguo cliente necesariamente y en todo caso existirá conflicto de intereses y riesgo de conculcar algún principio deontológico.

- 81 En **relación con la parte contraria**, el abogado deberá abstenerse de ponerse en contacto con la misma cuando le conste que está representada por otro compañero, debiendo en tal caso mantener la relación con el citado letrado, salvo que expresamente el compañero autorice la citada comunicación con su cliente. No obstante, si la parte contraria no dispone de abogado que le asista, el letrado deberá recomendarle que designe uno y, si a pesar de ello, persistiera en su intención de no tener abogado, el interviniente deberá evitar cualquier abuso respecto a dicha parte contraria.

Tampoco estimó el Alto Tribunal la vulneración de la norma deontológica contenida en el art.13 (conflicto de intereses) en el supuesto de letrado que tiene como cliente a una persona y acuda al despacho la hermana de esta, que también tiene intereses en el asunto de referencia -una herencia-, cuando dicho letrado no acepta la defensa de la hermana ni el asesoramiento planteado. Motivo por el que se archivó el expediente disciplinario inicialmente incoado frente al letrado denunciado (TS 19-1-15).

5. Otros principios deontológicos

- 83 Otros principios deontológicos que cabe exigir a los profesionales de la abogacía serían el principio de decoro y el principio de integridad:

a. Principio del decoro

- 85 Dicho principio orienta al profesional en su conducta con el fin de que no resulte dañada su reputación personal así como para que no disminuya por derivación el prestigio de la profesión. Cualquier inmoralidad privada daña la imagen de la profesión, pero también es preciso advertir que existen actividades perfectamente lícitas que se reputan no decorosas (p.e. la **autopropaganda** y **publicidad** del propio oficio, no con carácter general, sino cuando se realizan

de forma **ostentosa**, aparatosa -letreros luminosos, anuncios con slogans llamativos, etc.-, engañosa, la casuística es interminable).

También resulta indecoroso la **compra del pleito** (en caso de profesionales que acuden a hospitales para pagar a los accidentados y que no denuncien o retiren la denuncia a las mutuas de seguros, o también cuando lo que hacen es ofrecer sus servicios para presentar denuncias aprovechándose de la **situación de depresión o confusión** -conducta esta expresamente prevista como publicidad prohibida tanto en el EGAE art.25.2.c: «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», como en el proyecto de EGAE art.21.2.c de 2013-). De igual modo resulta proscrito la publicidad utilizando los emblemas o símbolos colegiales que están reservados para publicidad institucional en beneficio de la profesión en general y no exclusivamente de alguno de sus colegiados (EGAE art.25.2.f).

Se reputan indecorosas también las siguientes conductas:

- dirigir **ofensas o expresiones inconvenientes** frente a otros compañeros, la parte contraria o terceros;
- realizar insinuaciones, **calumnias o injurias** frente a los mismos;
- comportarse **irrespetuosamente**;
- proferir **amenazas** contra la parte contraria o sus profesionales; etc.

b. La integridad

- 87 El profesional debe desarrollar sus funciones de forma íntegra, esto es, que se comporte de manera honrada, leal, veraz y diligente. El valor esencial es la **lealtad**, del que derivan la **veracidad** y la **fidelidad**. Dicho valor supone que el profesional no puede admitir regalos, sobornos, etc. por parte de la parte contraria o de otro profesional con objeto de que no desempeñe su función de forma honrada y eficaz, facilite información vulnerando el deber de secreto profesional, etc.

Los abogados no pueden por tanto exigir, solicitar o aceptar, directa o indirectamente, regalos, gratificaciones o cualquier otra ventaja personal o profesional, que vayan más allá de los usos sociales y de cortesía. ¿Qué se consideran **regalos de cortesía** para un profesional? Los que se puedan realizar como regalos que no supongan un coste excesivo y estén admitidos generalmente por la sociedad como algo habitual (regalos de agradecimiento, regalos según la época de que se trate: navidad, conmemoración de aniversarios, etc.). Precisamente esta actuación de facilitar información (denuncia al órgano judicial de unos hechos supuestamente delictivos cometidos por otro letrado al realizarle una propuesta que entendió era delictiva y, en consecuencia, grabar la citada conversación con ánimo de acreditar tales hechos) fue reputada infracción deontológica tanto del principio de integridad como del secreto profesional y, en consecuencia, merecedora de sanción disciplinaria (TSJ Madrid 23-10-02).

6. El Estatuto General de la Abogacía Española

- 90 El texto del **proyecto de nuevo estatuto** (aprobado por el CGAE en 2013), que deberá sustituir al anterior del RD 658/2001, introduce en su exposición de motivos la exigencia de **adaptación al nuevo marco normativo** (que afecta directamente a la organización colegial y al ejercicio profesional como es el caso de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio - L 17/2009 -, la ley de modificación de diversas normas para su adaptación a la ley anterior - L 25/2009 -, la ley sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales - L 34/2006 -, la ley de sociedades profesionales - L 2/2007 - y el Real Decreto regulador de la relación laboral de carácter especial de los abogados - RD 1331/2006 -), **al nuevo marco competencial** (teniendo en cuenta los Estatutos de Autonomía y la jurisprudencia dictada sobre este particular por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo) y **modernizar su redacción y contenido** (ampliando considerablemente el mismo, pasando de los 99 artículos del precedente a los 140 del actual, e **incorporando**, como señala su propio preámbulo, **con mayor claridad las normas deontológicas** pues «la deontología profesional siempre ha sido una seña de identidad de los abogados españoles. Es el momento de reivindicarla con absoluta convicción, incorporando su regulación general al estatuto. El texto recoge normas deontológicas adecuadas a la realidad social actual, definiendo una deontología profesional no corporativista, protectora de los derechos del cliente y del interés general. No podemos olvidar que la **Directiva de servicios** crea y apuesta decididamente por la independencia, dignidad e integridad de las profesiones reguladas y lo manifiesta así expresamente. Y cree también en el secreto profesional. Se trata de valores superiores reconocidos comúnmente y que se deben fomentar. Se trata de principios, valores y conceptos esenciales para el correcto ejercicio profesional, para la defensa de los derechos más elementales de los ciudadanos y para una correcta Administración de Justicia»).

El estatuto cuenta con un **título preliminar** que se ocupa de los principios rectores de la abogacía y los valores esenciales que deben regir la misma, y **once títulos** (divididos a su vez en capítulos) y a que se han hecho referencia en el epígrafe primero del presente.

A lo largo de todo el capítulo se hará referencia obligada al citado estatuto, de modo que no merece la pena dedicar mayor esfuerzo en esta sede, salvo quizás lamentar que dicho texto no haya aprovechado para superar cuestiones que han suscitado problemas desde siempre como el caso de la naturaleza colegial como corporación de derecho público o como una auténtica autoridad reguladora del mercado de los servicios profesionales (parece que habrá que esperar a la próxima reforma).

El estatuto cuenta con otras novedades interesantes como es el reconocimiento de la **escuela de práctica jurídica** como institución necesaria para la obtención de la habilitación y, en consecuencia, la inscripción en el colegio profesional; el reconocimiento del denominado **servicio de asesoramiento jurídico en línea o a través de internet** (art.17) que no obsta para que su ejercicio, por más que fuere telemático, no quede al margen de su regulación y sujeción al estatuto y al código deontológico (dicho ejercicio deberá garantizar la adecuada confidencialidad de las comunicaciones y el secreto profesional así como la identificación del concreto profesional que prestará el servicio, con carácter previo a la solicitud del abono de importe alguno); es igualmente novedad la inclusión, del título 7º denominado «deontología profesional», cuyo título pudiera hacer pensar en una completa regulación de las normas deontológicas que debe cumplir el profesional, nada más lejos de la realidad, el citado título consta de un único precepto (artículo 62) que se limita a señalar una obviedad como es que los abogados deben cumplir las normas deontológicas del Código, del estatuto y del Código del Consejo de Abogados de Europa y que si el colegiado se desplaza para ejercer en el ámbito territorial de otro Colegio deberá cumplir, además, sus normas deontológicas. Como se aprecia, con tal contenido podría haberse ahorrado el redactor tal previsión, evitando que el lector se haga una idea de lo que debiera ser pero que no es (una completa regulación deontológica de la actividad profesional). Quizás el tiempo transcurrido desde la aprobación del proyecto de EGAE en 2013, y el que aún resta hasta que sea aprobado por el Gobierno y, en consecuencia, resulta de aplicación efectiva, puede hacer que el texto originario de 2013 sea nuevamente modificado para adaptar el mismo a las nuevas realidades que en estos últimos tiempos hayan podido acontecer en materia deontológica.

7. Los colegios profesionales de abogados. La organización colegial

a. Orígenes históricos

- 95 La creación de la Congregación de Abogados de Madrid se produce en los últimos años de la vida de Felipe II. Comienza con una reunión de abogados en el Convento de San Felipe (sito en la calle Mayor) y se acordó redactar las constituciones y reglas por las que dicha Congregación había de regirse. El Rey Felipe II otorgó la **Real Cédula de aprobación** el 15-7-1596.

En el Prólogo se dice «las uniones o congregaciones hechas entre cristianos son gratas a los ojos de Dios especialmente si se dirigen al aumento del culto divino, caridad fraternal, socorro de los pobres, viudas y huérfanos, encarcelados y otras obras de misericordia, a lo cual están obligados los que han recibido mayores favores de la mano de Dios».

Capítulo 7 «Item ordenamos que los abogados de esta congregación sean muy modestos como su hábito y profesión lo requiere... y den buen ejemplo todos».

Capítulo 20: «Item ordenamos que para los negocios de los pobres vergonzantes, civiles y criminales, se nombren cada año ocho abogados».

Otros asuntos: «Socorros económicos a viudas y huérfanos de los abogados congregantes», «Socorro a abogados pobres», «Asistencia a abogados enfermos», etc.

b. El marco constitucional y legal

- 97 La sentencia del TCo 89/1998, en una cuestión de inconstitucionalidad planteada, en relación con el art.3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, sienta las bases doctrinales de la naturaleza jurídica de los Colegios.

En sus fundamentos jurídicos establece, frente a la Audiencia Nacional, la naturaleza bifronte de los colegios profesionales: consideración de **corporaciones sectoriales de base privada**, esto es «corporaciones públicas» por su composición y organización que, sin embargo realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan delegadas por la ley funciones públicas, lo que lleva a afirmar que los estatutos constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación del Const art.22. Apoyándose en la jurisprudencia del TEDH, afirma que la obligación de inscribirse los profesionales en el colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada.

Justamente la Constitución contribuye a atemperar a los colegios a los principios del estado social y democrático de derecho. Su reconocimiento los configura como una garantía institucional del pacto entre los profesionales titulados y el Estado, en virtud del cual,

- Los colegiados aceptan someterse a determinadas normas éticas de conducta.
- El Estado otorga a los profesionales un estatuto privilegiado para ejercer con las debidas garantías las funciones atribuidas.

La **Constitución Española** dispone «la Ley regulará el régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura y funcionamiento deberán ser democráticos» (Const art.36).

La reserva de ley estipulada en el precepto constitucional se hace efectiva por ley sobre colegios profesionales que fue promulgada el 13-2-1974 (L 2/1974) y reformada posteriormente por L 74/1978 y L 25/2009 , principalmente, así como analizada desde diversos prismas por el Tribunal Constitucional.

Merece destacar principalmente de su articulado algunas disposiciones como es la que se ocupa de la **naturaleza jurídica** de los colegios como corporaciones de derecho público, amparadas por la ley, reconocidas por el Estado y con personalidad jurídica y capacidad plena para cumplir sus fines (L 2/1974 art.1), siendo sus **finés** primordiales la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria (como es el caso de los abogados) y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados (L 2/1974 art.1.3).

Para formar parte de un colegio profesional la ley impone el **pago de una cuota** (que no podrá exceder de los gastos inherentes a la tramitación de la inscripción) y ostentar una determinada titulación (licenciado en derecho para el caso de los abogados). Quizá por ello sorprende que, siendo los gastos de inscripción semejantes haya tanta disparidad en los importes de las cuotas de los diferentes colegios profesionales de nuestro país y las condiciones previstas estatutariamente (realizar un master de práctica jurídica y aprobar la prueba correspondiente de acceso a la abogacía). Particularmente conflictiva fue la disposición referente a la **colegiación obligatoria** de los profesionales como requisito *sine qua non* para el ejercicio de la citada profesión (L 2/1974 art.3.2). La controversia se suscita, principalmente, en relación con el **derecho de asociación** (Const art.22) por cuanto el derecho de asociación cuenta con una doble vertiente: el derecho a asociarse o incorporarse a cualquier asociación constituida o en constitución y el derecho a no asociarse a ninguna asociación.

- 98 Resulta imprescindible analizar el conflicto partiendo de la naturaleza de los colegios como **corporaciones de derecho público**, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (ex art.1), de donde se infiere, sin dificultad, que los colegios profesionales se insertan dentro de la administración corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los colegios profesionales sujetos a Derecho administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos al derecho administrativo y por ello a las competencias exorbitantes propias de este (L 2/1974 art.8.1).

Lo anterior supone que los **colegios oficiales actúan como Administración pública, y como entes privados**; en el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, en el segundo actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de derecho. Ahora bien, antes de seguir con el análisis de la incidencia de las descritas posiciones de los colegios, es importante señalar que la dualidad que se expone en la actuación de la administración corporativa, se observa igualmente en la Administración territorial e institucional. La Administración pública actúa sometida a Derecho administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por este reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica -con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición pública-. En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada de la recurrente, justifican el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan con sometimiento a Derecho privado; o bien, el carácter de Administración pública de los Colegios, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los preceptos de la Ley 16/1989 .

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, no es determinar la naturaleza jurídica del colegio profesional, sino determinar qué competencias actúan, esto es, debe establecerse si la **conducta sancionada** se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo esta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia -y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho público que ocupa-, pero otra cosa es cuando actúa sometida a Derecho privado,

como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines.

100 Sentado lo anterior, es preciso conocer cuáles son los **argumentos** de la **Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional** en la cuestión de inconstitucionalidad del citado precepto de la Ley de colegios profesionales que impone la **adscripción al colegio de forma obligatoria** como medio necesario para poder desarrollar su actividad profesional (L 2/1974 art.3.2).

Sintéticamente, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la **Audiencia Nacional** a este respecto argumentaba:

- a) Los colegios no son fundados o creados por los poderes públicos sino por los particulares.
- b) No están integrados en la estructura del Estado (son instituciones privadas) y, según el art.2.3 de su Ley reguladora, se relacionan orgánicamente con la Administración a través del departamento ministerial competente. Los poderes públicos carecen de poder alguno en lo referente a la designación de los miembros de los organismos directores de los colegios.
- c) La Administración carece de competencias en la designación de sus directivos.
- d) La pertenencia obligatoria contradice la exigencia de estructura y funcionamientos democráticos.
- e) No existen razones de trato diferenciado con partidos políticos y sindicatos regidos por la libertad de afiliación.
- f) El derecho de asociación reconocido por la Const art.22 posee dos vertientes: El derecho a asociarse y el derecho a no asociarse. La exigencia impuesta por la Ley de colegios profesionales de la colegiación obligatoria (L 2/1974 art.3.2) está en contradicción con esta segunda faceta.
- g) Ante dicha contradicción debe prevalecer el derecho de asociación por dos razones: los colegios profesionales no son un fin en sí mismos por tener un carácter instrumental para el mejor desarrollo de la persona y del orden social. Lo que constituye el fundamento del orden político y de la paz social es la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes (Const art.10.2) entre las que se encuentra el derecho a asociarse y, por tanto, a no asociarse.
- h) La exigencia de que la estructura y funcionamiento sean democráticos (Const art.36) no puede considerarse cumplida cuando la pertenencia es obligatoria. El principio de libertad, que debe ser criterio interpretativo de la Constitución, no puede compatibilizarse con la adscripción obligatoria a un colegio profesional, cuya realidad demuestra que alberga sectores profesionales distintos, con intereses también distintos e incluso contrapuestos.
- i) Por último, no parecen existir razones que justifiquen el diverso tratamiento de los Colegios Profesionales respecto de partidos, asociaciones empresariales y sindicatos, tipos especiales de asociaciones reconocidos en la Constitución que, no obstante, mantienen el principio de libertad de afiliación.

Por su parte, el **Tribunal Constitucional** argumentaba, en contra:

- a) Concepción doctrinal mixta o bifronte puesto que los colegios profesionales de abogados son corporaciones con fines públicos y privados (CC art.35). Las corporaciones son siempre de carácter público que persiguen fines más amplios que los de interés particular.
- b) No son entes públicos descentralizados. Son una típica especie de corporación: reconocida por el Estado dirigida a garantizar el ejercicio de determinadas profesiones que constituyen un servicio esencial que debe ajustarse a normas y reglas que aseguren la eficacia y responsabilidad en el ejercicio que está garantizado, en principio, por el Estado con la expedición del título habilitante.
- c) Distinción respecto a otras personas jurídicas de interés público o privado.
- d) La Constitución española constitucionaliza su existencia pero no predetermina su naturaleza jurídica. El legislador puede optar por una configuración determinada dentro de los límites constitucionales y la naturaleza y fines de los colegios pero con la menor restricción al derecho de asociación y libre elección de profesión u oficio solo justificada lícitamente en la necesidad de servir un interés público: el derecho de defensa.
- e) La colegiación obligatoria no constituye una vulneración de la libertad asociativa por cuanto la habilitación del Const art.36 permite al legislador establecerla en razón de los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones. De este modo la adscripción obligatoria de los abogados no es contraria a la Const art.36 mencionado pues ni la ordena ni la prohíbe ni establece ningún contenido esencial de derechos, ni tampoco se opone al Const art.22 que por ser genérico ni lo menciona. ¿Qué ocurre entonces con el problema de colegiación de los servidores públicos: médicos, letrados, veterinarios, arquitectos? ¿la responsabilidad administrativa de los funcionarios y la responsabilidad subsidiaria de la Administración? Esto es lo que subyace a la consideración de la naturaleza jurídico-administrativa de los colegios profesionales. Dicha colegiación obligatoria coexiste en perfecta compatibilidad y sin

contradicción alguna con el principio democrático de su funcionamiento interno, en contra de lo que sostiene el órgano judicial que plantea la cuestión. No hay colisión entre la protección que merece el derecho de asociación y la regulación por ley de los colegios profesionales. Los colegios profesionales se diferencian con claridad de otros entes públicos, como los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales, por la índole distinta de la función social que genuinamente desarrollan, lo que explica que su régimen jurídico no tenga que ser igual como parece sostener la Audiencia Nacional.

f) Homogeneidad de requisitos en el espacio europeo: colegiación y sometimiento disciplinario ¿problema de los Tribunales de Honor? (nº 10).

- 101 A la vista de lo anterior, parece claro que el **núcleo de su cuestionada inconstitucionalidad** reside en la incidencia del precepto legal (L 2/1974 art.3.2) en el derecho fundamental consagrado en la Const art.22 , es decir, el **derecho de asociación**. Así, mientras la sala de la Audiencia Nacional considera, en efecto, que la colegiación obligatoria que impone el art.3.2 entraña una vulneración del derecho de asociación en su proyección negativa, es decir, en cuanto la Const art.22 protege y ampara también la libertad de no asociarse. Nada hay que decir, en abstracto, sobre la corrección de este último inciso, de suyo lógico y razonable. Ocurre, sin embargo, que su entendimiento y aplicación no pueden hacerse extensivos a todos los supuestos o instituciones jurídicas de carácter asociativo sin antes comprobar si a estas también les corresponde por su naturaleza y fin. Se quiere decir con ello que la Audiencia parte de un presupuesto que condiciona o prejuzga su conclusión, es decir, el de considerar que los colegios profesionales a los que se refiere la Const art.36 están incluidos, sin más, en el ámbito del art.22 de la misma. Que reconoce el derecho de asociación como derecho fundamental protegido por el art.53.1 y 2, y por tanto, excluido su contenido esencial de la alteración por Ley. Si el colegio profesional fuera una asociación, la Ley no puede limitar uno de los elementos de ese contenido, cual es el de la libertad del ciudadano -profesional titulado aquí- para crearlo, asociándose o no, incorporándose o no al colegio. Determinar, pues, si esa equiparación es o no correcta, así como el sentido de la Const art.36 , ha de ser también el presupuesto de esta sentencia.

Además, la Const art.36 no se refiere a la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, manteniéndose por ello viva -y explicable- la preocupación de la doctrina en torno de aquella. Puede afirmarse, sin embargo, que la inmensa mayoría se pronuncia en favor de una concepción mixta o bifronte que, partiendo de una base asociativa, nacida de la misma actividad profesional titulada (a esta se refieren casi todos los colegios profesionales), consideran los colegios como **corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados**, pero integrados siempre en la categoría o concepto de corporación, al que al hablar de las personas jurídicas, ya se refería el CC art.35 , que separa «las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la Ley» de las «Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales...», distinguiendo así las Asociaciones de interés público, las Asociaciones de interés particular y las corporaciones, siendo estas siempre de carácter público o personas jurídicas públicas, porque pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado, concediéndoseles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades -especie de delegación del poder público para que puedan realizar aquellos fines y funciones, que no solo interesan a las personas asociadas o integradas, sino a las que no lo están, pero que pueden verse afectadas por las actuaciones del ente. No por eso, sin embargo, se ha llegado a concluir que esas corporaciones se integran en la Administración, ni tampoco que puedan ser consideradas como entes públicos descentralizados, pero sí que es justamente por cumplir, al lado de los privados, fines públicos, por lo que se hace preciso la intermediación legal. Eso explica el reconocimiento legal de las corporaciones al que se refiere el CC art.35 y, adelantando el argumento, el mandato constitucional contenido en el texto de Const art.36 : «La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales...».

- 102 De este modo, insistiendo algo más en esta idea, los colegios profesionales, en efecto, constituyen una típica **especie de corporación**, reconocida por el Estado, dirigida no solo a la consecución de fines estrictamente privados, que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio -de la profesión- que constituye un servicio al común -se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante. Todo ello supone un **conjunto normativo estatutario**, elaborado por los miembros del colegio y sancionado por el poder público, que permitirá, a la vez, la posibilidad de recursos y la legitimación para interponerlos, tanto por los colegiados como por personas ajenas al colegio, pero no ajenas al ejercicio de la profesión, sean clientes, sean interesados extracontractuales, en su caso, es decir, según la profesión de que se trate. Así es como la legislación vigente configura a los colegios profesionales. Es el legislador, por tanto, dentro de los límites constitucionales y de la naturaleza y fines de los colegios quien puede optar por una configuración determinada (TCo 42/1986) dado, además, que la reserva legal citada no es equiparable a la que se prevé en la Const art.53.1 respecto de los derechos y libertades en cuanto al respeto de su contenido esencial, puesto que en los colegios profesionales -en la dicción del art.36- no hay contenido esencial que preservar (TCo 83/1984), salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático. Otra cosa es que el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere la Const art.36 deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (Const art.22) como el de libre elección profesional y de oficio (Const art.35) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un colegio profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que al afectar la existencia de este a los

derechos fundamentales mencionados, solo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público.

- 103 Por su parte, la doctrina de este Tribunal es ya reiterada en lo que se refiere a la **calificación jurídica de los colegios profesionales** a partir de la sentencia TCo 23/1984 , en la cual, partiendo del pluralismo, de la libertad asociativa y de la existencia de entes sociales (partidos, sindicatos, asociaciones empresariales), se alude a la de otros entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos (Const art.36 y 52) que pueden llegar a ser considerados como corporaciones de derecho público en determinados supuestos. La sentencia TCo 123/1987 se hace eco de esa doctrina y afirma su consideración de **corporaciones sectoriales de base privada**, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan delegadas por la ley funciones públicas, lo que le lleva a afirmar que los estatutos del colegio constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación de que trata la Const art.22 y, en fin, la sentencia TCo 251/1988 , reitera esta calificación y configura los colegios profesionales 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, añadiendo que el sentido de la Const art.36 no es otro que el de singularizar a los colegios profesionales como entes distintos de las asociaciones que puedan libremente crearse al amparo del art.22, remitiendo la Constitución a la Ley para que esta regule las peculiaridades de aquellos.
- 104 Las consideraciones expuestas permiten ya, fundadamente, contradecir -y eliminar- las bases de las que se parte en el auto de la Audiencia Nacional que plantea la duda de constitucionalidad de la L 2/1974 art.3.2 . Si los colegios profesionales, por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por Ley, no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones a las que se refiere la Const art.22 , porque, aunque siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una peculiar o especial clase de ellas, con reglas legales propias (Const art.36), distintas de las asociaciones de naturaleza jurídica privada, es claro que no puede serles aplicable el régimen de estas. La Const art.22 no prohíbe, por tanto, la existencia de entes que, siempre con la común base personal, exijan un específico tratamiento, o bien un suplemento de requisitos postulados por los fines que se persiguen. Es lógico que una **conjunción de fines privados y públicos** -como es el caso de los colegios- impliquen también modalidades que no deben siempre verse como restricciones o limitaciones injustificadas de la libertad de asociación, sino justamente como garantía de que unos fines y otros puedan ser satisfechos. Eso justifica que la Const art.36 , haya querido desgajar o separar a los colegios profesionales del **régimen general asociativo** y que dicho precepto -como antes se ha indicado- no prevea que su «creación y ejercicio sean libres», como lo hace al referirse a los sindicatos y a los partidos (Const art.7 y 6) y que establezca, asimismo, la reserva legal, lo que marca, por otra parte, su diferenciación con las «organizaciones profesionales» del art.52 Const , dirigidas a la defensa y promoción de intereses económicos, y es que al cumplirse por los colegios profesionales otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales. etc.), ello justifica innegablemente la opción deferida al legislador para regular aquellos colegios y para configurarlos como lo hace la L 2/1974 las normas complementarias citadas, que en nada vulneran el contenido de la norma constitucional (Const art.36) habilitante, ni tampoco la Const art.22 , por las razones expuestas.
- 105 Entre aquellas reglas configurativas de los colegios, ciertamente peculiares, resulta la de la **adscripción forzosa al colegio profesional**, causa esencial de la duda planteada por la Audiencia. La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (Const art.35) dada la habilitación concedida al legislador por el art.36 Const . Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo si la configuración, esencia y fines de los colegios fueran otros, acomodando requisitos y fines, estructura y exigencia garantizadoras, de acuerdo con el art.36 Const y por lo demás, con la naturaleza de los colegios. La misma consideración institucional y parecidas exigencias y requisitos son los seguidos en los **países de nuestro entorno** e incluso respecto a la colegiación obligatoria, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en resoluciones que el mismo auto proponente y las partes citan, concretamente las sentencias de 23-6-1981 (asunto Le Compte) y 10-2-1983 (asuntos Albert y Le Compte), cuya cita es adecuada al caso presente. Como dice el fiscal, el Const art.22 se refiere al derecho de asociación de los individuos como ciudadanos y la Const art.36 establece el marco supralegal de determinados ciudadanos en cuanto profesionales y deja a la Ley que imponga las condiciones necesarias para su ejercicio, y en atención, cabe añadir, a que dicho art.36 ni ordena, ni prohíbe la colegiación obligatoria, diferenciando los colegios de otros entes con base asociativa. Se puede afirmar, pues, con aquellas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la obligación de inscribirse los profesionales en el colegio y someterse a su disciplina no supone una **limitación injustificada**, y menos una supresión del derecho garantizado en la Const art.22.t y reconocido en el 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Porque, y esto es también respuesta a otro argumento del auto de la Audiencia, la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre la Const art.22, 28 y 36 , siendo así que dicha colegiación

no impone límite o restricción al derecho de asociarse o sindicarse, participando -como se dijo en la sentencia TC0 123/1987, FJ 5º - en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes. Otra cosa es que las normas estatutarias del colegio, que regulen su actividad, puedan incidir en organizaciones intracolegiales de base asociativa.

- 106 El **límite expreso** que la Constitución impone a la regulación legal de los colegios profesionales es que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos (Const art.36). Esta exigencia choca con la regla de la colegiación obligatoria. Aunque esta objeción o duda de constitucionalidad (L 2/1974 art.3.2) se desarrolla escuetamente parece indicarse por el Tribunal Constitucional que la colegiación forzosa y la estructura democrática del colegio son incompatibles o que hay una conexión automática entre esa estructura y asociacionismo, por un lado, y, de otro, entre estructuras autoritarias y corporativismo. Justamente lo que hace la Constitución es no solo constitucionalizar los colegios, sino atemperarlos a los principios del Estado social y democrático, integrándolos en él, y permitiendo - con la mediación del legislador- esa otra forma de actuación social y colectiva compatible con la estatal y sus diversos poderes y funciones. Si se parte, pues, como ha de partirse según los anteriores fundamentos de la específica naturaleza y plurales fines de los colegios es evidente que la colegiación obligatoria es perfectamente compatible con la exigencia democrática que la Constitución impone como requisito expreso, ya que esta exigencia constituye en sí misma un contrapeso, una compensación del deber del titulado de inscribirse y a la vez una garantía de que esa obligatoriedad estará sujeta al control democrático de los mismos colegiados. No hay, pues, tampoco, contradicción con la Const art.36 en cuanto a la colegiación obligatoria que prevé la L 2/1974 art.3.2 . Consecuentemente con todo lo expuesto, se impone la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 3.2 de la Ley de colegios profesionales (L 2/1974).
- 107 Otras disposiciones interesantes de la Ley de colegios profesionales que cabría citar sería el artículo 5 reservado a la enumeración de las **funciones del colegio profesional**, destacando la de velar por la ética y dignidad profesionales, por el respecto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria; también la función de mediación y arbitraje del colegio -que suele ser de uso cuando las partes son compañeros abogados, en aras de evitar un procedimiento judicial-, de adaptación de medidas para evitar el intrusismo laboral y de realizar informes en los supuestos de controversia judicial sobre la adecuación de los honorarios presentados por su abogado (L 2/1974 art.5).

El régimen jurídico de los colegios profesionales, además de lo dispuesto en la Const art.36 y en la Ley de colegios profesionales, también se funda en sus estatutos (cuyo contenido viene descrito en la L 2/1974 art.6) y en los reglamentos de régimen interior.

Precisiones

El nuevo EGAE de 2013 (el vigente de 2001 no contiene una previsión similar), dedica un capítulo íntegro (el primero) al Régimen jurídico de los colegios de abogados, dentro del Título IX reservado a la Organización colegial (Proyecto EGAE de 2013 art.65 a 75).

108 Organización colegial

Los Títulos IV a VI del EGAE (art.47 a 77) regulan con cierto detalle la organización colegial de la abogacía, comenzando por referirse a los **órganos de gobierno** de los colegios (decano, junta de gobierno y junta general, y en ocasiones también a una comisión permanente), para dedicar posteriormente un título (el V) a los **consejos de los colegios de las CCAA** y otro (el VI) al **Consejo General de la Abogacía Española**.

Son los estatutos de cada colegio de abogados los que han de establecer las normas de composición y funcionamiento de la junta de gobierno, si bien el **decano** ostentará, en todo caso (EGAE art.48.2):

- la representación legal del colegio en todas sus relaciones, la función de consejo, vigilancia y corrección que los estatutos prevean;
- la presidencia de los órganos colegiales y de comisiones y comités especiales, dirigiendo los debates y votaciones, con voto de calidad en caso de empate, la expedición de órdenes de pago para atender los gastos colegiales, y
- la propuesta de los abogados que deban formar parte de tribunales de oposiciones o concursos.

El gobierno de cada colegio estará presidido por los principios de democracia y autonomía y, además, que cada colegio de abogados se regirá por el decano, junta de gobierno y junta general (EGAE art.47). El texto del EGAE de 2013 (art.65.2) añade la precisión, implícita en el texto del art.47 citado, que «Cada Colegio de Abogados tendrá competencia exclusiva y excluyente en el ámbito territorial que tenía al promulgarse la Constitución Española de 1978, cualquiera que sea el número de partidos judiciales que ahora comprenda.» Y, a tal efecto, el art.66 establece que los fines esenciales de los colegios de abogados, en su ámbito territorial específico, son: e) El control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de los derechos de los ciudadanos y de los profesionales.

109 Para formar parte de la **junta de gobierno** es preciso resultar elegido en votación directa y secreta, siendo electores todos los colegiados con más de tres meses de antigüedad en el colegio en el momento de convocatoria de las elecciones, si bien el voto de los colegiados ejercientes tiene doble valor respecto del resto de colegiados y serán elegibles los colegiados ejercientes siempre que no hayan sido condenados por sentencia firme a sanción de inhabilitación o suspensión para cargos públicos, o sancionados disciplinariamente en cualquier colegio de abogados o ser miembro de otro órgano rector de otro colegio profesional (EGAE art.49.1).

El **mandato** ha de ser por el tiempo que se prevea en los estatutos del colegio, con un máximo de 5 años, aunque se permite la reelección. No obstante, también cesarán los miembros de la junta de gobierno en caso de fallecimiento, renuncia, falta de concurrencia o pérdida de los requisitos para desempeñar el cargo, aprobación de moción de censura y falta de asistencia injustificada a tres sesiones consecutivas o cinco alternas en un año de la junta, previo acuerdo de la propia junta de gobierno (EGAE art.51).

Los **candidatos electos** deben tomar posesión del cargo previo juramento o promesa de cumplir lealmente el cargo y guardar secreto de las deliberaciones de la Junta y cinco días después de la constitución de los órganos de gobierno deberá comunicarse los nombramientos al Consejo General de la Abogacía y al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente (EGAE art.50).

Si por cualquier causa quedasen **vacantes** todos los cargos de la junta de gobierno, el Consejo Autonómico o el Consejo General nombrará una junta provisional de entre sus miembros más antiguos la cuál convocará en 30 días naturales elecciones para cubrir los cargos vacantes por el resto del mandato pendiente y las elecciones deben celebrarse dentro de los **30 días naturales siguientes**, desde la convocatoria. Lo mismo resulta de aplicación cuando la vacante es de la mitad o más de los cargos de la junta de gobierno (EGAE art.52).

110 La junta de gobierno tiene las atribuciones precisas para la **gestión y administración del colegio** que incluye (EGAE art.53):

- la determinación de las cuotas de incorporación y ordinarias que deben satisfacer los colegiados para sostener el colegio;
- proponer la imposición de cuotas extraordinarias;
- recaudar dichas cuotas;
- ejercitar las acciones oportunas frente al intrusismo;
- velar por el respeto de los principios deontológicos de los profesionales en relación con los tribunales, sus compañeros, los clientes y con el propio colegio;
- someter a referéndum aquellos asuntos de interés colegial;
- proponer a la junta general las normas orientadoras de honorarios y emitir dictámenes sobre honorarios a requerimiento de los órganos judiciales;
- convocar elecciones;
- convocar las juntas generales ordinarias y extraordinarias;
- ejercer las facultades disciplinarias;
- crear comisiones, delegaciones y agrupaciones de abogados (incluyendo las agrupaciones de abogados jóvenes -ex EGAE art.54-), regulando su funcionamiento y fijando las facultades que, en su caso, le deleguen;
- defender a los colegiados en el desempeño de las funciones de la profesión, y en general,
- cualesquiera otras que prevea el EGAE o los estatutos colegiales.

111 Los colegios celebrarán cada año **dos juntas generales ordinarias**, una en el primer trimestre y otra en el último (salvo que sus estatutos prevean la creación de una junta general permanente con objeto de realizar con mayor continuidad el control de la gestión económica del colegio, en cuyo caso solo celebrarán una reunión ordinaria en el primer semestre del ejercicio), sin perjuicio de celebrarse las juntas generales extraordinarias que se estime oportuno. La asistencia a dichas juntas está reservada a los colegiados incorporados al colegio antes de la fecha de su convocatoria. Es admisible la **delegación del voto** en otro colegiado (hasta un máximo de tres delegaciones por votante), salvo para las elecciones y las mociones de censura.

Con carácter general los acuerdos se adoptan por mayoría simple de los colegiados asistentes o por delegación. Pero la aprobación o modificación de los estatutos del colegio precisará un **quórum especial** de la mitad más uno del censo colegial con derecho a voto (EGAE art.59). La junta general extraordinaria aprueba de este modo el proyecto de estatutos y es el Consejo General de la Abogacía quien debe aprobar dicho proyecto finalmente.

El mismo *quórum* se exige para la moción de censura a la Junta o a alguno de sus miembros que corresponde a la Junta General extraordinaria convocada a ese efecto.

La **solicitud de la convocatoria** requiere la firma de un 20% de los colegiados ejercientes incorporados con tres meses de antelación y expresará los motivos en que se funde (basta un 15% si el colegio tienen más de 5.000 colegiados ejercientes y un 10% si tuvieran más de 10.000 ejercientes, como es el caso del Colegio de Madrid).

112 Consejo General de la Abogacía Española

Es el órgano representativo, coordinador y ejecutivo de los Colegios de Abogados de España, tiene la misma naturaleza que los colegios, su domicilio está en Madrid y sus órganos rectores son el pleno, la comisión permanente y el presidente.

El **Pleno del CGAE** está compuesto por el presidente, todos los decanos de los colegios de abogados, el presidente de la mutualidad general de la abogacía, los presidente de consejos de colegios de abogados de CCAA que no sean decanos y 12 consejeros elegidos por el pleno entre abogados de reconocido prestigio.

La elección del presidente y de los 12 consejeros se convocará con 30 días naturales de antelación a la fecha de celebración del pleno. Las candidaturas se presentarán en la **Secretaría del CGAE** mínimo 15 días naturales antes y la **Comisión Permanente** en los 5 días naturales siguientes proclamará las candidaturas. La votación será secreta y votarán todos los miembros del pleno, salvo en el caso de la elección del presidente en la que solo votan los decanos de todos los colegios de abogados. El mandato de los miembros del pleno será el de los cargos que desempeñen, salvo el del presidente y de los 12 consejeros que será de 5 años (EGAE art.70).

El pleno se reunirá una vez al trimestre por convocatoria del **presidente**. Los votos serán por mayoría simple (salvo para aprobar las modificaciones estatutarias, aprobar el estatuto y reglamento de régimen interior del CGAE, aprobar los presupuestos, ordenar la actividad profesional de los abogados cuando afecte a toda la abogacía española) y cada miembro tendrá un voto, aunque puede delegarlo en otro miembro. El voto del presidente será dirimente.

8. Las formas de ejercicio de la profesión: individual y colectiva. Relación laboral especial

- 115 El ejercicio de la profesión de abogado puede realizarse en soledad o arropado con la colaboración o cooperación de otros compañeros de profesión (que conforman los denominados despachos colectivos y las sociedades profesionales, en ocasiones también sociedades mercantiles).

El **Estatuto General de la Abogacía Española** no es ajeno a tal realidad en el desempeño de las funciones de sus profesionales y por ello prevé las distintas formas que puede revestir el ejercicio profesional (individual -por cuenta propia o por cuenta ajena-, colectivo y multiprofesional) (Proyecto EGAE art.36 a 44; EGAE art.27 a 29). El **código deontológico**, por el contrario, guarda absoluto silencio a este respecto, aunque muchas de sus disposiciones ponen de relieve que sí contempla las distintas formas de ejercicio de la abogacía (conflictos de intereses, secreto profesional, régimen de incompatibilidades y alcance a otros miembros del despacho o colaboradores, etc.).

El **ejercicio de la profesión** puede realizarse por **cuenta propia de forma individual y autónoma**, con lo que el abogado no se integra en un despacho colectivo, y no se perderá dicha condición de ejercicio individual por cuenta propia aunque el abogado tenga pasantes o colaboradores, con o sin relación laboral; tampoco si comparte el despacho con su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad; ni tampoco si comparte locales, instalaciones o servicios pero se mantiene la independencia con el resto de compañeros y no existe una identificación conjunta que induzca a error a los clientes de que se trata de un único despacho (caso típico de alquiler de despachos en los que se comparten los servicios de secretaria, telefonista, fax, etc.); tampoco pierde la condición de ejercicio individual el abogado que suscriba acuerdos de colaboración para determinados asuntos con otros abogados o despachos (p.e. el abogado civilista que tiene acuerdo de colaboración con abogados laboristas y fiscalistas para los asuntos de sus clientes que puedan afectar a tales ramas del ordenamiento); y, por último, tampoco pierde tal condición el abogado que constituye una sociedad profesional o mercantil unipersonal, sin perjuicio de observar lo dispuesto para el despacho colectivo (proyecto EGAE art.41; EGAE art.28), a cuyo efecto deberá respetar las exigencias previstas en la Ley de sociedades profesionales (L 22/2007).

La **falta de desempeño de la profesión** por parte de un abogado en ejercicio por la circunstancia que sea, cuando la duración de tal ausencia sea superior a un mes, debe ser comunicada al Colegio con objeto de no dejar desatendidos sus asuntos y cumplir con la obligación prevenida al efecto en el EGAE art.31.b).

- 116 Es posible que el profesional **abogado constituya una sociedad profesional** para el desempeño de su actividad, tal sociedad puede adoptar cualquiera de las formas societarias existentes y, en principio, el objeto social de la misma debe limitarse exclusivamente al desarrollo de actividades jurídicas propias del abogado. No obstante, la propia Ley de sociedades profesionales (Ley 2/2007, de 15 de marzo), admite la posibilidad de las denominadas sociedades multiprofesionales y, en tal caso, su objeto social será más amplio y permitirá que los profesionales que las conforman puedan ejercer varias actividades profesionales, siempre y cuando no resulten incompatibles

unas con otras. La constitución de la sociedad profesional por el abogado exige su **inscripción en el Registro Mercantil** (en el que se harán constar prácticamente los mismos datos que cuando se constituye una sociedad mercantil) y también su inscripción en el Registro especial de sociedades profesionales del colegio de abogados correspondiente a su domicilio (al domicilio en el que vaya a ejercer habitualmente el abogado). El hecho de que el profesional constituya una sociedad profesional para ejercer la actividad vendrá motivado (fundamentalmente, por un motivo de responsabilidad, y hasta las últimas reformas fiscales, también por el considerable ahorro fiscal al tributar por el impuesto de sociedades y no por el IRPF -y, sin embargo, hoy día ya no es posible por cuanto la Administración tributaria entiende que cuando la sociedad la conforma únicamente el abogado y es él quien aporta la mayor parte de los ingresos de la misma, realmente la sociedad profesional es una sociedad interpuesta y su único fin es precisamente el de eludir la aplicación de la norma (IRPF) con intención de aplicar otra más ventajosa (Impuesto de Sociedades).

Es preciso advertir a los abogados que tienen el propósito de constituir una sociedad profesional que el ejercicio de la actividad a través de dicha sociedad no es obstáculo alguno para **respetar los deberes deontológicos** y para poder ser sancionado disciplinariamente en caso de contravención de los mismos (L 22/2007 art.9).

La Ley si establece algunas **limitaciones** en la constitución de dichas sociedades profesionales para evitar su instrumentalización, así dispone que "2. Como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales. 3. Igualmente habrán de ser socios profesionales como mínimo la mitad más uno de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales. Si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional. En todo caso, las decisiones de los órganos de administración colegiados requerirán el voto favorable de la mayoría de socios profesionales, con independencia del número de miembros concurrentes. 4. No podrán ser socios profesionales las personas en las que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o profesiones que constituyan el objeto social, ni aquellas que se encuentren inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa. 5. Estos requisitos deberán cumplirse a lo largo de toda la vida de la sociedad profesional, constituyendo causa de disolución obligatoria su incumplimiento sobrevenido, a no ser que la situación se regularice en el plazo máximo de seis meses contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento (art.2).

- 117 Por otra parte, el **ejercicio de la abogacía** puede ser también **de forma individual pero por cuenta ajena**, esto es, cuando el abogado, sin estar en un despacho colectivo está contratado, ya sea en régimen de prestación de servicios ya tenga una vinculación laboral, por una empresa para la llevanza de todos los asuntos jurídicos que se deriven como consecuencia de su actividad ordinaria. En tales supuestos, el EGAE exige que la vinculación con la citada empresa para la que preste sus servicios por cuenta ajena conste por escrito en el que, entre otros extremos, figure las condiciones, duración, alcance, régimen económico y la exclusividad o no en el ejercicio profesional -esto es, si el abogado únicamente puede prestar sus servicios para dicha empresa o si, además, pudiera desempeñar funciones para otros clientes (siempre que no exista, obviamente, conflicto de intereses)-, respetándose, en cualquier caso, la libertad e independencia del profesional.
- 118 Los abogados también pueden **ejercer la profesión de forma colectiva** integrados o agrupados bajo cualquiera de las formas admitidas en derecho. Dicha agrupación tiene que tener como objeto exclusivo precisamente el ejercicio de la abogacía y no otras actividades y conformarla únicamente abogados en ejercicio que sean, además, los titulares del capital de la agrupación y de los derechos económicos y políticos.

Además, la agrupación deberá **constar por escrito** e inscribirse en el Registro especial correspondiente, en el que constará, entre otros datos fácticos, el domicilio, la composición y las altas y bajas que se vayan produciendo en la misma.

En aras del respeto del deber de secreto profesional y la independencia que debe regir la actuación profesional de todo abogado, los abogados que opten por el ejercicio colectivo de la profesión no podrán tener simultáneamente un despacho propio y sus honorarios deberán ser como miembro de tal despacho colectivo.

La **pertenencia a un despacho colectivo** no hace decaer la facultad del profesional de decidir si acepta o rechaza un determinado cliente o asunto, así como su independencia en la dirección de los intereses encomendados. No obstante, sí es posible que el citado profesional sea sustituido por otro del mismo despacho sin necesidad de solicitarle la venia, cuando así sea preciso. Por otra parte, la actuación profesional de los abogados del despacho colectivo estará sometida a las normas deontológicas y aunque la responsabilidad compete al concreto abogado que hubiera infringido la norma del código deontológico, sí que se extienden a todos los miembros del despacho ciertos deberes deontológicos como son el deber de secreto profesional de cualquier cliente del despacho, el régimen de incompatibilidades y la prohibición del conflicto de intereses. Precisamente en aras de una mejor salvaguarda de tales deberes deontológicos, como el secreto profesional, el despacho colectivo puede adoptar normas reguladoras del funcionamiento interno que prevean la sumisión a arbitraje del Colegio aquellas controversias que puedan suscitarse entre los diferentes miembros del despacho referentes a su funcionamiento, liquidación, separación, etc.

119 Por último, es posible que los abogados se asocien con otros profesionales ajenos a la abogacía, constituyendo lo que se denominan **agrupaciones multiprofesionales**, siempre y cuando la asociación sea con profesionales respecto de los que el abogado no deba observar la oportuna prohibición por incompatibilidad (EGAE art.29y proyecto EGAE art.44.2). Dicha asociación no tiene ninguna limitación cuantitativa y se permite siempre que no afecte a la capacidad del abogado para el ejercicio de su profesión de forma correcta. -En definitiva, se admite la citada agrupación o asociación cuando la intervención de otros profesionales en el mismo despacho no afecte al cumplimiento de los deberes deontológicos del abogado (independencia, secreto profesional, conflicto de intereses, incompatibilidad, etc.), de no ser así y existir algún riesgo de incumplimiento de tales deberes por parte del abogado, este deberá solicitar la separación o salida de la asociación o agrupación-. En los colegios de abogados existirá un registro especial en el que se inscribirán las agrupaciones o asociaciones de colaboración multiprofesional.

120 La **relación laboral de carácter especial** de los abogados, ya presten sus servicios en despachos colectivos con una vinculación a los mismos de carácter laboral, ya presten sus servicios en despachos individuales, se rige por el RD 1331/2006 , que desarrolla la disp.adic.1ª L 22/2005 que reconoce la relación laboral de carácter especial a los abogados que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de una organización y dirección del titular de un despacho, individual o colectivo y por lo dispuesto al efecto en el EGAE (EGAE art.27 y proyecto EGAE art.38 y 39).

No obstante, el propio RD aclara algunas dudas que pudieran existir respecto a la posible consideración como de relación laboral especial de ciertos abogados para **excluirles expresamente** de la aplicación de la citada norma:

- a) Los abogados que ejerzan por cuenta propia, ya individualmente, ya agrupados con otros.
- b) Las colaboraciones profesionales entre abogados manteniendo la independencia entre despachos.
- c) Abogados contratados por un despacho respecto de las actividades de asistencia jurídica gratuita o respecto de actividades que desarrollen a favor de sus propios clientes y cobren directamente de los mismos y
- d) Abogados que presten servicios en un despacho cuyo titular sea cónyuge, pareja estable, familiares, descendientes, ascendientes y parientes hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad.

El carácter especial de la relación laboral obedece a la existencia de una serie de particularidades en el **ejercicio de la profesión de abogado** que motiva que no sea aplicable la regulación del Estatuto de los Trabajadores para las relaciones laborales normales o habituales. Entre las citadas **peculiaridades** cabe mencionar:

- al desarrollarse la relación laboral en el ámbito de un despacho de abogados se plantea la existencia de una relación triangular -cliente, abogado y titular del despacho- que, sin duda, condiciona la citada relación laboral y

- que los abogados que prestan sus funciones para un despacho deben cumplir, además de las obligaciones estipuladas en el contrato de trabajo, las contempladas en las normas estatutarias de la abogacía, éticas y deontológicas, lo cual también condiciona, necesariamente, el desarrollo de la relación laboral -p.e. los abogados tienen que tener una mayor flexibilidad e independencia en cuanto a la organización y dirección técnica de su trabajo, además tienen una mayor exigencia en la ejecución de su actividad laboral con diligencia, salvaguarda de la confidencialidad y escrupuloso cumplimiento de los plazos procesales; también tienen un régimen de incompatibilidades y prohibiciones en caso de existencia de conflicto de intereses y un estricto respeto a los principios de buena fe y recíproca confianza (cuya falta suele motivar la extinción del contrato a instancias bien del abogado, bien del titular del despacho).

121 Resulta importante resaltar el **régimen particular de derechos y deberes** de tales profesionales contratados. Los principales **derechos** que les asisten serían el de poder actuar siempre de acuerdo con los principios, valores y normas deontológicas y éticas; el de recibir la formación necesaria para mantener un nivel adecuado de conocimientos que permita prestar un servicio jurídico de calidad; participar en las actividades docentes y complementarias que desarrolle el despacho y poder asesorar al cónyuge y familiares sin que se considere infracción del pacto de exclusividad que, en su caso, hubiere podido concertar.

Por su parte, los principales **deberes** que asume serían el de cumplir con las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales; cumplir con las obligaciones inherentes a los servicios contratados conforme a los principios de buena fe y diligencia; seguir las directrices del titular del despacho; completar y mejorar su formación; contribuir a la mejora del despacho y no concurrir competencialmente con la actividad propia del despacho (desarrollando sus funciones al margen del despacho para ciertos clientes que tenía ex ante).

122 No se plantea excesiva particularidad respecto del **contrato de trabajo**, su duración, el período de prueba, contrato en prácticas -salvo que el tutor del «practicante» debe ser un abogado del despacho con más de cinco años de ejercicio-. Sobre este particular interesa destacar interesantes iniciativas de **mentoring** en las que el mentor es un abogado en ejercicio y facilita al tutelado importantes experiencias prácticas.

123 Las principales **particularidades respecto al clausulado del contrato de trabajo** serían las referentes al régimen de exclusividad, al pacto de permanencia y al pacto de no competencia postcontractual. Con carácter general los

abogados prestarán sus servicios en el despacho colectivo en régimen de **dedicación exclusiva** salvo que se pacte lo contrario o que el contrato sea a tiempo parcial. Tal dedicación exclusiva supone que el profesional no podrá simultanear el despacho con el desempeño de funciones por cuenta propia, ni suscribir otros contratos con otros despachos o entidades. Exclusividad que no afecta a la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita, ni al asesoramiento y defensa familiar (cónyuge, pareja de hecho y familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusivo y por adopción; RD 1331/2006 art.5.2.d) , ni al desarrollo de actividades compatibles (docencia, representativas, etc.) y que, en cualquier caso, deberá ser adecuadamente compensada por el despacho -no es factible exigir exclusividad sin que exista una compensación, en caso contrario, se presume no existe dicha exclusividad-. Es preciso advertir que en ningún caso la compatibilización del despacho con otras actividades compatibles o, de no existir exclusividad, la prestación de servicios en otros despachos o por cuenta propia, puede amparar una vulneración del deber de abstenerse de intervenir cuando exista un conflicto de intereses (en este caso entre un cliente del despacho y un cliente particular o del otro despacho, p.e.).

- 124 El **pacto de permanencia** también suele incluirse de ordinario en los contratos de trabajo de ciertos abogados en los que se ha invertido importantes recursos para su formación (cursos, masters, jornadas, etc.) en aras de un mejor servicio para los clientes del despacho. Los condicionantes de este pacto son, de un lado temporales, puesto que no cabe extender la obligación de permanencia a más de dos años y, de otro, económicos puesto que normalmente el abogado que abandona el despacho para crecer profesionalmente en otro despacho no suele importarle tener que satisfacer una indemnización de daños y perjuicios cuyo importe será como máximo la cuantía de los gastos de formación invertidos en dicho profesional. Sobre este particular de la indemnización, es preciso advertir que es bastante anómalo que los despachos exijan tal indemnización a los profesionales que se marchan para promocionar (ocupar un mejor cargo en otro despacho) siempre que el profesional haya sido claro sobre la justificación y que formalmente sea diligente y respetuoso con el despacho (avise con tiempo, no deje de prestar ningún servicio en curso, etc.), cuestión distinta es que la salida sea precipitada y generando perjuicios al despacho, en cuyo caso, sí será más normal la exigencia de tal indemnización.
- 125 El **pacto de no competencia postcontractual**, esto es, que el profesional se compromete que una vez concluido el contrato (por el motivo que fuere: decisión propia, mutuo acuerdo, despido, etc.) el profesional no podrá actuar respecto de ciertos clientes que hubiera tratado en el despacho o asuntos en que hubiera participado durante un período máximo de dos años, debiendo ser compensado por dichas restricciones o limitaciones en el ejercicio y sin que, en modo alguno, tal limitación pueda ser de alcance general -impidiéndole de *facto* el desempeño de su profesión- o referida a campos en los que dicho profesional es especialista. En ocasiones los despachos tratan de extender al máximo el alcance del citado pacto, aun contraviniendo el tenor de la norma, con intención de blindarse respecto a una posible competencia del citado abogado o, lo que es peor, una intervención del abogado respecto de clientes contrarios al despacho (es un supuesto similar al de los clubes de fútbol que ceden futbolistas a otros equipos con la cláusula de no jugar contra el equipo cedente), pues dicha restricción sería contraria al pacto de no competencia *stricto sensu*, cuestión distinta es que se pudiera atacar al citado profesional mediante la infracción del deber de no incurrir en conflicto de intereses.
- 126 Dos últimas peculiaridades del ejercicio profesional de los abogados, la primera sería la **clientela que el mismo hubiera aportado al despacho**, en tal caso tiene derecho a que le sea compensada económicamente dicha aportación cuando resuelva su vinculación con el despacho (en este sentido no difiere de lo que de ordinario suele pactarse en los contratos de los comerciales). Sobre el tema de la clientela cabría realizar un par de reflexiones: la primera que, evidentemente, la compensación deberá estar subordinada, necesariamente, al mantenimiento o conservación de los clientes por el despacho, en caso contrario puede suceder que los abogados cuando finalice su relación con el citado despacho se lleven a sus clientes -lo que también es bastante habitual en la práctica-; la segunda sería que no es tan sencillo determinar el importe de la mencionada compensación por la clientela, siendo un criterio bastante aceptado el del importe de facturación de la cartera de clientes aportada por el profesional.
- 127 Otra especialidad de la relación laboral de los abogados sería que la **jornada y los horarios de trabajo** deben necesariamente ser flexibles y no siempre serán regulares en el tiempo -sin perjuicio de que el cómputo anual de tales jornadas sea el previsto en el convenio-, atendiendo a la perentoria presencia del abogado en salas de vistas, presentación de escritos en plazo, etc.
- 128 Para concluir, resulta un tanto anómala la inclusión en este Real Decreto, regulador de la relación laboral de carácter especial, de un precepto titulado **«responsabilidad disciplinaria de los abogados»**, cuyo contenido desgrana la responsabilidad del abogado por infracciones laborales en el desempeño de sus funciones: incumplir los deberes de confidencialidad, secreto profesional y fidelidad; negativa a asumir ciertos asuntos o clientes; no informar al titular del despacho y girar minutas de honorarios directamente a los clientes. Y ello sin perjuicio de que, alguna de tales conductas sean susceptibles de sanción por infracción de deberes deontológicos. Lo llamativo es que no se dedica el mismo detalle a las posibles sanciones que tales conductas pueden llevar aparejadas y también resulta ciertamente criticable la parca regulación del procedimiento sancionador (RD 1331/2006 art.25).

129 El sistema actual de gestión y organización de despachos se remonta a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando Paul Cravath se une a la firma de abogados Seward & Griswold. Cravath dirigió dicha firma desde 1906 hasta su muerte en 1940 e introdujo una nueva forma de gestión de despachos, llamada el «Método Cravath», que aún perdura en nuestros días.

Las **principales características** de dicho método son:

1. **Capacidad creativa y resolutive de los abogados.** Tradicionalmente, los abogados se limitaban a detectar problemas, pero no aportaban ideas para solucionarlos. Cravath trata que los abogados sean capaces de detectar riesgos y adopten una actitud positiva y creativa dirigida a resolverlos y prevenirlos en el futuro.
2. Se establece un **proceso de selección y formación de abogados** que persigue la contratación de los licenciados con mejores expedientes académicos que, además, estén dispuestos a participar activamente y con entusiasmo en la prestación de los servicios profesionales.
3. Los **abogados recién incorporados** rotan en los distintos departamentos y son tutelados por socios.
4. Se introduce la **promoción interna**, de modo que cada abogado que entra a trabajar en un despacho puede aspirar a convertirse en socio del mismo.

130 Tipos de despachos

La tendencia actual se dirige a la creación de **despachos colectivos** que suelen tener un tamaño reducido y pueden estar especializados en:

a) una determinada área de práctica;

b) un sector determinado (por ejemplo, el sector del comercio electrónico) al que:

- se presta asesoramiento para distintas áreas (las llamadas **boutiques**); exigen un elevado grado de especialización y excelencia para poder competir con los despachos multidisciplinares que prestan un asesoramiento completo al cliente;
- prestar servicios que abarcan numerosas áreas de práctica (los **despachos «multidisciplinares»**).

131 Actualmente, el modelo tradicional se está actualizando con **nuevos modelos** que tratan de atender nuevas necesidades (como son los pleitos en masa, por ejemplo, demandas de preferentistas) y adaptarse a las novedades tecnológicas. Así, han surgido:

1. **Firmas low cost** dedicadas, fundamentalmente, a procedimientos dirigidos con el sector bancario y que se caracterizan porque asesoran a miles de clientes que reclaman pequeñas cantidades. Estos despachos compensan la escasa cuantía de los procedimientos y, por ende, también de sus honorarios, con un ahorro de costes y la estandarización del método de trabajo que permite dirigir miles de procedimientos con un número reducido de abogados.

2. **Firmas virtuales** que prestan servicios desde la web, marcas blancas, despachos que cotizan en el Mercado de Valores, etc.

3. Cada vez es más frecuente que los despachos instalen **oficinas propias fuera de su sede y participadas al 100%**, tanto en su país de origen como en otros países con la finalidad de prestar servicio a los clientes nacionales que precisan asesoramiento en aquellos países en los que ejercen su actividad o pretenden ejercerla.

4. Dentro de los despachos con vocación internacional caben distintas modalidades como:

- la apertura de oficinas propias;

- el **sistema best friends**, mediante el que un despacho nacional concierda un acuerdo de colaboración con una firma extranjera para que esta preste servicios a los clientes de la primera.

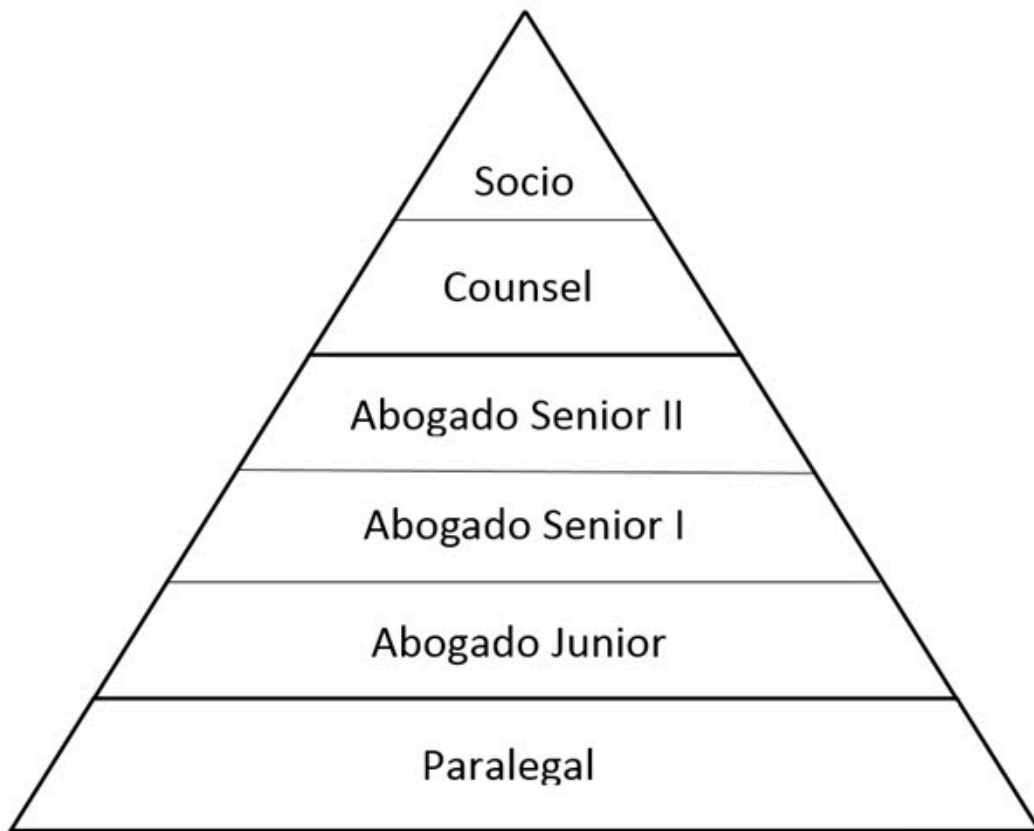
5. Existen, asimismo, **alianzas globales o internacionales** que consisten en acuerdos de colaboración suscritos por numerosos despachos de diferentes países y que se diferencian del sistema *best friends* en que en este último la colaboración se suscribe únicamente entre dos despachos.

6. La **asociación con firmas locales** mediante la toma de control del accionariado de las mismas o de una participación societaria es otro de los sistemas que está teniendo éxito y se está utilizando por numerosas firmas nacionales. En este caso, el cliente nacional recibe los servicios de una firma local que cuenta con experiencia y prestigio en su país de origen, pero con la ventaja de que dicha firma local está participada o controlada por el

despacho que tradicionalmente le presta servicios en su país de origen, de modo que dicho despacho le asesora, tanto dentro como fuera de su país.

132 Medios humanos

El principal activo humano del despacho está compuesto por los **abogados** que prestan servicios profesionales en el mismo. El sistema actual predominante se caracteriza por la existencia de una **estructura piramidal** (jerárquica), en cuya cúspide se encuentra el socio.



Esta estructura jerárquica es presidida por el **conjunto de la sociatura** en la que se distinguen:

- los socios de cuota o capital (propietarios), y
- los socios profesionales que no participan en el accionariado del despacho.

En un nivel inferior se encuentra la figura del **counsel**. Es frecuente que los despachos de abogados, especialmente internacionales, sitúen esta figura en un puesto intermedio entre el senior y el socio, si bien actualmente se está usando para promocionar abogados con una experiencia dilatada y reconocido talento que no reúnen los requisitos que se exigen para ser socios.

La categoría de **senior o asociado** suele estar dividida en dos tramos, ocupando el puesto de senior II o asociado senior el abogado que cuenta con experiencia y autonomía suficientes para dirigir asuntos y gestionar equipos.

El comienzo de la carrera profesional se hace desde la categoría de **junior**, que comienza una vez superadas las **pruebas de acceso a la abogacía** y las de **selección del despacho** y que persigue la formación del abogado hasta alcanzar un grado de conocimiento y experiencia suficientes para ascender a la categoría de senior o asociado. En esta etapa inicial, los abogados reciben una vasta formación bajo la tutela de un socio o senior con experiencia.

Finalmente, la **figura del paralegal** ha cobrado actualmente una importancia relevante en los despachos españoles. Importado de los despachos anglosajones, se trata de licenciados en Derecho que, bien no ejercen, bien no han obtenido el título que permite el ejercicio de la profesión y que colabora con los abogados en la gestión de los diferentes asuntos.

133 Otros miembros

Junto a los abogados, los despachos cuentan con un **equipo auxiliar** (asistentes, secretarías, etc.) que prestan tareas administrativas.

Atendiendo al tamaño del despacho, también suele haber contratado **personal externo** dedicado a la prestación de servicios de distinta índole: informática, llevanza de la contabilidad, comunicación y marketing, etc.

134 Proceso de selección de abogados

Se realiza mediante un procedimiento que consta de **pruebas escritas y orales** (tipo test, casos prácticos, etc.) tendentes a conocer el nivel de idiomas del candidato, a apreciar sus conocimientos jurídicos, nivel cultural, etc.

Estas pruebas suelen ir seguidas de una entrevista personal con empleados del departamento de recursos humanos para apreciar si reúne las condiciones para desempeñar el puesto de trabajo para el que se ha postulado, la capacidad de trabajo en equipo del candidato, su motivación, etc.

El procedimiento suele finalizar con una **entrevista** con el socio perteneciente al área de práctica al que va a incorporarse el candidato elegido para conocer su capacidad de adaptación al equipo del que va a formar parte.

134.1 Medios materiales

Los medios materiales con los que resulta aconsejable que cuente un despacho son:

1. Sede física (o virtual).
2. Ordenadores.
3. Impresoras, fotocopiadoras y fax.
4. Telefonía fija y móvil.
5. Aplicaciones informáticas. Conexión a internet y página web. Facebook, blogs, linkedin, etc.
6. Suscripción a bases de datos y publicaciones (por ejemplo, Lefebvre-El Derecho).

10. Régimen de previsión social de los abogados

- 135 Los abogados cuentan con una mutualidad (Mutualidad General de la Abogacía) que constituye una **alternativa legal** al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de la Seguridad social. De tal suerte que los abogados son de los pocos profesionales que disponen de tal alternativa: afiliarse al régimen de la seguridad social, de un coste considerablemente más elevado, u optar por afiliarse a su mutualidad propia para poder ejercer.

Precisiones

Tienen la consideración de **autónomos** quienes realicen de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas (RD 2530/1970 art.2.1).

- 136 La Ley 30/1995 disp.adic.15^a, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados establece que todos los profesionales que ejercen por cuenta propia deben tener obligatoriamente una cobertura de previsión social y concede la opción entre la afiliación al RETA o el plan de previsión de la mutualidad de la abogacía (en idéntico sentido la Ley 27/2011 disp.adic.46^a, de actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social). Si bien en alguna ocasión se ha cuestionado por algún colegiado la meritada obligación alegando una suerte de desigualdad respecto de aquellos colegiados que sí pueden satisfacer tales cuotas, criticando incluso que dichas cuotas deban ser satisfechas incluso aunque no se obtengan unos ingresos anuales mínimos (TS 29-10-97 y TSJ Castilla y León 17-9-02).

La opción mencionada debe ser escogida por el profesional como **requisito previo para la incorporación al colegio profesional** (RD 2530/1970 art.13.2.d): «Formalizar el ingreso en la Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a prima fija o, en su caso, en el Régimen de Seguridad Social que corresponda de acuerdo con la legislación vigente».

La **mutualidad** proporciona a los abogados una cobertura alternativa al régimen de autónomos que incluye todas las prestaciones del régimen público de la Seguridad Social pero a un coste muy inferior (prácticamente el 50%) y con un nivel de cobertura más amplio, todo ello gracias al sistema financiero de capitalización individual implantado por la mutualidad.

La citada mutualidad es una entidad privada sin ánimo de lucro, que presta sus servicios a los abogados, personas de su entorno familiar y sociedades profesionales, sometida al control de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y con la obligación de constituir las correspondientes reservas, provisiones, margen de solvencia y garantías para que las prestaciones estén salvaguardadas (a diferencia de lo que ocurre con los Planes de Pensiones

y el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social que dependen, en gran medida, de las dotaciones presupuestarias existentes cada año y de la cotización de los trabajadores que aún están en activo).

Conforme a lo prevenido en la Ley de supervisión y ordenación de los seguros privados, se advierte que el **abogado que ejerza por cuenta propia** (o al que no se le pueda aplicar la relación laboral de carácter especial) **podrá optar**, como se ha expuesto, por la Mutualidad de Previsión del Colegio Profesional o por el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (L 30/1995 disp.adic.15ª). A la mutualidad se la reconoce un carácter complementario del régimen de Seguridad Social y, por ello, se admite que los abogados que inicialmente hubieran optado por la mutualidad posteriormente cambien de decisión y pasen a incorporarse al RETA o, incluso, que simultaneen su vinculación con la mutualidad y el RETA, pues, en definitiva, como apunta la sentencia TS 25-1-00, EDJ 875 , lo único que se prevé es la necesidad de figurar vinculado a un régimen o a otro (RETA o mutualidad), sin que de ello pueda deducirse que impida que esa permanencia en los dos sistemas se de en la práctica por lo que cabe concluir que la afiliación al RETA es compatible con la de la Mutualidad General de la Abogacía.

En algún supuesto, la adscripción a la mutualidad ha impedido al letrado en cuestión la obtención de ayudas convocadas por el Estado para el fomento del empleo al considerar que resulta imprescindible hallarse en situación legal de desempleo -con lo que el abogado ejerciente en tanto que autónomo, no es un desempleado que anteriormente trabajó por cuenta ajena- y estar dado de alta en el RETA (equipararse ambos regímenes y ser una opción para los letrados no implica, sin embargo, estar dado de alta en dicho RETA) (TSJ Galicia 20-9-02; 14-10-09, EDJ 260610).

- 137 Una novedad respecto de los abogados con previsión alternativa a la Seguridad social es la introducida por el RD 1192/2012 , y supone que tendrán la condición de **beneficiarios de la asistencia sanitaria** en España con cargo a los presupuestos públicos, eso sí, con una limitación económica (únicamente se aplica tal beneficio a los abogados con ingresos inferiores a 100.000 euros) y con una cierta consideración marginal en tanto que si bien es cierto que reciben la correspondiente tarjeta sanitaria por parte del INSS -aunque la entrega efectiva la realiza el propio centro de salud que corresponda por domicilio al abogado solicitante- la apariencia externa de dicha tarjeta no es como la del resto de los trabajadores sino que se asemeja a la de las personas sin recursos.

No obstante, cumple advertir que el propio Colegio de Abogados dispone de un **convenio con una compañía médica** (MUSA Mutualidad Sanitaria), de tal suerte que, aquellos abogados que lo deseen pueden acudir, en caso de necesidad médica, al cuadro de médicos, especialistas, hospitales, etc. que figuren en la guía, siendo las cuotas de dicho servicio médico más reducidas que el resto de compañías (si bien es cierto que el profesional deberá satisfacer un mínimo importe, adicional a la cuota general, cada vez que tenga que ser atendido).

- 138 Los abogados, que tienen una **relación laboral de carácter especial** (nº 120 s.) deben estar incluidos en el **Régimen General de la Seguridad Social** (Resol DGOSS 21-11-2005, Instrucción 1ª.1). Lo mismo cabe predicar (la incorporación al Régimen General) respecto del profesional abogado que preste sus servicios por cuenta ajena para un despacho que no reúna los requisitos del EGAE art.28 (con lo que la relación laboral será común no especial); y otro tanto cabría decir respecto del abogado que preste sus servicios a un despacho colectivo que adopte la forma de sociedad mercantil y en la que el abogado es, además, socio, sin control efectivo de la sociedad. Si, por el contrario, la actividad profesional la desarrolla el abogado por cuenta propia en el ámbito del despacho profesional, deberá encuadrarse en el RETA y lo mismo cabría predicar respecto del abogado que presta servicios para un despacho profesional que una sociedad mercantil capitalista y el abogado sea socio o administrador con control social (LGSS disp.adic.20).

En cuanto a la **solicitud de alta en la Seguridad Social** (régimen general) se distinguen dos supuestos (Resol DGOSS 21-11-2005):

a) Cuando el abogado ya viniere prestando servicios antes de la entrada en vigor de la L 22/2005 (20-11-2006), en tal caso el alta en el Régimen General de la Seguridad Social tendrá efectos desde el 1-2-2006 y deberá realizarse la solicitud antes de tal fecha. Lo cual supone subsanar por vía normativa un incumplimiento.

b) Cuando el abogado comience a prestar servicios con posterioridad al 24-11-2005, el alta en el Régimen General de la Seguridad Social será exigible desde el mismo día en que comience a prestar sus servicios.

La **cotización** de los abogados, ya estén sujetos a relación laboral de carácter especial, ya se hallen en el ejercicio de la abogacía mediante relación laboral común, se realizará conforme a las normas generales de cotización del Régimen General y cotizarán por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo, FOGASA y formación profesional, de tal suerte que no hay ninguna especialidad, al menos en lo afectante a la cotización, respecto al resto de trabajadores por cuenta ajena.

Por último, los **desembolsos que se hagan en la mutualidad**, como alternativa al alta en el RETA no surtirán efecto alguno en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio, evidentemente, de que las prestaciones de la Seguridad Social puedan ser complementarias de las prestaciones realizadas por la mutualidad.

145 La primera cuestión que suscita el tema de las incompatibilidades es la que se plantea en relación con la posibilidad de que el **Estatuto General de la Abogacía**, en tanto que norma reglamentaria del colectivo, pueda regular dichas incompatibilidades sin conculcar lo dispuesto al efecto en la Constitución que prevé reserva de ley para la regulación de todo lo referente al ejercicio de las profesiones (Const art.36).

El **Tribunal Supremo** aclara definitivamente la cuestión al señalar que «el artículo 9 de la Ley de Colegios Profesionales da a los Consejos Generales las atribuciones que el artículo 5º otorga a los Colegios, en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional, y entre ellas se encuentran las de 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», de donde se ha derivado que a través de estas normas de rango formal de Ley ha quedado autorizada por esta la potestad reglamentaria para establecer incompatibilidades en cuanto al ejercicio simultáneo de más de una profesión atendiendo precisamente a los fines de vigilancia de la ética y dignidad profesional y de respeto a los derechos de los particulares que se expresan en la norma legal atributiva de la competencia (TS 3-3-02, EDJ 7005 ; 26-12-84; 26-4-89 y 26-5-89).

El **Código Deontológico de la Abogacía** (CDAE) dedica únicamente el artículo sexto a las incompatibilidades (así se titula el citado precepto), sin embargo la realidad es que dicho art.6 regula exclusivamente las consecuencias que se derivan de la incompatibilidad en que pueda haber incurrido el abogado, pero no define qué se entiende por incompatibilidad y en qué supuestos concretos existe la incompatibilidad con la profesión de abogado. Para hallar tales respuestas debe acudir al **Estatuto General de la Abogacía Española** (EGAE 2013), cuyos artículos 19 s. se refieren al tema de las incompatibilidades, prohibiciones y restricciones del ejercicio del abogado.

Precisiones

1) El art.22 del **EGAE de 2001** ya señalaba que la profesión de abogado es incompatible con «cualquier actividad que pueda suponer menosprecio de la libertad, independencia de la dignidad que le son inherentes». Y añade que el abogado que realice otra actividad «deberá abstenerse de realizar aquella que le resulte incompatible con el correcto ejercicio de la abogacía por suponer un conflicto de intereses que impida respetar los principios del correcto ejercicio contenidos en este Estatuto». Manifestaciones estas que, más allá de ser auténticas declaraciones de respeto a principios éticos esenciales en cualquier profesión, no solo en la de abogado, como son la dignidad, la libertad y el conflicto de intereses, no resuelven de forma tangible con qué otras actividades resulta incompatible la profesión de abogado salvo que se realice una interpretación de cada una de las actividades pasándolas por el tamiz de esos principios éticos.

2) El propio estatuto, en el apartado segundo del art.22, facilita la tarea del intérprete cuando dispone que la profesión de abogado será **incompatible**, en todo caso, con:

- Cargos, funciones o empleos públicos en cualquier organismo de la administración pública, sea estatal, autonómica o local, siempre que su propia normativa así lo especifique (lo que implica pasar la decisión de la incompatibilidad en este punto concreto al legislador).

- Ciertas profesiones: procurador, graduado social, agente de negocios, gestor administrativo y cualquier otra cuya propia normativa reguladora así lo determine (de nuevo la indeterminación *ab initio*).

- Mantener vínculos profesionales con profesionales incompatibles con la abogacía que impidan el correcto ejercicio de la misma.

- Actividad de auditoría de cuentas u otras incompatibles con el correcto ejercicio de la abogacía simultáneamente para el mismo cliente en los 3 años anteriores. No será incompatible si esa prestación se realizara por personas jurídicas distintas y con consejos de administración distintos.

- Antiguamente también resultaba incompatible el ejercicio de la abogacía con la intervención del mismo ante órganos judiciales en los que su cónyuge, conviviente o pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad sea funcionario o esté contratado. No obstante, dicha causa de incompatibilidad que se impuso con intención de satisfacer la necesidad, inexcusable de excluir *a radice* y evitar situaciones potencialmente perjudiciales para la efectiva preservación de la independencia, neutralidad y honorable ejercicio de la profesión, de manera que no se provoque la ocasión de que, pudiera prevalerse de la intimidad personal o parental para conseguir ventajas, preferencia de tratamiento o cualquier otro beneficio en su provecho.

Sin embargo, el **Tribunal Supremo** ha optado por anular dicha incompatibilidad al entender que no es conforme a derecho que por vía estatutaria (EGAE) se pueda ir más allá de los límites que el propio legislador estipula en la materia, esto es, que se imponga a los abogados un régimen de incompatibilidades más estricto que el previsto al regular la otra cara de la moneda -las incompatibilidades de jueces, secretarios y demás personal al servicio de la administración de justicia (LOPJ art.393 y 474) (TS 3-7-03, EDJ 35415).

146 El **EGAE de 2013**, en su art.19, limita las incompatibilidades al apartado i), iii) y iv) del anterior art.22 (habiendo desaparecido todas las demás) siendo la **consecuencia de incurrir en incompatibilidad** que deberá cesar de inmediato en el ejercicio de la profesión y formalizar su baja como ejerciente en el plazo máximo de 15 días por escrito dirigido a la junta de gobierno, en caso contrario la junta podrá suspenderle cautelarmente pasando automáticamente a la condición de no ejerciente y acordando el inicio del expediente disciplinario.

Al margen de los supuestos enumerados en el citado precepto, ninguna otra disposición añade otros casos de incompatibilidad de los abogados, lo cual no significa que la enumeración expuesta tenga el carácter de *numerus clausus*, al contrario, el propio precepto, al señalar que será incompatible el ejercicio de la abogacía con cualquier actividad que, de algún modo, afecte a la dignidad, independencia, a la libertad o al correcto ejercicio de la profesión, está poniendo de manifiesto que pueden existir otras actividades, no previstas expresamente en el art.22, y que, cumpliendo con tales presupuestos, también sean incompatibles en la medida que afecten al ejercicio libre, digno o correcto de la profesión.

Las **consecuencias** de la afección de alguna causa de incompatibilidad son las expuestas en el Código Deontológico art.6 y en el EGAE de 2001 art.21, 23 y 24.2 que son bastante más detallados que el actual (lo cual seguramente obligará a realizar una labor de interpretación para solventar las lagunas que se puedan suscitar al efecto). Respecto al primero se indica que el abogado incurso en incompatibilidad absoluta deberá solicitar su baja o pase a la situación de no ejerciente en el plazo de un mes desde que se produzca la causa de incompatibilidad, sin perjuicio que desde el mismo instante en que exista causa de incompatibilidad el abogado deba cesar en el ejercicio profesional en aras de no causar perjuicios por su situación. No obstante, si la causa de incompatibilidad fuera únicamente respecto de un asunto o tipo de asuntos concretos basta con que se abstenga de participar en los mismos y si ya hubiera participado, deberá cesar y, para evitar la indefensión del cliente, solicitar la intervención de otro letrado que, en ningún caso, podrá ser del mismo despacho o colaborador del mismo puesto que la incompatibilidad se extiende a todos ellos.

Tal previsión está en relación con las **prohibiciones de los abogados** para ejercer la abogacía si están incursos en causa de incompatibilidad o firmar por aquellos que no pudieren hacerlo por cualquier causa (por ejemplo estar afectados por causa de incompatibilidad) -circunstancia bastante similar a la de los colaboradores o compañeros de despacho del abogado incompatible, buscándose en ambos casos que con tales artificios se burle la norma-; con la de no compartir locales con profesionales incompatibles -aunque limitado al supuesto que tal circunstancia comprometa el secreto profesional- y del mismo modo, también resulta prohibido mantener vínculos asociativos profesionales con cargos o profesionales incompatibles con la abogacía (sobre este particular, la Ley de Sociedades Profesionales permite la constitución de sociedades profesionales multidisciplinares, de forma que se agrupen profesionales pertenecientes a diferentes profesiones y esta agrupación tenga trascendencia en el objeto social, pero siempre que no se trate de profesiones incompatibles de acuerdo con las normas estatutarias y deontológicas de cada profesión).

147 Estas incompatibilidades, en ocasiones un tanto incomprensibles, y por ello no muy respetadas por los profesionales en la práctica, en especial la de **gestor administrativo y graduado social**, como dijo la Comisión Nacional de la Competencia en su día, restringen la libre competencia entre los profesionales, y además no son congruentes con la Directiva europea de Servicios.

Así, por ejemplo, ¿qué sentido tiene que exista incompatibilidad entre la profesión de **abogado y graduado social**, si a este último se le permite realizar funciones de abogado como la defensa del cliente en juicios sociales? En definitiva no es más que una categoría inferior o al menos más especializada en una rama, a la del abogado, y por ello muchos graduados sociales se licencian posteriormente en Derecho.

Y en cuanto al gestor, es difícil pensar cómo puede afectar a la independencia del abogado el hecho de simultanear dicha profesión con la actividad de gestor (en la práctica es bastante habitual que el abogado realice labores de gestión administrativa para sus clientes sin que dicha actuación suponga una quiebra de su independencia). De *facto* existen multitud de abogados que establecen alianzas o pactos para tratar los asuntos de los clientes de forma global.

Sin embargo, no son pocas las **resoluciones judiciales** que niegan la citada compatibilidad. Sirva como ejemplo la TSJ Baleares 23-1-04, EDJ 92108 que resuelve un recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Islas Baleares frente a los Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Islas Baleares aduciendo que las profesiones de gestor administrativo y de abogado no tienen por qué resultar incompatibles y que, en consecuencia la incompatibilidad recogida en los Estatutos del Colegio de Abogados sería nula. El Tribunal, recordando las sentencias TS 3-3-03 y 9-6-03, reconoce que el Colegio puede establecer incompatibilidades en cuanto al **ejercicio simultáneo** de más de una profesión, como sería en el caso la de gestor administrativo, y advierte que, en contra de lo sostenido por la recurrente, no se conculca la reserva de ley que recoge el artículo 36 de la Carta Magna por cuanto que el artículo 9 de la Ley de Colegios Profesionales otorga a los Colegios las atribuciones previstas en el artículo 5º, y entre ellas se incluyen las de 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, de donde se deriva que, a través de dicha norma legal, se habilita la potestad reglamentaria de los colegios para establecer incompatibilidades en cuanto al ejercicio simultáneo de más de una profesión (TS 26-4-84; 26-4-89 y 26-5-99).

No se ha cuestionado en ningún momento la incompatibilidad entre la profesión de abogado y la de **cargo, funciones o empleo público, al servicio de cualquier administración**. Sin embargo, a pesar de la claridad de la norma hay continuos ejemplos en nuestros tribunales de ejercicios incompatibles. Llama la atención el supuesto del vicepresidente primero del cabildo insular de Lanzarote que, 5 meses después de haber tomado posesión del cargo público, seguía ejerciendo sus funciones como letrado privado lo que supuso una infracción del estatuto y, por consiguiente, la imposición de la correspondiente sanción disciplinaria.

- 148 Por lo que respecta a la **compatibilidad con la profesión de auditor**, resulta un tanto más conflictiva, pero parece que no habría incompatibilidad si se constituyera una sociedad profesional en que presten sus servicios tanto de abogacía como de auditoría profesionales distintos pues estaría amparado por lo dispuesto en el EGAE art.22.3.

Este precepto en su primer inciso declara la incompatibilidad de **forma general** de las profesiones de abogado y auditor, tratando de preservar por razones jurídicas y morales la independencia y el secreto profesional del abogado, prohibiendo el desempeño simultáneo de las dos actividades en cuanto que su actuación, ciertamente, está sujeta no solo a principios o normas de comportamiento distintos, sino también a ordenamientos diferentes; de lo que resulta que según la letra y espíritu del precepto mencionado no se altera ni por ende se modifica el régimen de incompatibilidad establecido, al quedar fuera de esta prohibición aquellas situaciones en que no pueden afectar a la independencia del abogado, que en vez de ejercer la abogacía realiza la auditoría de cuentas respecto de personas que no son clientes o respecto de aquellos que sí lo hubieran sido, pero no en los tres años precedentes.

Esta **excepción** prevista en el artículo 22.3 in fine no conculca -aunque haya voces discordantes al efecto que entienden que, en términos generales, son irreconciliables la actividad de asesoramiento que ejerce el abogado y la actividad de control desarrollada por el auditor, ya que si bien ambos profesionales deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones- en modo alguno conculcarían lo dispuesto en la Ley de Auditorías (L 19/1988) art.1.3, 6 y 8.1 y LOPJ art.437.1 y 2 , pues unos y otros están sometidos a normas o principios deontológicos diferentes. La **abogacía** no puede desviarse del fin supremo de la justicia y concreta la defensa jurídica en una obligación profesional, proyectada en el deber y el derecho de guardar el secreto que se contiene en el art.41.1, extendiéndose a hechos o documentos que afecten a su cliente de los que hubiera tenido noticia por el mismo en razón del ejercicio profesional, mientras el deber del secreto profesional que viene impuesto en el art.13 de la Ley para los **auditores de cuentas** se debilita al permitir en determinados supuestos el acceso amplio de documentos a una serie de sujetos a los efectos del ejercicio del control técnico, en atención a las características propias de la función o servicio que se presta a la empresa revisada y que no solo afecta e interesa a esta, sino también a terceros (TS 20-6-03, EDJ 98064).

- 150 Parece que los nuevos vientos del Estatuto General de la Abogacía que está pendiente de aprobación por el Gobierno (2013) van por el camino de eliminar algunas de estas anodinas incompatibilidades, quedando reducidas a la de auditoría y **procurador** -si bien es cierto que, respecto de esta última profesión, pudiera tener sus días contados al estar en entredicho la necesidad del mantenimiento de esta figura para el correcto funcionamiento del engranaje procesal. No en vano, la incompatibilidad entre abogado y procurador supone la modificación de un cooperador necesario de la Administración de Justicia como es el procurador, que si bien es remunerado por su cliente, mantiene una estrecha colaboración con los organismos judiciales a fin de asegurar que se cumplan las garantías procesales en todos los procesos, un cooperador en labores burocráticas, que es el puente entre el ciudadano y la administración. Esta figura solo puede entenderse desde la perspectiva de una cierta autonomía e imparcialidad respecto de su cliente. Es por ello que de suprimir la incompatibilidad entre ambos profesionales, se pondría en grave peligro las garantías mínimas que cualquier ciudadano puede exigir a estos operadores jurídicos.

Precisiones

Mantener la incompatibilidad es **clave para mantener las garantías** y para no entorpecer aún más la Justicia. En este sentido se han posicionado el resto de operadores jurídicos destacando el necesario mantenimiento del estatus actual de la figura del **procurador** y otorgándole más funciones como acertadamente se apuntaba en el Libro Blanco de la Justicia y en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, que en sucesivas reformas ha avanzado en este sentido. Así lo ha hecho también el **CGPJ** mediante informe defendiendo la necesidad del mantenimiento de la incompatibilidad entre ambas profesiones -abogado y procurador-, justificando la importante labor del procurador en relación con el funcionamiento de la administración de justicia.

Al menos de momento parece que sí se mantiene en nuestro esquema procesal. Sobre la reducción de las incompatibilidades de la profesión de abogado exclusivamente a la de auditor y procurador ya se pronunció, en enero de 2012 el **CGAE** al emitir una circular para aclarar que tras la entrada en vigor de la Ley 17/2009 , de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009 , de 22 de diciembre (ley omnibus), el marco de incompatibilidades se reduce únicamente a aquellas que vengan establecidas por ley (lo que excluye su fijación estatutaria) y, a tales efectos, solo la LEC art.23.3) dispone la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador. Mientras que, por otra parte, el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas dispone la prestación de servicios de auditoría simultáneamente con la entidad auditada como causa de

incompatibilidad del abogado (RDLeg 1/2011 art.13.g). Previsiones que conculcarían lo manifestado por el **Tribunal Supremo** tan solo 6 años antes al advertir expresamente que sí está permitido que las causas de incompatibilidad y la enumeración de profesiones incompatibles se hiciera en el Estatuto General de la Abogacía.

Actualmente, la cuestión está volviendo a ser examinada, después de que la **Comisión Europea** haya pedido explicaciones al Gobierno español sobre la regulación del régimen de incompatibilidades entre las profesiones de abogado y procurador, por entender que dicha normativa conculca realmente la Directiva de Servicios. No obstante es preciso advertir que, paradójicamente, la **figura del procurador** puede quedar un tanto desdibujada con la implantación del sistema Lexnet y la obligación de utilización del citado sistema por los abogados, de tal suerte que, al menos por el momento, la función de conexión con los órganos judiciales que hasta el momento realizan los profesionales de la procura puede estar viviendo sus últimos días, con la implantación del sistema digital, y la conexión directa ahora de los abogados con los órganos judiciales.

12. Obligaciones del abogado ante la Ley de protección de datos, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el blanqueo de capitales

a. Protección de datos

- 155 El abogado, como cualquier profesional que utilice en el desarrollo de su actividad datos de carácter personal en el sentido expuesto al efecto por la Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 15/1999) y su reglamento de desarrollo (RD 1720/2007) debe observar las **prevenciones** y **medidas de protección** contenidas en dichas normas con objeto de salvaguardar un derecho fundamental como es el derecho de toda persona a la protección de sus datos de carácter personal derivado del Const art.18 . Algún abogado pudiera pensar que no utiliza ningún dato de carácter personal confundiendo el concepto de dato personal con los datos de carácter íntimo de sus clientes, cuando lo cierto es que el sentido legal de datos de carácter personal es mucho más amplio abarcando prácticamente cualquier tipo de dato: fotos, teléfonos, mails, direcciones, nombre y apellidos del cliente, DNI, etc.

Precisiones

1) A los efectos de la Ley Orgánica se entenderá **por datos de carácter personal** cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (LO 15/1999 art.3).

2) Resulta preciso advertir que, actualmente, se está debatiendo en el Congreso un **proyecto de ley orgánica** de protección de datos de carácter personal (proyecto 121/000013, BOCG n.º 13-1, de 24 de noviembre) que pretende adaptar a nuestro ordenamiento interno la nueva normativa internacional en esta materia (el Reglamento general de protección de datos) y, por una cuestión de seguridad jurídica y de evitar situaciones de incertidumbre, en lugar de limitarse a modificar la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999 en lo que fuera preciso para cumplir con las nuevas directrices europeas, se ha optado por hacer tabla rasa y regular *ex novo* toda la materia con una nueva disposición legal. No obstante, dicha norma aún está en proyecto y, en consecuencia, aún puede sufrir modificaciones durante su tramitación, de tal suerte que no ahondaremos en su regulación y nos centraremos en la normativa actualmente aplicable en esta materia

- 156 Además de las normas estatales citadas, los abogados deben tener muy presente la existencia del **Reglamento Europeo** en esta concreta materia de Protección de Datos, Reglamento 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE -Reglamento 2016/679, del Parlamento europeo y del Consejo, 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, que se aprobó con fecha 27-4-2016 (DOCE 119, 4-5-16), cuya entrada en vigor se produjo el 26-5-2016 y que, sin embargo, no era aplicable hasta el 25-5-2018, esto es, se preveía una moratoria de dos años para su aplicación efectiva y directa habida cuenta de las nuevas actuaciones que los obligados por el mismo debían efectuar (art.99). Entre sus principales **novedades** aplicables directamente a los letrados (y resto de profesionales) cumple destacar:

- la no obligatoriedad de la **inscripción de los ficheros** en el registro de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD); dicha obligación ha sido sustituida por la de creación de un **registro de las actividades de tratamiento** de los datos de carácter personal (art.30). Registro que no es preciso que se notifique a la AEPD, bastando con que lo realice y conserve, a disposición de la AEPD si se lo requiriese (ex art.30.4), el responsable de los datos. En dicho registro se deberán hacer constar los siguientes **datos**: i) datos de contacto del responsable y del delegado de protección de datos, ii) fines del tratamiento, iii) categorías de interesados y de los datos personales, iv) categorías de los destinatarios a quienes se comunicarán los datos, v) en su caso, transferencias internacionales de datos, vi) plazos previstos para la supresión de las diversas categorías de datos y vii) descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad. Con carácter general, la mayoría de los letrados no precisarán llevar dicho registro puesto que no es habitual que tengan más de 250 trabajadores a su servicio (salvo los grandes

despachos) ni tampoco que traten o utilicen datos de sus clientes calificados por el Reglamento como de categoría especial (datos personales que revelen el origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, afiliación sindical o que sean datos genéticos, biométricos dirigidos a identificar de forma unívoca una persona física, datos relativos a la salud, etc.), aunque no es descartable que, en alguna ocasión, por razón del caso que lleve el letrado sí pudiera tratar algunos datos de carácter personal encuadrables en esta categoría y, en consecuencia, deberá cumplir con la creación del citado registro.

- la creación del denominado **delegado de protección de datos** (en ciertos supuestos concretos el tratamiento lo efectúe un organismo o autoridad pública; que se efectúen tratamientos a gran escala de datos de carácter especial o que las actividades de tratamiento del responsable por su naturaleza, alcance y/o fines requieran de una observación habitual y sistemática de interesados); dicho delegado podrá tener una vinculación laboral o profesional con sus clientes, pero su actuación deberá ser independiente, no pudiendo ser destituido ni sancionado por desempeñar sus funciones;

- la **elevación de las cuantías de las sanciones** por incumplimientos de la normativa de protección de datos en aras de evitar que a ciertas personas jurídicas les compense la infracción de la norma por el beneficio obtenido con el tratamiento ilícito de los datos personales por ejemplo (ahora se van a imponer sanciones considerablemente superiores, tanto para las personas físicas al incrementarse los importes fijos como a las empresas (despachos) al fijarse sanciones porcentuales sobre los ingresos de explotación de la empresa infractora);

- la inclusión, o mejor dicho, el reconocimiento a los interesados de nuevos derechos que se añaden a los derechos ARCO a que se hará referencia posteriormente (nº 158), destacando, por su repercusión social el denominado **derecho al olvido** que no es sino una concreción del derecho de supresión, que ya existía, en el ámbito digital y que habilita, bajo ciertas condiciones, para que cualquier particular solicite del prestador del servicio de información la eliminación de los datos que tenga (derecho que se ha vinculado con google, el principal buscador de internet, pero que no acaba con dicho buscador sino que se extiende a cualquier prestador de servicios de información como puede ser yahoo, altavista, Facebook, etc.) y el citado prestador deberá luego remitir la petición del particular a aquellos sitios donde la información se hubiera replicado. El derecho al olvido se refuerza en el caso de los menores. Es preciso recordar que el derecho al olvido queda limitado por el ejercicio del derecho a la libertad de la información y expresión. Junto a ese derecho se reconocen ahora también a los interesados el **derecho de portabilidad** y el derecho a limitar los tratamientos sobre los que se hará cumplida referencia posteriormente;

- la nueva regulación del **consentimiento de los interesados** (clientes) cuyos datos son recabados y tratados por los letrados, exigiéndose ahora que dicho consentimiento sea inequívoco, informado, claro y libre - y en algunos casos también explícito o expreso (datos sensibles, transferencias internacionales de datos y adopción de decisiones automatizadas).

156.1 Además, con **carácter previo** a la emisión del consentimiento el letrado deberá informar al cliente por escrito de forma concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso y con un lenguaje claro y sencillo de los siguientes extremos: la base jurídica o justificación legal del tratamiento de sus datos de carácter personal, la intención de efectuar transferencias internacionales con sus datos, si se van a utilizar para elaborar perfiles (no es habitual en nuestro colectivo) y los datos del delegado de protección de datos, si se dieran los presupuestos que exigieran su nombramiento. El abogado deberá evitar utilizar cláusulas informativas farragosas o con remisión a textos legales que no pueda conocer el cliente.

Cuando el consentimiento del cliente se realice en el contexto de una **declaración escrita** que también se refiera a otros asuntos (los consentimientos de múltiple finalidad), la solicitud del consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal debe presentarse de modo que se distinga del resto de asuntos y cumpliendo con los presupuestos de claridad, sencillez, inteligible, etc., anteriormente expuestos.

Precisiones

1) En la LO 15/1999 las **sanciones pecuniarias** existentes se **gradúan** de 900 euros a 40.000 euros las leves, de 40.001 euros a 300.000 euros las graves y de 300.001 a 600.000 euros las muy graves. Por su parte, el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos impone las penas de 10 millones de euros o, tratándose de una empresa, el 2% del volumen de negocio total anual global de la empresa infractora o de 20 millones y el 4% -también reservado a empresas- según el tipo de infracción. Es importante advertir que, en estos supuestos de sanciones alternativas, será aplicable, siempre, la sanción que suponga un mayor importe.

2) El **derecho al olvido** que surge con la controversia planteada ante el TJUE y su resolución de 13-5-14 , realmente no se trata de un derecho nuevo en materia de protección de datos puesto que el derecho de cancelación y oposición de los datos de carácter personal que pueden ejercitar cualquiera respecto de aquel que los hubiera recabado y sean objeto de tratamiento ya existía en la L 15/1999 desde sus orígenes, cuestión distinta es que ahora haya cobrado mayor relevancia por los concretos prestadores frente a los que se ejercita: el «omnipresente» Google y el resto de motores de búsqueda, así como frente a las redes sociales -un gran «agujero negro» o receptor de datos de

carácter personales-. Desde la sentencia del TJUE de 2014 han sido muchas las resoluciones de nuestros tribunales imponiendo a los buscadores la aplicación efectiva de ese derecho de los interesados (TS 15-10-15, EDJ 177780 ; 5-4-16, EDJ 28351 ; 4-4-18; AN 13-7-17)

157 Siendo evidente pues que todos los abogados, en mayor o menor medida, tienen que cumplir con la normativa de protección de datos, se suscita la cuestión de determinar qué concretas actuaciones debe realizar dicho profesional jurídico al respecto. Entre las obligaciones que impone el cumplimiento de la normativa de protección de datos está la elaboración, por parte de cualquier persona que efectúe **tratamientos de datos de carácter personal** (y los abogados no son una excepción puesto que, al menos, tendrán datos de carácter personal de sus clientes), del denominado **documento de seguridad**, documento que la propia normativa describe el contenido mínimo que debe tener:

i) Ámbito de aplicación del documento.

ii) Medidas, normas, procedimientos, reglas y estándares encaminados a garantizar los niveles de seguridad exigidos en este documento.

iii) Funciones y obligaciones del personal.

iv) Procedimientos de notificación, gestión y respuestas ante las incidencias.

v) Procedimientos de copias y destrucción de ficheros y soportes.

vi) Procedimiento de ejercicio de los derechos ARCO y gestión interna.

vii) Procedimiento de revisión/actualización del documento.

viii) ANEXOS:

Anexo I. Descripción de ficheros. Anexo II. Nombramientos. Anexo III. Autorizaciones de salida o recuperación de datos. Anexo IV. Delegación de autorizaciones. Anexo V. Inventario de soportes. Anexo VI. Registro de Incidencias. Anexo VII. Encargados de tratamiento a los que se hubiera cedido datos (LO 15/1999 art.12). Anexo VIII. Registro de entrada y salida de soportes.

158 Cumple destacar otra de las obligaciones del letrado en esta materia, la realización de las gestiones oportunas para el cumplimiento efectivo por los particulares de los **derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición** (ARCO), limitación y portabilidad, que ostentan en relación con los concretos datos de carácter personal suyos de que dispone el abogado. A este respecto, conviene señalar que el incumplimiento de cualquier de estos derechos lleva aparejada la correspondiente sanción por parte de la AEPD (art.44.3 impedir u obstaculizar el ejercicio de tales derechos tiene la consideración de infracción grave, lo que lleva aparejado una sanción pecuniaria entre los 40.001 euros y los 300.000 euros, importes que en el Reglamento Europeo de protección de datos se incrementan notablemente como se ha expuesto *supra*)- circunstancia que no resulta ni mucho menos anecdótica y son múltiples los casos de sancionados por tal incumplimiento, con lo que no está de más que los abogados se esmeren en dar cumplida respuesta a los titulares de los datos de carácter personal y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos ARCO citados.

A tal fin, se deberá **indicar expresamente por el letrado**, bien en su página web, bien en cualquier documentación en la que se recaben los datos de los clientes (hojas de encargo, presupuestos, mails, etc.) que los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición podrán ejercitarse directamente ante «despacho del abogado S.L.», bien por correo postal -Calle.... nº..., CP... Madrid-, bien mediante correo electrónico remitido a info@despachoabogados.com, indicando en el asunto: «CV», «Clientes», «Trabajadores» o el fichero de que se trate y el derecho que quiere ejercerse. El interesado, o su representante legal, deberán acreditar su identidad, mediante copia del DNI o documento equivalente, y, en el caso del representante también documento que acredite la citada representación, documentación que deberá ser remitida bien por correo postal, bien escaneada y adjunta al correo electrónico.

El **escrito remitido por el interesado, o su representante**, detallará la petición en que se concreta la solicitud -esto es, qué derecho concreto se está ejerciendo y el modo en que se quiere ejercitar (p.e. puede solicitarse la cancelación de todos los datos de que disponga el letrado o solo de alguno de ellos-, la dirección para comunicarle la respuesta y la forma de concretar el ejercicio del derecho de que se trate, así como los documentos acreditativos de la solicitud que efectúa.

Recibida la comunicación por el **responsable del fichero** (el letrado o despacho de abogados, habitualmente) se lo **notificará al responsable de seguridad** que procederá del modo siguiente según que el derecho que se ejercite sea acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación o portabilidad.

160 Derecho de acceso

En este caso, el responsable de seguridad **contestará** en el **plazo** máximo de un mes al interesado por la misma vía que se recibió la solicitud (ampliable a 2 meses cuando se trate de solicitudes especialmente complejas, debiendo informar en el primer mes de la extensión del plazo para resolver), salvo que el interesado manifieste otra vía - gratuita- para ello, indicándole los datos que obran del mismo en la empresa o despacho, el origen de los mismos,

el consentimiento obtenido para el tratamiento de los datos de carácter personal del interesado, los cesionarios que pudieran existir, las finalidades del fichero, el plazo previsto de conservación de los datos, el derecho a presentar una reclamación ante la AEPD y el resto de derechos que le asisten. Se contestará, igualmente, aunque la empresa o despacho no tenga datos de carácter personal del afectado.

Una **novedad** introducida por el Reglamento UE es que el interesado tiene derecho no solo al acceso a sus datos de carácter personal que tenga el letrado, sino también a obtener una copia de los mismos ex art.15.3 (siendo posible que dicha copia sea en formato digital o, cuando el acceso al interesado se le proporciona vía acceso remoto, permitiéndole que pueda imprimir o archivar la información que está visualizando en pantalla).

El responsable de seguridad **denegará** el acceso cuando haya recibido una solicitud de acceso a los datos de carácter personal por parte de la misma persona, o su representante, sobre los mismos datos en los últimos doce meses -se prevé una reducción de dicho plazo a los 6 meses, LO 15/1999 art.13.3 -. Sin perjuicio de advertir al interesado de su derecho a recabar la tutela ante la Agencia de Protección de Datos.

161 Derecho de rectificación

Si el particular pretendiera ejercitar el derecho de rectificación de datos que considere inexactos, el responsable de seguridad **contestará** al interesado en el plazo más breve posible (en este sentido el Reglamento UE exige que se haga sin dilaciones indebidas, la AEPD propone como razonable un plazo de un mes, ampliable a dos más cuando se traten de cuestiones especialmente complejas, considero un plazo más apropiado y ajustado al texto legal p. ej. 10 días más breve posible (en este sentido el Reglamento UE exige que se haga sin dilaciones indebidas, la AEPD propone como razonable un plazo de un mes, ampliable a dos más cuando se traten de cuestiones especialmente complejas, considero un plazo más apropiado y ajustado al texto legal p. ej. 10 días), por la misma vía que se recibió la solicitud, salvo voluntad contraria del interesado, y efectuará la modificación de los datos igualmente en el plazo más breve posible («sin dilaciones indebidas» exige el Reglamento UE, p.ej. el señalado plazo de 10 días) desde que remita la respuesta al interesado -no en vano la LO 15/1999 art.4.3 exige que «los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado»-. Si los **datos** objeto de rectificación hubieran sido **cedidos a un tercero** el responsable de seguridad notificará tal circunstancia al cesionario para que en el plazo más breve posible (p.ej. 10 días) realice tal corrección.

162 Derecho de cancelación o supresión

En el supuesto de ejercicio del derecho de cancelación, el responsable de seguridad contestará al interesado en que se cancelen sus datos también en el **plazo** más breve posible (sirva lo expuesto anteriormente para el ejercicio del resto de derechos, estimando adecuado el plazo de 10 días), por la misma vía que se recibió la solicitud, salvo voluntad contraria del interesado, y efectuará la cancelación y borrado de los datos en el plazo más breve posible (p. ej. de 10 días) desde que remita la respuesta al interesado.

No obstante, desde que se reciba la solicitud del interesado, y estando justificada la cancelación pedida, el responsable de seguridad procederá al **bloqueo de los datos**. Si los datos objeto de cancelación hubieran sido cedidos a un tercero el responsable de seguridad notificará tal circunstancia al cesionario para que en el plazo de 10 días realice tal corrección.

Precisiones

El **procedimiento concreto de borrado** de los datos ha sido objeto de controversia en no pocas ocasiones puesto que debe ser efectivo e impedir el acceso por parte de terceros a los mismos y no todos los «borrados» son igualmente eficaces y permiten, de algún modo, el acceso al contenido, al menos parcial, de tales datos con lo que se conculcaría el cumplimiento del ejercicio del derecho.

163 Derecho a la limitación del tratamiento

Todos los interesados (a nuestros efectos, los clientes del abogado) tienen derecho a que no se apliquen a sus **datos personales** las operaciones de tratamiento que en cada caso corresponderían cuando concurra alguna de las siguientes **condiciones**:

1. El cliente haya ejercido el derecho de rectificación u oposición y el responsable (el abogado) está en proceso de determinar si procede o no.
2. El tratamiento de los datos realizado por el abogado es ilícito, lo que supondría que debería borrar sus datos, pero el interesado se opone a ello.
3. Los datos ya no son necesarios para el tratamiento, que también supondría que se borrarán, pero el interesado solicita su limitación (p.ej. por necesitarlo para interponer alguna reclamación frente a dicho abogado).

Durante el tiempo que esté la limitación de los datos, el abogado únicamente podrá tratar los datos afectados si cuenta con el **consentimiento del cliente**, o bien para formular las alegaciones o defensa de las reclamaciones, para proteger los derechos de otra persona o por razones de interés público.

El **procedimiento** para la solicitud por el interesado y la resolución de la misma por el letrado es idéntico al previsto para el ejercicio del resto de derechos.

164 Derecho de portabilidad

El interesado tiene, ahora, además del **derecho de acceso** a los datos un derecho a que los datos de carácter personal suyos que tenga un responsable se transmitan a otro responsable, bien directamente si técnicamente fuera posible, bien facilitando al interesado los datos personales suyos en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica para transmitirlos el cliente mismo al nuevo responsable, cuando la comunicación directa no sea factible (art.20.2). El derecho de portabilidad de los datos no obsta, en modo alguno, el ejercicio simultáneo o posterior del derecho de supresión respecto de los datos de carácter personal que tenía el anterior responsable.

Este derecho solo puede ejercerse respecto de datos de carácter personal cuyo tratamiento se efectúe por **medios automatizados**, siempre que el tratamiento de los datos se base en el consentimiento o un contrato y cuando el interesado expresamente lo solicita respecto de sus datos de carácter personal facilitados al responsable. Por tanto, está excluido respecto de datos de carácter personal de terceras personas (ej. el cónyuge en un procedimiento de divorcio cuando mi cliente es uno de ellos) y también respecto de datos del cliente pero que hayan sido facilitados no por el cliente sino por un tercero.

166 Derecho de oposición

Por último, si el interesado ejerciera su derecho a oponerse al tratamiento de sus datos para las finalidades para las que fueron expresamente recabados, el responsable de seguridad contestará al interesado también en el **plazo** más breve posible (p.ej. de 10 días), por la misma vía que se recibió la solicitud, indicándole que no se realizará tratamiento alguno de sus datos o de los motivos por los que resulta preciso llevar a cabo tal tratamiento de sus datos de carácter personal y se le solicitará consentimiento expreso para ello. Si el interesado reiterase su intención de oponerse, se contestará al afectado indicándole que no se llevará a cabo el tratamiento de sus datos y las consecuencias que ello puede tener.

Especial atención dedica el Rgto (UE) 2016/679 respecto del ejercicio del derecho de oposición en los supuestos de tratamiento de datos de carácter personal para fines de mercadotecnia directa y la elaboración de perfiles relacionados con dicha actividad exigiéndose a los responsables, cuando los interesados se opongan al tratamiento de los datos para estos fines, que los datos personales que tengan de sus clientes se sigan utilizando para dichos fines de mercadotecnia directa (art.21).

167 De todas las **solicitudes** de ejercicio de los derechos descritos en este capítulo, así como de las **respuestas** remitidas a los mismos se guardará **copia** que será **almacenada en un soporte** por el responsable de seguridad durante un período de un año, transcurrido el cual serán destruidas del modo previsto en el documento de seguridad para los documentos o soportes.

En el citado documento de seguridad también deberán enumerarse qué **medidas de seguridad** se adoptan por el profesional para la salvaguarda del tratamiento de los datos de carácter personal, medidas que, como estipula la ley, podrán ser de nivel básico, medio o alto atendiendo a la naturaleza más o menos sensible de los datos de carácter personal objeto de tratamiento. A tal efecto, el abogado o despacho deberá evaluar, a la hora de realizar el documento de seguridad e implantar la política de protección de datos en su despacho o actividad profesional qué datos maneja para determinar el nivel de seguridad que ha de implantar. En cualquier caso, como mínimo, deberán realizarse las medidas de nivel básico que comprende, entre otros extremos, la obligación de realizar de forma semanal copias de seguridad (backup) de los datos y establecer procedimientos para la restauración de los datos en caso de que sea preciso (LO 15/1999 art.94).

168 Dentro del concreto desarrollo de la actividad del letrado (y de los procuradores, que tampoco están exentos de las obligaciones a que se ha hecho referencia en el presente epígrafe), y sin ánimo de agotar el elenco de supuestos que pudieran suscitarse y que resulten de interpretación, cuando menos dudosa, debe hacerse referencia a cuál debe ser el **tratamiento que realicen los abogados de los clientes y sus contrarios** en los procedimientos judiciales en que ambas partes intervengan. Como se ha expuesto, la **regla general** «ex lege» es que la inclusión en un fichero de los datos de carácter personal de los clientes del abogado y sus contrarios en un asunto concreto (sea judicial, un contrato, una mediación o transacción, etc.), en tanto que constituye un tratamiento de datos, impone la obligación al mismo de recabar, con carácter previo, el consentimiento de ambos (de sus clientes y de la contraparte de los mismos) e informarles, asimismo, de los extremos previstos en el art.5.1 de la Ley (información que puede dilatarse hasta 3 meses cuando los datos de carácter personal no se recaban del propio afectado sino por un tercero -p.e. el órgano judicial, el árbitro, mediador, etc.- (LO 15/1999 art.5.4).

En lo referente al tratamiento de los datos de los clientes existen menos problemas, de un lado porque ordinariamente el cliente del abogado no tendrá inconveniente en consentir con el tratamiento de sus datos de carácter personal, eso sí, limitando el uso de los mismos a los exclusivos efectos del encargo realizado al profesional, de otro lado porque, además, el citado tratamiento podrá efectuarse sin consentimiento del afectado, a tenor de lo establecido en la LO 15/1999 , que excluye del consentimiento los supuestos en que los datos «se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento» (LO 15/1999 art.6.2).

- 169 Sin embargo, el problema se plantea en el supuesto de que los datos se refieran a los **oponentes de los clientes del abogado o procurador**, dado que en ese caso el tratamiento resulta absolutamente imprescindible para la asistencia letrada al cliente, si bien ese tratamiento pudiera chocar con el derecho a la protección de datos de la persona cuyos datos son objeto de tratamiento.

A nuestro juicio, en este caso surgiría una colisión entre **dos derechos fundamentales**: el derecho a la protección de datos de carácter personal (Const art.18) y consagrado como derecho autónomo e informador del texto constitucional por la Sentencia TCo 292/2000 , por un lado; y el derecho a la asistencia letrada, como manifestación del derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (Const art.24.2).

Para resolver tal conflicto, debe indicarse que, en primer lugar, la propia LO 15/1999 permite establecer los **límites para la exigencia del consentimiento**, dado que exige, como regla general, el consentimiento para el tratamiento de los datos «salvo que la Ley disponga otra cosa» (LO 15/1999 art.6.1).

Y precisamente el legislador, al amparo del citado precepto, ha creado un sistema en que el derecho a la protección de datos de carácter personal cede en aquellos supuestos en que el propio legislador (constitucional u ordinario) haya considerado la existencia de motivos razonados y fundados que justifiquen la necesidad del tratamiento de los datos, incorporando dichos supuestos a normas de, al menos, el mismo rango que la que regula la materia protegida (Ley Orgánica).

En este caso, como se dijo, el tratamiento por los abogados y procuradores de los datos referidos a la contraparte de sus clientes en los litigios en que aquellos ejerzan la postulación procesal trae su causa, directamente, del **derecho de todos los ciudadanos a la asistencia letrada** (Const art.24.2) de tal modo que la exigibilidad del consentimiento del oponente para el tratamiento de sus datos por el abogado o procurador supondría dejar a la exclusiva voluntad de aquel la decisión de almacenar la información necesaria para que el cliente pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos puede suponer una merma o limitación en cuanto a la posibilidad de aportación por el interesado de «los medios de prueba pertinentes para su defensa», vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva.

Lo anterior justifica que, si bien ninguna disposición legal habilita expresamente el tratamiento por abogados y procuradores de los datos referidos al oponente de su cliente en el seno de un determinado proceso judicial, es evidente que dicha posibilidad trae causa directa de una norma de rango constitucional, reguladora además de uno de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados por la Constitución, y desarrollado por las leyes procesales, por lo que sí puede considerarse que existe una verdadera habilitación legal para el tratamiento de los datos (Const art.24).

- 170 Sentado lo anterior, deberá analizarse si el abogado o procurador se encuentra obligado, en virtud de lo prevenido en el LO 15/1999 art.5.4 , a **informar a los oponentes de su cliente** -titulares de los datos de carácter personal que se quieren tratar por los profesionales jurídicos a los solos efectos del ejercicio del derecho de defensa de la pretensión de su cliente ante los tribunales- de la existencia de un fichero o tratamiento, su responsable, su finalidad, la posibilidad que los afectados ejerciten los derechos que la Ley les atribuye y los destinatarios de los datos. Esto es, teniendo en cuenta que existe un conflicto entre el derecho del cliente del abogado o procurador a obtener la adecuada asistencia jurídica como proyección del derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24) y el derecho del oponente a la protección de sus datos de carácter personal que impide el uso de los datos de carácter personal salvo que se hubiera informado al afectado (el contrario) de que se van a recabar sus datos, que van a ser objeto de tratamiento e incorporación a un fichero, etc.

Tal y como sostiene reiterada jurisprudencia del **Tribunal Constitucional** «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (por todas TCo 186/2000).

Pues bien, aplicando la doctrina constitucional antedicha al supuesto concreto señalado objeto de análisis en el presente marginal, y sin perjuicio de lo que, en su caso, pudiese manifestar en el futuro el citado Tribunal Constitucional -si cambiara de parecer por causas razonadas-, habrá que ponderar en qué caso la limitación del ejercicio de uno de los derechos en conflicto puede producir una mayor merma de los derechos de la otra parte o, en su caso, las medidas que permitirán mitigar ese potencial perjuicio (postura salomónica seguida también por el Tribunal Constitucional en

los conflictos de otros derechos constitucionales como acontece en el caso del derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, entre otros).

171 Siguiendo esta premisa, la **Agencia de Protección de Datos** se postula a favor de la prevalencia del derecho consagrado por la Const art.24 , eso sí, garantizando a su vez las medidas oportunas que evitarán un mayor perjuicio a los afectados (en este caso, los oponentes de los clientes cuyos datos son objeto de tratamiento), porque, se entiende que, la comunicación a los afectados de las informaciones de que los abogados o procuradores puedan disponer, procedentes de sus clientes, podrían perjudicar, como ya se indicó, el adecuado ejercicio por el propio interesado de las facultades vinculadas con su derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (al quedar en conocimiento de la otra parte los datos que pudieran ser aportados a juicio en defensa de su derecho). Evidentemente, deberá cuidarse por el abogado o procurador que los citados datos de los oponentes sean objeto de tratamiento exclusivamente a los fines procesales para los que se recabaron y garantizar, asimismo, su debida cancelación una vez cumplida su finalidad.

172 En otro orden de cosas, resulta evidente que las **innovaciones tecnológicas** motivan que hoy día sean una minoría los abogados (o despachos de abogados) que no disponen de una página web para publicitar sus servicios, aprovechando de este modo, internet como vehículo de marketing y captación de clientela. Pues bien, disponer de una página web supone no solo una serie de ventajas sino también algunas obligaciones, como es el hecho de informar en la misma de diversas cuestiones cuyo olvido o incumplimiento consciente puede salir muy caro (en forma de sanción pecuniaria).

Así pues, resulta necesario, si a través de la **web del abogado** se pueden recabar datos de carácter personal de los que naveguen por la misma cumplir con las disposiciones de la normativa de protección de datos, informando al internauta de que los datos que facilite serán recabados, tratados, utilizados con una finalidad concreta, en su caso, cedidos a terceros, los derechos que le asisten respecto de tales datos de carácter personal.

Las formas en que se suelen recabar los datos de carácter personal pueden ser muy variadas: mediante un formulario de contacto para formular una consulta, un formulario para recibir *newsletters* de la web, un formulario de registro para acceder a ciertos servicios reservados solo para clientes o para quienes se registren, un *mail* a través del cual se pueden enviar consultas, CV para colaborar con el abogado o despacho, etc.

El modo habitual de informar a los **internautas** de todos los extremos exigidos por la LO 15/1999 suele ser mediante un apartado o pestaña específica en la web referida a la política de protección de datos o política de privacidad, que deberá figurar en un sitio visible de la web con objeto de que cualquiera que navegue por ella y, sobre todo, cualquiera que vaya a cumplimentar un formulario o facilitar datos de carácter personal tenga acceso a dicha información sobre el tratamiento de los datos y la gestión de los mismos por el abogado o despacho.

175 Modelo: política de privacidad

La presente POLÍTICA DE PRIVACIDAD es parte integrante del Aviso Legal de la página web: www.empresa.com.

En virtud de lo dispuesto en la LO 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LO 15/1999), Despacho de abogado, S.L. (en adelante, EMPRESA), le informa que:

PRIMERO.- La visita del sitio web www.empresa.com no implica que el usuario deba registrarse y suministrar información alguna respecto a su identidad, no pudiendo ser asociada a un usuario concreto por la empresa. En el supuesto que se suministre datos de carácter de personal, estos datos serán recogidos y utilizados conforme a las limitaciones y los derechos recogidos en la citada norma de protección de datos.

SEGUNDO.-La recogida de datos de carácter personal se realizará única y exclusivamente a través de los formularios que pudieran ser publicados en la web y de los correos electrónicos que los usuarios puedan remitir a EMPRESA.

Los datos personales que pudieran ser proporcionados por el usuario a través del presente sitio web, se incorporarán a los ficheros de titularidad de EMPRESA debidamente inscritos en el Registro General de Protección de Datos. La finalidad de dichos ficheros será exclusivamente, la gestión, desarrollo y cumplimiento de la normal prestación de los servicios ofrecidos (clientes) y el envío de currículums para cubrir posibles ofertas de trabajo (recursos humanos) a través del sitio web.

TERCERO.- EMPRESA ha desarrollado todos los sistemas y medidas técnicas y organizativas a su alcance, previstas en la normativa de protección de datos de carácter personal para evitar la pérdida, mal uso, alteración, acceso no autorizado y sustracción de los datos de carácter personal facilitados por el usuario.

CUARTO.- El usuario garantiza que los datos que pudieran ser aportados son verdaderos, exactos, completos y actualizados, siendo responsable de cualquier daño o perjuicio, directo o indirecto, que pudiera ocasionarse como consecuencia del incumplimiento de tal obligación.

QUINTO.- EMPRESA conservará los datos una vez finalizada la relación con el usuario para cumplir las obligaciones legales necesarias. A su vez, procederá a la cancelación de los datos recogidos cuando dejen de ser necesarios para la finalidad para la que fueron recabados.

SEXTO.- Asimismo, le informamos y mediante la aceptación de la presente Política de Privacidad el usuario consiente que sus datos personales puedan ser comunicados a terceros colaboradores de EMPRESA, con la finalidad de que estos puedan efectuar, por diferentes medios, incluido el correo electrónico, envíos publicitarios y de información comercial, sobre productos y servicios relacionados con los sectores afines a los ofrecidos por EMPRESA.

SÉPTIMO.- En el supuesto de que usted no desee recibir comunicaciones comerciales electrónicas por parte de EMPRESA, podrá manifestarlo expresamente enviando un mail a la siguiente dirección de correo electrónico: info@empresa.com

OCTAVO.- Para ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación y portabilidad sobre los datos que hayan sido aportados, el usuario podrá dirigirse por escrito a la siguiente dirección: EMPRESA S.L., C/..... nº....., piso...º letra..., 28... Madrid o bien a través del correo electrónico info@despachodeabogados.com. Dicha solicitud deberá contener los siguientes datos: nombre y apellidos del solicitante, domicilio a efectos de notificaciones, fotocopia del Documento Nacional de Identidad o Documento equivalente de identificación y petición en la que se concrete la solicitud.

- 177 Sin perjuicio de lo que se expondrá en el marginal nº 195 al respecto del cumplimiento de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (L 34/2002) en adelante, LSSICE, procede ahora hacer mención también, en el marco de esta esfera de tecnología que envuelve al desarrollo profesional del abogado -y de cualquier profesional cabría añadir- del uso creciente por los abogados de **sistemas de almacenamiento en la nube** (el denominado *cloud computing*) por la posibilidad de acceso a la información almacenada desde cualquier lugar del mundo, por la salvaguarda de la información en un soporte externo al despacho en el que se ejerce habitualmente la actividad y por el ahorro en personal e infraestructuras, pero dicha tecnología no está exenta de riesgos (en primer lugar la seguridad -se pierde el control físico de la información por la empresa-, también el coste en función del espacio contratado, coste de servicios adicionales (realización de copias de seguridad, envío de las mismas por correo o almacenamiento de las mismas en un banco u otro lugar seguro, y riesgos también en materia de protección de datos pues en la nube están almacenados datos de carácter personal de nuestros clientes (p.e.) y el prestador del servicio deberá garantizar la confidencialidad, seguridad e integridad de tales datos. Esto supone que es preciso suscribir un contrato con el prestador donde se articule tal protección (LO 15/1999 art.12), lo cual no siempre es fácil (el prestador tiene condiciones generales que no pueden modificarse por negociación -*dropbox, copy, one drive*, etc.-, el prestador se halla en un país donde no hay normativa de protección de datos, el prestador se niega a suscribir tal contrato, etc.) y del cumplimiento de ciertas normas en materia de protección de datos.
- 178 En el **contrato que se suscriba con el prestador** debe preverse que el servicio esté disponible permanentemente (evitando de este modo posibles problemas de cambio horario o de festivos, etc.) y de poder portar la información almacenada en el mismo (problemas de rescatar esa información y de cancelación y destrucción de la misma por el prestador una vez que se ha recuperado por su empresa); que la información solo sea accesible por su despacho o por personal del mismo o que colabore con el mismo -p.e. el procurador si estuviere autorizado al efecto- cumpliendo unas condiciones de autenticación; gestión de copias de seguridad, recuperación de datos ante incidencias, seguridad de los datos (antivirus, cortafuegos, etc.); la posibilidad de realizar auditorías (utópico si el proveedor del servicio está en un país lejano) para verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad; consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del contrato (y realidad de poder exigir las mismas) pues resultará difícil cuando no imposible interponer acción judicial frente al prestador que incumple algún extremo del contrato si el domicilio del mismo se halla en Bahamas o en cualquier otro lugar alejado del despacho pues, desde un punto de vista meramente económico o práctico, resulta más costoso el procedimiento judicial que el resultado del mismo en ocasiones.
- 179 En el supuesto de que el prestador de servicios *cloud computing* se encuentre establecido en España, además de la inclusión de las menciones recogidas en la LO 15/1999 art.12 en el **contrato que suscriba el cliente** -a los efectos que nos ocupan, el abogado o despacho de abogados- **con el proveedor**, dicho instrumento deberá recoger de forma expresa la obligación de este último de elaborar un documento de seguridad en los términos exigidos por el del Reglamento de protección de datos o completar el que ya hubiera elaborado, identificando el fichero o tratamiento y el responsable del mismo e incorporando las medidas de seguridad a implantar en relación con dicho tratamiento (RD 1720/2007 art.88).
- El proveedor deberá utilizar y tratar los datos según las instrucciones de su despacho y no para otros fines (venta de datos a terceros por ejemplo).
- 180 Cabría preguntarse si cambiaría algo dicho panorama si los **datos de carácter personal** que facilita el abogado al citado prestador del servicio de cloud computing físicamente **se encontraran fuera de España**. Si el lugar de ubicación de los datos fuera alguno de los países de la **Unión Europea** o con los que esta tiene suscritos convenios sobre esta materia no habría distinción alguna ni particularidad alguna (con la salvedad, en su caso, de las dificultades de contacto con el prestador extranjero si hubiera diferencia horaria). En el **resto de supuestos** sí que afectaría, en

mayor o menor medida. Pues, si no se prevé nada en el contrato de prestación del servicio (sumisión a la legislación española p.e.) hay que tener en cuenta que se trata de una transferencia internacional de datos (la Dir 1995/46/CE art.25 prevé que dicha transferencia de datos debe limitarse a los países extracomunitarios que cuenten con un nivel de protección adecuado). La LO 15/1999 art.33 recoge esta misma exigencia y añade que solo será posible previa autorización del director de la Agencia de Protección de Datos (a cuyo efecto tomará en cuenta: la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países).

La **autorización** se obtiene conforme al procedimiento previsto en el RD 1720/2007 art.137 a 140 . Hay que puntualizar que no será necesaria dicha autorización si el tercero se halla en un país con un nivel de protección adecuado o si es un país de la UE o si está en EEUU (con las salvedades ya expuestas supra tras la reciente sentencia del TJUE 6-10-15, asunto C-362/14 -) que cuestiona la condición de *safe harbour* o puerto seguro de EEUU y, en consecuencia, su capacidad respecto a garantizar la protección adecuada en esta materia de protección de datos; si bien ahora se ha sustituido *safe harbour*, respecto de dicho país por el escudo de Privacidad o *Privacy Shield*, aprobado el 12 de julio de 2016 por la Comisión Europea).

- 181 Por último, es necesario llamar la atención acerca de la inconveniencia de utilizar **sistemas de comunicación o intercambio de ficheros** (correo electrónico, *whatsapp*, *dropbox*, *skype*, etc.) que impliquen tratamientos de datos relacionados con el ejercicio profesional y que no reúnan las medidas de seguridad requeridas por la LO 15/1999 y su Reglamento. Mucho menos si se tratan datos que exijan la adopción de medidas de seguridad de nivel alto, entre las que se encuentra la obligación de cifrar los datos cuando se transmitan «a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicaciones electrónicas» (RD 1720/2007 art.104). En definitiva, el abogado deberá ser diligente en el cumplimiento de la normativa de protección de datos y, si bien vive en una sociedad cada vez más tecnológica, en la que no utilizar los medios de telecomunicaciones es prácticamente imposible, sí debiera abstenerse de dar un uso profesional a aquellos medios que entrañan o pueden llevar asociado un elevado riesgo en el compromiso de la seguridad y, por tanto, habrá de evitar el uso profesional del mismo o limitarlo a cuestiones en las que no intervengan en absoluto datos de carácter personal de sus clientes, colaboradores, trabajadores, etc., para evitar la desagradable sorpresa de una sanción por una infracción de la Ley Orgánica de protección de datos.

b. Cumplimiento por los abogados de las previsiones de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE)

- 195 Los abogados, además de cumplir con la Ley Orgánica de protección de datos a que se hace referencia en el marginal nº 180 , también se ven abocados -por el uso habitual de herramientas informáticas, imprescindibles hoy día para el desarrollo diario de la profesión, como es el caso del correo electrónico, o necesarias para publicitar el ejercicio profesional, como es el caso de la página web, marginal nº 200 - al cumplimiento de la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (L 34/2002).

De este modo, y a resultas de lo prevenido en la citada ley, el abogado deberá cumplir con una serie de **prevenciones** tanto cuando haga **uso del mail** como cuando disponga de una **web sobre los servicios que presta**.

197 Correo electrónico

Respecto al uso del correo electrónico de forma profesional, deberá evitar el denominado **spam** que, contrariamente a lo que cotidianamente se entiende por el término, consiste sin más en la remisión de cualquier mensaje o correo electrónico no solicitado cuyo fin sea ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés del destinatario respecto de un producto, servicio o empresa.

Sobre este particular la LSSICE prohíbe de forma expresa el envío de **comunicaciones publicitarias o promocionales** por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. Es decir, se desautorizan las comunicaciones dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes y servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, si bien esta prohibición encuentra la excepción en el segundo párrafo del artículo, que autoriza el envío cuando exista una relación contractual previa y se refiera a productos similares (LSSICE art.21.1).

De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas puede constituir una infracción leve o grave de la LSSICE.

Además de suponer una infracción a la Ley de servicios de la sociedad de la información, la práctica del spam puede significar una **vulneración del derecho a la intimidad** y el incumplimiento de la legislación sobre protección de datos, ya que hay que tener en cuenta que la dirección de correo electrónico puede ser considerada como dato de carácter personal.

Además de la citada prohibición, la ley prevé que aquellos profesionales que realicen envíos electrónicos publicitarios han de habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan solicitar no recibir más mensajes (L 34/2002 art.21.2).

El destinatario podrá **revocar** en cualquier momento el **consentimiento** prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado, y deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los **correos basura** que se reciben proceden de fuera de nuestras fronteras, y no están sujetos por tanto a nuestra legislación (aunque sí pueden estarlo a la normativa comunitaria o internacional cada vez más uniforme). A tal efecto, si tiene conocimiento del país a partir del cual se emite el spam, puede indicarlo a las autoridades interesadas. Tratándose de **spam emitido** en un Estado de la **Unión Europea**, los datos del conjunto de las autoridades europeas de protección de datos están disponibles en la página web de la AEPD. Si el envío de spam se ha realizado desde los **Estados Unidos**, se pueden transferir los mensajes no solicitados al Departamento del Comercio Americano (Federal Trade Commission) que propone un procedimiento de alerta en su página web www.ftc.gov y con el que la Agencia Española de Protección de Datos ha suscrito un Acuerdo de Colaboración).

Efectivamente el problema del spam, por la propia naturaleza de internet y la evolución tecnológica de los medios a través de los cuales se produce, es un problema eminentemente internacional frente al que hay que actuar con medidas de participación internacional, sincronizadas y adoptadas conjuntamente por todos los implicados, de acuerdo con todas las legislaciones, que en ocasiones no regulan esta materia de una misma forma.

Para la consecución de esta **cooperación internacional** se han firmado varios documentos de colaboración y asistencia recíproca con las instituciones que tienen encomendada esa función de supervisión en diferentes países, tanto a nivel comunitario como extracomunitario.

En el **ámbito intraeuropeo**, la Agencia Española de Protección de Datos forma parte del grupo Contact Network of Spam Authorities (CNSA). Este grupo está compuesto por las Autoridades nacionales responsables de la regulación y control de las comunicaciones no solicitadas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. En la última reunión celebrada en Bruselas se acordó la redacción de un documento con el objetivo de establecer un marco intraeuropeo para el intercambio de información sobre denuncias sobre Spam entre autoridades competentes, con indicaciones claras sobre lo que hay que hacer cuando se recibe una denuncia.

Y en relación con **EEUU**, se ha firmado un Acuerdo de Cooperación Administrativa para luchar contra el spam con la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos. Por lo que respecta a este país, recientemente -con fecha 6-10-2015, como se ha expuesto en el marginal nº 180 - se ha dictado una sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea alterando la situación hasta la fecha existente de reconocimiento a EEUU como *safe harbour* o puerto seguro a efectos de protección de datos de modo que cualquier transferencia internacional de datos que tuviera como destino dicho país se podía realizar con la tranquilidad de que dicho país cumplía con la exigencia a las empresas y profesionales radicados en dicho país de normativa en materia de protección de datos con un nivel de garantía equiparable al existente en la Unión Europea. Dicha resolución del TJUE retira la calificación de *safe harbour* a EEUU y, en consecuencia, las cesiones internacionales de datos a EEUU constituyen un cierto riesgo en materia de protección de datos -no obstante habrá que ver cuál es la aplicación práctica de la citada resolución judicial y la realidad de las diferencias de protección entre la UE y EEUU para poder aseverar que realmente las cesiones internacionales de datos con destino EEUU constituyen un riesgo para los titulares de tales datos-.

- 198 Puede parecer que estas exigencias respecto de las precauciones que deben adoptarse por los profesionales -incluidos los abogados- en el envío de comunicaciones por *mail* o correo electrónico son puramente anecdóticas y que su incumplimiento es un hecho socialmente aceptado y, en consecuencia, la Agencia de Protección de Datos, existiendo otros supuestos más graves de vulneración de la norma por la que vela dicha institución, no sancionará las infracciones cometidas de la LSSICE art.21. Nada más lejos de la realidad, baste examinar algunos **casos curiosos**, directamente relacionados con el citado art.21, que le podrían pasar a cualquier abogado o despacho de abogados, y cuyas consecuencias son la imposición de sanciones nada desdeñables:

1º Cabe citar en primer lugar la resol. PS/000137/2004 cuando se enviaron **comunicaciones comerciales** a 13 potenciales clientes cuyos **datos** se obtuvieron en una feria -SIMO- al dejar su **tarjeta de visita**, pues eso no supone consentimiento, sin que estos lo hubieran autorizado o solicitado; la AGPD entendió que era un envío masivo de correos, además no ponía Publi en el asunto. Se le impuso la sanción grave en grado mínimo: 30.001 euros. La resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional que revocó la misma considerando que el intercambio de tarjetas en el ámbito de una feria supone un interés en los productos del sancionado y un consentimiento previo o autorización para recibir correos con los productos promocionados en dicha feria; además el envío de 13 no correos no puede considerarse masivo (AN 17-5-07, EDJ 69090).

2º También debe mencionarse el supuesto de que se incluyeran las **direcciones de los otros destinatarios en el campo de CC** en lugar de en el de CCO, con lo que son accesibles las mismas por todos los destinatarios. Supuesto que ha sido sancionado por la AEPD en diversas ocasiones (máxime cuando en 2007 ya recordaba en su memoria cómo debía actuarse en este sentido para salvaguardar la confidencialidad de los datos), que demuestra que no es tan extraño como puede parecer. Es un despiste tan clásico y aparentemente inocente con importantes consecuencias, pues numerosas empresas españolas ya han tenido que enfrentarse a una multa de entre 600 y 3.000 euros (aunque legalmente podría llegar a los 60.000 euros) por revelar datos privados de sus clientes o de personas que les habían facilitado su *e-mail* con fines informativos (supuesto perfectamente trasladable a los abogados).

200 Páginas web

En cuanto a las páginas web de los abogados o despachos de abogados, también deben cumplir con la LSSICE que comprende unas mínimas exigencias de información que garantizan al internauta que navega por la misma el conocimiento de quién es la persona o empresa titular de la web y que presta el servicio que se oferta en la web (en este caso, servicio jurídico, de la rama del ordenamiento que sea). Así, la citada norma exige que el abogado o despacho **informe a los que naveguen por su web**, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, de los siguientes **extremos** (LSSICE art.10):

a) Nombre del abogado o **denominación social del despacho**; su residencia o domicilio o el de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de *mail* (dirección de correo de uso habitual) y cualquier otro dato que permita establecer con el prestador una comunicación directa y efectiva (no sirviendo por tanto la dirección postal, a diferencia de un teléfono, *skype* o videollamada, fax, etc., nótese que se dice que la comunicación será directa y efectiva no exige que sea inmediata).

b) Los datos de **inscripción registral** del despacho de abogados en el Registro Mercantil o en aquel otro registro público en el que lo estén a efectos de adquirir personalidad jurídica o publicidad (en el caso de los abogados, serviría la inscripción en el Colegio profesional correspondiente).

c) Si la actividad estuviese sujeta a **autorización administrativa**, los datos relativos a la citada autorización y órgano competente encargado de su supervisión (en el supuesto de los abogados, podría entenderse que el ejercicio profesional está subordinado a la obtención de la correspondiente habilitación por parte del colegio profesional correspondiente, previa la inscripción por el profesional en el mismo acreditando que reúne los presupuestos exigidos al efecto -antiguamente solo el título de licenciado en derecho, hoy día se han añadido también el presupuesto del master de acceso a la abogacía y la superación de las pruebas de acceso-).

d) Como la profesión de abogado está regulada, deberá hacerse constar los datos del **colegio profesional** a que pertenezca (del territorio en que habitualmente ejerza, aunque pueda ejercer en toda España) y número de colegiado; el título de licenciado, el Estado de la Unión Europea en que se expidió el título y, en su caso, la correspondiente homologación.

e) El **NIF o CIF** que le corresponda al abogado o despacho.

f) Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a **precios** se facilitará **información clara y exacta** sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío. Este último requisito de información, de tanta importancia para el consumidor final - el cliente del abogado- pues en una economía de mercado es el precio precisamente uno de los elementos que sirven de filtro para adoptar la decisión de contratar con uno u otro profesional (sin perjuicio de tener en cuenta otros extremos como la experiencia, recomendación de un tercero, etc.), sin embargo, quizás por temor a mostrar demasiada información a la competencia que permita mejorar dichos precios, o por miedo a perder clientes por tener unos precios demasiado elevados o no poder acceder a determinados clientes justamente por el motivo contrario - tener unos precios demasiado bajos-, son muy numerosas las webs en las que dicho presupuesto de información es sistemáticamente incumplido. Así, basta dar un paseo virtual por las principales páginas de los despachos de abogados de nuestro país para verificar esta realidad y la dificultad que este extremo genera para los clientes que, para poder tomar la decisión de elegir abogado o despacho deberá, con carácter previo, realizar una tarea de llamar a cada uno de ellos, con el tiempo y el desgaste que ello supone para poder comparar precios.

g) **Códigos de conducta** a los que en su caso estuviera adherido y forma de consultarlos electrónicamente. Los citados códigos de conducta son compromisos de la empresa (abogado o despacho) de cumplir con ciertas **normas éticas de funcionamiento** y sirven para que el consumidor conozca mejor las formas de actuación del abogado o del despacho.

202 Por otra parte, también la citada web del abogado o del despacho debe cumplir con lo dispuesto en la Ley en relación con las **cookies** («podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (*cookies*) en equipos terminales de los destinatarios, pero solo a condición de que los mismos hayan dado su **consentimiento** después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la LO de Protección de Datos de carácter personal» (LSSICE art.22.2).

Las tan conocidas *cookies* a que se refiere el art.22 que absolutamente hoy día todo el mundo que utilice habitualmente internet conoce que existen gracias a los reiterados mensajes que en todas las webs aparecen en forma de *pop-ups* o en la parte inferior de la pantalla a modo de información y advirtiendo que si se continua navegando se acepta su utilización y su grabación en el navegador que se utilice -en definitiva, un sistema que puede calificarse en ocasiones como un auténtico acoso o medida de presión al internauta, en otras constituye una absoluta necesidad si se quiere seguir navegando-, no son otra cosa que **pequeñas cantidades de información** que se almacenan en el navegador utilizado por cada usuario para que el servidor recuerde cierta información que posteriormente pueda utilizar. Esta información permite identificar al usuario como un usuario concreto y permite guardar sus preferencias personales e información técnica como, por ejemplo, las páginas concretas que visita.

Las *cookies* usualmente utilizadas en las páginas web son de **tres tipos**:

- **de sesión**, que no se almacenan en el equipo del usuario pero se necesitan durante cada sesión de uso en cada servicio web, ya que son imprescindibles para el correcto funcionamiento del servicio.

- **almacenadas temporalmente** en el equipo del usuario, que se utilizan para realizar estudios estadísticos anónimos y agregados del uso que los usuarios hacen del servicio, para poder hacer futuras mejoras y optimizaciones. Para ello, se utilizan los servicios de Google Analytics (presente en la práctica totalidad de las páginas web).

- **sociales** que son necesarias para la intervención del usuario en las redes sociales y poder interactuar con el abogado/despacho de abogados. Su función es controlar la interacción con los widgets sociales dentro de la página web.

El abogado o el despacho, en su página web, si utiliza *cookies* deberá **informar al usuario** (internauta) de la existencia de dichas *cookies* en la web, del tipo de cookies que se utilizan y de la posibilidad de que no incluyan en el equipo del internauta mediante la realización de una serie de configuraciones por parte del propio internauta. Así, aquellos **usuarios que no deseen recibir cookies en sus equipos** pueden configurar su navegador con esta opción: En **Google Chrome** hay que seleccionar Preferencias > configuración > opciones avanzadas > configuración de contenido (dentro de privacidad) y seleccionar no permitir en general la instalación de cookies o bloquear las cookies de algunos sitios web concretos. En **Mozilla Firefox** hay que seleccionar Preferencias > Privacidad > Usar configuración personalizada para el historial > Y luego desmarcar la casillas de Aceptar *cookies* o limitar solo su uso a algunos sitios web. Para **otros exploradores** (explorer, safari, etc.) el usuario deberá consultar las instrucciones y manuales de los mismos para conocer cómo evitar que la navegación con dichos exploradores pueda almacenar *cookies* en su equipo. También se deberá advertir al internauta que la no aceptación de las *cookies* puede suponer la imposibilidad de acceder, en todo o parte, a la disponibilidad del servicio.

- 203 Sobre las *cookies* ha existido una gran controversia, en primer lugar porque el sistema legalmente previsto en la LSSICE es de **consentimiento previo** a la incorporación en el navegador de las citadas *cookies* y siempre que antes se le hubiera prestado la información suficiente sobre las *cookies* que utiliza el sitio web y las posibilidades que tiene de consentir -aceptarlas- o no. El problema deviene porque algunas cookies se instalan antes de que el internauta haya prestado su consentimiento y la Agencia de Protección de Datos ha sancionado de manera efectiva tal conducta, exigiendo que las web articulen sistemas en los que no se permita navegar salvo que el internauta consienta la instalación de las *cookies*, solución que, entiendo, contraria el fundamento de internet de navegación dinámica, libre y fluida, pues si continuamente se remite a la lectura de *cookies* y se impone el consentimiento de las mismas con carácter previo a poder navegar por cada una de las webs, se estarían poniendo límites a esa dinamicidad perseguida en aras de una pretendida defensa de los derechos de intimidad del internauta en cuanto a sus preferencias a la hora de navegar. De ahí que en **otros países** la opción escogida por el legislador es la del consentimiento *opt-out*, esto es, tácito, que se entiende prestado si el internauta sabiendo que la web utiliza *cookies* -y quedando a su libre arbitrio la decisión de consultar en la propia web qué tipo de *cookies* se trata y las opciones que tiene al efecto- sigue navegando por la citada web. Sería deseable que España adopte dicho sistema, menos garantista para los datos de carácter personal de los internautas pero más coherente con la filosofía de internet y el interés de los internautas. Habrá que esperar a la próxima modificación de la LSSICE para conocer el final del capítulo de las *cookies*.

c. Blanqueo de capitales

- 215 La cita o mención de los abogados en relación con el blanqueo de capitales no obedece al hecho de que la actuación de los abogados pueda ser ordinariamente constitutiva de lo que se viene denominando blanqueo de capitales, pues si bien puede ocurrir que ocasionalmente algún letrado se desvíe del recto camino de la ley y efectúe actos de blanqueo, lo cierto es que tiene mayor justificación desde el punto de vista **de agente colaborador en la prevención** y adopción de medidas para evitar que estos actos defraudadores proliferen en nuestro país.

Precisiones

Llama la atención que **no exista para la profesión de los abogados** una Orden Ministerial similar a la promulgada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 29-1-2008 por la que se regula el cumplimiento de determinadas obligaciones de los **notarios** en el ámbito de prevención del blanqueo de capitales. Pero tal inexistencia de norma específica aplicable a los abogados no impide para que dicho colectivo no tenga obligaciones muy concretas en este ámbito del blanqueo de capitales, puesto que la Ley de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y su Reglamento de desarrollo, sí tiene una referencia específica a dichos profesionales como seguidamente se tendrá ocasión con comprobar (L 10/2010 ; RD 304/2014).

216 Es la propia norma la que define qué se entiende por blanqueo de capitales, así dispone que tendrán tal consideración las **siguientes conductas** (L 10/2010 art.1.2):

a) La conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que proceden de actividades delictivas, con el propósito de ocultar el origen ilícito de tales bienes o ayudar a las personas implicadas a eludir las consecuencias de sus actos.

b) La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, lugar, disposición o titularidad real de bienes o derechos también a sabiendas de que proceden de actividades delictivas.

c) La adquisición, posesión o uso de bienes sabiendo que proceden de actividades delictivas.

d) Participar en algunas de las actividades anteriores y ayudar, instigar o aconsejar a alguien para su realización.

217 Seguidamente delimita **quién debe cumplir con las previsiones de la ley** en aras de prevenir y perseguir la comisión de actos que supongan blanqueo de capitales (L 10/2010 art.2):

- entidades de crédito, aseguradoras, servicios de inversión, entidades gestoras de fondos de pensiones, sociedades de capital riesgo, servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia, promotores inmobiliarios, auditores de cuentas, notarios y registradores, y

- los abogados, procuradores u otros profesionales independientes que participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de los clientes referentes a compra de inmuebles, gestión de fondos, valores u otros activos, apertura y gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros, organización de aportaciones para la creación, funcionamiento o gestión de empresas, fideicomisos o sociedades.

218 De este modo, los **abogados**, en tanto que sujetos de la norma, vienen obligados al cumplimiento de una serie de medidas en aras de lograr la finalidad prevista en la ley (evitar el blanqueo de capitales, identificar a los responsables de tales actuaciones y lograr su puesta a disposición policial y judicial), medidas que se concretan en un específico deber de información, de vigilancia, de abstención de actuación, de conservación de la información y de comunicación a la Administración (concretamente a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales).

219 Hay una serie de **obligaciones que se denominan de «diligencia debida»** y que comprenden las siguientes actuaciones:

1º La primera obligación que debe atender el abogado es la de **identificación formal** de cualquier persona (cliente o contrario) que pretenda realizar operaciones o negocios de los señalados en el art.1.2 de la ley. Dicha obligación de identificación debe realizarse mediante la comprobación de la identidad a través de documentos fehacientes y deberá circunscribirse al titular real (no al aparente que, de ordinario, los creadores del negocio puedan haber colocado para eludir las responsabilidades que se pueden derivar del mismo), indagando a tal efecto si el cliente actúa por cuenta propia o de terceros. Dicha obligación de identificación debe realizarla el letrado con carácter previo a la aceptación del encargo (seguidamente se verá la importancia a estos efectos de la hoja de encargo).

2º En segundo lugar se debe conocer cuál es el propósito de la relación de negocios, esto es, la **naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente** (L 10/2010 art.5).

Según el riesgo que pueda presentar las operaciones encargadas (riesgo entendido en el sentido de que pudieran suponer blanqueo de capitales, no del éxito de la pretensión encargada) podrá exigirse, además, un **seguimiento continuo de la relación de negocios** para verificar que lo declarado por el cliente respecto de la intención o propósito corresponde con la realidad. Dicha comprobación alcanza también, como no puede ser de otro modo, al origen de los fondos, el perfil profesional o empresarial y garantizar que los documentos aportados están debidamente actualizados. Esta obligación únicamente afecta a los abogados que tengan con el cliente una relación permanente o estable en la llevanza de asuntos del cliente a cambio de una iguala u otra retribución periódica.

Por otra parte, atendiendo al **riesgo inherente al cliente, o a las operaciones** que pretende realizar el mismo, puede «relajarse» la diligencia debida admitiéndose una diligencia simplificada cuando el riesgo de blanqueo es mínimo o «reforzarse» dicha diligencia cuando existe una elevada probabilidad de que la intención del cliente fuera la de blanquear capital.

220 En este sentido, cumple advertir que el catálogo de operaciones de blanqueo enunciado legalmente no es exhaustivo o *numerus clausus*, sino meramente orientativo, ni implica que las operaciones señaladas vayan a estar, necesariamente, vinculadas al blanqueo de capitales. Habrá que analizarlas caso por caso. No obstante, sí se

recomienda que el abogado ponga especial atención con una serie de **operaciones** que pudieran calificarse de **indiciarias de la existencia de blanqueo**:

1.- Operaciones relacionadas con sociedades:

- Constitución en un breve plazo de tiempo de un elevado número de sociedades.
- Nombramiento de un administrador en el que no concorra la idoneidad y profesionalidad necesarias para el desempeño del cargo (personas sin preparación específica, desempleados, personas sin ingresos, personas de edad muy avanzada o sin domicilio conocido), pues constituye un indicio claro de ser un administrador aparente más que real y que de facto será otro el que adopte las decisiones societarias.
- Nombramiento del mismo administrador en más de tres sociedades sin razón aparente.
- Nombramiento de administrador a personas residentes o domiciliados en paraísos fiscales no relacionados con el cliente.
- Venta de acciones o participaciones a personas sin relación razonable con los accionistas, en un plazo breve tras la inscripción de la sociedad en el registro mercantil.
- Sociedades participadas por otras sociedades que a su vez están participadas por otras sociedades.

2.- Desembolsos en efectivo para el pago de activos o minutas profesionales por importes inusuales.

3.- Apoderamientos de residentes a favor de no residentes con amplias facultades y de una antigüedad importante.

4.- Operaciones en la que existan indicios de que el cliente no actúa por cuenta propia, intentando ocultar la identidad del titular real, revelándola después de considerable insistencia.

5.- Cantidades entregadas en depósito con instrucciones de darles una aplicación insólita o inusual o para el pago de deudas sin soporte documental creíble.

6.- Cantidades entregadas como provisión de fondos en cuantía superior a la solicitada, con el encargo de devolver al cliente el sobrante.

7.- Cantidades recibidas en la cuenta de clientes sin haber sido solicitadas.

8.- Cantidades recibidas en la cuenta de clientes para el pago del depósito en la compraventa de inmuebles, con cancelación sin aparente explicación, solicitando la devolución del depósito por sistema distinto al pago inicial.

9.- Pretensión por parte del adquirente de un inmueble de declarar un precio en escritura superior al efectivamente acordado.

10.- Operaciones relacionadas con paraísos fiscales, sin razón aparente.

11.- Transmisiones sucesivas de un mismo bien en un breve espacio de tiempo.

En tales operaciones o actividades el abogado deberá poner una especial diligencia y celo, por si realmente tras ellas se ocultara una intención de efectuar el blanqueo de capitales.

221 Otra obligación es la del examen especial de cualquier hecho u operación, independientemente de su importe, que por su naturaleza, por su complejidad o su carácter inusual o que carezca de un propósito económico o lícito aparente pueda ser indiciaria de estar relacionada con el blanqueo, haciendo constar por escrito los resultados de tal examen. Íntimamente relacionada con la anterior es la obligación de **comunicación** por parte de los abogados al **Servicio Ejecutivo de la Comisión de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC)** de cualquier hecho u operación, incluyendo la tentativa, que suponga un indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales. La citada comunicación se efectuará sin dilación y será lo más detallada posible e incluirá, en todo caso, los siguientes **extremos**: relación e identificación de las personas participantes en la operación, actividad conocida de tales personas, operaciones vinculadas con sus fechas, cuantía, lugar de ejecución, finalidad e instrumentos de pago o cobro, gestiones realizadas por el abogado para investigar la operación, exposición de circunstancias de las que se desprenda el indicio o certeza del blanqueo y cualesquiera otros datos que pudieran resultar relevantes (L 10/2010 art.18).

222 Por lo que atañe a la obligación de comunicación al SEPBLAC cabría preguntarse si dicha comunicación no podría conculcar el **deber deontológico de secreto profesional** que debe respetar todo abogado sobre su cliente (nº 40), hay que destacar la previsión contenida en el L 10/2010 art.22 que, si bien advierte en su párrafo final que «sin perjuicio de lo establecido en esta ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente», excluye expresa y terminantemente de su aplicación a quienes ejercen la abogacía «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.»

Lo anterior supone que en los casos en que la actuación del abogado se limite al análisis de la posición jurídica de su cliente para la defensa del mismo en un proceso judicial o para evitar el mismo, prima el deber de secreto profesional sobre la obligación de comunicación al SEPBLAC, sin embargo, cuando lo que se solicita del abogado es su participación activa en alguna de las actuaciones u operaciones descritas en la norma legal como de blanqueo el deber de secreto profesional debe ceder ineludiblemente ante las obligaciones legalmente exigidas al abogado (entre la que se encuentra la de comunicación al SEPBLAC, L 10/2010 art.18).

- 223 También resulta obligado el abogado a **abstenerse de ejecutar cualquier operación de blanqueo** salvo que ello obstaculice o frustre la investigación, sin perjuicio de que comunique tal circunstancia al SEPBLAC.

Por último, los abogados deberán **conservar** durante 10 años cuanta **documentación** resulte o pueda resultar acreditativa de la investigación realizada, de las actuaciones efectuadas y del cumplimiento de la diligencia debida por su parte.

- 224 El **incumplimiento de las obligaciones** legalmente estipuladas, por parte de los abogados, conlleva la consideración de tales omisiones como infracciones que, según la gravedad, podrán ser muy graves, graves o leves, pudiendo ser sancionado, según el caso (L 10/2010 art.56), con una amonestación pública o privada, multa hasta de 600.000 euros, separación del cargo e inhabilitación para el ejercicio del mismo. Las sanciones serán objeto de graduación en atención a diversos factores: cuantía de la operación de blanqueo o de las ganancias obtenidas con la misma, haber procedido de oficio a subsanar la infracción, el grado de intencionalidad en la infracción, la capacidad económica del interesado, etc. (L 10/2010 art.59).

Lo expuesto en el párrafo precedente se entiende que resulta de aplicación sin perjuicio de que, además, la **falta de diligencia** puede constituir base para la imputación de delito de blanqueo de capitales (CP art.301 s. ; L 10/2010 art.62), si bien es cierto que, en caso de **conurrencia de infracciones** en el orden administrativo y penal, la sanción penal desplazaría la que se pudiera imponer, en su caso, por la L 10/2010 .

Precisiones

Por consiguiente, el abogado debe **extremar la precaución** para no entablar relaciones de negocio o participar en operaciones que pudieran ser calificables de blanqueo de capitales y, además, también debe colaborar con la Administración en la detección, vigilancia, prevención y obtención de pruebas relacionadas con el blanqueo de capitales cometidos por terceros con los que se relacione el citado profesional.

13. La responsabilidad del abogado en el ejercicio de su profesión: civil, penal y disciplinaria

a. Responsabilidad civil

- 230 En los últimos años ha aumentado considerablemente el número de acciones de particulares que reclaman los daños causados por los abogados como consecuencia de una **actuación profesional** que pudiera calificarse, cuando menos, de **negligente**. Y lo mismo cabe predicarse respecto de otros profesionales del ámbito jurídico (jueces, notarios, registradores, etc.), profesionales que hasta hace nada parecían intocables hoy día (*de facto* la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil de los abogados es de 1989 (TS 20-1-89, EDJ 322), quizás por el ejemplo americano en el que es habitual el ejercicio de acciones ante cualquier daño sufrido, independientemente de quién haya sido el causante del mismo o quizás por la publicidad a través de los medios de comunicación de ciertos actos ilícitos cometidos por ciertos profesionales del colectivo del ámbito jurídico que generan una imagen confusa y afecta a la credibilidad y honradez de todo el colectivo.

- 231 Con carácter previo al análisis de la responsabilidad civil del abogado, resulta preciso determinar cuál es la **naturaleza de la relación negocial abogado - cliente** (prestación de servicios, contrato de obra, mandato o inexistencia de relación contractual), pues ello ayudará a decidir, en primer lugar, si nos hallamos ante una responsabilidad contractual o extracontractual (cuya principal incidencia radica, como es de sobra conocido, en los diferentes plazos de prescripción aplicables en uno y otro caso -1 año para la exigencia de responsabilidad extracontractual (CC art.1968.2) y 15 años para la exigencia de responsabilidad contractual (CC art.1964) -con la reciente reforma del CC, efectuada por L 42/2015 , dicho plazo general de prescripción de 15 años se ve reducido ahora a 5 años-y, en segundo lugar, a dilucidar el alcance de la citada responsabilidad.

Existe una cierta unanimidad tanto doctrinal como jurisprudencial respecto a la calificación de la naturaleza jurídica de la relación abogado-cliente como de **arrendamiento o prestación de servicios** en el sentido del CC art.1544 (contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio -entiéndase jurídico- a cambio de un

precio cierto -los honorarios del abogado) (TS 28-1-98, EDJ 322 ; 7-2-00, EDJ 515 ; 30-12-02, EDJ 58541) alguna sentencia además de indicar que «la calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en este y en la inmensa mayoría de los casos de contrato de prestación de servicios», añadía que «La prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad (...) que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que incumbe al profesional» (TS 28-1-98, EDJ 322).

También, la sentencia TS 12-12-03, EDJ 186265 , cuya relevancia estriba no tanto en reiterar que la relación negocial entre el abogado y su cliente es de prestación de servicios sino, fundamentalmente, por resaltar que el **abogado se obliga únicamente a poner los medios a su alcance no a lograr un determinado resultado** que depende de la resolución de un tercero (sic el órgano judicial) y, en el mismo sentido la sentencia TS 3-10-98 que señala, «el abogado comparte una obligación de medios (del mismo modo que los médicos), obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, al éxito de la pretensión».

- 232 No obstante, si bien esta es la generalidad de los supuestos, cumple advertir que, en ocasiones, la relación negocial no responde al esquema de la prestación de servicios sino al **contrato de obra** y, en tal caso, la obligación del abogado no será meramente de poner los medios de que disponga (conocimientos, pericia, experiencia, etc.) sino de alcanzar un resultado determinado, el pactado en el contrato (p.e. cuando el encargo que recibe el letrado es de emitir un dictamen, elaborar un contrato, incluso elaborar ciertos documentos procesales: demanda, recurso, incidente, etc.); y, en otras ocasiones, la relación negocial no es contractual sino **extracontractual**, como puede acontecer cuando se ocasionan daños a un tercero ajeno al cliente (un testigo, un perito, etc.) o en los supuestos de actuación gratuita del abogado (gratuita desde la perspectiva del cliente, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita).
- 233 A diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad por negligencias médicas, aquí la **responsabilidad civil** no es nunca objetiva, la negligencia debe acreditarse por quien ejerce la acción de responsabilidad. Esto supone que no opera la **inversión de la carga de la prueba** y es el cliente quien debe acreditar los hechos, el daño y el nexo causal (TS 30-12-02, EDJ 58541 ; 7-2-00, EDJ 515), sin que la falta de éxito judicial en el asunto encargado suponga en modo alguno una presunción de culpabilidad para el abogado puesto que la **regla general** es la contraria: la presunción de diligencia del abogado en su actuación profesional. Dos **excepciones** cabe citar respecto a dicha regla general:
- a) Cuando el abogado se ha obligado a un determinado resultado (p.e. elaborar un informe), el cliente podrá reclamar acreditando tan solo el incumplimiento del resultado y será el abogado quien deberá probar la realización del encargo.
- b) En supuestos de omisiones del abogado ante obligaciones de actuar (p.e. comparecer a una vista, presentar una demanda o un recurso, etc.) en los que sí opera la inversión de la carga de la prueba y, por ser el abogado quien se encuentra en mejores condiciones de justificar que el daño no ha sido debido a su omisión de actuación (TS 7-2-00, EDJ 515).
- 234 Como se ha expuesto (nº 231) **la obligación del abogado es de medios** (habitualmente) lo que supone que ponga todos los conocimientos, prudencia y diligencia para que el encargo que le efectúa el cliente tenga éxito. Esto es, el abogado debe comportarse conforme a la *lex artis* de la profesión. La cuestión de determinar el nivel de diligencia exigible o qué conforma concretamente la *lex artis* de esta profesión no es tarea sencilla y es la esencia de la reclamación de la responsabilidad puesto que es su infracción por una actuación negligente del abogado la que justifica la citada responsabilidad. A estos efectos, el EGAE enumera los deberes de los abogados en relación con sus clientes (EGAE art.42), deberes que deben cumplirse con el «máximo celo y diligencia» en consonancia con la *lex artis*. Antes de analizar los diferentes deberes cumple realizar un breve comentario sobre cuál es la **diligencia exigible**, esto es, en qué se concreta ese máximo celo y diligencia a que hace referencia el precepto. Podría pensarse que, como en otros ámbitos, la diligencia exigible al profesional será la de un buen padre de familia, sin embargo el Tribunal Supremo se ha encargado de aclarar que no, que la exigencia de diligencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales de su estatuto y que sirven de vara de medir de su actuación (TS 4-2-92, EDJ 953). No es posible hablar de una diligencia exigible a un abogado medio, pues existe gran diferencia entre los conocimientos, pericia y experiencia entre los profesionales, por lo que habrá que tener en cuenta la diligencia del abogado concreto para el asunto de que se trate (lo que se ha venido denominando *lex artis ad hoc*), de tal modo que el abogado incurrirá en negligencia no por tener unos conocimientos, experiencia o pericia inferior a la de otros compañeros sino cuando en el concreto asunto que se le ha encargado su actuación no alcance la diligencia mínima exigible a cualquier abogado (TS 3-10-98), por lo que deontológicamente aquel abogado que considere, respecto de un determinado asunto, no dispone de los conocimientos o la especialización apropiada para la dirección letrada del mismo debiera rechazar o derivar el citado encargo a otro compañero.
- 235 Por lo que respecta a los **deberes**, si bien es cierto que, con carácter general la responsabilidad civil del abogado puede proceder de cualquier incumplimiento de sus deberes deontológicos o contractuales que, en su caso, hubiera asumido en virtud del contrato de prestación de servicios o de obra que hubiera suscrito con el cliente (TS 30-12-02,

EDJ 58541), lo cierto es que un análisis jurisprudencial y deontológico más exhaustivo pone de relieve que las **causas más comunes** por las que los clientes exigen la **responsabilidad a los letrados** son:

1.- **Transcurso de plazos** (procesales o sustantivos). El abogado responderá por negligencia si no ejercita una determinada actuación dentro de los plazos sustantivos (p.e. presentación de una demanda laboral fuera de plazo de 20 días desde el acto de conciliación (TS 9-7-04, EDJ 82653); presentación de demanda frente al FOGASA transcurrido el año de plazo estipulado legalmente (TS 28-1-98, EDJ 322); presentación fuera de plazo del escrito de preparación del recurso de casación para unificación de doctrina (TS 29-5-03, EDJ 17185) o presentación fuera de plazo de recurso de casación debidamente preparado (TS 8-7-03, EDJ 50768).

2.- Por **omisiones del abogado** que pueden concretarse al **deber de información** y a la inclusión de elementos imprescindibles **en los escritos judiciales**. En cuanto al primero, el abogado tiene la obligación de informar puntualmente a su cliente, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales de la viabilidad de sus pretensiones, eventual coste y conveniencia de alcanzar un acuerdo, y durante el procedimiento iniciado, deberá informarle de la evolución del mismo, conveniencia o no de presentar recursos, otros posibles cauces procesales, etc. (Código Deontológico art.13.9; EGAE art.42).

Por tanto incurrirá en responsabilidad el **letrado que no informe debidamente a su cliente** de la existencia de otros cauces procesales ante un desistimiento en la vía penal (TS 14-5-99, EDJ 8563) no informar sobre el fracaso seguro de la demanda al hallarse prescrita la acción (TS 16-12-96, EDJ 8603).

En cuanto al segundo, la **omisión de elementos relevantes** o importantes en los escritos judiciales como puede ser la no presentación de pruebas esenciales (AP Girona 27-11-00), la omisión de pretensiones esenciales en el suplico de la demanda, como es el caso de la reclamación del lucro cesante (TS 14-12-05, EDJ 230422), la falta de alegación de datos de especial trascendencia para el éxito de la pretensión como es la cláusula de limitación de responsabilidad en una póliza de seguro que motivó la imposición de una condena cuantitativamente superior (TS 30-11-05, EDJ 207174) no subsanar los defectos de la falta de representación (TS 23-5-06, EDJ 71175) no instar por desidia o incuria profesional la prórroga de la anotación de un embargo que motivó la denegación de la inscripción registral al constar una segunda escritura de compraventa de tercero (TS 17-11-95, EDJ 6172).

3.- Por **error en el planteamiento del asunto**. Podría exigirse responsabilidad por la negligencia del abogado que plantea inadecuadamente un caso por desconocimiento de la normativa aplicable, por utilizar una técnica jurídica defectuosa (TS 14-7-05, EDJ 116838 : que estimó responsabilidad del abogado que formalizó erróneamente el recurso de casación de unificación de doctrina al no realizar un examen comparativo de los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias de contraste citadas y la recurrida, aunque también es cierto que en supuestos similares hubo sentencias del TS desestimando la reclamación de responsabilidad al considerar que la obligación del letrado es de medios y no de resultados y que el recurso de casación es uno de los más difíciles de que se admitan) o por un error en las estrategias procesales. Un ejemplo claro de ello puede ser la interposición de una acción en una jurisdicción incompetente ya sea desde el punto de vista territorial u objetivo (a *sensu contrario* TS 8-6-00, EDJ 14304).

4.- Por **falta de asistencia del abogado** a actos imprescindibles para la defensa de los intereses del cliente como puede ser la comparecencia al acto de la vista, a la audiencia previa (TS 11-11-97; AP Valencia 16-1-02) siempre que tales ausencias comportaran un resultado judicial adverso para el cliente puesto que si, aunque hubiera estado presente, el resultado hubiera sido el mismo no cabría depurar responsabilidad para el abogado (TS 13-10-03; AP Madrid 7-5-04).

5.- Por **no devolver la documentación** entregada en su día por el cliente, sin perjuicio de que pueda reservarse copias, bien con el ánimo de retenerla en tanto el cliente no satisfaga los honorarios debidos, bien por haberla perdido o haberse deteriorado (incumpliendo el deber de custodia que le incumbe) conculcando de este modo el deber impuesto por el Código deontológico art.13.12 (AP Barcelona 1-7-05).

236 Resultando acreditada por el reclamante la efectiva responsabilidad civil del abogado por negligencia en el desempeño de sus deberes contractuales o deontológicos, procede la difícil labor de **concretar cuantitativamente el daño** o perjuicio ocasionado por la citada negligencia. De hecho no han sido pocas las resoluciones que, estimando la existencia de responsabilidad civil del letrado no han condenado finalmente al mismo al entender que no existía un perjuicio patrimonial demostrado (TS 29-5-03, EDJ 17185).

Sobre este particular la jurisprudencia se divide en dos **posturas diferenciadas**:

A) Imputar al abogado negligente la **pérdida de oportunidad** de satisfacción de los intereses de su cliente. Así lo manifestaba el Tribunal Supremo al señalar que «el juez deberá establecer una indemnización a favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para esta ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido (...) la llamada pérdida de oportunidad» (TS 29-5-03, EDJ 17185). Esto fue así hasta la sentencia TS 4-6-03, a partir de entonces la postura que cobra protagonismo es la segunda. Conforme a dicha postura la **indemnización** que se fija (de discrecional estimación) es por el **daño moral** que al cliente le ha supuesto la pérdida de la oportunidad procesal. Evidentemente habrá que realizar un análisis

para determinar si existía una elevada probabilidad de éxito de la pretensión o escasa, pues según sea una u otra el importe de la indemnización será más elevada o incluso nula (TS 8-7-03, EDJ 50768 y 28-7-03, EDJ 80466). Este fue el criterio utilizado por la AP Alicante 16-9-13, EDJ 218034 para minorar el importe de la indemnización en que se concretaba la pérdida de las expectativas del actor respecto al recurso de apelación finalmente no interpuesto por el letrado (al no personarse en plazo en el mismo), al considerar la Sala que efectivamente, como argumentaba el letrado recurrente, el recurso de apelación tenía pocos visos de prosperar, de ahí que se revocara la sentencia de instancia y se redujera la indemnización a satisfacer por el letrado de 30.000 euros a 5.000 euros.

B) La segunda postura supone imputar al abogado negligente el **daño materialmente causado**. A este respecto se tiene en cuenta no la pérdida de oportunidad procesal sino la verosimilitud o probabilidad de esa oportunidad, esto implica, necesariamente que el órgano judicial que deba decidir sobre la acción de responsabilidad y fijar una indemnización deberá realizar una operación intelectual consistente en determinar con criterios de probabilidad cuál habría sido el desenlace del asunto si el abogado hubiera interpuesto la acción o realizado el acto oportuno (recurso, incidente, etc.). Esta operación que debe realizar el juez es lo que se ha venido a calificar como de **pleito del pleito**, esto es, entrar a valorar el concreto procedimiento judicial en el que el abogado objeto de reclamación cometió la negligencia para determinar si una actuación diligente hubiera determinado un resultado distinto más favorable para el cliente.

Claro ejemplo de la consolidación de esta segunda postura con indemnización del daño real o material es el resuelto por la sentencia TS 18-2-05, EDJ 13265 , sin llegar en ningún caso a indemnizar exactamente el valor de la pretensión perdida pues podría darse la paradoja, si se indemnizara la totalidad de la pretensión perdida por la negligencia, que al cliente le saldría mejor que el letrado errase para reclamarle el importe objeto de la acción judicial por vía de responsabilidad que arriesgarse a un procedimiento judicial (e incluso, más aún, si en primera instancia fue desestimada su pretensión, y el error estriba en no presentar la apelación, no asistir a la vista, etc.). De este modo, la pérdida de oportunidad no puede constituir un cheque en blanco a nombre del cliente que ha sufrido un resultado desfavorable de sus pretensiones (AP 7-4-03).

En ningún caso habrá **indemnización** si no existe **una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado**, un nexo causal entre su error y el resultado lesivo, esto es que el cliente perjudicado se encontraba en situación de hecho o de derecho idónea para realizar las pretensiones que se frustraron por la negligencia de su letrado (TS 27-7-06, EDJ 275355 ; 22-10-08, EDJ 203583). Ello implica, en definitiva trasladar a los supuestos de responsabilidad civil de los abogados el mismo criterio jurisprudencial que se viene aplicando desde hace tiempo en el campo de la responsabilidad civil por negligencias médicas.

b. Responsabilidad penal y disciplinaria

240 Por lo que respecta a la responsabilidad penal y disciplinaria cumple señalar que, evidentemente, el abogado como cualquier profesional deberá cumplir las normas penales y deontológicas, tanto en aras de un **ejercicio diligente y ético** de la profesión como con la intención de proyectar una imagen de la profesión a la sociedad de honestidad y respeto con los principios legales y éticos que generen la confianza necesaria en los ciudadanos que propicie la convicción por parte de los mismos de que cualquier abogado con el que suscriba el oportuno contrato de arrendamiento de servicios/obra cumplirá con la diligencia debida el citado encargo, diligencia que alcanza un ejercicio ético y legal de la profesión.

En cuanto a las concretas actuaciones que motivarían una responsabilidad penal o disciplinaria del letrado, del mismo modo que se apuntaba en el ámbito de la responsabilidad civil, el elenco de actos concretos es tan amplio como facultades puede desarrollar el profesional en el ejercicio de su actividad por lo que resulta imposible tratar de establecer una casuística *numerus clausus*, aunque sí es posible citar los supuestos más paradigmáticos de actos de abogados que generan estos tipos de responsabilidades.

El Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) reconoce la sujeción de los abogados a la responsabilidad penal por los **delitos y faltas** que cometan en el ejercicio de su profesión (EGAE art.78.1) y, por otra parte, también estipula la responsabilidad disciplinaria de aquellos abogados que en el ejercicio profesional infrinjan sus deberes profesionales o deontológicos (EGAE art.80) (en el mismo sentido se manifiesta el Estatuto del Colegio de Abogados de Madrid art.48.1).

241 En la esfera penal tienen especial relevancia, a título de **ejemplo**, los siguientes actos realizados por los abogados:

1.- Los actos de **falsificación documental** (tanto en documento público como privado) que pudiera presentar el abogado tanto en procedimientos judiciales, como prueba de sus pretensiones, como en vía extrajudicial (CP art.390 s.); la falsedad documental puede haber sido realizada por el profesional o únicamente ser utilizado el documento falso, a sabiendas de su falsedad, por el citado profesional en juicio (CP art.393, 394.2, 396 y 399.2) en cuyo caso será sancionado con la pena inferior en grado a la que corresponda a los falsificadores.

En ocasiones la falsificación documental es instrumental para el engaño a los clientes de que el profesional está cumpliendo con el encargo recibido cuando, en la práctica, se incurre en deslealtad profesional perjudicando de manera manifiesta, con su actuación omisiva -no presentar un escrito, una demanda, un recurso, etc.,- los intereses que le fueren encomendados. (TS 4-3-13, EDJ 70368 ; 24-7-06, EDJ 109824 en este caso se encubría la inactividad del letrado mediante la entrega de las copias de una sentencia y una providencia falsas).

2.- Actos realizados para **descubrir secretos** que afecten a sus clientes o a terceros distintos de sus clientes y de los que se haya tenido noticia por su cualidad precisamente de abogado en tanto que resulta afectado el derecho a la intimidad y ello con intención de obtener un lucro patrimonial o cualquier otra ventaja o beneficio (CP art.197.1.2) a tal efecto el letrado se apoderará de papeles, cartas, mails, cualesquiera otros documentos o utilice medios de escucha, de grabación de sonido o imagen o intercepte, de algún modo, las telecomunicaciones del cliente, del contrario o de terceras personas.

Dicho precepto está en íntima conexión con el CP art.199.2 pues expresamente prevé la revelación de secretos ajenos que se hayan tenido conocimiento por el profesional con ocasión de su oficio o profesión («el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio...») El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona...»). La conducta delictiva se extiende también a los datos reservados de personas jurídicas que sean descubiertos y revelados a terceros por el letrado (p.e. abogado de la empresa) sin el consentimiento de sus representantes (CP art.200). Y cuando se trate de un secreto de empresa habrá que tener presente el tipo delictivo previsto en el CP art.278 y 279 .

243 **3.-** Sin perjuicio de lo expuesto seguidamente respecto de los tipos delictivos que consideramos residuales por cuanto pudieran ser realizables por los abogados, o por cualquier persona, y que no resulta habitual en la práctica judicial encontrar supuestos de comisión de tales actos delictivos por los letrados, sí se considera un delito específico de comisión por los abogados la denominada **estafa procesal**, un tipo agravado de estafa previsto en el CP art.250.7 y que supone que «en un procedimiento judicial de cualquier clase, (los abogados) manipulen las pruebas en que pretendieren fundar sus alegaciones o emplearen 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».

4.- La **apropiación indebida** (CP art.253) también es un acto delictivo realizable por el profesional cuando para cobrar los honorarios debidos por su cliente se apropian de las costas obtenidas en un procedimiento judicial en que hubiera intervenido en defensa de su cliente y que, salvo pacto en contrario expreso al efecto, corresponden al cliente sin que el profesional pudiera al efecto decidir, por su voluntad, decidir imputar el importe de dichas costas a la satisfacción de los citados honorarios (nº 278 s.). Otro ejemplo de apropiación imputable a un abogado sería la que fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo (TS 3-10-03, EDJ 130307) en la que se condenaba a los abogados por apropiación indebida de la indemnización que correspondía al cliente -herederos de un fallecido por atropello- y que fue satisfecha por vía extrajudicial por la aseguradora a los letrados por medio de un talón que estos guardaron en el despacho. Los abogados manifestaron a los clientes que el asunto había sido archivado por falta de pruebas y que debía iniciarse la vía civil, pero tras enterarse que habían sido denunciados consignaron el importe de la indemnización, minorando la parte de sus honorarios, en el Juzgado. El Tribunal consideró que efectivamente se había producido esa apropiación indebida de un dinero legítimamente obtenido por los letrados pero con la obligación de entregárselo a terceros -los herederos-.

También reputó, en este caso la Audiencia Provincial de Barcelona (AP Barcelona 7-4-15), la existencia de apropiación indebida, en concurso con el delito de deslealtad profesional, en la actuación de una letrada que para la gestión de una herencia recibió más de 300.000 euros sin que transcurrido el tiempo hiciera absolutamente nada del encargo realizado.

En idéntico sentido debe estimarse la conducta de letrado que recibe encargo de iniciar un procedimiento de incapacidad, para lo que percibe la oportuna provisión de fondos, y transcurrido un tiempo considerable no presenta demanda alguna y ofrece a sus clientes excusas falsas, de tal suerte que también concurre el delito de apropiación indebida en concurso con el de deslealtad profesional (AP Madrid 19-3-14).

5.- Es relativamente frecuente, que, por su condición, los abogados sean designados administradores de empresas, en tal caso, podrán ser responsables penalmente si cometen alguna de las actuaciones proscritas en el CP art.290 s. (**delitos societarios**).

6.- También resulta frecuente la comisión del tipo delictivo previsto en el CP art.298 (**receptación y blanqueo de capitales**) si el abogado ayudara a los responsables de la comisión de un delito a aprovecharse de los efectos del mismo o adquiriera u ocultase tales efectos, con ánimo de lucro.

244 **7.-** Puede cometer igualmente un abogado un **delito de cohecho** (CP art.419 en relación con lo dispuesto en el CP art.424) cuando ofreciere o entregare dádiva, regalo o retribución de cualquier clase con objeto de que una autoridad o funcionario público, jurado, árbitro, mediador, perito o administrador designados judicialmente, realicen o dejen de realizar o demoren un acto que no se corresponda con los deberes inherentes al cargo.

8.- Cierta relación con el anterior guarda el tipo delictivo del **tráfico de influencias** (CP art.429) de tal suerte que el abogado que prevaliéndose de su relación personal con una autoridad o funcionario público influya en este para lograr una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero (para su cliente por ejemplo).

9.- Los abogados también podrían realizar conductas típicas de **encubrimiento** respecto de sus clientes (CP art.451) de alguna de las formas previstas en el citado precepto: auxiliando a los autores o cómplices para beneficiarse de los efectos del delito, sin ánimo de lucro propio, ocultando, alterando o inutilizando los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento (p.e. destruyendo u ocultando documentos falsos o pruebas que pudieran incriminar a su cliente) o ayudando a los presuntos responsables del delito a eludir la investigación de la autoridad o sus agentes.

10.- Especialmente delicado es el tipo penal consistente en **denuncia o acusación falsas** (CP art.456) que pudieran realizarse por vía documental o verbal en el acto del juicio (p.e. con intención de exculpar a su cliente se acusa a un tercero de la comisión del acto delictivo).

245 11.- Específicamente será sancionado el abogado (se entiende que será el abogado **defensor** del reo) que hubiere sido citado legalmente para comparecer ante juzgado o tribunal en un proceso penal con **reo en prisión provisional** y que sin justa causa no comparece, agravándose la pena cuando reitera tal incomparecencia (CP art.463.2)....»). El Tribunal Supremo pone de relieve que la certeza de la justa causa de incomparecencia exime de responsabilidad penal al letrado, cuestión distinta es la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria por la inadecuada vía de comunicación escogida por el abogado para manifestar un extremo tan importante al órgano judicial (TS 4-2-02, EDJ 2705).

12.- Será responsable penalmente el abogado que, interviniendo en un proceso abuse de su función para **destruir, inutilizar u ocultar documentos** que haya recibido en calidad de abogado (CP art.465).

13.- También se reputará delictiva la **infracción** por el abogado del **secreto de sumario** decretado judicialmente (CP art.466).

14.- El abogado que quebrantare el **deber ético** de no defender intereses contradictorios también será sancionado, con pena de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 2 a 4 años (CP art.467 : «1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de esta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contradictorios.

15.- También han sido objeto de sanción penal los abogados que desarrollando su función ante el órgano jurisdiccional **desobedecieran gravemente a la autoridad** o faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad -el antiguo desacato- (CP art.556) y que no siempre están debidamente justificadas tales sanciones por cuanto las conductas pueden no revestir la gravedad o entidad suficiente para ser reputada como infracción penal siendo delgada la línea que marca el respeto y consideración debida a la autoridad al no figurar definida o concretada en norma alguna.

247 Pudieran también considerarse como **tipos delictivos «residuales»** que pudieran ser cometidos por el abogado en el ejercicio ilícito e irregular de su profesión:

1) El delito de **amenazas** (bien dirigidas por el letrado frente a su propio cliente, al contrario, al compañero o algún tercero que tuviera relación con los anteriores) (CP art.169 s.).

2) El delito de **coacciones** (frente a los mismos sujetos enunciados en el tipo de amenazas) (CP art.172 s.) particularmente aplicable a los letrados pudiera entenderse el delito de acoso (CP art.172 ter) cuando dicho profesional altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de su cliente (p.e. para conseguir el pago de los honorarios debidos), del contrario (con el objeto de obtener pruebas que le permitan salir victorioso en el juicio en defensa de su cliente, a cuyo efecto realizaría las conductas típicas previstas en el citado precepto: vigilar, perseguir, uso indebido de datos personales, atentar contra su libertad, etc.).

3) El delito de **injurias** (CP art.208 s.) por cuanto el abogado puede proferir expresiones consideradas injuriosas por vía documental (en escritos de acusación o demandas, en escritos de defensa o contestaciones, en escritos de conclusiones, en su caso o de valoración de pruebas, etc.), también de forma verbal en una situación de acaloramiento en una negociación difícil o incluso en diversas actuaciones judiciales (careos, interrogatorios, escritos de conclusiones, etc.) aunque esto último suele ser más extraño precisamente por la vigilancia que el titular del órgano jurisdiccional efectúa de cuantas actuaciones se realizan ante el mismo.

4) El delito de **estafa** respecto a sus clientes que tendrán carácter agravado por la especial relación de confianza existente entre la víctima y el defraudador (CP art.248 y 250.6).

5) El tipo delictivo de **frustración de la ejecución** (CP art.257) y de **insolvencias punibles** (CP art.259) cuando haya asesorado y colaborado con su cliente en los actos sancionados por tales delitos; de igual forma pueden intervenir los letrados en la comisión de los denominados delitos de corrupción en los negocios cuando actúen por cuenta de los directivos, administradores o empleados de sociedades para recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja no justificados para estos como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición de

bienes, contratación de servicios o en las relaciones comerciales (CP art.286 bis) y lo mismo ocurrirá cuando dicho letrado, actuando por cuenta de las personas citadas trate de corromper a una autoridad o funcionario público para que actúen o se abstengan de actuar en beneficio de las personas por cuenta de quienes actúa (CP art.286 ter).

6) También debe citarse, aunque no es una actuación delictiva cometida precisamente por un letrado sino por quien, sin tener tal titulación y habilitación, desarrolla actos propios de aquel, el delito de **intrusismo profesional** (CP art.403) (siendo más grave la conducta si, además de ejercer actos propios de la profesión de abogado sin estar colegiado, se atribuyere públicamente tal cualidad o ejerciera en un local o establecimiento abierto al público en el que se anuncie la prestación de servicios jurídicos propios de la profesión de abogado).

El delito de intrusismo, cuyos orígenes se remontan a las Partidas (Partida VII, Título VIII), y que ha sido calificado jurisprudencialmente como una «infracción administrativa criminalizada» (TCo 111/1993) requiere en la actualidad **i)** el ejercicio de actos propios de una profesión titulada y **ii)** hacerlo careciendo de dicha titulación. Protege el citado delito no los intereses corporativos del colegio de abogados sino el interés general de la sociedad sobre la realidad de la preparación técnica y académica exigible a determinados profesionales que viene objetivamente determinada por el título académico (universitario en el caso de derecho) expedido por el Estado, pues supone un fraude social y un peligro para la atención que la sociedad tiene derecho a recibir de quienes se presentan como profesionales de una determinada actividad. No se incluye dentro del citado tipo delictivo la no homologación o convalidación del título de licenciado en derecho obtenido en otro Estado (TCo 62/1984 ; 171/1992 y 102/1996), serían supuestos de infracción administrativa, el delito solo alcanzaría a supuestos de inexistencia de título o de título no convalidable; más dudas plantea el ejercicio de la profesión tras la no superación del examen de evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de abogado, aunque parece lógico pensar que tampoco cabría considerar delictiva dicha conducta pues el citado sujeto que ejerce como abogado, sin serlo, sí ostenta el título de licenciado en derecho (es el mismo supuesto de los estudiantes de medicina que no superan el MIR, quizás debieran revisarse tales supuestos y entender que no se ostenta realmente el título correspondiente de la profesión hasta que se superen las citadas pruebas, puesto que, en definitiva, de lo que se trata es de evitar un fraude social).

De este modo, mientras que en el CP de 1973 sí se regulaba la **falta de usurpación** de manera que se incriminaba la conducta de ejercicio de la profesión por parte del titulado en derecho o habilitado sin hallarse inscrito en el correspondiente colegio profesional, siempre que dicha inscripción fuera un requisito exigido reglamentariamente para poder ejercer la profesión (como es el caso de la abogacía), hoy día, con la nueva regulación del Código Penal en el que, entre otras novedades, han desaparecido las faltas, para incurrir en ilícito penal por intrusismo se exige algo más que una mera inobservancia administrativa (la inscripción colegial), siendo preciso un comportamiento revelador de estar en posesión de una cualificación que en realidad no se posee por ser esta una conducta mucho más grave para la confianza de los ciudadanos que un mero incumplimiento colegial.

Conforme a ello, actuar como abogado sin estar colegiado ya no constituye ni siquiera una falta penal, sino que, en virtud de lo dispuesto en el EGAE art.34, de 12 de junio de 2013, constituye una **cuestión de carácter disciplinario** que puede ser denunciada ante el Colegio para que los órganos rectores del mismo adopten las medidas oportunas al constituir una infracción muy grave (art.123 d). A idéntica conclusión se llega si la citada conducta se hubiere cometido con anterioridad a la aprobación del EGAE, puesto que el EGAE aprobado por RD 658/2001 , de 22 de junio, también tipifica como infracción muy grave el intrusismo profesional (RD 658/2001 art.84.h). La misma respuesta se impone cuando no se esté dado de alta en el colegio correspondiente, o por cualquier circunstancia se encuentre el colegiado de baja o inhabilitado (AP Madrid 4-12-14; 8-7-11, EDJ 168871) o no se esté al corriente del pago de las cuotas colegiales, también constituyen cuestiones cuya respuesta no corresponde al campo del derecho penal sino al deontológico disciplinario.

- 248** Es de señalar que, además, generalmente, será de aplicación la **agravante de abuso de confianza** (CP art.22.6) cuando el tipo delictivo se realiza respecto del cliente o algún compañero de profesión, puesto que la relación del letrado con aquel se basa precisamente en una relación de confianza y la relación entre compañeros se basa, entre otras cosas, en el compañerismo y deferencia.
- 249** La **sanción penal** derivada de los señalados tipos penales, además de la **pena de prisión** que se pudiera imponer al letrado, puede llevar aparejada (y de ordinario así será) la de **inhabilitación** -absoluta (por un período de 6 a 20 años (CP art.40.1) o especial (por un período de 3 meses a 20 años)- para el ejercicio de la profesión de abogado. La inhabilitación absoluta determina la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el abogado sancionado penalmente y, además, la incapacidad de obtener los mismos (CP art.41), por su parte la sanción de inhabilitación especial para profesión, oficio industria, comercio o cualquier otro derecho, que debe concretarse expresamente en la sentencia condenatoria supone la privación definitiva del empleo, cargo u oficio u otros análogos durante el tiempo de la sanción (CP art.45).

Por último, es preciso recordar que la ejecución por el abogado de un hecho descrito por el código penal como delictivo, además de llevar aparejada la pena correspondiente, también obliga al mismo a **reparar**, en los términos previstos legalmente, los **daños y perjuicios** que tal actuación delictiva hubiera ocasionado. Reparación que podrá exigirse penalmente o ante la jurisdicción civil (CP art.109.1). En el caso de optarse por la vía penal, la responsabilidad civil

derivada del delito comprenderá la restitución, reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales (CP art.110).

- 250 En la **esfera disciplinaria**, como se ha expuesto se puede imputar responsabilidad al abogado cuando en el ejercicio de sus funciones infrinja sus deberes profesionales contenidos en el código deontológico (nº 10) y, tras el correspondiente procedimiento disciplinario, se resuelva la realidad de la citada infracción por el profesional.

Se reconoce la existencia de una **responsabilidad disciplinaria dual**,

a) De un lado la sanción disciplinaria (p.e. inhabilitación) que puedan imponer a los abogados la **autoridad judicial** cuando la infracción de los deberes profesionales o de conducta se refieran a normas que deban observar en la actuación ante la Administración de Justicia (p.e. la falta de respeto, desconsideración o desobediencia ante la autoridad judicial prevista, CP art.556) tal sanción disciplinaria se hará constar en el expediente personal del profesional. Es la denominada **policía de estrados** que ejerce dicha autoridad judicial que regula la LOPJ art.552 s. De este modo, los abogados que intervengan en procedimientos judiciales cuando incumplan las obligaciones legales podrán ser **corregidos disciplinariamente** siempre que el hecho no constituya delito (responsabilidad penal). La LOPJ art.553 enumera las **conductas sancionables**: faltar al respeto debido, oralmente o por escrito, en sus actuaciones forenses a los jueces, tribunales, fiscales, abogados, letrados de la administración de justicia o cualquier persona que intervenga en el proceso; no obedecer reiteradamente a las llamadas al orden en las alegaciones orales efectuadas por quien presida el acto; no comparecer ante el tribunal sin justa causa y renunciar injustificadamente a la defensa o representaciones de los 7 días anteriores a la celebración del juicio o vista.

Las **sanciones** que pueden imponerse por esta responsabilidad son de apercibimiento o multa. La multa siempre se impondrá por la autoridad ante la que se sigan las actuaciones con audiencia del interesado y valorando la gravedad, antecedentes y circunstancias del caso. El letrado de la Administración de justicia hará constar siempre el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo adoptado por el juez o por la sala (LOPJ art.555). Frente al **acuerdo de imposición** de la corrección podrá imponerse en 5 días recurso de audiencia en justicia ante el letrado de la administración de justicia, juez o la sala, que lo resolverán al día siguiente. Frente a la resolución del mismo es posible interponer **recurso de alzada**, también en 5 días, ante la Sala de Gobierno, que resolverá en la primera reunión que celebre previo informe del letrado de la Administración de justicia, juez o la sala que impusieron la corrección.

b) De otro lado, están las sanciones disciplinarias corporativas, sanciones que imponen los **colegios profesionales** por vulneraciones de los deberes profesionales o de las normas deontológicas promulgadas por el propio colectivo y que, en todo caso, se harán constar en el expediente personal del colegiado.

La **competencia** para el ejercicio de la acción de responsabilidad disciplinaria de los colegiados es asumida por el decano y la junta de gobierno del colegio al que se encuentre adscrito el profesional infractor de deberes profesionales o normas éticas de conducta relacionadas con el ejercicio profesional (EGAE art.81). No obstante, cuando el expediente disciplinario sea debido a una actuación del profesional designado por el **turno de oficio** (nº 2064) el instructor o secretario designados para la tramitación de dicho expediente deberá pertenecer también al turno de oficio de la misma materia a la que se refiera el asunto en cuestión respecto del que se esté dilucidando la vulneración de los deberes profesionales (Estatuto ICAM art.49).

Ningún colegiado podrá ser sancionado por **acciones u omisiones** que no estén expresamente **tipificadas como infracción** en el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE art.83 s.) y en los códigos deontológicos aplicables a la profesión.

Las posibles **sanciones disciplinarias** que pueden imponerse a los abogados van desde la mera amonestación privada (para los supuestos menos graves) hasta la expulsión del colegio (para las conductas más reprobables), pasando por el apercibimiento por escrito y la suspensión del ejercicio de la abogacía por un período de hasta dos años (EGAE art.81.2).

- 252 En cuanto a las **infracciones** que llevan aparejada sanción disciplinaria corporativa hay que decir que, si bien es cierto que, con carácter general, puede advertirse que tales infracciones se corresponden con los deberes deontológicos que debe observar el abogado en el ejercicio de su profesión que se ha tenido ocasión de analizar en el epígrafe primero del presente Memento, no obstante, y al objeto de evitar dudas interpretativas, el EGAE facilita la respuesta enumerando un elenco de infracciones deontológicas y clasificando las mismas en muy graves, graves y leves, lo que pone de relieve algo que, por lo demás, resulta obvio, no todos los deberes tienen la misma importancia y consideración (EGAE art.83 s.).

- 253 Así, tienen el carácter de infracciones **muy graves**, principalmente, las siguientes (EGAE art.84):

- Comisión de **delitos dolosos** y la realización de actos u omisiones que supongan una **ofensa grave** a la dignidad de la profesión.

- Conculcar las **prohibiciones** relativas a la incompatibilidad a que se hizo referencia en el nº 145 (EGAE art.21, 22 y 24).
- Publicidad de los **servicios profesionales con infracción** de lo exigido al efecto en el art.25 EGAE (publicidad leal, digna, veraz, que respete la dignidad de las personas y las normas sobre publicidad, competencia y deontológicas, incitar al pleito o conflicto, hacer referencia directa o indirecta a los clientes, etc.).
- **Atentar** contra la **dignidad u honor** de otros compañeros.
- **Embriaguez o consumo de estupefacientes** cuando afecte de forma grave al ejercicio de la profesión (p.e. Impedir la asistencia a vistas, contestar demandas o demandar por estar bajo los efectos del alcohol o drogas).
- **Intrusismo profesional** o su encubrimiento. Sobre este particular entiendo que el ilícito disciplinario únicamente puede ser el de encubrir la comisión de intrusismo realizada por un tercero que ejercer como abogado cuando no dispone de la habilitación y titulación necesaria (e incluso también puede no solo encubrir sino también favorecer dicha conducta, por ejemplo, permitiendo que dicha persona «intrusa» ejerza en el despacho que el profesional habilitado tiene para su propia actividad generando confusión a los clientes que entenderán que el intruso también forma parte del citado despacho profesional y, por tanto, es también letrado), no así el propio intrusismo puesto que difícilmente se podrá sancionar disciplinariamente a quien no forma parte del Colegio profesional por no ser colegiado.
- Reiteración en la comisión de infracciones graves (tres infracciones graves determinan una infracción muy grave).
- Deliberado y persistente incumplimiento de las normas deontológicas básicas de la abogacía (si bien es cierto que en ningún apartado del estatuto se indica qué normas deontológicas tienen tal carácter).
- Condena a un colegiado en sentencia firme por penas graves.

254 Por su parte, se consideran infracciones **graves**, las siguientes conductas (EGAE art.85):

- Actos de **desconsideración manifiesta** con compañeros y la **infracción de la venia**. Es preciso advertir que la venia se otorga al letrado que sustituye a un compañero (salvo que el letrado sustituido preste servicios en régimen laboral, en que no es precisa la venia), constituye una regla de cortesía, no una licencia o permiso del letrado anterior (TS 3-4-90) y, por consiguiente, no puede condicionarse al cumplimiento de requisitos ni menos al pago de importe alguno por parte del letrado sustituyente (cuestión distinta es que el letrado sustituyente medie con el cliente para que este satisfaga los honorarios debidos al letrado sustituido). La venia opera en la relación interna y en el buen orden colegial, de ahí que la inobservancia de este presupuesto únicamente se sanciona disciplinariamente (TSJ Murcia 20-5-02; 8-10-04, EDJ 167457).

El EGAE art.26.2 de 2001 exige, en el supuesto de cambio en la dirección letrada de un asunto, que el nuevo letrado solicite la venia al anterior, salvo que este hubiera renunciado por escrito a proseguir con la intervención en el asunto encargado. Solicitada la venia por escrito y con carácter previo el letrado requerido no podrá denegarla y deberá facilitar al nuevo letrado toda la información precisa para seguir la defensa y al cliente devolverle la documentación que obre en su poder. No obstante, en situaciones de urgencia (temas penales con detenidos) dicha comunicación entre abogados puede realizarse a *posteriori* (TSJ Cataluña 22-6-00; JUR 2000/283977).

Precisiones

1) Algunas cuestiones de interés sobre la venia son las siguientes: **i)** la venia **no es una licencia** o permiso del letrado anterior, el nuevo abogado se dirige a su predecesor para este, ante todo, conozca la decisión del cliente en lo que ahora importa, pueda comunicar al letrado entrante sus honorarios a fin de que este cómo regla de consideración lleve a cabo las gestiones adecuadas para su pago; **ii)** en ningún caso las **dificultades económicas** para el pago de los honorarios podrán dar lugar a indefensión o mantenimiento de la actuación de un abogado en el que su cliente ha perdido su confianza y **iii)** finalmente ha de entenderse posible, siempre que las circunstancias lo impongan, que el nuevo letrado se haga cargo del **asunto sin venia** o autorización del decano dando cuenta a este y al primitivo abogado de lo ocurrido lo antes posible (TS 3-4-90).

2) La venia constituye una **regla de consideración** y caballerosidad **entre compañeros**, un requisito exigido legalmente que a la par refuerza la mutua consideración entre abogados, garantiza en cierta medida la competencia leal entre los mismos, sirviendo asimismo como cauce adecuado de información entre letrados respecto de un mismo asunto que, en definitiva, redundará en beneficio del justiciable, respecto del cual debe prevalecer sin duda alguna su derecho fundamental a la defensa en el seno de un proceso contemplado en la Const art.24 . Teniendo en cuenta pues que la venia constituye una regla de trato considerado entre abogados, el nuevo EGAE art.61 de 2013, cuando disciplina la sustitución entre abogados respecto de la dirección de un asunto omite cualquier referencia a dicho término, si bien persiste la obligación de comunicación entre los abogados por algún medio que permita quede constancia de la recepción por el compañero sustituido (no bastando pues el mero correo electrónico sin respuesta de su destinatario) (TS 2-4-1991).

- **Falta de respeto** a los componentes de la junta de gobierno.
- El **incumplimiento grave** de las normas estatutarias, acuerdos del colegio y la obligación de atender las cargas colegiales (el pago de las cuotas, se entiende que deberá ser un impago reiterado y considerable).
- El ejercicio profesional bajo **embriaguez o influencia de drogas** (para que no tenga la consideración de infracción muy grave habrá de ser no grave).
- **Competencia desleal** y la infracción de las normas deontológicas sobre publicidad cuando no sea infracción muy grave.
- Habitual y **temeraria impugnación de minutas** de honorarios de compañeros y la reiterada presentación de minutas que sean declarados excesivos o indebidos.
- El **ejercicio profesional en otro colegio profesional** sin la oportuna comunicación de dicha actuación al colegio. Es preciso aclarar que, dicha previsión deontológica, que suponía una cortesía o deferencia del colegiado extraño al colegio en cuyo territorio está ejerciendo y conforme a la cuál se indicaba al colegio el motivo de la citada intervención (procedimiento judicial, juzgado, fecha de la vista o audiencia previa, etc.) hoy día está en completo desuso y prácticamente ya nadie lleva a cabo tal comunicación cortés de tal suerte que es una costumbre condenada al olvido y, por tanto, en modo alguno puede constituir un supuesto típico de infracción grave de los deberes deontológicos susceptible de sanción disciplinaria.

255 Por último, tendrán el carácter de infracciones **leves**, las siguientes acciones (EGAE art.86):

- **Negligencia** en el cumplimiento de las normas estatutarias.
- Los **actos de las infracciones graves** cuando no revistan tal gravedad.
- **Incumplimiento leve** de deberes deontológicos.
- **Falta de respeto** a los miembros de la Junta del Colegio.

257 Las **sanciones** que pueden imponerse a los abogados son (EGAE art.81):

- a) Amonestación privada.
- b) Apercibimiento por escrito.
- c) Suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo no superior a dos años.
- d) Expulsión del Colegio.

En el caso de las **infracciones muy graves**, contemplado en los apartados b), c), d), e), f), h) e i) del art.84, el profesional será sancionado con suspensión del ejercicio de la abogacía por un período superior a 3 meses sin exceder de los dos años y para las restantes infracciones muy graves la sanción a imponer será la expulsión del colegio (EGAE art.84.b), c), d), e), f), h) e i)).

Por su parte, las **infracciones graves** serán sancionadas con suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo que no puede exceder de tres meses.

Y, por último, los profesionales que sean autores de las **infracciones leves** serán objeto de amonestación privada o apercibimiento escrito.

Precisiones

El **nuevo EGAE** modifica el régimen sancionador (EGAE art.1262013):

- incrementa el plazo mínimo de suspensión del servicio por la comisión de infracciones muy graves (de tres meses a un año);
- para las infracciones graves permite la imposición de sanción de suspensión por un período de 15 días a un año o la imposición de una multa pecuniaria (principal novedad de este nuevo texto) de entre 1001 y 10.000 euros;
- por último, la comisión e infracciones leves resulta sancionable con un mero apercibimiento escrito, con una multa de hasta 1000 euros o con la suspensión del ejercicio hasta 15 días.

De igual modo, sustituye la amonestación privada por la **multa pecuniaria**, manteniendo el resto de sanciones (EGAE art.1212013).

258 La **sanción se impone** en el caso de las **infracciones leves** por el decano o la junta de gobierno del colegio mediante expediente en el que únicamente habrá acto de audiencia o escrito de descargo por parte del colegiado con carácter previo a la imposición de la sanción (EGAE art.88.1). Por el contrario, las infracciones **graves y muy graves** serán objeto de apertura de expediente disciplinario tramitado conforme a lo dispuesto en los estatutos de los colegios respectivos, el Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Abogacía, aprobado en el Pleno de 27-2-2009, siendo

de aplicación supletoria la LPAC y la LRJSP, correspondiendo a la junta de gobierno exclusivamente la resolución del mismo y, en su caso, la imposición de la sanción que proceda.

En todo caso, los **acuerdos de suspensión** superior a 6 meses o de expulsión deberán ser adoptados por la junta de gobierno del colegio mediante votación secreta y con la conformidad de 2/3 de sus miembros. Además, todos los miembros de la junta están obligados a asistir a dicha sesión, si alguno sin causa justificada no lo hiciera, cesará como miembro de la Junta y no podrá presentarse como candidato en la elección en la que se cubra su vacante (EGAE art.88.4).

Las sanciones serán **directamente ejecutivas** cuando concluya la vía administrativa, esto es, cuando, presentado recurso administrativo frente al acuerdo de sanción disciplinaria por parte del colegiado, resuelva el Consejo del Colegio de Abogados de la Comunidad Autónoma a que pertenezca el colegiado sancionado. Dicho acuerdo será susceptible de recurso contencioso-administrativa. Siendo firme el acuerdo sancionador será ejecutable y podrá hacerse público.

Resulta importante destacar que la sanción tiene **efectos en todos los colegios de abogados de España**, evitando de este modo la posibilidad de eludir la sanción disciplinaria (suspensión y expulsión) mediante la inscripción del colegiado sancionado en otro Colegio profesional.

Conviene aclarar que la responsabilidad disciplinaria puede imputarse tanto a los abogados colegiados como **ejercientes** como a los que estén inscritos en el colegio como **no ejercientes** (Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Abogacía, aprobado en el Pleno de 27-2-2009 art.1.2), evidentemente habrá infracciones que únicamente sean predicables respecto de los ejercientes, pero las sanciones -todas- se podrán aplicar a los no ejercientes (en el caso de suspensión en el ejercicio sería aplicable solo cuando se diera de alta como ejerciente con posterioridad a la resolución sancionadora y dentro del plazo de duración de la citada sanción).

Por otra parte, se prevé la posibilidad de imponer **sanciones provisionales** en tanto se tramita el procedimiento disciplinario como es el caso de la suspensión provisional del ejercicio de la profesión, eso sí, siempre que tal medida provisional no cause perjuicios de difícil o imposible reparación a los colegiados interesados -extremo este de difícil cumplimiento si el profesional depende, como será habitual, del ejercicio de su profesión para su subsistencia, pues en tal caso la suspensión por el tiempo que sea siempre le causará un perjuicio de difícil reparación-.

La sanción de **suspensión del colegiado ejerciente** determina la entrega por este de su carnet colegial en las oficinas del colegio durante el tiempo de la suspensión (en esto no difiere de la sanción de retirada del carnet de conducir, con todas las particularidades que dicha sanción o, mejor dicho, el incumplimiento de tal formalidad, pueden generar), la anotación de la sanción en el expediente personal del colegiado y la asimilación del sancionado a la condición de colegiado no ejerciente.

259 El **procedimiento disciplinario** puede **iniciarse** por una denuncia previa (queja de un particular -cliente o contrario- o de un compañero, en cuyo caso existirá un trámite previo de mediación con el decano del colegio) o instarse de oficio ante el conocimiento de la comisión de alguna infracción deontológica por parte de uno de los colegiados. Si la denuncia fuera inverosímil, burda o carece de contenido deontológico se archivará y si estuviera incompleta se requerirá al denunciante al objeto de que la ratifique y aporte cuantos documentos sean precisos.

En alguna ocasión el Colegio ha procedido a archivar quejas por entender que no eran susceptibles de iniciar un expediente sancionador cuando, posteriormente, ante las alegaciones de las partes, descubre que sí existen indicios bastantes para entender que puede existir una infracción deontológica y, por tanto, susceptible de iniciar el oportuno expediente (JCA núm 2 Barcelona, 25-2-15, EDJ 104232).

Un caso particular, no de archivo, pero sí de suspensión del procedimiento disciplinario acontece cuando, existe un procedimiento penal en curso frente a un colegiado, en tal caso el procedimiento disciplinario incoado frente al mismo quedará en suspenso hasta que concluya aquel.

El órgano encargado de la **instrucción del expediente** puede abrir un período de información previa para investigar las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de realizar la apertura del expediente disciplinario, a tal efecto designará a un ponente. Si el citado ponente estima que no procede iniciar expediente se decretará el archivo en caso contrario la junta de gobierno determinará la apertura del expediente disciplinario, que se notificará al colegiado afectado con expresa mención de los hechos imputados, quién será el instructor y el secretario, así como el órgano competente para resolver el expediente, las medidas provisionales, en su caso, acordadas y el derecho a formular alegaciones, a la audiencia y a presentar cuantas pruebas considere oportuno en el plazo de 10 días.

La **tramitación** del expediente disciplinario en ningún caso puede exceder de 6 meses. Las diferentes fases de la tramitación se regulan en el Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Abogacía, aprobado en el Pleno de 27-2-2009 art.9 a 16 .

La **resolución** que pone fin al mismo debe ser motivada y decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras que resulten del propio expediente, la valoración de las pruebas practicadas o

aportadas, la infracción o infracciones cometidas, las sanciones que se imponen o la declaración de inexistencia de responsabilidad y los recursos que contra la citada resolución procedan, órganos competentes para ello y plazos.

Si el órgano competente para resolver estimara que la infracción reviste mayor gravedad que la propuesta por el instructor, se comunicará al denunciante y denunciado para que aleguen en 15 días lo que tengan por conveniente.

- 260 La **responsabilidad disciplinaria cesa**, además de por el fallecimiento del colegiado (como es obvio), por el cumplimiento de la sanción y por la prescripción de la falta o de la propia sanción. A estos efectos, las faltas o infracciones muy graves, graves y leves prescriben a los 3 años, 2 años y 6 meses respectivamente y las sanciones también prescriben en los mismos plazos por falta de ejecución de las mismas siendo el *dies a quo* la firmeza de la resolución sancionadora o el incumplimiento de la sanción por el colegiado (EGAE art.92.2).

Una vez **cumplida la sanción** (o prescrita la misma) se cancelarán las anotaciones de las mismas en el expediente personal del colegiado siempre que el colegiado no hubiera incurrido en el interin en nueva responsabilidad y hubiera transcurrido ciertos plazos según el tipo de sanción (desde los 6 meses para sanciones de amonestación o apercibimiento, 1 año para las suspensiones de hasta 3 meses, 3 años para suspensiones mayores y 5 años para la sanción de expulsión).

c. Seguro de responsabilidad civil

- 265 Puede parecer que los abogados (afirmación que podría extrapolarse a cualquier profesional del ámbito jurídico - p.e. procuradores, notarios, registradores, peritos, etc.-) que quieran ejercer la profesión y quieran asumir asuntos de cierta relevancia cualitativa y cuantitativa tienen que contar con un importante respaldo económico por si la suerte en el desarrollo de tales encargos fuera adversa y el cliente considerase imputable tal resultado a la actuación (u omisión) negligente del letrado.

Nada más lejos de la realidad, tanto el (EGAE art.78) como el CDAE art.21 prevén la existencia de pólizas de seguro que cubran el riesgo de una eventual responsabilidad civil de los abogados ante las reclamaciones que pudieran efectuarles sus clientes al considerar que la actuación de aquellos les ha causado un daño o perjuicio imputable directamente a la actuación, u omisión, de los letrados. No obstante, mientras que el **estatuto** dispone que el seguro de responsabilidad civil será voluntario para los abogados, el CDAE art.21 impone a cualquier abogado que ejerza la profesión. En la misma línea se expresa el Código deontológico de los abogados europeos, aprobado el 28-10-88 art.3.9 del al señalar 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».

Así las cosas, actualmente, gracias al esfuerzo de los colegios de abogados y cumpliendo con las funciones de velar por sus colegiados, la responsabilidad civil del abogado se encuentra cubierta por un seguro que cubre las reclamaciones de que sean objeto los colegiados con ocasión de su ejercicio profesional, eso sí, con un **límite en cuanto a su cobertura** -antes del 2015 estaba previsto, en el caso del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en 18.000 euros, con una franquicia de 1.000 euros; a partir de dicha fecha el importe asciende a 300.000 euros, manteniéndose la franquicia-, sin perjuicio de que el abogado pueda contratar un seguro voluntario de responsabilidad civil ampliado que complemente la anterior cobertura -a título de ejemplo, la compañía que cubre la responsabilidad civil que pudiéramos denominar «básica» de los abogados colegiados en Madrid ofrecía, cuando la póliza básica del colegios eran 18.000 euros, una póliza con un importe asegurado de 300.000 euros por un coste anual de algo más de 360 euros, ahora con el incremento del importe de la póliza básica, también se ve incrementado el importe de esta ampliación de la póliza voluntaria por el colegiado que lo desee-.

La póliza del citado seguro de responsabilidad civil no se limita exclusivamente a cubrir la responsabilidad civil profesional del abogado colegiado sino que suele **extenderse a riesgos derivados del ejercicio profesional** como es el caso de daños a expedientes y documentación de los clientes, daños al inmueble alquilado en el que ejerce su actividad el colegiado (no se incluyen los daños por desgaste, deterioro o uso excesivo del inmueble ni tampoco los daños causados en cristales, mobiliario e instalaciones de calefacción, gas, agua, electricidad, etc. del inmueble), accidentes de trabajo sufridos por personal asalariado del abogado mientras estaban desempeñando sus funciones para el mismo en el despacho del colegiado, accidentes que se concretan en daños personales e incluso en la muerte de tal personal, etc.

- 266 Los **asegurados** son evidentemente los profesionales abogados que se hallen inscritos en los colegios de abogados correspondientes. Tal afirmación puede suscitar ciertas dudas que únicamente el análisis detallado de la póliza concreta suscrita por el colegio permite su resolución, como es el caso de si también están asegurados aquellos abogados que ya no estén colegiados (p.e. por haber causado baja en el colegio por jubilación, enfermedad o fallecimiento); si también estarían cubiertos los becarios del despacho individual del abogado; si únicamente están cubiertos los colegiados como ejercientes o también los colegiados como no ejercientes; si el seguro del Colegio de Madrid cubriría a un abogado inscrito en el Colegio de Madrid aunque el ejercicio profesional del que se derive la reclamación hubiera tenido lugar en otro lugar de España; si en el caso de actuación de dos o más letrados la

cobertura es únicamente para el director del asunto o para todos los profesionales que intervengan en el mismo y si, en tal caso, se sumarían los límites cuantitativos de las pólizas y, por último, si el seguro del colegio respondería primeramente, de forma solidaria o en defecto de otras pólizas que hubiera podido contratar el colegiado.

Estos y otros varios interrogantes se despejan, como se ha apuntado, en el texto de la propia póliza. De este modo, los abogados asegurados son únicamente aquellos que se encuentran **inscritos** en el colegio de abogados en el **momento en que acontece el siniestro** (el acto u omisión del que derive la acción de responsabilidad civil profesional que se reclame), extendiéndose dicho aseguramiento a los becados o pasantes que actúen para la supervisión de colegiados del colegio, independientemente de si tienen una relación con tales colegiados de dependencia laboral. En ocasiones, se han suscitado **controversias con las compañías aseguradoras** cuando ante una baja de un colegiado y, producido un acto negligente del mismo (como fue el caso de no interponer acción civil contra el dueño de un perro que causó lesiones y prescribir la citada acción) antes de que se produjera la citada baja, se niega la compañía a satisfacer los importes objeto de reclamación por considerar que la **delimitación temporal de la póliza** exige que la reclamación a la misma se produzca dentro de los 60 días siguientes al vencimiento del período del seguro y computar la fecha de baja del colegiado como fecha de vencimiento del seguro, consideración que ha negado expresamente la Audiencia Provincial de Madrid (AP Madrid 16-1-14) al manifestar que «el solo hecho que el asegurado se dé de baja en el colegio en nada incide, pues no se incluye ni siquiera en la definición del periodo de seguro que se contiene en la póliza», que estaría vigente y sería aplicable mientras no se produzca la cancelación del seguro o no se prorrogue el mismo, lo que en el caso objeto de análisis no aconteció. En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Granada (AP Granada 6-11-15), si bien en este caso la controversia era más sencilla y se estimó la argumentación de la falta de vigencia temporal de la póliza esgrimida por la aseguradora del letrado, puesto que la póliza expiró en el 2012 y la reclamación frente a la aseguradora tuvo lugar en 2014, sin que sirva como reclamación la mera comunicación al Ilustre Colegio de Abogados a que pertenecía el abogado negligente para que intercediera ante el mismo para facilitarle cierta documentación.

Por lo que respecta a los abogados inscritos en el colegio con la cualidad de **no ejerciente**, evidentemente, como su propia denominación indica, han optado por ligar su relación con el colegio de forma diferente a la de los colegiados ejercientes y, por consiguiente, no podrán resultar beneficiarios del seguro de responsabilidad civil que, precisamente, lo que cubre son los riesgos derivados del ejercicio profesional, un ejercicio que dicho colectivo -abogados no ejercientes- han manifestado no realizar.

Los **abogados que ejerzan en diversos territorios** estarán cubiertos por la póliza del colegio en el que se hallen inscritos sin perjuicio de que tal póliza actúe de forma supletoria en caso de que el colegio en cuyo territorio se hubiere ocasionado el acto u omisión del que deriva la acción de responsabilidad profesional cubra tal riesgo a los abogados de otro Colegio.

El **seguro del colegio actúa de forma supletoria** o en exceso o en defecto **de otras pólizas** que hubiera podido suscribir el abogado o de las que el citado colegiado tenga condición de asegurado (es habitual en despachos colectivos que el propio despacho tenga suscrito un seguro de responsabilidad civil que cubra la actuación profesional de todos sus miembros).

Por último, en cuanto a la **concurrencia** en un mismo asunto jurídico de dos o más profesionales (abogados, pues en el caso de que fueran abogado y procurador la jurisprudencia ha analizado la particular actuación profesional en el caso concreto originario de la reclamación de responsabilidad para determinar si la exigencia de responsabilidad civil es predicable de ambos de **forma solidaria**, de uno de ellos o de ninguno, atendiendo a los deberes y obligaciones que cada uno asume en virtud del contrato suscrito con el cliente. Ver al efecto la sentencia TS 27-2-06, EDJ 21307 -notificación por el procurador al cliente y al letrado de un auto dos años después; TS 11-5-06, EDJ 71166 - el procurador de oficio no presentó el escrito de personación en el recurso de apelación, en un principio se condenaba a ambos por considerar que el letrado debió haber instruido al procurador sobre la posibilidad y procedencia de nombrar solicitar un nuevo nombramiento de procurador de oficio para la segunda instancia, posteriormente el Tribunal Supremo absuelve al letrado argumentando que:

- el abogado no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponde a los procuradores y

- los procuradores deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y que las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia a dichos profesionales para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros pueda perjudicar a quienes han obtenido la justicia gratuita -y en el mismo sentido TS 27-7-06, EDJ 275355), la responsabilidad civil exigible a cada uno de los intervinientes deberá circunscribirse exclusivamente a la concreta actuación (u omisión) y responsabilidad de cada uno de los mismos en el asunto en cuestión, de tal suerte que la póliza individual de cada uno de tales colegiados -descontado el importe de la franquicia estipulado que deberán abonar dichos profesionales- cubrirá, de forma respectiva, los importes exigidos a cada uno de los profesionales intervinientes en el asunto, sin que puedan acumularse los límites cuantitativos de todas las pólizas para cubrir la cuantía objeto de reclamación puesto

que ello supondría realizar una distribución desigual de la cobertura sin consideración de la particular actuación u omisión del profesional responsable (o negligente).

267 Es importante advertir que las responsabilidades derivadas del **quebrantamiento del secreto profesional** por parte de los abogados no resultan cubiertas por la póliza del seguro del colegio de abogados, de tal suerte que sería recomendable que el letrado suscribiera una póliza complementaria que cubriera tal eventualidad (evidentemente por un quebrantamiento negligente no doloso de tal deber ético, puesto que, como se ha expuesto en el epígrafe correspondiente, no resulta admisible -ni deseable- deontológicamente una vulneración del secreto profesional de tal suerte que, aun cuando el letrado no fuera sancionado civilmente, o tuviera una póliza que cubriera dicho riesgo, la sanción disciplinaria si podría ser impuesta al citado letrado.

Por último, en cuanto a si sería factible que la póliza de seguro cubriera también eventuales **sanciones impuestas en el ámbito disciplinario o penal como puede ser la inhabilitación** para el ejercicio de la profesión por condena penal o la sanción de expulsión del colegio acordada en el expediente disciplinario correspondiente, del mismo modo que existen pólizas de seguro que cubren hoy día la imposibilidad de realizar una prestación profesional en supuestos de retirada de la licencia de conducir -p.e. conductores de taxi, camiones, repartidores, etc.-, y sí podría existir alguna póliza que compensara por la imposibilidad de ejercer durante el tiempo que estipule la sanción penal o disciplinaria, hay que señalar que para que el seguro de responsabilidad civil opere es preciso que el colegiado frente al que se dirija la reclamación por responsabilidad profesional comunique al colegio de manera fehaciente la recepción de tal reclamación, y el colegio deberá trasladar la comunicación a la compañía aseguradora del riesgo pudiendo adjuntar, en su caso, un informe de parecer sobre el asunto de referencia.

Precisiones

Habitualmente, en aras del deber de **cortesía deontológica**, el colegiado al que un cliente haya encargado la interposición de una acción de reclamación por responsabilidad civil profesional comunicará, con carácter previo al ejercicio efectivo de la acción, tal circunstancia al colegio (normalmente al decano del mismo, para que realice las gestiones oportunas) para tratar de efectuar una mediación y evitar la vía judicial.

14. Los honorarios: determinación y procedimientos de reclamación e impugnación

a. Regulación legal aplicable y su relación con las normas deontológicas

(L 2/1974 art.2.1)

275 Como punto de partida, la Ley de Colegios Profesionales advierte, que el ejercicio de las profesiones colegiadas - como la abogacía- se realizará en **régimen de libre competencia** y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración (honorarios) a la Ley de Defensa de la Competencia y de Competencia Desleal.

En ocasiones, también prevé la Ley que los propios **colegios profesionales** puedan tener encomendada la función de cobrar las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente en los casos en que el Colegio tenga creados los **servicios adecuados** (L 2/1974 art.5.p). No se especifica si es un mandato para el cobro (siendo el abogado el mandante y el colegio el mandatario), cuáles son los servicios adecuados a que se refiere el precepto y qué finalidad tiene la de encargar el cobro de los honorarios del abogado al Colegio.

En materia de honorarios rige el **principio general de libertad de pacto** inter partes, esto es, serán abogado y cliente quienes, mediante su autonomía de la voluntad, establezcan libremente el importe de los honorarios correspondiente a los servicios que deba prestar el profesional y lo plasme en la correspondiente hoja de encargo (a que seguidamente se hará referencia), sin que en modo alguno exista una imposición de unos honorarios mínimos o máximos o unos aranceles (p.e. los procuradores) a los que necesariamente debe atender el profesional a la hora de fijar su minuta. Siendo esto así, cabría preguntarse por qué los colegios profesionales fijan o establecen las denominadas **«normas orientadoras de honorarios»** (profundamente revisadas y actualizadas en 2015), cuál es su utilidad si no existe obligación de aplicar las mismas.

A tal efecto, la propia Ley de Colegios Profesionales ofrece la respuesta cuando dispone (L 2/1974 art.14 tras las reformas introducidas en su texto por L 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales; L 25/2009, de 22 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio -la denominada ley ómnibus- y L17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) que le estará vedado al colegio establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación o recomendación sobre honorarios profesionales salvo lo que prevé al efecto la disp.adic.4ª (valoración de los colegios de abogados en relación con las **tasaciones de costas y la jura de cuentas**, para tales supuestos los colegios

sí podrán establecer normas o criterios orientadores; también resultan aplicables a los supuestos de asistencia jurídica gratuita). De hecho, los colegios profesionales de abogados, en aplicación de dicha normativa ya no evacúan respuestas a las consultas que les pudieran formular los colegiados sobre honorarios, limitándose en esta materia a emitir los **dictámenes correspondientes** cuando fueran judicialmente requeridos para ello en los supuestos de impugnación de tales honorarios. Es evidente pues que las normas orientadoras de honorarios que fija el colegio profesional tiene una función clave en el ámbito de la tasación de costas y la exigencia de la minuta de honorarios del profesional a la parte contraria que ha visto desestimadas íntegramente sus pretensiones y condenada, además, al pago de los honorarios de la parte vencedora (LEC art.394), siendo el fundamento de tal previsión normativa de todo punto coherente, evitar los abusos que podrían suscitarse en la exigencia por el profesional que ha sido vencedor del procedimiento judicial de unos honorarios excesivamente elevados para el asunto y el trabajo realmente realizado, de ahí que constituya un límite ineludible -salvo justificación por parte del profesional y sin perjuicio de que pueda ser impugnada, como luego se verá, la minuta presentada por excesiva-.

También sirve a los **colegiados que comienzan su ejercicio profesional** como guía u orientación para poder presupuestar a sus primeros clientes conforme a unos criterios que se estiman justos, sin perjuicio de que, como se ha expuesto, el profesional siempre tendrá la libertad absoluta de fijar unos precios superiores a los de las normas o inferiores.

- 278 Dicho lo cual, cabría plantearse qué tiene que ver la deontología con los honorarios profesionales. Nada y todo. El objeto de la moral aplicada a una profesión concreta persigue la búsqueda de «lo que es correcto» o «lo que es justo». Ese bien se predica respecto de terceros (los clientes, los tribunales, la parte investigada...), pero también respecto de la propia profesión a la cual esa moral se aplica. Sea en atención al cliente o sea en atención al propio abogado, los **honorarios profesionales** (la determinación y previsibilidad de los mismos) son materia propia de la deontología profesional.

Ninguna norma legal establece honorarios para los servicios de los abogados, únicamente la norma dictada por los colegios profesionales que, desde luego no tiene, ni tampoco lo pretende, dicho carácter legal sino, como se ha indicado, meramente orientador. Es más, la determinación o mera recomendación de estos por parte de organizaciones profesionales (asociaciones o colegios) es una **práctica restrictiva de la libre competencia** y, como tal, está prohibida y así lo ha manifestado la Comisión de Defensa de la Competencia (ej. Resolución 22-12-2016, respecto a los criterios orientativos de honorarios del Colegio Abogados Guadalajara publicados en marzo de 2011, en la que se condenaba al ICAGU por publicar baremos de precios -el resultado cuantitativo de aplicar los criterios, listado de precios por servicios- y no meros criterios -conjunto de elementos que deben considerarse para la valoración del trabajo efectuado y fijar las costas-; Resolución de 15-9-2016, respecto de los criterios de honorarios del ICAM y del ICA de Alcalá de Henares; Resolución de 8-3-2018, respecto de los honorarios de los Colegios de Albacete, Ávila, La Rioja, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Valencia, Vizcaya, Barcelona y La Coruña, a raíz de la denuncia de Bankia por las tasaciones de costas en los procedimientos interpuestos frente a dicha entidad por las preferentes). Por ello, se reitera una vez más, los honorarios a percibir por el abogado serán los que pacte con el cliente, pudiendo establecerse tanto un **precio alzado** como unas condiciones de facturación por horas, días, unidad; en ambos casos incluso o no de los gastos repercutibles. En caso de disputa y salvo sumisión a arbitraje, serán competentes para resolver el litigio los Juzgados de lo Civil.

En este contexto es factible el pacto con el cliente de unos honorarios fijos mensuales por la posible prestación por parte del abogado a un cliente (arrendatario del servicio) de una serie de servicios jurídicos, previamente definidos contractualmente. Debiendo ser abonados dichos honorarios aunque no hayan sido precisos los servicios del abogado en dicho período pactado.

- 279 Resulta importante recordar que el importe de los honorarios será el fijado con el cliente en la correspondiente **hoja de encargo, acuerdo o contrato** que exista con el mismo y que la eventual condena en costas que pudiera existir a la parte contraria en el procedimiento judicial no supone un importe adicional o un beneficio para el abogado sino que son cantidades que corresponden al cliente, salvo pacto expreso en contrario (y esto es clave y, de hecho, es fuente continua de conflictos entre abogados y clientes), con las que se le resarce de los gastos (honorarios de los profesionales que han intervenido en el procedimiento -abogado y procurador-, depósitos, tasas judiciales, etc.) que ha tenido que invertir para ver reconocida sus pretensiones. Por tanto, ni el vencimiento en un procedimiento judicial y la condena en costas exime al cliente de pagar al abogado su minuta, ni el abogado tiene derecho al cobro de las costas, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.

La libre imposición de honorarios por parte del profesional merece una observación, no es posible por parte del profesional, con intención de captar clientela y quitar clientes a la competencia, prestar los **servicios de forma gratuita o a unos precios irrisorios** pues, conforme a lo dispuesto en el Código deontológico constituye una infracción de los deberes en materia de competencia (Código deontológico art.8.d).

- 280 El Código Deontológico contempla los honorarios profesionales en los artículos 15 s. Tras señalar los **principios generales** respecto a los honorarios que ya se han comentado (nº 275) introduce una serie de normas que contribuyen a aclarar ciertas cuestiones que pudieran suscitar alguna duda. Así, por ejemplo, se advierte que los

honorarios los tiene que percibir el profesional que haya llevado la **dirección efectiva del asunto**, siendo contraria a la dignidad de la profesión la **partición y distribución de honorarios** con carácter general. Sobre este particular, y sin perjuicio de las excepciones a que seguidamente se hará referencia, si procede señalar que no es lo mismo dirección efectiva del asunto que figurar nominalmente en los escritos judiciales. P.e el supuesto de un asunto en el que la demanda es realizada por un abogado del despacho pero la firma otro abogado de mayor antigüedad, y, sin embargo, tanto la audiencia previa, las vistas y todas las intervenciones -incluso documentales que hubiera que hacer, aportación de escrito de pruebas, conclusiones, etc.-, las lleva a cabo el que materialmente se encargó del asunto a pesar de que formalmente en el escrito rector del proceso figure otro abogado. En este caso, la norma deontológica considera que quien debería cobrar los honorarios sería el abogado real del asunto y no el formal, sin perjuicio de que, en la práctica, normalmente será al revés o será el despacho quien perciba los honorarios y posteriormente distribuya, conforme a los resultados obtenidos, entre los abogados que hubieran intervenido (se justificará la percepción de honorarios por el abogado formal en una suerte de responsabilidad *in vigilando* respecto del abogado formal, deontológicamente resulta, cuando menos, reprochable tal conducta).

281 Las **excepciones a la distribución de honorarios entre compañeros** que prevé el propio Código Deontológico:

a) Que exista una colaboración jurídica con otro abogado y en la que se haya pactado la distribución de honorarios entre ambos (distribución que responderá a una equivalente distribución de trabajo respecto al asunto generador de los citados emolumentos).

b) Que exista entre ambos profesionales, como se ha indicado, un ejercicio colectivo de la profesión bajo cualquiera de las formas asociativas existentes.

c) Que se trate de compensación al compañero abogado que se hubiera separado del despacho colectivo.

d) Que constituyan cantidades satisfechas a los herederos de un compañero de profesión fallecido (por ejemplo que en vida contribuyó al desarrollo y crecimiento del despacho, o a la llevanza inicial o parcial de un determinado asunto, cuyo cobro se ha producido años después, etc).

El abogado no podrá compartir, con carácter general, tampoco los honorarios con otros **profesionales ajenos a la profesión**, salvo en los supuestos de colaboración y siempre que tales convenios de colaboración se hubieran suscrito conforme a lo prevenido en el Estatuto General de la Abogacía (EGAE art.29)

282 Desde un punto de vista deontológico, el derecho del cliente a obtener un **presupuesto previo** es esencial y debe ser satisfecho por el abogado. El problema radica, sin embargo, en aquellos supuestos donde este presupuesto no puede ser establecido a priori al desconocer el importe de los gastos o del trabajo efectivo del profesional. En estos casos lo que procede es fijar los **criterios de facturación y repercusión de gastos** y mantener al cliente informado del estado de cuentas. Respecto de los casos en los que se puede determinar un presupuesto, es conveniente la inclusión de criterios aplicables a todo lo no previsto en el presupuesto dado. Es habitual que un encargo inicial a un abogado pueda derivar en nuevas actuaciones por parte del abogado no incluidos *ab initio* en el presupuesto previo (p.e. reclamación de cantidad a un deudor que posteriormente deviene insolvente y debe instarse la personación en el concurso o la declaración de culpabilidad del mismo). En estos casos, la remisión a criterios de facturación cumple con el principio de honestidad en las relaciones con el cliente y supone un claro apoyo en caso de disputas sobre los honorarios.

En todo caso, la ausencia de presupuesto previo jamás puede amparar la repercusión de honorarios abusivos al cliente. El problema, como veremos, es determinar cuándo estos honorarios son abusivos, o, lo que es lo mismo, cuáles son los honorarios «razonables».

283 De igual modo resulta deontológicamente razonable, y así se refrenda de lo expuesto en el art.17 del Código, solicitar y percibir la entrega de cantidades como **provisión de fondos** a cuenta de los gastos que suscite el encargo realizado por el cliente o como anticipo de sus honorarios, tanto con carácter previo como durante la tramitación del encargo (de facto es lo habitual en el ejercicio profesional y hacerlo constar en la correspondiente hoja de encargo). La cuantía de la citada provisión de fondos deberá ser proporcional y proporcionada en atención a los gastos previsibles y el importe estimado de los honorarios definitivos.

La importancia de la citada provisión cobra aun mayor relevancia si cabe en épocas como en la presente en la que la crisis económica parece justificar el incumplimiento del pago de los honorarios y gastos por parte del cliente, sin perjuicio de que, también, se pueda justificar, en ocasiones, el impago en alguna suerte de fracaso en la realización del encargo efectuado al profesional, obviando que la obligación del citado profesional es de medios y, si bien el cliente siempre verá éxito en el ejercicio de su pretensión cuando se la plantee al abogado, la realidad es que difícilmente podrá asegurarse un resultado beneficioso en todos los supuestos, máxime cuando en ocasiones la decisión depende de un tercero -sic el órgano judicial-. De ahí que, el propio código prevea que si hubiera **falta de pago** de la citada provisión de fondos el abogado estaría legitimado para renunciar o condicionar el inicio de las actividades profesionales que exige el asunto encargado, o a cesar en ellas (Código Deontológico art.17 in fine).

Lo que omite el precepto citado, quizás por obvio, es que evidentemente el impago de la provisión y la renuncia del encargo no empece para que el abogado reclame al cliente los gastos y el trabajo que, en su caso, hubiera realizado de forma efectiva (piénsese que en la relación abogado-cliente existe una confianza recíproca y precisamente por ello el profesional suele comenzar a realizar gestiones, que en ocasiones comporta gastos, aunque aún no se haya hecho efectivo el pago de la provisión de fondos).

Por otra parte, debe medir el abogado el riesgo existente al comenzar a trabajar y realizar gastos a favor del asunto encargado por un cliente pues, según las características particulares del cliente, la falta de satisfacción de la provisión y la consiguiente renuncia al encargo puede motivar la difícil tarea del cobro de los gastos y honorarios debidos por el cliente.

b. Las normas orientadoras de honorarios profesionales del colegio de abogados

290 Las disposiciones del Código deontológico sobre honorarios han sido fuente continua de conflicto en el colectivo, entre otros motivos, por resultar su texto de **dudosa legalidad** al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia, en adelante LDC (L 16/1989). Esto ha motivado **sucesivas reformas** de la normativa que sobre los honorarios contiene el Código Deontológico para adecuarla a la legalidad.

El Código deontológico dispone que «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», y determina que «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». Hasta aquí nada que objetar, el problema se plantea con el párrafo siguiente del mismo precepto «A falta de pacto expreso en contrario, entre abogado y cliente, los honorarios se ajustarán a las Normas Orientadoras de Honorarios del Colegio en cuyo ámbito actúe, aplicadas conforme a las reglas, usos y costumbre del mismo, normas que tendrán carácter supletorio» (Código deontológico art.15).

En este sentido conviene recordar cómo el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó resolución, con fecha de 26-9-02 , señalando que el Consejo General de la Abogacía había conculcado lo dispuesto la LDC cuando establece los honorarios mínimos de los abogados (las normas orientadoras de los honorarios) (LDC art.1).

291 Dos últimas reflexiones sobre las disposiciones del Código deontológico en materia de los honorarios:

1) El abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar comisiones ni ningún otro tipo de compensación a otro abogado, profesional u otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado posibles clientes futuros. Esto es, queda prohibida la conducta de pago de **comisiones por captación de clientela** realizada por un tercero.

Tal prohibición plantea alguna duda con respecto a aquellas gratificaciones que no consistan necesariamente en dinero o puedan entenderse como satisfacción de comisiones por la recomendación a un cliente. De un lado por cuanto que en el ámbito profesional prácticamente todos los clientes provienen de recomendaciones de terceros, máxime en profesiones como la de abogado en la que la confianza en el profesional debe ser máxima por parte del cliente, siendo anómalo el supuesto en el que el cliente acude a un despacho sin tener referencias o recomendaciones del mismo por parte de terceros. De otro, porque siguiendo la máxima de «ser de bien nacido es ser agradecido», es lógico que si una persona recomienda al abogado a un cliente con objeto de que le encargue al mismo un asunto, el profesional tenga un detalle, los denominados regalos de cortesía, etc. que, evidentemente tienen un valor económico, pero que no debiera entenderse como pago de comisión alguna y, por tanto, que con dicha conducta se estuviera conculcando la prohibición citada.

2) El tratamiento de **fondos ajenos recibidos por el abogado**. La percepción por parte del abogado de fondos del cliente o de terceros con objeto de atender el asunto encargado (p.e. el importe para la constitución de una sociedad mercantil de la que el cliente será el administrador, para el pago de un acuerdo transaccional, etc.) resulta, cuando menos, una cuestión peliaguda.

En **primer lugar** por lo expuesto respecto de los riesgos relativos a las actividades reputadas de blanqueo de capitales, de tal suerte que, como se indicó en el marginal nº 215 , el abogado deberá extremar las precauciones cuando dicha percepción económica no tenga una **finalidad** clara y lícita.

En **segundo lugar**, porque dicho importe deberá ser utilizado por el abogado única y exclusivamente cuando el cliente consienta expresamente a ello o cuando el órgano judicial lo disponga (mandamiento), quedando prohibido, por tanto, la realización de **pagos o disposiciones** de tales fondos a voluntad exclusiva del profesional.

En **tercer lugar**, el profesional deberá ingresar los fondos recibidos en una **cuenta específica abierta en un banco o entidad bancaria**, con disposición inmediata (lo que impide al abogado hacer negocio con impositivos a plazo fijo), y sin que puedan confundirse con los fondos propios del abogado o del despacho o de otros clientes o terceros (aunque esta obligación puede ser más que discutible, en tanto que si el cliente facilita al abogado un determinado importe en efectivo porqué el abogado tiene que abrir una cuenta específica o ingresar dicho importe en una cuenta que ya tuviera abierta para estos fines, si esa fuera la intención del cliente podría haberle realizado una transferencia

y, de otra parte, la finalidad del cliente en el momento de efectuar la entrega del efectivo debe quedar clara -para eludir cualquier pensamiento de conducta de blanqueo de capitales. Es más, el propio Código deontológico ya contempla tal riesgo cuando advierte al abogado que deberá identificar a cualquier persona que le entregue fondos (obligación que también figura en la Ley de Blanqueo de Capital) y que cuando la finalidad de la entrega sea ajena a su labor estrictamente profesional se deberá cumplir la normativa general sobre tales clases de actuaciones (esto es, la Ley de Blanqueo) -y para justificar si es absolutamente imprescindible el ingreso de los importes en una entidad bancaria) (Código deontológico art.20.4.5).

En **cuarto lugar**, el abogado no podrá detraer de tales fondos sus propios honorarios (el **autopago**) salvo que cuente con autorización para ello plasmada en la hoja de encargo o escrito posterior del cliente. Sobre este particular es taxativo el EGAE, cuyo art.113.c por remisión a los art.7.4 y 7.8, tipifica como infracción muy grave que sin autorización expresa del cliente el letrado descuente ciertos importes correspondientes a sus honorarios de la cuantía obtenida de un tercero en una reclamación judicial (p.e. una indemnización por un accidente), reputándose más grave si cabe cuando no solo se deduce los honorarios por el procedimiento en que se obtiene la indemnización sino otros honorarios correspondientes a otros procedimientos anteriores que ninguna relación guardan con el primero. Además, y ligado a lo anterior, el letrado está obligado a **rendir cuentas a la mayor brevedad**, tanto de los fondos recibidos del cliente para atender un determinado asunto como de los importes percibidos por cuenta de aquel (EGAE art.115.b, en relación con art.53; TSJ Valladolid 14-11-02). También resultó sancionado un letrado que no rindió cuentas de un asunto que le encargaron, y respecto del que percibió un importe en concepto de provisión, hasta que se le notificó la propuesta de sanción disciplinaria por este hecho (TSJ Cataluña 18-7-01). Un paso más dio la sentencia TSJ Las Palmas 9-2-01) cuando afirmó que la rendición de cuentas es obligada por el letrado contratado y al que se le facilita una provisión de fondos aun cuando, posteriormente, el letrado renuncie al encargo y se niegue a devolver importe alguno aduciendo aplicación del mismo a los gastos realizados por las gestiones y el tiempo dedicado al análisis del asunto. Finalmente el Tribunal confirma la sanción disciplinaria de un mes de suspensión en el ejercicio de la abogacía.

c. Algunas cuestiones prácticas

300 La determinación justa de los honorarios

Para la determinación de los honorarios se tendrán generalmente en cuenta los siguientes **criterios**:

- Importancia del servicio prestado.
- Duración del encargo.
- Dificultad del encargo.
- Resultado obtenido con el encargo (favorable o adverso al cliente).
- Fama o experiencia del profesional.
- Capacidad económica del cliente.
- Lugar de realización del encargo (desplazamientos, pernocta, etc.).

Los criterios precedentes son considerados no solo por los profesionales a la hora de fijar los honorarios en el correspondiente **contrato de arrendamiento** o en la **hoja de encargo** que suscriba el cliente, sino también por los órganos judiciales cuando se suscite controversia precisamente sobre la cuantía de los honorarios debidos por un cliente o sobre la racionalidad de los honorarios reclamados por un letrado a su cliente. Así, la jurisprudencia reiteradamente ha acudido a los criterios señalados para la determinación justa de los honorarios por los trabajos realizados por el profesional: la cuantía de los asuntos, los trabajos efectivamente realizados, la complejidad de los mismos, la dedicación requerida, los resultados o éxito obtenido -aun cuando recordemos la **obligación del abogado** es de **medios** no de resultado habitualmente-, la costumbre o uso del lugar, el dictamen del colegio de abogados (TS 28-4-09; 15-3-94; 24-2-98; 16-2-01, etc.). Evidentemente, y tras la decisión de la Comisión Nacional de Competencia con mayor razón (de hecho algunos colegios profesionales han suspendido la vigencia de tales criterios o baremos orientadores y haciendo uso de los mismos como una referencia histórica que recoge los usos y costumbres del lugar, motivando a realizar los dictámenes de honorarios analizando las particularidades que concurren en el caso concreto que sea objeto de dictamen), los tribunales no están vinculados por los dictámenes de los Colegios profesionales, si bien constituye un criterio más a tener en consideración para evaluar la racionalidad de los honorarios pretendidos, con lo que podría apartarse de lo dispuesto en el citado dictamen siempre que no caiga en arbitrariedad con su decisión (TS 25-10-02).

Interesa recordar que en esta materia la prescripción de los honorarios debidos se produce, ex art.1967 CC, por el transcurso del plazo de tres años, siendo el día a quo el día en que dejen de prestarse servicios por parte del letrado al cliente de que se trate (AP Madrid 4-3-16).

En este sentido, los profesionales que **reiteradamente** establezcan **honorarios** que sean **impugnados** por sus clientes **por excesivos** serán sancionados disciplinariamente por el colegio profesional. Del mismo modo ocurrirá con aquellos profesionales que reiteradamente impugnen honorarios de otros profesionales (contrarios) o efectúen quejas sobre tales profesionales y tales impugnaciones o quejas no estén debidamente justificadas (Código deontológico art.18). El precepto va más allá y proscribire no solo la actuación realizada por el profesional directamente (la impugnación o queja) sino también aquella actuación de inducción o asesoramiento a terceros (clientes o no de un compañero) con ánimo de que impugne su minuta o presente una queja en el colegio profesional. Por otra parte, cumple señalar que no basta con la realización aislada de las citadas conductas sino que es preciso que concurra la nota de habitualidad y reiteración en las mismas para entender que constituye una infracción deontológica, de lo contrario sería imposible poder impugnar los honorarios, aún estando justificado.

302 El pacto de «cuota litis»

Este pacto supone acordar como honorarios a percibir un porcentaje del importe del asunto encargado -muy habitual en asuntos donde la actuación del profesional consista en recobrar importes de dinero-.

En sentido estricto se trata de un acuerdo, formalizado antes de finalizar el asunto encargado, por el cual el cliente se compromete a pagar al profesional únicamente un **porcentaje del resultado del asunto**, ya sea una suma de dinero o cualquier otro bien que consiga el cliente por el asunto.

Esto supone que si el asunto **resulta adverso** el profesional no percibe importe alguno. De este modo el profesional se convierte en el **socio del cliente** respecto del asunto encargado, teniendo el profesional un interés directo en la resolución favorable del asunto y con el mayor rédito posible, lo que, en ocasiones, puede dificultar la resolución rápida de la cuestión (p.e. una controversia en la que sería factible solventar con un acuerdo y el cliente, como consecuencia de ese acuerdo, recibe 10. Si no existiera acuerdo el cliente podría recibir 100 acudiendo a la vía judicial por ejemplo, con el pacto de *cuota litis* el profesional tendrá más interés en dilatar la solución del asunto si finalmente puede conseguir 100 en lugar de 10, deontológicamente no sería admisible dicha conducta, entre otras cuestiones por contrariar el principio de independencia y autonomía).

Existe, por otra parte, la denominada cuota litis parcial, en la cual el profesional cobra un **mínimo por el trabajo prestado** y complementa ese mínimo con el porcentaje sobre el resultado del asunto. Este tipo de pacto permite rebajar el coste inicial de los servicios que tiene que satisfacer el cliente y, por consiguiente, hacer accesible a clientes con menos recursos estos servicios.

Si bien **inicialmente era una práctica prohibida** por los códigos deontológicos y quien conculcaba dicha prohibición era objeto de sanción disciplinaria (Código deontológico art.16) el **Tribunal de Defensa de la Competencia**, en su resolución de 26-9-02 declaró que tal prohibición era absolutamente contraria a las normas sobre competencia e intimaba al Consejo General de la Abogacía Española para que en tres meses modificara el citado precepto del código liberando, de este modo, la ilícita prohibición que contenía y sancionó a los colegios que la prohibían por vulnerar la Ley de Defensa de la Competencia (L 15/2007 art.1). La sanción fue recurrida ante la Audiencia Nacional que dio la razón a los colegios, pero el Tribunal Supremo eliminó definitivamente la prohibición de cuota litis al considerar que, efectivamente, vulneraba las normas de la competencia al limitar una forma de fijar los honorarios (TS 4-11-08, EDJ 222110).

Precisiones

Cuota litis (Código deontológico art.16):

1. Se **prohíbe**, en todo caso, la *cuota litis* en sentido estricto, que no está comprendida en el concepto de honorarios profesionales.
2. Se entiende por cuota litis, en sentido estricto, aquel **acuerdo entre el abogado y su cliente**, formalizado con anterioridad a terminar el asunto, en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al abogado 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 el asunto.
3. No es cuota litis el pacto que tenga por objeto fijar unos **honorarios alternativos** según el resultado del asunto, siempre que se contemple el pago efectivo de alguna cantidad que cubra como mínimo los costes de la prestación del servicio jurídico concertado para el supuesto de que el resultado sea totalmente adverso, y dicha cantidad sea tal que, por las circunstancias concurrentes o las cifras contempladas, no pueda inducir razonablemente a estimar que se trata de una mera simulación.
4. La retribución de los servicios profesionales también pueden consistir en la percepción de una **cantidad fija, periódica, o por horas**, siempre que su importe constituya adecuada, justa y digna compensación a los servicios prestados).

304 En **otros países** (USA y los países sudamericanos) la fijación de una cuota litis, como forma de retribución de los honorarios del profesional, es una práctica ampliamente admitida. En otros se admite siempre y cuando figure por

escrito y sea firmado por ambas partes, que se prevea la reducción en caso de que se solucione antes el asunto encargado, que sea ofrecida tal opción de manera espontánea por el cliente y que en ningún caso exceda del 30% del resultado del asunto.

La **justificación de la prohibición** de esta institución estribaba en varios motivos: que el profesional realmente cobra más de lo que merece por su trabajo, que el profesional debe cobrar aunque el resultado sea negativo (p.e. el médico no cobra solo cuando cura al enfermo) pues es una obligación de medios no de resultado, puede suponer que se aproveche de los más desfavorecidos que no han podido satisfacer unos honorarios normales y deben acudir a esta solución para minorar el importe que pueden pagar de tal suerte que el profesional estaría «robando» a quienes ya han sufrido bastante (p.e. accidentados de tráfico, falta de recursos económicos por desgracias, etc.).

305 Como **conclusión** cabe afirmar que el pacto de cuota litis es admisible hoy día desde un punto de vista legal, aunque deontológicamente la cuota litis estricta tiene considerables riesgos, la cuota litis limitada puede conllevar ciertas ventajas para el cliente al poder acceder a servicios cuando no dispone de recursos para abonarlos íntegramente al inicio y para el profesional que verá la posibilidad de participar en el resultado del asunto que se le encargue y obtener un plus sobre los honorarios habituales. Siendo en cualquier caso un acuerdo que deberá figurar necesariamente en la preceptiva hoja de encargo para evitar problemas de reconocimiento posterior, y pago, por parte del cliente.

307 La dicotomía

Distinto del supuesto anteriormente expuesto del pago de comisiones por la captación de clientela es el de la dicotomía que, en definitiva, supone el **reparto de honorarios** con otras personas que, real o ficticiamente, han colaborado con el profesional. Los supuestos son muy variados: desde la remisión por el profesional al especialista innecesario, hasta el reparto de los honorarios con los que han recomendado o traído al cliente a ese profesional. En todos estos casos la dicotomía es un **fraude** y, por tanto, ilícito, además de ser deontológicamente reprochable.

Evidentemente es posible que el profesional precise de la labor de otro profesional (p.e. un perito) para el desarrollo del encargo, pero en tal caso, o asume él el coste o se habrá previsto de forma expresa en la hoja de encargo y la justificación de dicha colaboración.

309 La retención de documentos, pruebas, material para el cobro de honorarios

Puede ocurrir que el cliente demore el pago de los honorarios, escudándose en el pago de la provisión de fondos o en el resultado adverso del resultado del encargo, si bien es cierto que es posible que el profesional **reclame dichos honorarios judicialmente**, ello supone dilatar aún más el cobro de los mismos. En ocasiones simplemente la amenaza de un procedimiento judicial sirve para que el cliente cumpla. Pero en caso de no ser así, cabría preguntarse si es factible la retención de documentos, pruebas, material, etc. hasta la percepción de tales honorarios siempre y cuando no se cause al cliente un daño grave e irreparable (p.e. que este no pueda recurrir por expirar el plazo y no disponer de los documentos necesarios).

El código deontológico prohíbe tal retención de forma meridiana cuando prevé que «la documentación recibida del cliente (lo cual es extensible al resto de elementos señalados: pruebas, material, etc.) estará siempre a disposición del mismo, no pudiendo en ningún caso el abogado retenerla ni siquiera bajo el pretexto de tener pendiente el cobro de honorarios. No obstante podrá conservar copias de la documentación» (Código deontológico art.12.13).

El código se pronuncia expresamente sobre dicha prohibición ante la proliferación de **quejas deontológicas de los clientes** y pronunciamientos judiciales que tachaban la citada conducta de retención de documentos por parte de los abogados como éticamente reprochable.

311 El cobro de honorarios con los importes recibidos del cliente o del contrario con ocasión del encargo realizado

Como **regla general** esta opción está también prohibida expresamente por los códigos deontológicos como se ha expuesto (Código deontológico art.20) pues, al margen de otras consideraciones que ya se indicaron, puede dar lugar a abusos por parte de los profesionales.

El profesional no debe deontológicamente retener el dinero que haya recibido de su cliente por más tiempo que el imprescindible para realizar el encargo contrato, no pudiendo mezclar el dinero recibido con sus fondos propios.

313 Presupuestos previos (hoja de encargo) y provisión de fondos

Es necesario, como se ha expuesto anteriormente, la elaboración de un presupuesto previo sobre el **coste previsible del encargo** realizado, bien estableciendo un importe a tanto alzado, bien estableciendo perfectamente las bases o criterios para su determinación conforme a los concretos servicios que se presten.

En cualquier caso, es imprescindible que el cliente pueda conocer, con carácter previo a la contratación efectiva del profesional, el importe aproximado del encargo realizado. Necesidad del presupuesto y hoja de encargo que **se justifica**, tanto para el cliente que tendrá la seguridad de cuál será el importe que deberá satisfacer por el asunto realizado (si bien, en ocasiones es más bien un cálculo aproximado y puede diferir considerablemente del importe final, con el consiguiente malestar por parte del cliente y el riesgo de perder al cliente a futuro, de ahí que deba tratarse de ser fiel en la realización del presupuesto y en el cumplimiento del mismo, estando debidamente justificados todos

los gastos y partidas que se salgan del mismo). Y necesidad también para el profesional puesto que constituye un documento de prueba por si fuera ineludible, ante el impago o negativa de pago por parte del cliente su reclamación a través del procedimiento de jura de cuentas a que posteriormente se hará mención.

El citado presupuesto debe ser **firmado** por el cliente con objeto de mostrar su conformidad al mismo, evitando así problemas futuros sobre los honorarios (impago de honorarios o reclamación del exceso de los mismos). No obstante, la firma efectiva del mismo puede no ser precisa y simplemente el envío del presupuesto por parte del abogado al cliente y la aceptación por idéntica vía o cualquier otra de la que quede constancia es prueba suficiente de la existencia y validez del citado presupuesto.

Generalmente el citado presupuesto suele formar parte de la denominada **hoja de encargo**, en la que, además, se incluyen otros extremos relevantes sobre la prestación del servicio: momento y forma del pago, gastos que debe asumir el cliente, duración previsible del encargo realizado, obligaciones de las partes (profesional y cliente) en relación con el concreto servicio encargado, etc. No existe ninguna norma que obligue o imponga la citada hoja de encargo, pero la práctica forense demuestra la conveniencia de la misma tanto para el cliente como para el propio letrado, ya que facilita la resolución de controversias sobre la prestación del servicio y, fundamentalmente, sobre la determinación de los honorarios debidos

Para aquellos supuestos en los que se deban realizar **actuaciones no previstas inicialmente** en el presupuesto previo, deberá contarse con el consentimiento expreso del cliente. Sin perjuicio de que en algunos casos se suele remitir a los **honorarios establecidos por los colegios profesionales**, honorarios que, como se ha indicado por los tribunales, únicamente tienen valor a efectos de reclamación o impugnación judicial de los mismos. Así lo puso de manifiesto la Audiencia Provincial de Madrid al señalar que «los criterios colegiales orientadores constituyen simples **pautas** que sirven de fundamento en la difícil función de fijar los honorarios profesionales de los profesionales, sin perjuicio de la libertad de cada uno para pactar la cuantía de los honorarios con su cliente» (AP Madrid 14-12-11, EDJ 317161).

Es habitual en la práctica que el profesional solicite una determinada **provisión de fondos** (ninguna norma colegial prevé el importe en que debe concretarse la citada provisión, pudiendo ser adecuado entre un 30 y un 50%) para atender los gastos que el desarrollo del encargo pueda conllevar, sin perjuicio de que tales gastos luego sean repercutidos al cliente para su satisfacción previa presentación de los justificantes correspondientes. De este modo se evita que el profesional tenga que adelantar ningún importe de su propio patrimonio. En ocasiones también se justifica como un cobro anticipado de los honorarios evitando de este modo el peligro de no cobrar los honorarios una vez realizado el servicio de que se trate. Debe evitarse el abuso de que la provisión cubra la mayoría de los honorarios pasando a ser un pago anticipado de los honorarios, pues pone en tela de juicio la relación de confianza cliente-profesional.

Más problemático resulta el supuesto de provisiones de fondos que luego **no se descuentan de los honorarios finales** o que **no se devuelven** aunque las acciones para las cuales se solicitaron no se realizaran (p.e. provisión de fondos solicitada para la interposición de una demanda de reclamación de cantidad y ejecución posterior cuando finalmente el deudor paga al recibir la interpelación judicial).

315 Modelo: hoja de encargo profesional

En..., a...de...de....

1.- Datos de los contratantes

De una parte y referida en adelante como el ABOGADO/DESPACHO, (*nombre de la sociedad o despacho*), abogado con número colegiado... del Ilustre Colegio de Abogados de....., con domicilio en....., calle....., número....., [representada por....., en calidad de....]. NIF.... Con teléfono.... y mail.... a efectos de comunicaciones.

De la otra y referida en adelante como el CLIENTE,....., con domicilio en....., [representada por..., en calidad de.....]. NIF.....

2.- Asunto encomendado

El CLIENTE solicita al DESPACHO/ABOGADO la realización del siguiente encargo (descripción detallada de las concretas actividades profesionales que debe realizar el profesional para cumplir con el encargo realizado por el cliente, evitando de este modo que, posteriormente, el cliente pueda aducir incumplimiento del contrato por no realización del encargo):

....

El ejercicio de la acción en defensa de las pretensiones del CLIENTE descritas en el encargo, si bien es razonable su realización y el ABOGADO/DESPACHO pondrá toda su diligencia en que así sea en aras de salvaguardar el interés del cliente, no obstante, existe una probabilidad de que pueda resultar infructuoso. En tal caso, se advierte al CLIENTE que como consecuencia de la actuación profesional y del ejercicio judicial de su pretensión puede ser

condenado en costas, siendo, en tal caso, el CLIENTE el obligado al pago de las mismas sin que pueda repercutir o minorar el importe de las mismas respecto del importe de los honorarios pactados.

La ejecución del encargo se realizará conforme a las previsiones de la presente hoja de encargo, así como con arreglo a las disposiciones contenidas en el Código Deontológico, Estatuto General de la Abogacía Española y Estatuto del Colegio..., además del cumplimiento de las normas del 1544 s del Código civil.

De igual modo, el ABOGADO/DESPACHO, en el desarrollo del encargo y en el ejercicio de sus actuaciones profesionales se halla sujeto a las normas sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo establecidas en la Ley 10/2010 y que el encargo encomendado está o puede estar fuera del ámbito de secreto profesional y que por tanto, en caso de que las autoridades financieras requieran información sobre los datos obtenidos del cliente o el encargo efectuado, se está obligado a facilitarlo.

Por último, se informa al CLIENTE que para el desarrollo de sus funciones para cumplir con el encargo realizado, el DESPACHO/ABOGADO podrá delegar, a su criterio, todas o parte de las tareas del presente encargo profesional, en los Abogados colaboradores de su despacho profesional, y pueda valerse de otros auxiliares y colaboradores sin que tal hecho incremente necesariamente el importe de sus honorarios y sin perjuicio de la responsabilidad del DESPACHO/ABOGADO con el que el CLIENTE hubiera suscrito el contrato para realizar el encargo. A tal efecto, el citado DESPACHO/ABOGADO serán los que tengan la consideración, a los efectos deontológicos oportunos, de responsables o directores del asunto encargado. Además, el CLIENTE autoriza al DESPACHO/ABOGADO a entregar copia de la documentación facilitada por el mismo para cumplimentar el expediente (identificación, domicilio, actividad profesional) a otros terceros intervinientes o necesarios para la realización del encargo, asesores fiscales, agentes inmobiliarios o entidades bancarias, caso de que dicha información sea requerida.

3.- Legitimidad del encargo.

El CLIENTE manifiesta: (suprimir lo que no proceda, ampliar o redactar conforme a las circunstancias del caso. Deontológicamente se exige que el cliente acredite el interés legítimo en el asunto encargado y que el despacho guarde constancia de dicha acreditación):

- Que es el titular de los intereses que encomienda.
- Que es el titular conjuntamente con D.... de los intereses que encomienda
- Que el titular de los intereses que encomienda es
- ...

Tachar lo que no corresponda

4.- Precio

La suma global que se presupuesta es la retribución básica del servicio encomendado y no incluye otros servicios profesionales que puedan derivar del inicialmente encargado ni las incidencias o recursos que pudieran plantearse, incluso dentro de la primera instancia.

El resto de las gestiones o actuaciones distintas al servicio encomendado serán minutadas conforme a la costumbre, a la complejidad del trabajo realizado, a la cuantía de los intereses tutelados, a los resultados prósperos o adversos del asunto y a otras circunstancias similares.

(Para la determinación concreta de los honorarios se pueden adoptar dos sistemas: fijación por horas de trabajo, o a tanto alzado en función de las actividades profesionales realizadas, sin perjuicio de poder incluir, en su caso, la cuota litis)

Los honorarios a percibir por el ABOGADO/DESPACHO se estiman en..... euros. Dicha estimación se ha confeccionado por la estimación de la aplicación de... horas. Para lo no previsto en dicha estimación, se establece una tarifa de... euros por hora aplicada (nota: sustituir horas por días, gestiones o lo que proceda).

(En este epígrafe se puede hacer constar también la posibilidad de la cuota litis como parte de los honorarios pactados con el CLIENTE, especificando si es cuota litis completa o parcial y el porcentaje en que se concreta la misma, evitando de este modo que CLIENTE tenga alguna duda sobre el importe real de dicho porcentaje y, en definitiva, de los honorarios que le competen al profesional).

La suma correspondiente a los honorarios de ABOGADO objeto de la presente hoja de encargo no incluye los honorarios de otros profesionales que intervengan en el asunto, ni tampoco es comprensiva de los gastos de desplazamiento ni de los otros que deban suplirse. Los gastos de desplazamiento se computarán a razón de... euro por kilómetro, cuando el ABOGADO use su vehículo, o por el coste efectivo del servicio, cuando utilice otro medio de transporte (avión, tren, autobús).

La realización de fotocopias efectuadas por el DESPACHO profesional o ABOGADO encargado se cobrarán a razón de... céntimos de euro cada una y se advierte que todo documento o correspondencia genera la necesidad de una copia por necesidades de archivo, y que dichas copias serán de cargo del CLIENTE.

Ambas partes expresamente acuerdan la inclusión en la minuta de honorarios de las pólizas por bastanteos y derechos de intervención profesional que legal o estatutariamente resulten exigibles al Letrado en la actividad profesional llevada a cabo para satisfacer el presente encargo de servicios, en su caso. El importe de dichas pólizas no se encuentra incluido en el presupuesto de honorarios que ha sido expresado.

Los anteriores importes serán gravados con el 21% de IVA.

El CLIENTE entrega al profesional.... Euros en concepto de provisión de fondos para atender a los gastos que genere la realización del encargo y a cuenta de los honorarios pactados, debiendo ser aplicados por el profesional a medida que vaya siendo preciso y facilitando al CLIENTE la correspondiente justificación documental de tal aplicación.

El ABOGADO podrá solicitar una nueva provisión de fondos cuando la anterior hubiera sido íntegramente aplicada por el profesional.

La forma de pago de los honorarios y suplidos ya referidos se verificará de acuerdo a lo estipulado a continuación:

(Detallar)

Se considerará lugar de pago el DESPACHO profesional o el domicilio profesional del ABOGADO.

El cliente autoriza al ABOGADO a aplicar las cantidades que perciba en concepto de provisión de fondos, o de terceros por cuenta o en interés del cliente por cualquier concepto al pago de la minuta procedente de este u otros encargos profesionales, o a provisión de fondos para honorarios y suplidos de este u otros encargos profesionales.

El CLIENTE entrega al profesional, en su caso,.... Euros para su depósito por el ABOGADO y poder realizar el concreto encargo de que se trate satisfaciendo en nombre y por cuenta del CLIENTE tales actuaciones profesionales.

5.- Protección de Datos de Carácter Personal.

5.1.- De conformidad a la Ley Orgánica 15/1.999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el CLIENTE es informado de que sus datos personales pasarán a formar parte de un fichero propiedad del DESPACHO, cuya finalidad es la prestación del servicio contratado y la atención de obligaciones legales y tributarias. Podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, consulta y oposición en la sede del DESPACHO indicada al comienzo.

5.2.- Para la ejecución del presente contrato el CLIENTE facilita al DESPACHO datos de carácter personal de persona o personas relacionadas con el objeto del encargo. La aportación de tales datos se realiza al amparo del artículo 12 de la vigente Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y se regulará conforme a lo dispuesto en este apartado, en la citada Ley y en su normativa de desarrollo.

5.3.- El DESPACHO se compromete a adoptar las medidas de custodia adecuadas a la naturaleza de los datos comunicados por el CLIENTE; a tratar los datos con el exclusivo fin de prestar el servicio solicitado por el CLIENTE y conforme a sus instrucciones, a no ceder a terceros dichos datos y a destruir los datos una vez estos no sean necesarios, con la única excepción de aquellos cuya conservación sea requerida para el cumplimiento de obligaciones legales. No se considerará cesión, a los efectos del presente contrato, la comunicación realizada a terceros cuando esta comunicación sea necesaria para la ejecución del encargo encomendado. Estas comunicaciones incluyen las realizadas a registros mercantiles y de la propiedad, bases de datos públicas y privadas, repertorios telefónicos, boletines oficiales y demás fuentes de información, así como los comunicados a profesionales con las cuales el DESPACHO mantenga acuerdos de colaboración, siempre que los datos comunicados sean los estrictamente necesarios para la ejecución del servicio.

5.4.- Las obligaciones de confidencialidad y custodia se extenderán con carácter indefinido, independientemente de la vigencia del presente contrato.

6.- Normativa aplicable y resolución de conflictos.

En lo no previsto en el presente documento se estará a las disposiciones del Código Civil y demás normativa aplicable respecto del contrato de arrendamiento de servicios.

Las partes, con expresa renuncia a cualquier otro fuero, se someten a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de.... (otra opción es someterse al arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de...) para cualquier cuestión derivada del contenido, interpretación y ejecución del presente encargo.

Y en prueba de conformidad y aceptación, ambas partes suscriben el presente documento, por duplicado ejemplar, en el lugar y fecha indicado en el encabezamiento.

Por el DESPACHO/ABOGADO

D....

Por EL CLIENTE

D....

d. Reclamación e impugnación de honorarios (por excesivos y por indebidos)

325 Fijados los honorarios por el profesional, es factible que dichos honorarios sean negados por el propio cliente (de ordinario cuando los mismos no constan en la hoja de encargo o cuando exceden en mucho del presupuesto previo aceptado por este), lo que motivará que el abogado se vea compelido, en ocasiones, a interponer el procedimiento de **jura de cuentas** a que se hará referencia en el epígrafe siguiente. Pero también es factible que, la actuación del letrado en estrados, suponga el reconocimiento de las pretensiones de su cliente y, en consecuencia, sea condenada la parte contraria a satisfacer las costas -esto es, el coste de los honorarios de los profesionales (abogado, procurador, peritos, etc.) que hubieran intervenido en el procedimiento judicial-, lo que supone la necesidad de que el abogado y el procurador (y resto de intervinientes) manifiesten por escrito cuáles son sus honorarios por la intervención en el citado procedimiento judicial. A tal efecto se efectúa la **tasación de las costas** que supone que dichos profesionales presentarán al órgano judicial las minutas correspondientes por su intervención en el procedimiento (minutas que se recomienda se ajusten en la medida de lo posible a las normas orientadoras de honorarios del colegio o a los aranceles en el caso del procurador (LEC art.242.4.5). Expresamente las normas orientadoras exhortan a los colegiados para que elaboren sus minutas con arreglo al principio de moderación cuando los honorarios van a ser satisfechos por el vencido, siempre que no haya expresa declaración de temeridad o mala fe en su actuación o que se justifique la especial complejidad del asunto).

El **letrado de la Administración de Justicia** procede a la fijación de las costas conforme a las minutas presentadas por los profesionales y da traslado a las partes para que realicen alegaciones en 10 días. Si transcurre dicho plazo sin que sean impugnadas las aprobará mediante decreto y serán directamente ejecutables. No obstante, en esos 10 días de plazo la parte vencida, obligada al pago de las costas, puede proceder a impugnar los honorarios por dos motivos distintos:

- a) Impugnación por excesivos (nº 327 s.).
- b) Impugnación por indebidos (nº 337 s.).

Precisiones

Así lo reconoce la **LEC** al señalar que «La impugnación podrá basarse en que se han incluido en la tasación partidas, derechos o gastos indebidos» y respecto a los abogados, peritos y otros profesionales no sujetos al arancel «también podrá impugnarse la tasación alegando que el importe de dichos honorarios es excesivo» (LEC art.245).

En la **jurisdicción penal** la impugnación de los honorarios puede realizarse por ilegítimas o excesivas, pudiendo intervenir el Ministerio Fiscal (LECr art.243 ; Circular 20-9-1906). Para la impugnación de honorarios en la vía **laboral** y en la **contencioso-administrativa** (en los escasos supuestos en que se impongan costas en esta jurisdicción) habrá de estarse, ante la ausencia de regulación específica, a lo dispuesto con carácter supletorio en la LEC.

327 Impugnación de honorarios por excesivos (LEC art.35.2)

La LEC indica que si se impugnan los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación (fijación) conforme a lo previsto en la LEC art.241 s. , salvo que el abogado acredite la existencia de **presupuesto previo en escrito aceptado** por el impugnante, y se dictará decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase en los 5 días siguientes a la notificación.

La **tramitación** de la impugnación de los honorarios por excesivos supone la concesión de un **plazo** de 5 días al abogado que presentó la minuta de honorarios para que se pronuncie al respecto y si no aceptare la reducción de honorarios propuesta por la parte contraria -la obligada al pago-, y siempre y cuando no exista presupuesto previo aceptado por el cliente (incluido en una hoja de encargo o realizado de forma independiente) se pasará testimonio de los autos al colegio de abogados para que emita **informe** sobre la corrección (o no) de la honorarios objeto de reclamación (en el caso de impugnación por excesivos de los honorarios de otros intervinientes como peritos, el dictamen lo emitirá su colegio correspondiente). El citado informe no tiene carácter vinculante para el órgano judicial que debe resolver sobre la impugnación (aunque de facto sí suele tener una incidencia considerable en la resolución final del secretario judicial).

Recibido el informe del colegio el **letrado de la Administración de Justicia** mantendrá la tasación de las costas realizada en su día o introducirá las modificaciones oportunas (generalmente al hilo de la propuesta del Colegio de reducción de los honorarios). La resolución puede ser objeto de **recurso** de revisión, señalando al efecto el Tribunal Supremo que dicho recurso no puede suponer un nuevo juicio de mejor criterio por el Tribunal, porque ello, además de no ajustarse a la propia naturaleza de la actividad procesal realizada, desvirtuaría la ratio de la reforma legal pues, en lugar de simplificar la materia se produciría el efecto contrario de multiplicar el trabajo de la oficina judicial. Lo anterior

no obsta a que se pueda recurrir en revisión y que el Tribunal controle, además de las infracciones procesales que se hayan podido cometer, los casos de arbitrariedad o irrazonabilidad (desproporción) (TS auto 31-1-12, EDJ 12025).

Con la impugnación de la tasación de las costas, como ha señalado el Tribunal Supremo no se trata de predeterminar o fijar cuáles deben ser los honorarios del abogado vencedor del pleito, pues su trabajo se remunera por el cliente conforme a lo estipulado libremente entre las partes, sino de determinar la carga que debe asumir el vencido en el proceso, pues «aunque la condena en costas va dirigida a resarcir al vencedor de los gastos originados directa e inmediatamente en el pleito entre los que se incluyen los honorarios del letrado, 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, grado de complejidad del asunto, fase del proceso en que nos encontramos, motivos del recurso, (...) sin que, para la fijación de esa media (...) resulte vinculante el preceptivo informe del colegio de abogados, ni ello suponga que el abogado que ha minutado no pueda facturar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por su servicios profesionales». Y esto debe ser así para evitar abusos en la fijación de honorarios excesivos siendo consciente que quien los paga no es el cliente sino la parte contraria (autos TS 8-11-07, EDJ 206619 ; 8-1-08, EDJ 1836).

328 En ocasiones, en algún supuesto y contrariando el límite expresamente previsto en la LEC art.394.3 (un tercio), se ha llegado al absurdo de que la **cuantía de las costas excede del 50%** de la cuantía objeto de reclamación en un procedimiento judicial, extremo reprochable que la propia Audiencia Provincial de Valencia (Auto AP Valencia 13-3-12, EDJ 182642) pone de manifiesto en un procedimiento en el que el importe de las costas excedía, con mucho, de la cuantía del pleito y ello obedece, según señala dicha AP al corporativismo que impera en los colegios profesionales respecto a la impugnación de honorarios (conclusión esta un tanto anodina, puesto que tan colegiado es quien fija los honorarios como quien los impugna, ¿cómo el colegio en aras del corporativismo va a beneficiar a uno o a otro?).

329 No hay que olvidar que la impugnación de honorarios por excesivos (lo cuál también es predicable respecto de la impugnación por indebidos) es un **procedimiento incidental** y como tal «si la impugnación fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán al abogado o al perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos» (con lo que se devengarían las costas de las costas, y así sucesivamente hasta que finalice el procedimiento) (LEC art.246). Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo que, además, aclara que la condena en costas por el procedimiento de impugnación no alcanza al importe por la emisión del informe o dictamen del colegio de abogados toda vez que constituye una obligación *ex lege* de la citada corporación y además un trámite preceptivo para el que órgano judicial pueda pronunciarse con un mejor conocimiento y criterio sobre la corrección de los citados honorarios (TS auto 27-3-12, EDJ 49937).

330 En cualquier caso, el TS ha admitido la posibilidad de que las partes lleguen a un **acuerdo en materia de costas** y se efectúe su **homologación judicial** de conformidad con lo prevenido en la LEC art.19.2.3 , pacto que pondría fin al incidente de tasación de costas sin que proceda la imposición de costas por el citado incidente (TS auto 8-5-12, EDJ 85923).

335 **Modelo de impugnación por excesivos de los honorarios del abogado**

Juzgado de Primera Instancia Nº... de Madrid.

Procedimiento: J. Ordinario núm...

Ddte. Don/Doña.....

Proc. Don/Doña.....

Dddo.Don/Doña....

Proc. Don/Doña....

AL JUZGADO (O A LA SALA)

Don/Doña..., Procurador/a de los Tribunales (Cgdo/a núm...), en nombre y representación de Don/Doña..., representación que tengo ya acreditada en los presentes Autos, bajo la dirección del Letrado/a del I.C.A.M., Don/Doña... (Cgdo/a núm...), al Juzgado (o Sala), como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

Que con fecha de... de... de 2017, se nos ha dado traslado de la tasación de costas practicada en estos Autos y considerando que los honorarios del abogado incluidos en la misma son excesivos vengo a impugnar la tasación practicada, en debida forma y dentro del plazo legal de diez días, a tenor del art.245 en relación con el art.244 de la LEC, fundamentando esta impugnación en las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Dispone el art.242.4 de la LEC que «Los Abogados..., fijarán sus honorarios con sujeción, en su caso, a las normas reguladoras de su estatuto profesional.». Y, en términos análogos, se pronuncia el art.44.1 del Estatuto General de la Abogacía Española (R.D. 658/2001, de 22 de junio, BOE de 10 de julio), «... los Baremos Orientadores

del Colegio en cuyo ámbito actúe, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo,..... se aplicarán en los casos de condena en costas a la parte contraria».

Segunda.- Las Normas sobre honorarios aplicables al presente asunto se contienen en los Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales asumidos por la junta de gobierno del I.C.A.M. de 4 de julio de 2013 que, por lo que a este asunto interesa, establece:

a) 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... De este modo, la aplicación de los Criterios servirá especialmente de guía cuando la minuta pretendida por el Abogado haya sido objeto de impugnación (Introducción).

b) que estos nuevos «Criterios son adoptados por la junta de gobierno del Colegio con objeto de emitir los dictámenes sobre honorarios profesionales que le sean requeridos por los órganos judiciales, ya sea en el ámbito de las impugnaciones de las tasaciones de costas, ya cuando se plantee litigio sobre tales honorarios».

c) «Con carácter general, para fijar los honorarios habrán de ponderarse los diversos factores en cada caso concurrentes, tales como el trabajo profesional realizado, la mayor o menor complejidad del asunto, el tiempo utilizado, las consecuencias en el orden real y práctico, etc.; cumpliendo destacar, como circunstancias de mayor relevancia, pero no únicas, la cuantía del asunto y los resultados obtenidos en mérito de los servicios profesionales prestados. El grado de especialización profesional u otras circunstancias especiales determinantes de la elección del Letrado podrán tenerse en cuenta solamente en la relación directa con el propio Cliente.» (Consideración General Segunda).

d) que La expresa condena en costas no implica una inversión en la carga del pago de los honorarios del Letrado, que corresponde siempre al propio Cliente conforme a los pactos que hubieran alcanzado, pactos que, en ningún caso, vinculan al condenado en costas que solo vendrá obligado a reembolsar al beneficiado con el pronunciamiento de las cosas la cantidad que, tras la correspondiente tasación y, en su caso, informe colegial, el órgano judicial, bajo su prudente arbitrio, fije como adecuada a la labor desarrollada en el procedimiento y a las peculiares circunstancias que hubieran concurrido en el mismo. (Consideración General Sexta).

e) que el Criterio 5, relativo al juicio verbal y por ende aplicable al pleito del que derivan estas costas, establece que «Por toda la tramitación del juicio hasta Sentencia -incidentes y recursos excluidos- se considerará un valor de referencia de 1200 €, o si fuera superior, lo que pudiera resultar de aplicar la Escala o interés económico discutido en el pleito.»

Estableciendo a continuación las bases que han de servir de cálculo si el juicio versa, como en este caso, sobre recuperación de la posesión de finca urbana, dada en arrendamiento, por impago de rentas o cantidades debidas, fijando que: «a) Se tomará como base de cálculo de los honorarios el importe de una anualidad de la renta o merced, siempre que esta sea acorde con las circunstancias de mercado, ya que en caso contrario se atenderá al promedio de los precios reales de mercado del momento en el que hayan de calcularse los honorarios, teniendo en cuenta que en los contratos más antiguos el interés real de las partes puede ser inversamente proporcional a la cuantía de la renta o merced».

Tercera.- Dispone el art.394.3 de la LEC que: «Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, este solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en dieciocho mil euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas».

Limitación que, a tenor del art.243.2.II del mismo texto legal, deberá tener en cuenta el Secretario Judicial al practicar la tasación de costas.

Cuarta.- La minuta de honorarios incluida en la tasación de costas asciende a la cantidad de..... Euros (se adjunta para facilidad de comprobación por ese Juzgado/Sala a que me dirijo la citada minuta).

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO (o A LA SALA), que tenga por presentado este escrito junto con el justificante del traslado al Procurador/a de la parte contraria, lo admita, tenga por impugnada, en tiempo y forma, la tasación de costas practicada, oiga al Abogado cuya minuta se impugna sobre si acepta o no la reducción de los honorarios contenida en este escrito y, en caso de no aceptarla, continúe la tramitación procesal de este incidente dictándose en su día Resolución en la que, declarando excesivos los honorarios del Abogado, fije los mismos en la cantidad propuesta por esta parte, todo ello con expresa condena en costas a la parte solicitante de la tasación.

Todo ello por ser de Justicia que pido en Madrid a... de... de 2017.

Fdo...

Fdo...

337 Impugnación de honorarios por indebidos

Los honorarios de los profesionales que intervienen en el procedimiento y cuyas minutas se han presentado en la tasación también pueden ser impugnadas por indebidas, esto es por considerar la parte vencida que no debe satisfacer en modo alguno dichos honorarios, bien por estar ya **caducadas**, bien por estar **prescritas**, bien por haber sido satisfechas por la parte contraria (vgr acuerdo previo con la parte vencedora o consignación judicial ignorándolo la parte vencedora), bien por tratarse de **actuaciones profesionales superfluas** (contestar una demanda fuera de plazo, devengar honorarios por el escrito de personación en la apelación, escrito que hace el procurador y que el abogado puede no intervenir en su realización).

En este caso la impugnación por indebidos puede referirse no solo a los **honorarios del abogado, perito, etc.**, sino también del **procurador** (LEC art.34). A tal efecto se dispone que se podrá impugnar por indebidos cuando en los honorarios tasados se hubieran incluido «partidas, derechos o gastos indebidos (LEC art.245.2)». La impugnación también puede realizarse por el favorecido en la condena en costas cuando en la tasación no se hubieran incluido por el letrado de la Administración de Justicia gastos debidamente justificados y reclamados (LEC art.245.3).

¿Qué ocurre cuando quien presenta la minuta para la tasación de las costas de un determinado procedimiento es un **letrado inhabilitado** para el ejercicio de la abogacía? El Tribunal Supremo se posiciona a favor de considerar que la citada irregularidad de inhabilitación de un letrado, en virtud de resolución administrativa firme del correspondiente Colegio de Abogados, no puede tener consecuencias negativas para la parte que contrató al citado abogado inhabilitado pues no es exigible al mismo comprobar que el profesional contratado está habilitado para el ejercicio de la profesión y, además, no puede vulnerarse su derecho a la oposición al recurso planteado de contrario y a resarcirse de las costas procesales generadas por una actuación procesal que el cliente no ha provocado (TS auto 5-3-13). Y todo ello sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias que la conducta del abogado inhabilitado pueda llevar aparejada para el citado abogado, que en nada afecta por tanto a su cliente ajeno a las circunstancias profesionales de su abogado.

Para llevar a cabo tal impugnación deberá indicarse en la **reclamación** la cuenta o minuta y las partidas concretas a que se refiera la **discrepancia y los motivos** que justifican tal controversia. El incumplimiento de tal presupuesto determina la inadmisión de la impugnación a trámite mediante decreto que únicamente será posible recurrir en reposición.

Admitida la impugnación por el **letrado de la Administración de Justicia** se dará traslado a la otra parte (quien presentó la minuta o cuenta o el contrario cuando quien impugna es la parte vencedora a quien se le ha omitido alguna partida en la tasación) para que en el plazo de tres días efectúe las alegaciones que tenga por conveniente. El letrado de la Administración de Justicia resolverá mediante decreto en otros 3 días y frente a dicho decreto únicamente será posible el **recurso de revisión** (del mismo modo que frente al decreto sobre la impugnación de honorarios por excesivos y con las observaciones que ya se efectuaron al respecto, nº 327).

El Tribunal Supremo mantiene que, al menos en la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe recurso de revisión: «Es cierto que el art.35.2 inciso segundo en relación con el art.34.2 y 3 LEC establecen que contra el decreto que resuelva sobre el carácter debido de los honorarios reclamados por un Letrado, por el llamado «procedimiento de jura de cuentas», no cabe recurso, sin perjuicio del proceso declarativo que corresponda, pero, por otra parte, el art.102 bis de la LJ dispone que «cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por lo que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación», norma que permitiría la interposición de este recurso de revisión». (TS auto 14-2-14, EDJ 17350), Criterio igualmente aplicable a la jurisdicción civil como norma supletoria general (LEC art.454 bis en relación con el art.237, 2º) en cuanto la decisión del letrado de la Administración de Justicia pone fin al proceso de jura de cuentas pues el primero de los preceptos dice que: «Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación» y por su parte se dice que «Contra el decreto que declare la caducidad solo cabrá recurso de revisión.» (LEC art.237.2º).

338 Por último, señalar que es posible acumular ambos tipos de impugnaciones (de forma subsidiaria) (LEC art.246.5):

«Cuando se alegue que alguna partida de honorarios de abogados o peritos incluida en la tasación de costas es indebida y que, en caso de no serlo, sería excesiva, se tramitarán ambas impugnaciones simultáneamente, con arreglo a lo prevenido para cada una de ellas en los apartados anteriores, pero la resolución sobre si los honorarios son excesivos quedará en suspenso hasta que se decida sobre si la partida impugnada es o no debida».

Puede **plantearse de forma subsidiaria** que alguna partida de honorarios de abogados o peritos es **indebida** y que, en caso de no serlo, sería **excesiva**. En este caso se tramitarán ambas impugnaciones simultáneamente, quedando en suspenso la tramitación por excesivos hasta que se decida sobre si la partida es o no debida por la parte contraria. En algún supuesto se plantea simultáneamente la impugnación de los honorarios por indebidos y por excesivos sin que exista una adecuada justificación para utilizar ambas vías (así, p.e. en la controversia resuelta por AP Sta. Cruz de

Tenerife 9-6-15, se negaba que fueran debidos unos honorarios cuando estaba plenamente justificada la participación del letrado en todos y cada uno de los procedimientos judiciales).

No obstante, deben **delimitarse correctamente los supuestos** por los que se considera que los honorarios son excesivos y los motivos por los que se entiende que son indebidos para evitar que la confusión alcance al órgano judicial que debe verificar la real intención del impugnante. Así se puso de relieve en sentencia TSJ Cataluña 26-4-01, en la que tras advertir que «El indicado párrafo ya es, de por sí, indicativo de la confusión del impugnante», «la minuta de honorarios del letrado de la parte recurrida corresponde a su actuación profesional en esta casación» y seguidamente trae a colación doctrina del Tribunal Supremo (TS 26-7-00, EDJ 21380 ; 10-10-00, EDJ 30631 ; 4-12-00, EDJ 41094 y 18-12-00, EDJ 49744) por la que se reconoce que «la **expresión detallada de las minutas** que deben presentarse en las tasaciones no impone necesariamente la asignación de una cantidad a cada una de las actuaciones del letrado. Y concretadas estas, según la minuta, a personación ante la sala, seguimiento, tramitación recurso y formulación oposición, aunque la tramitación no sea precisamente una función del abogado, se cumplen las mínimas exigencias legales para concluir que la minuta es correcta y los honorarios debidos, sin perjuicio de su cuantificación posterior».

Sobre el detalle de las minutas de los abogados se ha pronunciado el **Tribunal Constitucional** (TCo 89/2008) para poner de relieve que, como ya indicó en su día el Tribunal Supremo, no es preciso un detalle pormenorizado de tales actuaciones, sin perjuicio de que en el caso concreto sí se indicó que la minuta presentada reseñaba, como única actuación, la oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario y la referencia a la norma orientadora correspondiente del colegio de abogados. Siendo incomprensible que la Audiencia Provincial de Toledo, estimara la impugnación por considerar indebida la minuta por «carecer de detalle alguno que permita conocer las actuaciones profesionales llevadas a cabo (...) Ello hace que la minuta deba declararse indebida, pues la falta de especificación impide a las partes y al tribunal conocer y valorar sobre la corrección de la minuta» (AP Toledo 2-12-05). El Tribunal Constitucional desestimó, por las razones expuestas, la citada impugnación.

Precisiones

Una particularidad de la **asistencia jurídica gratuita** (nº 2040 s.) es que si una de las partes de un procedimiento judicial fuera beneficiaria de esta asistencia, no se discutirá ni se resolverá en el incidente de tasación de costas cuestión alguna sobre la obligación de la Administración de asumir el pago de los importes reclamados en virtud de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LEC art.246.6).

340 Modelo de impugnación por indebidos de los honorarios del abogado

Juzgado de Primera Instancia Nº... de Madrid.

Procedimiento: J. Ordinario núm...

Ddte. Don/Doña.....

Proc. Don/Doña.....

Dddo. Don/Doña....

Proc. Don/Doña....

AL JUZGADO (O A LA SALA)

Don/Doña..., Procurador/a de los Tribunales (Cgdo/a núm...), en nombre y representación de Don/Doña..., representación que tengo ya acreditada en los presentes Autos, bajo la dirección del Letrado/a del I.C.A.M., Don/Doña..., (Cgdo/a núm...), al Juzgado (o Sala), como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

Que con fecha de... de... de 2017, se nos ha dado traslado de la tasación de costas practicada en estos Autos y considerando que los honorarios del abogado incluidos (también podrían incluirse en la impugnación los honorarios de los procuradores, que por venir estipulados en aranceles únicamente pueden ser discutidos por este procedimiento, no por excesivos) en la misma son indebidos vengo a impugnar la tasación practicada, en debida forma y dentro del plazo legal de diez días, a tenor del art.245 en relación con el art.244 de la LEC , fundamentando esta impugnación en las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Dispone el art.243.2.I de la LEC que «No se incluirán en la tasación los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito».

Segunda.- El art.241.1.II.1º dispone que se considerarán costas los gastos que se refieran al pago de «los honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas».

Tercera.- Por su parte, el art.31 de la LEC exceptúa de la necesaria intervención de abogado «los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 euros». Diciéndose en el art.32.5 del mismo texto legal que: «Cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 394 de esta Ley».

Cuarta.- El cauce procesal por el que se ha ventilado este procedimiento es el del juicio verbal y, aunque dada la materia objeto del litigio se establezca por la Ley alguna especialidad, es lo cierto que, estas no afectan a lo relativo a la postulación, por lo que, siendo la cuantía de este proceso la de 2000 euros, cuantía de los importes impagadas, el coste de los honorarios del abogado, cuya intervención no es preceptiva, no puede repercutirse al condenado en costas, máxime cuando el beneficiario con la condena en costas ha utilizado los servicios de Procurador.

Quinta.- La doctrina jurisprudencial, aplicable a los actuales art.31.2 y 32.5, en cuanto contemplan supuestos idénticos, es unánime al sostener que, en...

Por todo ello,

SUPlico AL JUZGADO (o A LA SALA), que tenga por presentado este escrito junto con el justificante del traslado al Procurador/a de la parte contraria, lo admita, tenga por impugnada, en tiempo y forma, la tasación de costas practicada por contener partidas indebidas y, continuando el incidente por sus cauces legales, dicte en su día resolución por la que, declarando indebida la partida de honorarios del Abogado, modifique la tasación de costas impugnada en la cuantía de... euros, cuantía a la que asciende los honorarios de aquel, IVA incluido. Todo ello, con expresa condena de las costas causadas en este incidente a la parte contraria si se opusiere a ello.

Todo ello por ser de Justicia que pido en Madrid a... de... de 2018.

Fdo...

Abogado/a, Cgdo/a. núm...

Fdo...

Procurador/a, Cgdo/a. núm.....

e. La Jura de cuentas

350 La jura de cuentas es un **procedimiento especial** que se dirige por parte del abogado frente a su cliente ante el impago por este de los honorarios y/o gastos devengados como consecuencia de la realización del encargo. Evidentemente es un procedimiento que ningún abogado quisiera emprender frente a sus clientes, pero la morosidad ha alcanzado a todas las profesiones y la abogacía es una de ellas, con lo cual el abogado, después de haber intentado de forma extrajudicial el cobro de los importes que se le adeudan no le quedará más remedio que impetrar esta vía judicial en defensa de sus intereses (el cobro de los honorarios). No obstante, es preciso advertir que, en puridad, no existe obligación alguna de efectuar la reclamación extrajudicial de los importes de honorarios debidos, si bien conforme a las exigencias de la buena fe es altamente recomendable efectuar dicha reclamación extrajudicial (carta, fax, burofax, mail, etc.) antes de acudir a la vía judicial y aportar en dicha reclamación judicial los intentos de llegar a un solución extrajudicial del problema (a semejanza de la actuación que realiza el profesional en el procedimiento monitorio). También algún tribunal ha considerado imprescindible requisito de admisibilidad la reclamación previa en vía extrajudicial (AP Girona 9-12-09).

En origen dicho procedimiento fue concebido para favorecer una pronta resolución que permitiera al abogado (y también al procurador, peritos y testigos) cobrar de forma rápida los honorarios debidos por el cliente. No obstante la acusada **desventaja defensiva del cliente deudor** (plazos muy cortos, escasas posibilidades de oposición por parte del mismo, presunción de certeza, liquidez y vencimiento de la minuta objeto de reclamación) motivó la intervención del Tribunal Constitucional, que en la sentencia TCo 110/1993, puso de relieve que dicha reclamación debía realizarse observando lo dispuesto en la Const art.24 para no causar indefensión al cliente deudor. Dicho procedimiento se asemeja hoy día al procedimiento monitorio, sin que el legislador se haya preocupado por fijar de forma más precisa los términos del proceso para salvaguardar la postura del cliente deudor y despejar las dudas que sigue planteando.

Lógicamente el profesional tratará de evitar dicho procedimiento judicial, de un lado porque dilata el cobro de los honorarios hasta la conclusión del mismo (máxime cuando los órganos judiciales no le dan la relevancia del resto de procedimientos y la agilidad del proceso, que debiera regir el mismo, brilla por su ausencia) y, de otro, porque supondrá la pérdida del cliente a futuro, el cliente no recomendará al abogado, el profesional se ve obligado a dedicar tiempo y esfuerzo para cobrar por su trabajo ya realizado y, además, deberá cesar en el encargo realizado por el cliente -en el supuesto de que existan algunas actuaciones profesionales pendientes o nuevos encargos-).

351 Es preciso tener en cuenta que por medio del citado procedimiento no pueden reclamarse más que los honorarios devengados por **actuaciones jurídicas de carácter judicial efectivamente realizadas**, sin que sea factible reclamar por esta vía aquellas actuaciones que se hubiere realizado por el abogado de carácter extrajudicial (gestiones,

reuniones con la parte contraria, salidas y desplazamientos, firmas ante el notario, etc.) a cuyo efecto la única vía de reclamación sería la vía judicial ordinaria (incluso el procedimiento monitorio).

- 352 La jura de cuentas viene regulada, no como procedimiento especial, sino como **incidente**, en la LEC art.34 y 35 . Así, se indica que «1. Los abogados podrán reclamar frente a la parte a la que defiendan el pago de los honorarios que hubieren devengado en el asunto, presentando minuta detallada y manifestando formalmente que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos. Igual derecho que los abogados tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquellos les dejaren (LEC art.35)».

En el mismo sentido se pronuncia la LECr respecto de intervenciones del abogado en asuntos penales: «Los Procuradores y Abogados que hubiesen representado y defendido a cualquiera de las partes, y los Peritos y testigos que hubiesen declarado a su instancia, podrán exigir de aquella, si no se le hubiere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el abono de los derechos, honorarios e indemnizaciones que les correspondieren, reclamándolos del Juez o Tribunal que conociese de la causa» (LECr art.242).

La naturaleza incidental del citado procedimiento ha sido reiteradamente afirmado por el Tribunal Supremo (como ejemplo TS auto 3-9-03), a cuyo efecto manifiesta que sus **principales características** serían:

- a) presupone siempre un proceso anterior;
- b) los sujetos legitimados activamente son los abogados y los procuradores que han intervenido en el proceso precedente;
- c) la integración del sujeto pasivo y del objeto vienen, igualmente, determinados por el proceso anterior;
- d) la comprobación de los presupuestos y requisitos para su admisión y el examen de las posibles excepciones e impugnaciones -a excepción del pago o en algunos supuestos de prescripción- han de hacerse en relación con el pleito anterior;
- e) la clase de resolución que en la LEC ha elegido el legislador para su conclusión adopta la forma de auto;
- f) lo decidido en este trámite, como norma, no tiene efectos de cosa juzgada, en cuanto puede promoverse un juicio posterior;
- g) la competencia funcional para su tramitación corresponde al órgano que conoció del proceso anterior; y
- h) la propia sistemática seguida para la regulación del procedimiento se sitúa entre las disposiciones relativas a la intervención de los abogados y procuradores, y no dentro de los procesos especiales.

En igual sentido, la sentencia TCo 110/2003 declara que «en los procedimientos de jura de cuenta no se trata de proteger intereses subjetivos o personales en provecho de los profesionales legitimados para promoverlos, sino de que las obligaciones que como cooperadores con la Administración de Justicia han cumplido dentro del proceso, tengan dentro del mismo el cauce adecuado para reintegrarse de los gastos y contraprestaciones [...] lo que permite abreviar el procedimiento para su reintegro dentro del mismo proceso en el que se han producido y ante el mismo juzgador que ha de resolver».

- 353 El procedimiento tiene **naturaleza ejecutiva** de tal suerte que, como ocurre en el caso del monitorio, el impago por parte del cliente y la ausencia de alegaciones por su parte sobre la justificación del impago o el exceso en la minuta de honorarios, motiva la ejecución de las mismas por la vía de apremio. Así lo expresa la LEC art.35.2 : «Presentada esta reclamación, el letrado de la Administración de Justicia requerirá al deudor para que pague dicha suma o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación» y también la LECr: «Se procederá a su exacción por la vía de apremio si, presentadas las respectivas reclamaciones y hechas saber a las partes, no pagasen estas en el término prudencial que el Secretario judicial señale, ni tacharen aquellas de indebidas o excesivas. En este último caso se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (LECr art.242.2).

El letrado de la Administración de Justicia que interviniere en la ejecución de la sentencia hará la **tasación de las costas** de que habla el número 1 y 2 del artículo anterior. Los honorarios de los abogados y peritos se acreditarán por minutas firmadas por los que los hubiesen devengado. Las indemnizaciones de los testigos se computarán por la cantidad que oportunamente se hubiese fijado en la causa. Los demás gastos serán regulados por el letrado de la Administración de Justicia, con vista de los justificantes.

- 354 Para la **interposición de la citada jura de cuentas** no será necesaria la intervención de abogado y procurador. Habría que distinguir si es el letrado quien presenta el solo la Jura de cuentas, en cuyo caso no precisará de procurador. Si la presentan los dos, ambos profesionales intervienen en nombre propio. No obstante, en la práctica a partir de 1-1-2016 la situación ha cambiado, con la obligación de los abogados del **uso de lexnet** para aquellos supuestos en que la intervención de procurador no sea preceptiva ya será indiferente), es recomendable que el abogado que presente jura de cuentas lo haga con procurador a efectos de las notificaciones (que serán más ágiles).

Como recuerda la sentencia TS 19-6-08, EDJ 128017 , si bien el procedimiento de jura de cuentas no determina que su resolución tenga el **carácter de cosa juzgada material**, lo cierto es que «no es posible reproducir en el juicio ordinario posterior, las excepciones propias del juicio previo de naturaleza ejecutiva, (impugnación por excesivos o indebidos) admitiéndose exclusivamente la alegación de aquello que no pudo formularse en este, por exceder del ámbito de su cognición reducida. En concreto, no puede el abogado acudir al juicio ordinario con la única finalidad de que se estime en su integridad la cuantía de la minuta -reclamando la diferencia entre lo que considera debido y lo reconocido en el expediente de jura de cuentas-, y solo porque no le convence el argumento empleado entonces por el Tribunal para rebajar los honorarios». Esto no obsta para que los profesionales opten por reclamar sus créditos debidos por los clientes a través de los procedimientos judiciales que por la cuantía les corresponda (ordinario, verbal, e incluso, monitorio). Cumple recordar sobre este particular que «conviene recordar que ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico exige que el letrado reclame la **minuta de sus honorarios** a su propio cliente por un procedimiento concreto y específico, es verdad que la LEC articula el procedimiento privilegiado de jura de cuentas (LEC art.35), pero no lo impone como única vía posible, de manera que también puede acogerse al **procedimiento monitorio** (LEC art.812), siempre que concurren los requisitos exigidos en dicho precepto, o bien al 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.

- 355 Es de vital importancia que el procedimiento de jura de cuentas se interponga dentro del **plazo** legalmente previsto para evitar la caducidad de la acción o de la petición de la jura de cuentas (un año *ex* LEC art.237). En este sentido, el Tribunal se ha pronunciado al respecto en auto TS 14-2-14, EDJ 17350 en el que, tras calificar la jura de cuentas como un procedimiento incidental del proceso en el que se suscita, advierte que el «el plazo de caducidad previsto para el proceso principal en el que se formula opera también como límite dentro del cual ha de efectuarse la solicitud de jura, al margen de la efectividad del plazo de prescripción, de naturaleza sustantiva». La consecuencia de ello resulta evidente: la jura de cuentas deberá presentarse dentro del plazo de dos años en la instancia y de un año en la apelación, a contar desde la última actuación judicial respectivamente, pues transcurrido este periodo no se admitirá su tramitación al considerar que ha caducado la instancia que es apreciable de oficio (en idéntico sentido se manifestó el TS sobre el archivo las actuaciones por caducidad de la instancia en TS auto 23-9-15; auto 3-6-14; auto 29-4-14; auto 8-4-14; auto 10-12-13; auto 13-7-10, etc.).

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta los **plazos de prescripción** del derecho que será de tres años (CC art.1967) desde la finalización de la actuación profesional (siendo el *dies a quo* por tanto cuando concluye el proceso, la fecha de la última diligencia que figure en autos). Caso contrario, numerosas resoluciones declaran prescritas las juras de cuentas (TS auto 23-9-98, EDJ 68854 ; auto 16-2-00, EDJ 120683 ; AP Barcelona 1-10-10, EDJ 235702 y AP Madrid 6-5-10, EDJ 136444).

Dicho lo cual, no constando en la LEC art.34 y 35 cuál es el plazo para presentar la petición de jura de cuentas y si el mismo es de caducidad (LEC art.237) o de prescripción (CC art.1967), es mayoritaria la jurisprudencia que considera que el **plazo aplicable** es el de caducidad por su naturaleza incidental, al margen de la efectividad del plazo de prescripción, de naturaleza sustantiva, que puede ser interrumpido y ha de ser alegado a instancia de parte, a diferencia del de caducidad que es apreciable de oficio.

Lógicamente interesará al **cliente la alegación de caducidad o prescripción** con objeto de no satisfacer los honorarios, de tal suerte que, ante un impago de honorarios y sin perjuicio de tratar de eludir esta última vía realizando actuaciones extrajudiciales conducentes al mismo fin, sí es recomendable vigilar los plazos de caducidad y prescripción para evitar la frustración de su pretensión de cobro.

- 356 La **tramitación del procedimiento** de jura de cuentas compete al letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial del partido judicial en que se hubiere planteado el asunto cuyos honorarios resultan impagados que será quien controle el cumplimiento de los requisitos esenciales para su admisibilidad. Si en el asunto hubieran intervenido diferentes órganos judiciales (juzgado de instrucción, audiencia provincial), deberá plantearse ante el órgano en el que materialmente se encuentre el expediente. La interposición del procedimiento la realiza el abogado o procurador (o ambos) cuya minuta ha resultado impagada, siendo demandado el **cliente moroso**. No se indica en la regulación que del procedimiento prevé la LEC (y la LECr) si debe presentarse una demanda como tal, una mera solicitud (como si fuera un procedimiento monitorio), lo que sí es seguro es que junto con el citado escrito de reclamación deberá adjuntarse la minuta del profesional lo más detallada posible con objeto de que el cliente pueda alegar lo que estime por conveniente en el plazo de 10 días (en el procedimiento penal no se fija plazo legalmente, por lo que será el letrado de la Administración de Justicia quien estipule un plazo prudencial). De las alegaciones formuladas por el cliente se dará traslado al abogado reclamante por tres días para que se pronuncie sobre tal impugnación de los honorarios (esencialmente alegar que los citados honorarios son indebidos o excesivos, siendo de aplicación lo señalado al efecto en los epígrafes precedentes correspondientes, por lo que no resulta precisa su reiteración).
- 357 Finalmente el letrado de la Administración de Justicia, si el **abogado no aceptara** la reducción de honorarios propuesta por el cliente, **resolverá** de igual modo que en los supuestos de impugnación de honorarios expuesta (nº 325 s.). Sobre este particular es preciso recordar, de igual modo que se expuso respecto de la impugnación de

honorarios que si bien en la determinación de los honorarios por un determinado asunto rige la libertad de pactos y que si tales pactos se han fijado en la correspondiente hoja de encargo a ella habrá de estarse (y el letrado de la Administración de Justicia decretará el cumplimiento de los términos previstos en la misma), cuando no se hubiera pactado nada al respecto o no constaran tales pactos de forma tangible el letrado de la Administración de Justicia acudirá a las normas orientadoras del colegio de abogados para determinar si las minutas presentadas se ajustan a lo que se considera justo y adecuado por la generalidad de la profesión y que se ha plasmado en tales normas orientadoras.

358 Si el cliente no formulara **oposición o alegaciones** en el sentido expuesto de negar de algún modo los honorarios objeto de reclamación se despachara **ejecución** por el importe de la minuta presentada, de igual modo que acontece en el procedimiento monitorio. Ejecución que seguirá los trámites correspondientes de la LEC.

360 **Modelo de reclamación de jura de cuentas de honorarios del abogado (ámbito civil)**

1ª INSTANCIA Nº... DE...

Procedimiento... Nº.../2015

(Solicitud de Jura de cuentas LEC art.35)

AI JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº

D./Dª... Letrado/a en ejercicio colegiado nº... del Ilustre Colegio de Abogados de..., con despacho profesional en (Población)....., calle...nº... C.P.... (Población), designando a efectos de recibir cualquier comunicación sobre el citado asunto, en particular (notificaciones, citaciones, emplazamientos) como Fax nº.... y Teléfono... y Mail... Como letrado que ha intervenido en la defensa de D....., en los Autos.../2015, del Juzgado..... Nº.... de.... Ante el/la Señor/a Secretario/a del Juzgado comparezco y vengo formular reclamación de honorarios del Letrado (**JURA DE CUENTAS**) **que me son debidos por mi cliente** D..., de conformidad con lo previsto en el **Art.35 de la LEC**, por lo que ante el Juzgado y en el mencionado procedimiento comparece y **DIGO**:

Primero: Que en el presente procedimiento...../2015 el letrado que suscribe ha defendido a su cliente D...

Segundo: Que a consecuencia de su intervención profesional, se le adeuda por su defendido la cantidad total de... €, por los honorarios de su defensa (impuestos incluidos), manifestando formalmente por medio de este escrito que los mismos no le han sido abonados por su cliente, conforme previenen los 35 de la LEC.

Se ha reclamado previamente al cliente los citados honorarios por carta, mail y burofax, remitidos con fechas..... y..., que se adjuntan al presente como documentos n.º... a.....

Los importes reclamados son los correspondientes a los honorarios descontada la provisión de fondos entregada (tal como consta desglosado en la minuta) por el cliente.

Tercero: Se adjuntan al presente escrito minuta del Letrado que suscribe, así como la hoja de encargo profesional que incluye presupuesto detallado previo a la actuación profesional, debidamente aceptado (y firmado) por el cliente en prueba de su entera conformidad, lo que impide la impugnación de los honorarios del letrado por excesivos, conforme establece el párrafo tercero del nº 2 del art.35 de la LEC.

Cuarto: Por lo expuesto procede que por el Sr. Sra. Secretario/a judicial se requiera al deudor D.... como cliente defendido por este letrado, para que pague dicha suma, con las costas o la impugne en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no lo paga ni formula impugnación.

Por lo expuesto:

SOLICITO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con las minutas de los honorarios del letrado de esta parte y como se pide se requiera al deudor D..... para que pague dicha suma, con las costas o la impugne en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no lo paga ni formula impugnación.

En Madrid a..... de..... de 2015.

Fdo.....

Abogado Colegiado n.º....

SECCIÓN 2

La asistencia letrada y del proceso

- | | | |
|-----|--|-----|
| 375 | 1. Mecanismos jurídicos de defensa. Estrategias para la defensa de los derechos de los clientes | 380 |
| | 2. La defensa en los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos: el arbitraje, la mediación, la negociación y la transacción | 384 |

376 En los siguientes marginales se exponen los mecanismos judiciales y extrajudiciales de defensa, sean estrategias procesales sean extraprocerales como las técnicas de arbitraje, mediación, la transacción o la negociación. Asimismo se analizan las habilidades procesales y extraprocerales del abogado, con algunos consejos y reflexiones.

Para las cuestiones relacionadas con la asistencia jurídica gratuita ver nº 2040 s.

1. Mecanismos jurídicos de defensa. Estrategias para la defensa de los derechos de los clientes

380 Según el Diccionario de la RAE la estrategia es el arte para dirigir un asunto, o el conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento. Y en el ejercicio de la abogacía la estrategia puede ir referida, *ex ante*, a la **captación de clientes** (que atiende a cuestiones de marketing, publicidad, oratoria que permita transmisión de la confianza debida, etc.) y, la que atiende a la **actuación del profesional**, respecto de un determinado cliente del abogado, para defender de la manera más eficiente los intereses del mismo (esto es, que se satisfagan sus pretensiones lo más rápido posible y al menor coste para el mismo).

382 La **fijación de estrategias** variará de un abogado a otro pues, en definitiva es fruto de la experiencia profesional determinar qué estrategias funcionan para un concreto profesional y un asunto concreto (estrategias que para otro compañero pueden no tener el mismo éxito). Si debiera tenerse en cuenta para establecer cualquier estrategia de cara a afrontar un determinado asunto que encarga el cliente al profesional dos apuntes:

a) Las estrategias deben ser **necesariamente flexibles** y poderse modular y adaptar en función de las circunstancias y de los resultados que derivan de la utilización de tales estrategias. Por tanto, es aconsejable que, cada cierto tiempo, el abogado realice una labor de autocritica y evalúe si las estrategias adoptadas han motivado éxitos en las actuaciones profesionales o fracasos y los motivos de una y otra cosa.

b) La estrategia **no se improvisa**, es una irresponsabilidad afrontar un asunto sin una estrategia definida y consensuada con el cliente. Para determinar la estrategia habrá que tener presente las normas legales, jurisprudenciales, las pruebas favorables a la pretensión concreta del cliente, posibilidades debilidades del asunto que pudiera esgrimir la parte contraria, anticiparse a los problemas que se puedan suscitar (desestimación de pruebas por el órgano judicial, inadmisión de testigos, inasistencia de testigos clave para el proceso, etc.), tratar de minimizar los riesgos en caso de que el cliente que nos encargó el asunto no tuviera razón.

2. La defensa en los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos: el arbitraje, la mediación, la transacción y la negociación

384 Cuando un cliente encarga un asunto debe analizarse, como se ha expuesto, la **mejor estrategia** para que sus pretensiones tengan éxito y dicha estrategia debe contemplar, de manera ineludible, que no siempre dicha estrategia irá encaminada al ejercicio judicial de las pretensiones, al contrario, existen lo que se han venido a denominar mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias que puede permitir a nuestro cliente una mejor solución que la que pudiera proporcionar un tercero (órgano judicial), en ocasiones es preferible ceder en algo de las pretensiones que quiere esgrimir el cliente que obstinarse en la articulación judicial de las mismas y arriesgarse a la pérdida de la totalidad de las mismas. De ahí la expresión de que es mejor un mal acuerdo que un procedimiento judicial, no en vano al menos en el acuerdo alguna pretensión mi cliente verá satisfecha.

Dentro de los distintos mecanismos extrajudiciales merece citar la mediación, el arbitraje, la negociación y transacción. El punto de conexión de todos ellos es el de constituir una alternativa a la vía judicial para la resolución de conflictos.

386 Mediación

(L. 5/2012)

La mediación supone acudir a un tercero (mediador) para que intervenga en la composición de los intereses contrapuestos de las partes y favorecer que estas alcancen un acuerdo que satisfaga a ambas partes. Dicho mecanismo, que en ocasiones se denomina conciliación, es frecuente en controversias donde están en juego derechos subjetivos de carácter disponible como ocurre con las cuestiones de derecho de familia (máxime cuando hay hijos menores afectados por la controversia que enfrenta a las partes), también en derecho laboral (se denomina conciliación), y la finalidad esencial es que las propias partes alcancen un acuerdo con el auxilio de un tercero que, conociendo el problema que se plantea, podrá conducir y guiar a las partes para entablar puntos de acuerdo y tratar de reducir los problemas al mínimo. De este modo, la mediación está construida en torno a la intervención de un **profesional neutral** (que también puede ser un abogado, de hecho en el propio colegio profesional existe un servicio de mediación) que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto, mediante un acuerdo que, si las partes quieren puede tener carácter ejecutivo mediante su elevación a escritura pública.

Es posible **clasificar** los distintos **tipos de mediación** en pública y privada, en el primer caso el mediador presta sus servicios de mediación dentro de un marco institucional y administrativo y, por tanto, como integrante de un servicio social, de tal suerte que es gratuito para las partes que acuden a dicho servicio; en el caso de la mediación privada, por el contrario, los mediadores son profesionales independientes que, a cambio de una remuneración, prestan el servicio de mediación para las partes. Por otra parte, es posible hablar de mediación judicial y extrajudicial, la primera es aquella que aún desarrollándose al margen del procedimiento judicial sí está vinculado con dicho procedimiento puesto que, habitualmente, es el propio órgano judicial el que remite al servicio de mediación (aunque no sea el mismo quien presta o ejerce las labores de mediación), por el contrario, la mediación extrajudicial sí que se desarrolla al margen del proceso y no tiene vinculación alguna con el mismo.

La mediación **se regula**, en los aspectos civiles y mercantiles, por la L 5/2012, que traspone al ordenamiento español la Dir 2008/52 y que regula la figura del mediador, el procedimiento de mediación y todos los mecanismos precisos para favorecer el uso de la mediación por las partes en conflicto y la efectividad de la intervención del mediador en cuanto a la consecución de un acuerdo que, de algún modo, satisfaga a ambas partes.

- 388 La mediación es **muy frecuente** en **derecho civil**, en el ámbito del **derecho de familia** (en procedimientos de separación, con menores, fundamentalmente para solucionar los problemas que se suscitan en relación con el régimen de visitas de alguno de los progenitores en los puntos de encuentro familiar, también en procedimientos de adopción para facilitar el encuentro entre la familia de acogida, la biológica y el adoptado, etc.), pero también es cada vez más habitual en el **derecho penal** con objeto de que tanto la víctima como el ofensor puedan participar activamente en la resolución del conflicto producto de un crimen -vgr maltrato, violencia de género, actos delictivos cometidos por menores, etc.- (Recomendación n.º 19 sobre la mediación en materia penal adoptada el 15-9-1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa); también se utiliza en materia de **derecho de consumo** y, muy habitualmente en **propiedad intelectual, marcas y nombres de dominio** (siendo en este campo la OMPI, más concretamente los profesionales reconocidos por la misma o adscritos a dicha organización, un importante y habitual mediador en tales asuntos).

Un gran aliciente del recurso a la mediación como forma alternativa a la vía judicial para la resolución de conflictos es que constituye un procedimiento poco costoso y es bastante ágil y rápido.

Es importante aclarar que el recurso a la mediación suspende los **plazos de prescripción** de tal suerte que no puede utilizarse como medio dilatorio o como estrategia para lograr la prescripción de las prestaciones de una de las partes.

Además, el recurso a la mediación no obliga, a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir ningún acuerdo, pudiendo, en cualquier momento, **irse a la vía judicial o a otro recurso alternativo** de resolución de controversias. No obstante, de igual modo que ocurre en el arbitraje, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. De este forma, 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.

- 400 Los **mediadores** deben facilitar la comunicación entre las partes, desarrollar una conducta activa para lograr un acercamiento entre las partes, informar a las partes de todos los extremos e información relevantes para la resolución de la controversia. Y en el ejercicio de sus funciones debe guardar **confidencialidad** sobre los asuntos de que tengan conocimiento como consecuencia de su intervención en la composición o mediación del conflicto de que se trate. Las únicas **excepciones a este deber de secreto** serían que las partes expresamente y por escrito les hubieran dispensado de tal deber (aquí se suscita la duda de si únicamente le hubiera concedido dicha dispensa una de las partes pero no la otra, en tal caso, el deber de confidencialidad deberá alcanzar a todas aquellas cuestiones que, de algún modo, afecten a la otra parte); y por otro lado cuando exista resolución judicial en procedimiento penal que solicite cierta información al mediador. Evidentemente, fuera de tales supuestos, la infracción del deber de confidencialidad generará la correspondiente responsabilidad disciplinaria para el mediador por conculcar el código deontológico (si el mediador es un abogado dicho deber existe de forma palmaria en el código, pero en el resto de profesiones también constituye un deber deontológico ineludible y presente en todos los códigos).
- 402 La mediación es **voluntaria** y, para que cumpla su **finalidad**, las partes deben tener una cierta predisposición a llegar a un acuerdo (negociar para ver los puntos de conexión y las divergencias y, a partir de esa línea, ver qué aspectos se pueden ceder por una u otra parte), debiendo actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (esto excluye, por tanto, el acudir a la mediación con la única finalidad de conseguir pruebas o documentación o presionar a la otra parte para alcanzar un acuerdo afín a sus exclusivos intereses, pues contraría la buena fe).
- 404 El **procedimiento de mediación** se inicia con solicitud de ambas partes o de una de ellas siempre que exista un previo acuerdo de sumisión a la mediación. Una vez designado mediador para intervenir en la controversia se celebrará una sesión informativa con las partes (si alguna no acude se entiende que desisten de la mediación) en las que se explicará a las mismas cómo se desarrollará la mediación, los compromisos que asumen las partes, coste de la mediación,

consecuencias del acuerdo que ponga fin a la mediación y, en su caso, posibles causas de incompatibilidad del mediador.

Tras esta sesión informativa se llevará a cabo una sesión constitutiva (L 5/2012 art.19) en la que se hace constar por escrito de la **voluntad de las partes** de someter la controversia a mediación, la identidad de las partes, el conflicto que se somete a mediación, el coste, el lugar de celebración y, en su caso, el idioma, de todo ello se levantará un acta que será firmada por las partes y el mediador.

Concluida dicha sesión se celebrarán otras tendentes a acercar posturas, limar diferencias y tratar de alcanzar un acuerdo. Hoy día, gracias a los medios telemáticos, muchas sesiones se celebran por esta vía, facilitando la celebración de sesiones que, de otro modo por la distancia, sería más difícil llevarlas a cabo o hacerlas de forma periódica. Finalmente, la mediación puede **concluir** con un **acuerdo o sin acuerdo**, en el primer caso tiene naturaleza contractual y se podrá elevar a público para hacerlo ejecutivo, en el segundo puede ocurrir por que el mediador entienda que las diferencias entre las partes son insalvables, porque ha transcurrido el tiempo fijado para el procedimiento de mediación o por concurrir cualquier otra circunstancia que aconseje la conclusión del mismo.

406 Arbitraje (L 60/2003)

El arbitraje es otro recurso de que disponen las partes para solventar una controversia que enfrenta a las mismas de manera irreconciliable. Esta institución guarda bastantes **similitudes** con la **mediación**. Del mismo modo que la mediación, son susceptibles de sumisión a arbitraje las controversias referentes a derechos que sean disponibles por las partes.

Es una **institución voluntaria** (es precisa la sumisión de las partes a la resolución arbitral de la disputa) en la que rige la autonomía de la voluntad de las partes. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral.

A diferencia de lo que ocurre en la mediación en la que el procedimiento es bastante sencillo y ágil, el **procedimiento arbitral** sí tiene una mayor rigidez en cuanto al cumplimiento de una serie de presupuestos formales cuya ausencia puede permitir a cualquiera de las partes (o a la partes incumplidora) la impugnación o denuncia ante el árbitro o tribunal arbitral. Claro ejemplo de ello es que el **nombramiento y remoción de los árbitros** compete a los órganos judiciales (concretamente la sala de lo civil y penal del TSJ de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje) y también los órganos judiciales auxilian a los árbitros en la práctica de ciertas pruebas, adopción de medidas cautelares y contribuyen a la ejecución forzosa de laudos arbitrales (juzgados de primera instancia del lugar en que se hubieran dictado).

En el arbitraje, en lugar de sesión constitutiva y acta, **se formaliza un convenio** (L 60/2003 art.9) en el que, necesariamente, deberá constar la **voluntad de las partes** de sumisión a arbitraje y que deberá estar **firmado** debidamente por las partes (o constar su aceptación consecuencia de intercambio de cartas, faxes, *mails*, etc.). En dicho convenio se hará constar el coste del arbitraje, lugar de celebración del mismo, idioma e igualmente el número de árbitros que intervendrán en el arbitraje (siempre habrá de ser impar) pudiendo ser personas físicas, corporaciones de derecho público (como es el caso del colegio de abogados), asociaciones y entidades sin ánimo de lucro (como las organizaciones de consumidores) siempre que en sus estatutos figure tal función arbitral.

408 En ocasiones el **lugar de celebración** del arbitraje es susceptible de originar no pocas controversias cuya resolución debe efectuarse atendiendo a lo acordado por las partes (L 60/2003 art.15), debiendo el tribunal que conozca del asunto -si el mismo se judicializara- a limitarse a verificar cuál ha sido realmente la **voluntad de las partes**. En este sentido, lo habitual es que las partes designen en la cláusula correspondiente del contrato referida a la sumisión de las mismas a arbitraje, el lugar en que dicho arbitraje tendrá lugar, que generalmente será aquel en que ambas partes tengan su domicilio social, delegaciones, etc. En este sentido, el TSJ Valencia se encargó de recordar al demandante que pretendía la celebración del arbitraje en Barcelona, Lérida, Aragón o Madrid, argumentando que la demandada tenía sucursales en dichas localidades atendiendo al membrete que adorna el papel sobre el que suscribieron el contrato, que las pruebas han puesto de relieve cómo el domicilio social de la empresa se encuentra en Alicante, que el propio demandante ya lo reconoció así en su demanda y que, en su fundamentación jurídica para basar la competencia del Tribunal, acepta como fuero subsidiario ante la falta de determinación del lugar de celebración del arbitraje el domicilio del demandado, de tal suerte que se acuerda que el arbitraje tenga lugar en Valencia (TSJ Valencia 23-9-13).

410 Uno de los **árbitros** tiene necesariamente que tener la **condición de jurista** (si se designa un único árbitro ese tendrá que reunir tal condición, en el caso de ser tres o más, al menos uno será jurista). Si el arbitraje es de un solo árbitro el nombramiento lo efectúa el órgano judicial, si fueran tres, cada parte elige uno y los dos eligen al tercero. Si alguna de las partes no designaran árbitro en 30 días será suplida su facultad por el órgano judicial.

La **designación judicial** se realiza materialmente por el letrado de la Administración de Justicia, acudiendo al efecto al listado de colegiados del Ilustre Colegio de Abogados del lugar donde se vaya a celebrar el arbitraje, extrayendo una terna de nombres de los que el primero será el árbitro titular y los otros dos los suplentes (por sorteo el letrado de la Administración de Justicia determinará el orden por el que los dos colegiados suplentes sustituirán, en su caso, al árbitro principal en caso de no aceptación o renuncia del mismo). Comunicado el nombramiento, el letrado de la Administración de Justicia advertirá al designado sobre su obligación de abstenerse en caso de considerar comprometida su imparcialidad o independencia.

El árbitro o los árbitros designados deberán aceptar el encargo, salvo que concurra en los mismos cualquier causa que revele relación personal, profesional o comercial con cualquiera de las partes o cualquier otra circunstancia que comprometa su imparcialidad e independencia (siendo factible por las partes efectuar la recusación de aquellos árbitros que entiendan no serán imparciales e independientes).

En alguna ocasión resulta evidente la intención de las partes de sumisión a arbitraje las controversias que pudieran suscitarse, pero la **designación** del árbitro realizada por las partes puede resultar **frustrada** si fuera muy concreta. Este es el caso que se planteó ante el TSJ de Andalucía (TSJ Granada 17-1-14) en el que se produjo la designación como árbitro del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de cualquier localidad, puesto que si este declinara el nombramiento (cuestión distinta es que causara baja en el cargo, en cuyo caso, como la designación es por el cargo, la designación recaería en su sustituto), se frustraría la designación arbitral de las partes y correspondería al órgano judicial el nombramiento del mismo. De este modo, y con objeto de evitar estos inconvenientes es preferible que la designación del árbitro se refiera a la institución (al Ilustre Colegio de Abogados).

En otro supuesto (TSJ Galicia 22-1-14), la interpretación amplia de la **cláusula arbitral** por parte del Tribunal, evitó la frustración de la designación por las partes y, en consecuencia, que la designación tuviera que ser judicial. Así, las partes habían convenido que se designara como árbitro a un colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, y al no disponer dicha institución colegial de Corte Arbitral específica, una de las partes solicitó la designación de un árbitro de la Corte de Madrid, ante lo que el órgano judicial matizó que la voluntad real de las partes fue la de someter la controversia al arbitraje en A Coruña y que fuera un colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, de tal suerte que la inexistencia de Corte Arbitral específica no obsta a que pueda desempeñar funciones arbitrales, como de *facto* ya había ocurrido con anterioridad como reconoció el secretario del ICAC, cualquier colegiado del mismo siempre que este cumpla con los términos del arbitraje fijado por las partes en su acuerdo.

- 412 El **procedimiento arbitral** está regido por los principios de igualdad, audiencia y contradicción (del mismo modo que si se tratara de un procedimiento judicial) y se inicia con la presentación de la demanda por parte del demandante y la contestación por la persona del demandado, pudiendo acompañar y adjuntar cuantos documentos consideren oportuno. En definitiva, y teniendo en cuenta el valor que tiene el laudo o resolución arbitral, que resulta directamente ejecutiva, el arbitraje se asemeja considerablemente a un procedimiento judicial (demanda, contestación, pruebas, acto de audiencia, etc.) sin las garantías institucionales eso sí que supone la intervención del órgano judicial, pero con las ventajas de la celeridad y ahorro de coste del procedimiento arbitral.

Y los **árbitros** deberán, como los mediadores, respetar el **deber de confidencialidad** de los datos e información que, con ocasión de la práctica del arbitraje, tenga conocimiento.

Sometida una determinada controversia a arbitraje las **partes** se obligan a cumplir lo estipulado e impide a los órganos judiciales a conocer de la controversia siempre que la parte a quien interese lo invoque por declinatoria. El **fin del procedimiento arbitral** lo constituye el laudo arbitral que puede alcanzarse por acuerdo de las partes en cualquier momento del procedimiento -semejante en este punto a un acuerdo transaccional (LEC art.19.2) o, a más tardar, antes de seis meses de presentada la contestación a la demanda (sin perjuicio de la facultad de prórroga por un plazo de otros dos meses, un plazo impensable para la resolución judicial de cualquier controversia (incluso aunque no comparezca la parte demandada-). El **laudo** deberá figurar por escrito, estar debidamente motivado y ser firmado por las partes y los árbitros que hubieren intervenido.

Se someten controversias a arbitraje en **multitud de ámbitos** (consumo, propiedad intelectual e industrial, nombres de dominio, cuestiones mercantiles, etc.), sin embargo aún no ha alcanzado un nivel de confianza tal que cumpla con la finalidad de reducir la carga de los órganos judiciales.

414 Negociación

Esta técnica consiste, en definitiva, en tratar de alcanzar un **acuerdo por vía extrajudicial** sin que intervenga al efecto ningún tercero sino únicamente las propias partes implicadas en la controversia. La negociación tiene la gran ventaja de su coste nulo, de su celeridad (en ocasiones discutible pues las diferencias son insalvables y ninguna de las partes está dispuesta a ceder en beneficio de lograr una solución al problema), y del especial conocimiento que tienen las propias partes del asunto controvertido. La negociación es un recurso al que pueden acudir las partes en cualquier momento de la controversia, pues precisamente la autonomía de la voluntad es la que rige la mediación, el arbitraje e incluso tiene su incidencia en la vía judicial, de tal suerte que si como consecuencia de la negociación se alcanza un

acuerdo se pondrá fin al procedimiento de resolución de controversias que se esté utilizando y se plasmará el mismo por escrito y se rubricará para garantizar su cumplimiento.

416 Transacción

Por lo que respecta a la transacción, constituye una **figura jurídica** mediante la cual las partes de una controversia tratan de evitar un procedimiento judicial o arbitral o poner fin al procedimiento ya iniciado. Deben concurrir **tres elementos**: a) un derecho discutido susceptible de provocar un procedimiento judicial (se haya iniciado este o no); b) la intención de los contendientes de sustituir una relación jurídica incierta por una relación cierta y c) las recíprocas concesiones por parte de los interesados para resolver la meritada controversia. Este último requisito resulta esencial y la jurisprudencia (TS 17-7-08) viene advirtiendo que no es preciso que las concesiones o sacrificios efectuados por los contendientes sean parejos o equitativos -de hecho en un caso podría ser de contenido económico y en el otro de carácter meramente moral-.

Con carácter general, la transacción debe recaer sobre un **objeto cierto, real, posible** y que esté dentro del **lícito comercio**, sin que sea exigible -en principio- una determinada forma para su realización de tal suerte que podría efectuarse por los contendientes incluso de manera oral (TS 26-6-69).

- 418 Existen diferentes **tipos** de transacciones: atendiendo a su finalidad, la transacción puede ser **preprocesal** (tiende a evitar un procedimiento judicial o arbitral y, por tanto, se produce con carácter previo a que el citado procedimiento se interponga o comience) o puede poner fin al procedimiento ya iniciado en cuyo caso, a su vez, podría ser **procesal o extraprocesal**. En el primer caso, supone articular la facultad de que disponen las partes de un proceso judicial o arbitral para disponer del objeto del proceso alcanzando un acuerdo -denominado- transaccional, siempre y cuando los concretos términos del mismo no sean contrarios a la ley o al orden público, esto es, que se establezcan limitaciones por razones de interés general o en beneficio de un tercero (correspondiendo al órgano judicial ante el que se presente el citado acuerdo para su homologación el control de su licitud), y es el órgano judicial o arbitral quien homologa -mediante un auto o laudo arbitral, respectivamente- el acuerdo transaccional alcanzado. Sobre este particular cumple recordar que el órgano judicial o arbitral no comprueba los requisitos de fondo de lo acordado sino únicamente que la materia objeto de controversia sea susceptible de disposición por las partes, la capacidad de las mismas o las facultades especiales del representante para transigir (LEC art.414.2).

En el segundo caso, la transacción sería extraprocesal cuando no se homologa en el procedimiento judicial o arbitral pero sí incide en la finalización del mismo por otros mecanismos procesales.

Es importante recordar cómo las transacciones preprocesales pueden elevarse a **escritura pública** (con lo que tendrían carácter de título ejecutivo y, de incumplirse por alguna de las partes, tendría aparejada la posible exigencia por la parte cumplidora de lo acordado en virtud del correspondiente procedimiento de ejecución) o ser únicamente contrato inter partes, sin fuerza ejecutiva por tanto (en cuyo caso el incumplimiento del mismo obligaría a iniciar el correspondiente procedimiento declarativo). Por su parte, las transacciones procesales, homologadas, tienen fuerza ejecutiva, de modo que tanto el auto dictado por el juez como el laudo arbitral serían títulos susceptibles de ejecución.

La transacción también puede calificarse como **propia e impropia**. La propia es la regulada en el CC art.1809 y son los propios contendientes los que la efectúan, mientras que en la impropia interviene un tercero como mediador que no impone la resolución de la controversia pero sí acerca posturas para que los contendientes alcancen un acuerdo.

Y, por último, la transacción también puede calificarse como **pura o compleja**. La pura es aquella que versa exclusivamente sobre cuestiones motivo de la controversia, la compleja es aquella que se aprovecha por las partes para además de lo controvertido tratar cuestiones que no eran controvertidas y las partes sacrifican algo diferente a lo pretendido.

- 420 Las **partes no pueden transigir** sobre cuestiones que no sean objeto de libre disposición por las partes (CC art.1814 y LEC art.19.1) como es el estado civil de las personas, nacionalidad, capacidad, filiación, paternidad, matrimonio, menores, alimentos futuros y tampoco cuando la transacción sea contraria al orden público (CC art.6.2) entendiéndose este como «los principios jurídicos, morales y económicos absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y época concretas» (TS 31-12-79), principios que son informadores de las instituciones y esencialmente coincidentes con los principios generales del derecho y con los derechos y libertades recogidos en la Const art.11 a 38 . Los márgenes de aplicación del orden público son muy restringidos, de tal suerte que no cualquier error de carácter procesal ni cualquier infracción de norma sustantiva implican automáticamente la vulneración del orden público, sino solo en aquellos supuestos en los que se produce **infracción** evidente de los **derechos y libertades** señalados.

En este orden de cosas, es preciso recordar que la transacción afecta única y exclusivamente a las partes que intervienen en la misma y suscriben el acuerdo transaccional, no a los **terceros**, aunque pudieran resultar afectados, de algún modo por el citado acuerdo. De este modo, cabe fácilmente colegir que en el caso de un conflicto derivado de una responsabilidad solidaria, todos los responsables solidarios deben concurrir a la transacción para que se beneficien del meritado acuerdo y les afecte.

La transacción puede ser realizada personalmente por los contendientes o por representación, en tal caso, se exige una **autorización o poder especial** en el que se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre los que se quiera transigir (circunstancia que afecta tanto al factor mercantil como al procurador, CC art.1713.2 y CCom art.282). Cabe añadir que el acuerdo transaccional puede ser materialmente redactado por ambas partes o por una de ellas, en cuyo caso deberá darse traslado del mismo a la otra para que manifieste su conformidad al efecto antes de remitírselo, en su caso, al órgano judicial o arbitral para su homologación.

422 Con el **acuerdo transaccional** se evitará un procedimiento o se pondrá fin al procedimiento judicial o arbitral en curso entre las partes, acuerdo que deberán cumplir ambas partes y cuyo incumplimiento habilita a la parte cumplidora a instar ante el mismo órgano judicial que realizó su homologación la ejecución judicial de sus disposiciones aportando al efecto el citado acuerdo y la resolución judicial por la que homologaba. Con objeto de facilitar el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes deben quedar claras las respectivas obligaciones que asumen las partes, de este modo será más sencillo determinar cuándo se ha producido un incumplimiento del acuerdo y, en su caso, instar en un futuro la citada ejecución judicial limitando los efectos de una posible oposición al respecto.

La **transacción procesal** podrá efectuarse en cualquier momento de la primera instancia, en los recursos o en la ejecución de la sentencia (LEC art.19.3). Un **supuesto particular** de transacción es la que tiene lugar en los **juicios de desahucio** por falta de pago de las rentas o por expiración legal del plazo de duración del contrato, en los que se produzca el allanamiento del demandando consecuencia del compromiso del acuerdo transaccional por el que el actor, por su parte, acepta condonar todo o parte de la deuda y de las costas, condicionándolo al abandono voluntario y perentorio de la finca por el demandado en el plazo señalado en el acuerdo transaccional. En estos casos, la resolución que homologa la transacción declarará expresamente que si no se cumple con la condición de desalojo impuesta en el acuerdo transaccional, la transacción quedará sin efecto y se efectuará el lanzamiento sin más trámites y sin notificación alguna al condenado (LEC art.447 y 21.3 , introducido por la L 19/2009, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler).

Lo mismo cabe predicar respecto de la **transacción** efectuada en el **procedimiento arbitral**, podrá realizarse en cualquier estadio en que se halle este y los árbitros darán por terminadas las actuaciones y si ambas partes lo solicitan -y los árbitros no ven motivo para oponerse-, los árbitros dictarán laudo que tendrá la misma eficacia que un laudo dictado sobre el fondo (L 60/2003 art.36).

424 La transacción judicial, sin embargo, no produce el **efecto de la cosa juzgada** ya que la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por ello, se permite la **impugnación** de la misma si concurren vicios del consentimiento de los contendientes que intervinieron en el acuerdo transaccional (CC art.1817 , TS 26-1-93). No obstante, como se ha expuesto, el acuerdo transaccional, además de ser contrato inter partes, también es un documento público, que se puede alegar y aportar en un procedimiento posterior en caso de incumplimiento de lo convenido en el acuerdo transaccional, para el ejercicio de una acción de cumplimiento o de una acción resolutoria por incumplimiento, pero no evitará, en modo alguno, una resolución de fondo sobre el objeto del juicio planteado.

Por el contrario, la transacción arbitral, contenida en el laudo que pone fin al procedimiento arbitral sí que tiene efecto de cosa juzgada y, en consecuencia, no se puede impugnar (cuestión distinta es que se pueda interponer frente al señalado laudo la acción de nulación o de revisión por los motivos tasados previstos al efecto en la L 60/2003).

Por último, cumple aclarar que no constituyen medios o recursos alternativos a la resolución judicial de controversias ni el **allanamiento**, ni la **renuncia**, ni la conclusión del proceso por **carencia sobrevenida del objeto**, pues en tales casos o bien es una de las partes quien no quiere controversia y o bien desiste o renuncia a sus pretensiones, o sencillamente no hay controversia al haber concluido la misma de forma extrajudicial (satisfacción o carencia del objeto, p.e.: reclamación de un determinado bien inmueble que fortuitamente se destruye).

3. Habilidades procesales y extraprocesales del abogado. Algunos consejos y reflexiones

426 Primera toma de contacto con el cliente

Antes de la primera reunión con el cliente para tratar el **asunto encomendado** hay que tener en cuenta algunos aspectos. Es **recomendable** que en el momento que un potencial cliente contacte con nosotros le preguntemos sobre el asunto por el que precisa de nuestros servicios o nuestro asesoramiento.

Teniendo en cuenta esa información, debemos valorar el **grado de conocimiento** que tenemos sobre el asunto a tratar y la necesidad de prepararlo antes de concertar una primera reunión con el cliente. Con ello se consigue que cuando nos reunamos por primera vez con el cliente para que nos exponga el asunto por el cual necesita de nuestros servicios, generemos en él una **sensación de confianza, profesionalidad, seriedad y dominio del asunto** que, indudablemente, favorezca la formalización del encargo. En suma, empatía profesional.

En la primera reunión con el cliente será determinante, tanto para la obtención del encargo del asunto como para fijar la relación y la opinión que el potencial cliente tendrá de nosotros, el grado de confianza y la **sensación de seguridad** que consigamos transmitirle. Para conseguir tal efecto es necesario transmitir sensación de interés y de dominio del tema, que a la postre generaran la **empatía necesaria** para ganarse la confianza del cliente.

- 428 En las reuniones con el cliente, especialmente en la primera, es importante **escuchar activamente**. Ello implica que debemos poner toda nuestra atención en lo que el cliente nos expone, y formularle preguntas sobre las cuestiones que consideremos más relevantes sobre el fondo del asunto de forma que podamos tener una visión general, así como de los detalles más relevantes del problema a fin que podamos valorar su viabilidad y hacernos una idea de las actuaciones que será necesario llevar a cabo y podamos elaborar un presupuesto adaptado al encargo concreto para que el cliente lo apruebe.

Es importante también centrarse en los aspectos más importantes y relevantes del asunto y dejar de lado las cuestiones superfluas de forma que el propio cliente también tome conciencia de los **puntos más conflictivos** y determinantes del asunto.

Además, es recomendable indagar y preguntar al potencial cliente en este momento sobre **posible documentación o medios de prueba** de los que disponga o pueda disponer, con los que podamos contar para preparar el procedimiento o el asunto que se encarga, y alcanzar el éxito profesional.

432 Análisis de la viabilidad del procedimiento y elaboración del presupuesto

Tras la reunión con el cliente, y teniendo en cuenta que lo planteado sea la iniciación o continuación de un procedimiento y no una mera consulta, es necesario hacer un análisis y **estudio sobre la viabilidad del asunto** y las actuaciones necesarias que exigirá.

Para valorar la viabilidad del asunto hay que tener en cuenta la **información** aportada por el cliente en la reunión con él y, especialmente, las **pruebas** de las que se disponga o se prevea la posibilidad de disponer para defender sus intereses con éxito. También hay que tener en cuenta los **conocimientos** que se tengan sobre el asunto basados, en la experiencia profesional, así como la **jurisprudencia relevante** para el caso y la **investigación** que se hubiera hecho en su caso sobre el problema tras el contacto del cliente.

Una vez que se tiene claro el asunto a tratar y se ha estudiado y analizado su viabilidad hay que efectuar un análisis del mismo para prever las actuaciones que va a ser necesario realizar. Es especialmente importante tener en cuenta si el tema se refiere a un **procedimiento ya iniciado o pendiente de iniciar** y valorar la necesidad de recabar documentación y posibles pruebas.

En base a ello, se debe elaborar un **presupuesto detallado de los honorarios** que se devengarán por las actuaciones que se van a llevar a cabo, y se deberá poner en conocimiento del cliente para que lo estudie y en su caso lo apruebe.

Una vez aprobado, es recomendable hacer entrega del mismo al cliente en presencia del **interventor**, figura así denominada, porque a la postre es la persona que realmente va a satisfacer los honorarios. Este consejo es para todos aquellos supuestos en que el cliente del encargo no es quien realmente abona la minuta. Es recomendable en este punto que el interventor nos conozca previamente y tengamos su confianza.

436 Posibilidad de negociación o acuerdo extrajudicial

Tras la **aceptación del encargo** del cliente y una vez se ha comenzado a trabajar sobre el asunto, conviene tener presente la opción de alcanzar un acuerdo extrajudicial, en los puntos que sea posible, recordando el viejo brocardo: «más vale un mal acuerdo que un buen pleito». Para valorar esta posibilidad, es recomendable tener en cuenta aspectos como nuestra posición en el asunto para tener claro nuestro margen de maniobra y la forma más adecuada de afrontar la negociación. No es lo mismo ser **deudor o acreedor**, ni denunciante o denunciado.

Hay que tener en cuenta que los acuerdos extrajudiciales pueden ser muy favorables para nuestros intereses y los de nuestros clientes en muchos casos. Las **principales ventajas** que supone un acuerdo extrajudicial son: la reducción en el tiempo empleado para resolver la controversia en cuestión, evitando la incertidumbre y las dilaciones propias de los procedimientos judiciales, la seguridad jurídica que proporcionan puesto que el acuerdo alcanzado no podrá ser objeto de recurso, y finalmente el ahorro económico para el cliente, que todo acuerdo extrajudicial supone.

A la hora de afrontar la negociación es muy importante haber fijado unos **criterios claros y firmes** a los que someterse en cualquier actuación relacionada con la misma, manteniendo un cierto grado de flexibilidad. Un aspecto clave de la negociación es el manejo y **control de la incertidumbre** propia de la misma, así como el mantener la calma y esperar la llamada del compañero que representa a la parte contraria, teniendo previamente clara, nuestra posición y el marco de actuación sobre el que nos moveremos durante la negociación, habiendo estudiado y analizado diferentes escenarios posibles que se pudieran dar durante la misma, a fin de alcanzar un acuerdo satisfactorio.

440 Búsqueda de pruebas idóneas para el resultado del procedimiento

Una vez analizada la viabilidad de un procedimiento, y por falta de negociación no haber alcanzado un acuerdo extrajudicial, un aspecto clave de la preparación del procedimiento, es la selección de los **medios de prueba adecuados** según la estrategia que se vaya a seguir.

Dentro de los posibles medios de prueba que se puedan aportar al procedimiento para el esclarecimiento de la causa a nuestro favor, es especialmente relevante la selección de los testigos y peritos, así como, en procedimientos civiles y laborales, la decisión de proponer el interrogatorio de la parte contraria o no.

444 Selección de testigos

La característica más importante que deben cumplir los testigos que se incorporen a cualquier procedimiento es la **credibilidad**. Los testigos que se seleccionen para ser interrogados en el procedimiento deben resultar creíbles desde un punto de vista formal, es decir, desde el punto de vista que efectivamente fueron **presenciales**, es decir, que vieron o escucharon directamente hechos controvertidos, así como desde el punto de vista de la verosimilitud de lo que manifiesta haber presenciado, visto o escuchado, durante el interrogatorio pertinente en el momento procesal oportuno.

Aparte de la credibilidad, es muy importante seleccionar y llevar solo a los testigos que consideremos que van a ser **capaces de desenvolverse satisfactoriamente** para nuestros intereses bajo la presión de la sala, transmitiendo sensación de convencimiento y veracidad de lo que dicen haber visto u oído.

Otra **cuestión clave** respecto a los testigos que se seleccionen para intervenir en el procedimiento, aparte de cuáles se incorporan al procedimiento y cuáles no en función de su grado de credibilidad, es el **número** de los mismos.

Hay que tener en cuenta que, si se llevan a la sala varios testigos, sus **declaraciones** pueden acabar por resultar **contradictorias** y que no podemos controlar cual de las declaraciones contradictorias va a generar un mayor grado de convencimiento o verosimilitud en el órgano juzgador, o va a dejar una huella mayor.

En la misma línea, al llevar varios testigos se corre el riesgo de que el juzgador considere que ha tenido suficiente con el primero, dejando fuera al resto, y que no pueda testificar aquel que haría que el pleito cayera de nuestro lado.

Por tanto, cuando se decida llevar a varios testigos a la sala para que declaren sobre lo que han visto u oído lo más aconsejable es que aquel que consideramos más creíble, más convincente, y más capaz de desenvolverse satisfactoriamente bajo la presión de la sala testifique primero, para evitar el riesgo ya mencionado, y porque tanto la primera, como la última intervención, siempre dejan un mayor impacto en quien escucha y son mejor recordadas y asimiladas.

También es importante a la hora de seleccionar qué testigos llamar para intervenir en un procedimiento su **lenguaje no verbal**. En aras de una mayor credibilidad y sensación de verosimilitud en su declaración, lo más recomendable es seleccionar testigos que consideremos que, durante su declaración, van a actuar con la mayor naturalidad posible ante la Sala evitando especialmente pausas y una postura agarrotada mientras se responden a las preguntas planteadas.

En la misma línea, es muy importante que el testigo que se llame a intervenir sea capaz de aportar el **mayor número de detalles** posibles de forma clara y precisa, ya que la aportación de detalles implica un mayor conocimiento de lo que se ha presenciado, visto, escuchado o conocido de forma directa. Debemos mirar siempre fijamente a los ojos del testigo de la parte contraria, a fin de producirle un efecto intimidatorio, evitando preguntas repetitivas, y haciendo aquellas que detectemos que tiene menos seguridad y certeza, a fin de producir contradicciones, con el consiguiente efecto de nula capacidad probatoria.

448 Selección de peritos

Los peritos seleccionados y citados para intervenir en un procedimiento judicial, en general, deben cumplir con las mismas pautas que los testigos, es decir, deben ser **creíbles**, y deben intervenir de **forma natural, clara** y aportando el mayor número de detalles para coadyuvar al convencimiento del juzgador. Sin embargo, hay que tener presentes algunos aspectos específicos.

En términos de credibilidad, los peritos que se cite a declarar deben ser **profesionales de prestigio** en la materia y deben tener la **formación y titulación** adecuada para poder defender con solvencia y credibilidad lo que dictaminen en su informe o, por lo menos, para superar el informe los peritos aportados por la parte contraria. Otra cuestión importante relacionada con su credibilidad, aunque *a priori* puede parecer una cuestión menor, es la primera impresión que cause en el juez al entrar en la sala. Lo más recomendable para favorecer la predisposición y el interés del juez es que el perito que citemos se presente en la sala con un vestimenta adecuada y **acorde a la solemnidad y decoro** exigible en sede judicial, transmitiendo seguridad en sí mismo, para lo cual es necesario que muestre un gesto amable.

En cuanto a sus **habilidades comunicativas**, es clave que el perito al ratificar el informe en sala, exponga las cuestiones técnicas de forma clara y sencilla utilizando el lenguaje menos técnico y más comprensible posible, apoyándose en ejemplos para favorecer la comprensión del juez.

Hay que tener en cuenta que los jueces y magistrados no tienen por qué tener un conocimiento experto de las cuestiones técnicas que pueden dirimir el objeto de la causa. También es importante que el perito, durante su exposición, cada conclusión a la que llegue quede apoyada y avalada por **datos, estadísticas y testimonios** de expertos en la materia o referencias a ellos para dar mayor objetividad a su informe, y que sea capaz de lidiar, sin ponerse nervioso, con las preguntas que pudieran formular los abogados de la parte contraria, sin terminar afirmando cosas que no piensa ni reconociendo puntos débiles en su informe.

En este sentido, puede ser recomendable que el perito elegido, para convencer al juzgador con su declaración, tenga cierta experiencia o costumbre de intervenir ante una sala judicial bajo la presión de un procedimiento, lo que será una cualidad a valorar positivamente.

En cualquier caso, independientemente de la experiencia en sala que pueda tener nuestro perito y de su prestigio profesional o titulación, es muy importante para el desarrollo del procedimiento que este siga las pautas y la estrategia marcada y delimitada por el abogado, es decir, que actúe bajo nuestra dirección y sea **capaz de convencer al juzgador**.

452 Interrogatorio de la parte contraria

En los procedimientos civiles y laborales específicamente, si bien en muchas ocasiones se tiende a pedir el interrogatorio de la parte contraria prácticamente por inercia, hay que tener presente que en muchas ocasiones esta decisión puede resultar contraria a nuestros intereses en un procedimiento. Así, a la hora decidir sobre pedir el interrogatorio de la parte contraria hay que tener en consideración y **valorar adecuadamente los posibles efectos** que puede tener su declaración.

Hay que tener presente que, al pedir el interrogatorio de la parte contraria, no solo se le está brindando la **posibilidad de mentir** en su declaración, sino que además se le permite transmitir y generar en el juzgador cierto grado de certidumbre o verosimilitud de cuestiones que, desde nuestra posición, tratamos de mostrar como inciertas o improbables. Además, al darle la posibilidad de hablar, se abre una ventana que permite que la parte contraria aclare aspectos que *a priori* podían haber quedado poco claros en sus escritos y pueden volverse en contra de nuestros intereses y los de nuestro cliente.

Estas posibilidades hay que ponderarlas en cada caso concreto, pues hay veces que la parte contraria no quiere intervenir por la presión y la tensión que le pudiera suponer someterse a un interrogatorio, de forma que habrá la posibilidad de llegar a un acuerdo, o en su caso, salir favorecido en el acto del juicio.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que una vez pedido su interrogatorio siempre se puede acabar por renunciar a él, se puede tener como un recurso para generar miedo en la parte contraria que facilite un posible acuerdo, pero será recomendable renunciar a él si no se tiene la convicción de que se va a poder provocar contradicciones sustanciales en su testimonio a través de las preguntas que se le formulen, o no consigamos nada positivo con su comparecencia.

456 Preparación adecuada del juicio

A continuación se tratan las reuniones con los testigos y peritos (nº 458), el ensayo y la preparación del informe oral (nº 462).

458 Reuniones con testigos y peritos

Uno de los aspectos más importantes de la preparación de un juicio y que más puede influir sobre el resultado del mismo, es la preparación de los testigos y peritos que se van a aportar al procedimiento en términos del **testimonio** que van a dar **en sala**.

Es especialmente importante, en primer lugar, que sean capaces de exponer lo que vieron, escucharon, presenciaron o conocieron, de **forma coherente y natural** además de generando la mayor sensación de verosimilitud posible.

Respecto a los testigos, es conveniente reunirse con ellos **antes del interrogatorio** en sala para practicar el relato que harán y las preguntas que se le formularán, así como para comprobar que su relato tiene lógica, es coherente y es capaz de exponerlo de forma clara, sencilla y comprensible, siendo su testimonio realmente útil para la resolución del procedimiento.

También es importante advertirles sobre posibles preguntas complejas o especialmente relevantes para al objeto del procedimiento que pudiera formular la parte contraria, y la **forma adecuada para contestar** e incluso practicar y simular estas situaciones. Es conveniente insistir e instruirles en la importancia que tiene el aportar el mayor número de detalles posibles en su declaración y animarlos en la sensación de credibilidad y verosimilitud que generará su testimonio en el juzgador.

En este sentido, se recomienda fijar con los testigos, en reuniones previas, los detalles que se consideren más relevantes o determinantes, para que el juzgador perciba, asimile y entienda el testimonio de la forma más conveniente a nuestros intereses, **desterrando los datos superfluos** y centrándonos en lo importante.

Con los peritos también es necesario reunirse previamente a su intervención en el procedimiento. En primer lugar, es conveniente repasar con ellos las **partes más técnicas y complejas** del posible testimonio que pueda dar en la sala, para comprobar que son capaces de exponerlas y desarrollarlas de forma clara y comprensible ante el juez o el tribunal, partiendo de la base de que lo más probable es que no tengan conocimientos expertos o técnicos en la materia.

También es importante dejar clara la **estrategia a seguir en el procedimiento** e instruir a los peritos en los posibles puntos de su dictamen que pueden tener mayor relevancia jurídica para la parte contraria y sobre las preguntas que podría formular al respecto, así como de la forma adecuada de responder sin admitir puntos débiles en su testimonio. Además, es aconsejable advertirles del valor añadido que dará a su informe, en términos de credibilidad y convencimiento, el empleo de ejemplos, simulaciones, recreaciones, gráficos, maquetas o cualquier medio audiovisual avale su dictamen y lo haga fácilmente perceptible por el Juez, además de simplificar y clarificar cuestiones puramente técnicas.

462 Ensayo y preparación del informe oral

En cuanto a la preparación del informe oral, como punto de partida, hay que tener en cuenta que, a **mayor preparación**, más eficaz será, y más convencimiento generará en el juzgador, así como **mayor será la probabilidad de éxito** en el resultado final del proceso.

Al preparar adecuadamente el informe oral que se evacuará en la sala, es necesario ir analizando el objeto de la causa y la forma en que se ha ido desarrollando el procedimiento para ir dando forma a las ideas poco a poco, dándoles un orden y una estructura para poder seleccionar las cuestiones y las ideas más relevantes que pueden decantar el resultado del procedimiento a nuestro favor.

Además, cuanto más lo trabajemos y elaboremos, se dispondrá de más y mejores recursos para hacer frente a posibles imprevistos y se responderá ante ellos con mayor rapidez y eficacia, puesto que no podemos saber con exactitud el resultado de todas las pruebas practicadas.

Un aspecto clave de la preparación del **alegato final** es la anticipación o previsión de los posibles argumentos básicos, y por ende más predecibles, que pueda esgrimir la parte contraria, basándonos tanto en la práctica jurídica y la experiencia profesional, como en el sentido común y la lógica. Una herramienta que puede resultar útil al respecto es situarse mentalmente en la estrategia seguida por la contraparte y, con la información de la que se dispone y contando con la forma en que se ha desarrollado el procedimiento, plantearse qué haría uno mismo.

Una vez que se tiene lo que se considera que serán las ideas principales de la argumentación que se va a utilizar de adverso, el siguiente paso es plantearle cómo refutarlas. Cuantos más argumentos se sea capaz de prever, analizar y anular, mayor es el número de posibles escenarios previstos y mejor será nuestra respuesta ante situaciones imprevistas. Además, en cualquier caso, se contará con más recursos e ideas para responder a las cuestiones imprevistas que plantee la contraparte de forma rápida y eficaz.

En cuanto a los **argumentos** que se expondrán en el informe oral, es importante seleccionar solo los principales, los mejores, los que pueden decantar el procedimiento a favor. Hay que tener en cuenta que la atención de quien escucha, aunque especialmente interesa el juzgador, es limitada.

Por tanto, hay que hacer una exposición lo más concisa y clara posible de los postulados más relevantes y determinantes para el procedimiento evitando reiterar cuestiones y aspectos que ya figuran en los escritos o se han tratado en otros momentos durante el procedimiento.

Una vez seleccionados los argumentos principales, es recomendable ubicar los “mejores de entre los mejores” al principio y al final del informe, intercalando entre ellos los más débiles o menos relevantes, puesto que está demostrado que las frases que mejor se asimilan y retienen de cualquier exposición son el principio y el final.

Otra cuestión de vital importancia y que es conveniente tener en cuenta como regla general es el proceso de selección de los alegatos en los que centrar el informe final. Cada afirmación o alegación que se haga debe ir seguida de una referencia a un medio que pruebe dicha referencia. Este punto es el más importante del alegato, si bien el alegato debe ser adecuado en su conjunto para ser lo más eficaz y persuasivo posible.

En esta línea, aunque lo deseable y más conveniente es, obviamente, tener una prueba consistente, en la medida de que se disponga de esta y de las capacidades de cada uno, debemos tratar de introducir el mayor número de referencia a pruebas y evidencias posible, de cualquier clase. Así se disipan las dudas y se genera una sensación de solidez del discurso y de los argumentos empleados que puede decantar el buen fin del procedimiento.

En cuanto a la **conclusión del informe oral**, conviene seleccionar de entre aquellas frases elegidas para introducir en las alegaciones, que estén apoyadas en la medida de lo posible en alguna evidencia, la más relevante, la que centra todo el discurso para remarcarlo al final ante el juzgador. Hay que evitar caer en divagaciones y en extenderse demasiado en la conclusión del informe. Lo más importante es dejar claro el argumento más importante de la parte que se representa en cada caso, es decir, el núcleo esencial que ampara nuestra tesis.

Una vez compuesto el informe en sí, para completar la preparación es necesario memorizarlo adecuadamente y ensayar su interpretación varias veces en voz alta. Algunos **aspectos a tener en cuenta son**: la mirada, la posición corporal y gesticulación de las manos, la postura corporal, la entonación y la intensidad de la voz y las pausas.

La mirada debe dirigirse al juzgador, pero no centrarla en los ojos. Hay que tener en cuenta que, al mirar a los ojos, en este caso al juzgador, se puede producir una sensación de intimidación en él que no es deseable. Lo más recomendable es dirigirse al juzgador directamente con la mirada, pero fijarla en cualquier punto del rostro más o menos cercano a los ojos, en concreto en el entrecejo.

Las manos, pueden ser un recurso muy útil para enfatizar ciertos aspectos o argumentos de un discurso. En la interpretación de un informe oral eficaz y persuasivo, se debe gesticular con las manos solo para enfatizar los puntos más relevantes y que más nos interesen de la exposición, evitando gestos exagerados, y después volver a dejar las manos sobre la mesa. En cuanto a la posición corporal, se debe mantener una posición erguida y natural, evitando posturas agarrotadas o que transmitan sensación de tensión y nerviosismo. La postura ideal es la denominada del «lince ibérico». Es recomendable evitar, por ejemplo, tener cualquier tipo de objeto en la mano que distraiga la atención del juzgador que produzca efecto hipnótico.

En cuanto a la voz, la entonación es otro recurso muy útil tanto para enfatizar puntos determinados como para hacer más comprensible el discurso. Es necesario realizar subidas y bajadas en la entonación para ir captando la atención del receptor y mostrar énfasis sobre los puntos que se consideren más relevantes para demostrar plena convicción. Hay que evitar que la entonación sea lineal y monótona. En la misma línea se debe hablar con una intensidad adecuada para la comprensión de lo relatado. No debemos excedernos para no generar sensación de tensión y de afrenta, así como hablar demasiado bajo de forma que sea imperceptible y por tanto incomprensible, especialmente para el juzgador.

Otro recurso muy útil para exponer, enfatizar, y facilitar la comprensión de alegato final es la **introducción de pausas de forma adecuada**. Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que demasiadas pausas, o pausas demasiado largas, pueden generar la sensación de dudas y de desconocimiento sobre lo que se está hablando, y producen, en última instancia, falta de seguridad y convicción de las ideas expresadas.

SECCIÓN 3

Tributación del abogado

1320	1. Inicio de la actividad profesional	1321
	a. Obligaciones censales	1322
	b. Afectación de inmuebles y vehículos para el ejercicio de la profesión	1323
	2. IRPF	1334
	a. Naturaleza tributaria de la renta	1335
	b. Determinación del rendimiento neto de la actividad económica	1340
	3. IVA	1345
	a. Naturaleza del impuesto y hecho imponible	1346
	b. Lugar de realización de la prestación de servicios	1358
	c. Devengo del impuesto	1360
	d. Base imponible	1362
	e. Tipo impositivo	1364
	f. Repercusión, deducciones y devoluciones	1365
	g. El IVA en la tasación de costas	1378

1. Inicio de la actividad profesional

1321	a. Obligaciones censales	1322
	b. Afectación de inmuebles y vehículos para el ejercicio de la profesión	1323

a. Obligaciones censales

- 1322 El abogado que inicia el ejercicio de la actividad económica tiene que darse de alta en el censo de empresarios y profesionales (**modelo 036** en estimación directa normal para contribuyentes con un volumen de negocio > 600.000 €, o **modelo 037** si tributa en el IRPF mediante estimación directa simplificada).

Asimismo tiene que darse de **alta** censalmente en el Impuesto sobre actividades económicas (en adelante, **IAE**): **modelo 840**. Si ejerce la abogacía como persona física ha de consignar el epígrafe 731: «**abogados**». Si ejerce la abogacía a través de una persona jurídica entonces hará constar el epígrafe 841 «**servicios jurídicos**», o si es más **genérica** la actividad, tiene que darse de alta en el epígrafe 849 «dirección económico-financiera y asesoramiento y prestación de servicios a empresas»).

El IAE es un tributo de liquidación periódica para aquellas personas jurídicas con un importe neto de cifra de negocios superior a 1.000.000 €. Así las cosas, todas las **personas físicas** están **exentas** de pago y con independencia de su volumen de negocio, mientras que las personas jurídicas dependiendo de dicho volumen de operaciones también pueden quedar excluidas de liquidación. En todo caso, el contribuyente queda exento del pago del Impuesto durante los **dos primeros períodos impositivos de ejercicio** de la actividad económica (LHL art.82.b).

b. Afectación de inmuebles y vehículos para el ejercicio de la profesión

- 1323 La afectación de un bien al ejercicio de la actividad económica conlleva la posibilidad de deducirse gastos en la base imponible del IRPF o deducirse el IVA soportado de dichas operaciones.

1324 Incidencia en los Impuestos sobre la renta

Pueden ser **bienes afectos** a la actividad económica (LIRPF art.29 ; RIRPF art.22):

- bienes inmuebles en los que se desarrolle la actividad;
- bienes destinados a servicios económicos y culturales del personal al servicio de la actividad; y
- cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.

Para que un bien quede afecto a la actividad debe por un lado destinarse a la misma, y resultar **necesario para la obtención de** los respectivos **rendimientos** y por otro, ha de **figurar en la contabilidad** o registro oficial de la actividad económica cuando el contribuyente esté obligado a llevar la contabilidad salvo prueba en contrario.

No cabe la **afectación parcial** de un bien cuando se trate de elementos **patrimoniales indivisibles** (p.e. vehículos o mobiliario). No obstante, se permite que determinados bienes indivisibles (p.e. equipos informáticos) puedan utilizarse de una forma accesoria para un destino particular en aquellos días u horas en los que se interrumpa el ejercicio de la actividad (RIRPF art.22.4), aplicándose el sistema general de amortización de activos que regula la normativa del impuesto (DGT CV 27-5-15).

- 1325 Los **supuestos** que generan **mayor conflictividad** con la administración son los derivados de bienes inmuebles y de elementos de transporte, aunque también plantean litigiosidad otros gastos más residuales que en la práctica pueden tener también un destino mixto -actividad económica y consumo particular- (p.e. trajes, en los que la Administración es muy restrictiva excluyendo su deducción por entender que no queda probado que puedan afectarse exclusivamente en todos los casos a la actividad DGT 19-2-02 ; 26-7-10 y 21-11-11 , posición restrictiva que ha confirmado la jurisprudencia en determinadas ocasiones TSJ Galicia 21-5-14, EDJ 135142 y TSJ Cataluña 7-3-13, EDJ 90755). El grado de litigiosidad de esta materia es tan elevado que ha tenido incluso que pronunciarse sobre esta materia el propio Tribunal Constitucional (TCo 19/2001).

1326 Bienes inmuebles

La administración permite la **afectación parcial** al tratarse de un bien divisible. Nótese que la L 49/1960 , de propiedad horizontal permite su división por metros cuadrados por lo que nada obsta para que el abogado pueda hacer un **uso mixto** del inmueble utilizando una parte (cuantificada en metros cuadrados) como despacho para el ejercicio profesional y el resto destinarlo a vivienda. En consecuencia, los **gastos generales** del inmueble (p.e. importe del arrendamiento, suministros, gastos de propiedad) pueden prorratearse en función de los metros destinados al despacho profesional en relación con la longitud total del inmueble. En esta línea, entre otras, DGT 5-9-03 ; 23-11-06 ; 25-11-06 ; 12-9-12 ; 16-4-15 ; 2-6-15 ; 27-5-15 permiten la afectación parcial del inmueble en función de la superficie destinada al ejercicio de la actividad económica siempre que **quede acreditado** por cualquier medio de prueba válido en derecho que dicha parte afectada es susceptible de un **aprovechamiento separado** e independiente del resto. Así las cosas, la determinación de los gastos deducibles pueden ser objeto de deducción proporcionalmente a la parte de la misma afectada en relación con la totalidad de la vivienda, los gastos derivados de la titularidad de la vivienda, como pueden ser amortizaciones, IBI, comunidad de propietarios, etc. (TSJ Madrid 10-3-15; TEAR Valencia 16-12-13). No obstante, los gastos derivados de suministros (p.e. agua, luz, gas, teléfono) solamente son deducibles

cuando los mismos se destinen exclusivamente al ejercicio de la actividad, no pudiendo aplicarse la misma regla de prorrateo que se aplica a los gastos derivados de la titularidad de la vivienda.

1327

Precisiones

1) La prueba de que los gastos son exclusivos de la actividad económica le corresponde al obligado tributario a la luz de LGT art.105 «quien haga valer su derecho tendrá que probar los hechos constitutivos del mismo»: TSJ Burgos de 27-5-11, EDJ 119355 .

2) No puede probarse la afectación del inmueble al negocio si se aporta la declaración censal y el contrato de arrendamiento pero sin embargo no había rótulo en el exterior del edificio ni un cartel en la puerta (solo una etiqueta en el buzón del inmueble): TSJ Andalucía 21-5-10, EDJ 324129 .

3) No cabe la deducción de los gastos derivados del alquiler, teléfono o fax, si no están claramente diferenciados de los privados.

4) Cabe la deducción de los gastos derivados de suministros pero prorrateados por días laborales (TEAC 19-9-15).

1328 Vehículos a motor

No cabe la afectación parcial (con un uso mixto -profesional y privado-) salvo en determinados supuestos (p.e. los destinados a los desplazamientos profesionales de representantes o agentes comerciales) tal como tiene reconocido la administración en numerosas consultas (DGT 16-7-92 ; 17-9-93 ; 27-1-94; 27-10-04 ; 29-11-04 ; 14-3-05 ; 28-9-05 ; 12-4-06 ; 20-10-06 ; 14-12-06).

1329 Ha de entenderse que no cabe por analogía aplicarse este supuesto al colectivo de los abogados por lo que para ser deducible tiene que acreditarse por un lado, que resulta **necesario para el ejercicio** de su actividad, y por otro, que está **afectado totalmente** a la actividad económica (DGT 19-2-02 y 20-5-04).

De afectarse totalmente el vehículo al ejercicio de la actividad el abogado puede deducirse para la determinación del rendimiento neto de la actividad tanto las **amortizaciones** derivadas de la depreciación del vehículo (para las personas físicas y jurídicas tendrían derecho a la aplicación de un coeficiente lineal máximo del 16% y en un período máximo de 14 años de acuerdo con la OM 27-3-98 y en la esfera de las personas jurídicas LIS art.12), así como los gastos que comporte el mantenimiento de este (p.e. reparaciones, revisiones, seguros), así como los derivados del consumo de combustible.

La **administración** suele ser muy **restrictiva** respecto de la consideración del vehículo como afecto totalmente a la actividad presumiendo salvo prueba en contrario que se destina también para un uso particular cuando entre otras circunstancias no se aporte determinadas **pruebas indiciarias** del uso exclusivo del vehículo por el administrado, a saber:

- no disponer de garaje en el domicilio fiscal de la entidad para estacionar el vehículo los fines de semana;
- cuando el contribuyente no es titular de otro vehículo que es el que destina al uso particular; o
- cuando no se recoja en los estatutos sociales la incidencia de que dicho administrador dispondrá de un vehículo para un uso exclusivo en el desarrollo de su función.

No obstante, como se ha señalado en DGT 4-6-01 ; 30-6-01 ; 14-10-01 y 4-3-05 la utilización exclusiva del vehículo en la actividad económica puede acreditarse mediante cualquiera de los **medios de prueba** generalmente admitidos en Derecho, cuya **valoración** en su caso, corresponderá a los servicios de gestión e inspección de la Administración Tributaria.

1331

Precisiones

1) La **carga de la prueba** respecto de la afectación total del vehículo al ejercicio de la actividad recae en el contribuyente (LGT art.105) (TSJ C.Valenciana 10-6-98, EDJ 40742). Esto explica que en AN 7-2-95 se haya inadmitido la deducción de las cuotas de leasing de un vehículo (jaguar) adquirido por un abogado por no haber demostrado suficientemente la afectación exclusiva del vehículo. Incluso se ha llegado a afirmar que no resulta necesaria la adquisición de un vehículo de ciertas características para el ejercicio de la abogacía (TSJ Madrid 28-1-99).

2) En determinadas ocasiones, se ha sido especialmente **restrictivo** respecto de los **medios de prueba** que son necesarios para admitir la afectación exclusiva del vehículo al señalar que la prueba fehaciente de la circunstancia de la exclusividad no es sencilla y considerarla existente ha de venir precedida de una ponderación de los indicios con que se cuente y que indiquen una voluntad manifiesta y expresa de la afectación en exclusiva, como bien pudiera admitirse si existe una rotulación en el vehículo del nombre y profesión del titular, así como los datos para su identificación, revelando esa publicidad la intención de evidenciar que el uso del turismo se produce en cada instante

en el transcurso del ejercicio de la actividad. Algún otro tribunal sin embargo, ha sido más flexible admitiendo como prueba de la afectación exclusiva la tenencia por parte del contribuyente de otros vehículos para uso particular, pues en caso contrario, se estaría exigiendo una *probatio diabólica* (TSJ Murcia 16-6-99). Asimismo, la Audiencia Nacional ha solicitado también -la existencia de pruebas indiciarias como las obras visitadas, kilómetros realizados, clientes visitados, etc (AN 22-5-01, EDJ 47184).

3) Por el contrario, en TSJ Cataluña 2-12-04, EDJ 225273 y 30-6-05 EDJ 312264 se ha señalado que una vez probado por el contribuyente que el vehículo ha sido contabilizado como activo inmaterial de la empresa, **corresponde a la Inspección demostrar** que los gastos son ajenos a la actividad. Así, concluye este Tribunal que «cualquier incertidumbre sobre tal circunstancia habrá de perjudicar a la parte que asume la carga de la prueba, esto es, la Inspección, pero no podrá implicar que se produzca una inversión de la carga de la prueba que está legalmente prevista. (...) En consecuencia, cuando no existe una expresa determinación legal en otro sentido, habrán de entenderse como medios de prueba suficientes para acreditar el gasto de utilización en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional tanto las declaraciones-liquidaciones del sujeto pasivo como la contabilización. De esta forma, la contabilización por la recurrente ha de estimarse suficiente prueba por su parte, correspondiendo a la Inspección acreditar lo contrario, lo que exige algo más que meras conjeturas o sospechas insuficientes por sí solas para tal acreditación». En términos parecidos, también se ha pronunciado la Audiencia Nacional en AN 16-3-00, EDJ 4436 respecto de un gerente de una empresa que adquirió un vehículo «Mercedes» por tratarse de un automóvil de calidad y solidez para viajar por España y Portugal como una cómoda y eficaz herramienta de transporte para celebrar los diferentes contratos; y respecto de directivos y técnicos de una entidad constructora al resultar necesarios para el desplazamiento de las obras (AN 14-12-00).

1332 Incidencia en el IVA

Al igual que para los Impuestos sobre la renta, la normativa del IVA impide la deducción de las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que no afecten, directa y exclusivamente, a su actividad empresarial o profesional.

Se establecen varios supuestos en los que **se excluye** la consideración de **afectación** directa y en exclusiva (LIVA art.95):

1. Bienes que se destinen habitualmente a dicha actividad y a otras de naturaleza no empresarial ni profesional por **períodos de tiempo alternativos**.
2. Bienes o servicios que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales o profesionales y para **necesidades privadas**.
3. Bienes o derechos que **no figuren** en la **contabilidad** o registros oficiales de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo.
4. Bienes y derechos adquiridos por el sujeto pasivo que **no se integren** en su **patrimonio** empresarial o profesional.
5. Bienes destinados a ser utilizados en la satisfacción de **necesidades personales** o particulares de los empresarios o profesionales, de sus familiares o del personal dependiente de los mismos, con excepción de los destinados al alojamiento gratuito en los locales o instalaciones de la empresa del personal encargado de la vigilancia y seguridad de los mismos, y a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad.

Por su parte, el apartado tres del citado precepto se refiere a la afectación de **vehículos** presumiendo el **destino mixto** al desarrollo de la actividad en un 50% (salvo prueba en contrario) a los efectos de la deducción del Impuesto. Es de lamentar la falta de sincronía con lo previsto en los Impuestos sobre la renta en cuanto que en estos últimos se requiere como hemos señalado anteriormente la afectación total para su deducción como gasto. Por un criterio de coherencia, el abogado que pretenda deducirse el gasto en el IRPF tendrá que deducirse el 100% del IVA soportado en dicha operación, lo que en la mayoría de las ocasiones lleva a que se active el procedimiento de gestión por parte de la AEAT para comprobar la exclusiva afectación del vehículo.

2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

1334	Naturaleza tributaria de la renta	1335
	Determinación del rendimiento neto de la actividad económica	1340

a. Naturaleza tributaria de la renta

1335 Una cuestión que no resulta pacífica deriva de la naturaleza tributaria de las rentas que percibe dicho colectivo. Desde un plano teórico parece que no debería existir problema para incluir al abogado en alguno de los **dos supuestos** siguientes:

1336 1. Rendimientos de actividades económicas. Siempre que el abogado ejerza una actividad económica como **profesional** del ejercicio a través de la ordenación por **cuenta propia** de medios de producción y de recursos humanos con la finalidad de intervenir en la prestación de servicios en los términos que proclama LIRPF art.27.1 . Precisamente en este apartado se reconoce la naturaleza de estas rentas para las profesiones liberales como es precisamente el ejercicio de la **abogacía** (DGT 1-10-02).

Mayores problemas plantean aquellos casos en los que dicho profesional se encuentra integrado en una sociedad de la que es **socio**, y recibe a su vez unas rentas periódicas en forma de salario por entender que actúa en **régimen de dependencia** de la entidad. No obstante, tras la reforma operada por la L 26/2014 , de 27 de noviembre, se excluye la consideración de rentas laborales, calificándose como rendimientos de actividad económica cuando el contribuyente esté incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos (RETA), o en una mutualidad de previsión social que actúe como alternativa al citado régimen especial conforme a lo previsto en L 30/1995 , de ordenación y supervisión de los seguros privados disp.adic.10ª, tal como sucede, con la mutualidad del colegio de abogados que es un régimen sustitutivo a la Seguridad Social (LIRPF art.27.1). Ver también sobre el particular DGT 13-4-15 .

1337 2. Rendimientos del trabajo. Como venimos señalando anteriormente, desde el 1-1-2015, solo pueden tributar como rendimiento laboral aquellos **abogados no ejercientes** que perciban ingresos periódicos de la entidad, y **no estén dados de alta** en el RETA, o en la mutualidad del colegio de abogados, circunstancia esta última que se produce siempre que se actúe como ejerciente.

1338 Por último, aunque extramuros de la integración de dicha renta en el IRPF, dichas rentas percibidas tendrán que tributar en el **IS** cuando se ejerza **a través de una persona jurídica** o de una sociedad civil que tenga objeto mercantil. Asimismo, se ha incorporado en la nueva LIS art.5 que «se entenderá por actividad económica 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 servicios». Y en LIS art.7.1.a) solo se excluye del IS a aquellas **sociedades civiles** que no tengan objeto mercantil por lo que desde el 1-1-2016 y conforme al criterio adoptado quedan sujetas al IRPF aquellas sociedades civiles constituidas por dichos profesionales para el ejercicio de la abogacía excluyéndose del IS por no ostentar un objeto mercantil (en esta línea, ver la instrucción interna AEAT 13-11-2015 que reproduce un párrafo del consultivo ANP 8287/2015 del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria, según el cual «hay que tener en cuenta que el Código de Comercio actual indica que no tienen objeto mercantil las actividades agrarias, forestales, mineras y de carácter **profesional** reguladas estas últimas en la Ley 2/2007 , de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, por cuanto dichas actividades son ajenas al ámbito mercantil».

En esta misma línea, debe entenderse el criterio de la DGT que en diversas resoluciones delimita el carácter mercantil (y en consecuencia, sujetándose al IS) del carácter profesional (que excluiría la naturaleza mercantil, lo que llevaría a tributar mediante atribución de rentas en el IRPF en función de la cuota de participación de cada socio en dicha sociedad). Así las cosas, si dicha entidad se encuadra en la sección 2ª (p.e. epígrafe 731) de las tarifas del IAE por ostentar un carácter profesional (y en consecuencia, ajeno al objeto mercantil) no quedará sujeta al IS, tal como se recoge en las contestaciones de la DGT (DGT CV 28-7-15 ; CV 22-9-15 ; CV 25-9-15).

1339 Una cuestión íntimamente relacionada con la anterior deriva de las **actas de inspección** abiertas por la AEAT en relación a las rentas que percibe una sociedad respecto de los pagos de los clientes. A juicio de la administración, dichos **servicios** si son **realizados a través** de los **socios** (abogados) que integran la sociedad profesional no puede facturarlos la entidad jurídica, sino directamente los abogados personas físicas que ejercen la actividad profesional. La cuestión no es baladí, pues esta posición llevaría a considerar que en estos casos, nos encontraríamos ante un supuesto de simulación negocial en cuanto que se instrumentalizaría el ejercicio de la profesión a través de una sociedad cuando en puridad, la prestación personal e intelectual se realiza directamente por el socio persona física (TS 16-9-15, EDJ 161600 ; AN 5-12-12, EDJ 303247). Por el contrario, en las AN 18-4-12, EDJ 69864 ; 26-3-12, EDJ 50224 y TSJ Murcia 26-1-15, EDJ 5407 se considera legítimo la facturación por parte de la sociedad si puede acreditarse la participación de varias personas en el encargo por tratarse de una economía de opción perfectamente legítima. No debe perderse de vista, que el «gap» del **ahorro fiscal** que supone la **facturación a través de una persona jurídica** en el IS frente a su tributación en el IRPF como persona física no puede ser el único argumento para determinar que ha existido simulación, pues la L 2/2007 , de sociedades profesionales, permite precisamente la constitución de **sociedades de abogados** para el ejercicio de la profesión, reconociendo en su exposición de motivos que se trata de «sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social».

Además, podría suponer un obstáculo a la libre prestación de servicios el veto al ejercicio de la profesión a través únicamente de personas físicas pues como se señaló en TJUE 21-2-06 asunto Halifax C-255/02 ; «aunque la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la normativa comunitaria, no obstante, «cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, la normativa

comunitaria no le obliga a optar por la que maximice el pago del impuesto», sino que, antes al contrario, **el sujeto pasivo tiene derecho a elegir** aquella estructura de su actividad a través de la que pueda conseguir el fin de limitar su deuda fiscal». No debe perderse de vista que el régimen de transparencia fiscal fue suprimido hace ya más de diez años de nuestro sistema tributario por lo que no parece legítimo que actualmente vía acta de inspección se corrija lo que la norma tributaria no lo prohíbe, y máxime en aquellos casos en los que la sociedad ha distribuido dividendos al socio persona física, o este ha facturado a precios de mercado a la sociedad por los servicios que realiza para la entidad con cada cliente.

b. Determinación del rendimiento neto de la actividad económica

1340 Nos detendremos únicamente en los casos en los que el abogado ejerce una actividad económica como profesional en ejercicio. En el caso de que ejerciera en el seno de una **relación laboral** en los términos señalados anteriormente dichas rentas tributarán como rendimientos del trabajo conforme a las normas que se establecen en LIRPF art.17 . Nótese que la cuestión no es baladí pues la LIRPF establece una **enumeración de gastos deducibles** distintos en una y otra categoría. Así las cosas, los gastos deducibles que se permiten en LIRPF art.19.2 para la cuantificación del rendimiento neto del trabajo son exclusivamente: las cotizaciones a la Seguridad Social o a mutualidades generales obligatorias de funcionarios; las deducciones por derechos pasivos; las cotizaciones a los colegios de huérfanos; las cuotas satisfechas a sindicatos y colegios profesionales cuando la colegiación tenga carácter obligatorio con el límite de 500 € (LIRPF art.10).

1341 Métodos para determinar la renta neta del abogado

En LIRPF art.28 se remite para el cálculo del rendimiento a las normas especiales contenidas en dicho cuerpo normativo (en particular, LIRPF art.30 y 32) y la normativa específica recogida en el IS.

La Ley del Impuesto establece diversos **métodos** para determinar la **base imponible**:

- **estimación directa** que a su vez puede ser, normal o simplificada; y
- estimación **objetiva**, que queda reservado para algunas actividades empresariales por lo que el abogado al ser un profesional queda excluido de dicho régimen.

Así las cosas, cabe distinguir los métodos de estimación directa normal y simplificada para la determinación de la base imponible del abogado.

1342 Método de estimación directa normal

Se aplica obligatoriamente para aquellos abogados que tengan una cifra neta de negocio **superior a 600.000 €**. En caso contrario, podrá tributar mediante estimación directa simplificada salvo que renuncie a este último régimen.

Para el cálculo de los **gastos deducibles** en estimación directa normal ha de acudirse a la normativa del IS con las siguientes **especialidades**:

- no son deducibles como gasto de la base imponible las **aportaciones** a mutualidades de **previsión social** del propio empresario o profesional;
- solo serán deducibles las **rentas laborales** (o de capital) como máximo estipuladas a precios de mercado percibidas por el **cónyuge e hijos menores** de edad que trabajen con habitualidad y con continuidad en la actividad económica.

1343 Gastos deducibles en estimación directa simplificada

La determinación de los gastos se establece también a través de los criterios anteriores y de la normativa del IS con la **especialidad adicional** siguiente:

- Las **provisiones y gastos de difícil justificación** no podrán ser superiores a 2.000 €.

A continuación, recogemos los gastos que no son deducibles en el IS a efectos de su exclusión también en el IRPF.

1344 Exclusión de la consideración de renta irregular de los ingresos habituales percibidos por el abogado

Una cuestión que ha sido especialmente litigiosa en los últimos años ha sido la consideración de si los ingresos habituales que percibe el abogado generados en un **plazo superior a dos años** podían ser merecedores de la aplicación de la reducción del 30% por rendimientos irregulares (con anterioridad a la promulgación de la L 26/2014 , era del 40%).

Frente al criterio numantino de la Administración de negar la aplicación de la reducción, sin embargo, en TSJ Cataluña 20-7-05, EDJ 245434 y 20-10-05, EDJ 245434 consideraron efectivamente aplicable la reducción por rentas irregulares en supuestos en los que abogados pudieron probar que la renta percibida tenía origen en un encargo con duración de un plazo mayor de dos años, y el propio Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional así también lo entendieron para otros profesionales (arquitectos) en TS 15-4-04; 1-6-06 y 1-2-08, EDJ 9250 ; AN 1-6-06, EDJ 73359 y 24-2-10, EDJ 15176 .

El legislador ha zanjado la cuestión a golpe de cambio normativo (ante el silencio legal en el pasado) **excluyendo dicha posibilidad** a la luz de la inclusión en LIRPF art.32.1 : «No resultará de aplicación esta reducción a aquellos rendimientos que, aun cuando individualmente pudieran derivar de actuaciones desarrolladas a lo largo de un período que cumpliera los requisitos anteriormente indicados, procedan del ejercicio de una actividad económica que de forma regular o habitual obtenga este tipo de rendimientos».

3. Impuesto sobre el Valor Añadido

1345	a.	Naturaleza del impuesto y hecho imponible	1346
	b.	Lugar de realización de la prestación de servicios	1358
	c.	Devengo del impuesto	1360
	d.	Base imponible	1362
	e.	Tipo impositivo	1364
	f.	Repercusión, deducciones y devoluciones	1365
	g.	El IVA en la tasación de costas	1378

a. Naturaleza del impuesto y hecho imponible

1346	Naturaleza y hecho imponible	1347
	Supuestos de no sujeción	1350
	Aportaciones no dinerarias y autoconsumos	1352
	Exenciones: especial referencia a la transmisión del despacho profesional	1353

1347 Naturaleza y hecho imponible.

El IVA es un tributo de **naturaleza indirecta** (lo que significa que recae sobre el consumo y que puede trasladarse su gravamen a otros obligados) y que grava las siguientes **operaciones**:

- **entregas de bienes y prestaciones de servicios** efectuadas por empresarios o profesionales;
- **adquisiciones intracomunitarias** de bienes; e
- **importaciones** de bienes.

1348 El **ámbito de aplicación** del IVA es la península e Islas Baleares, mientras que Canarias y Ceuta y Melilla no son territorios de aplicación del impuesto.

De las diferentes operaciones gravadas nos centraremos en las **prestaciones de servicios** por ser las que afectan a la actividad de la **abogacía**.

De este modo, estarán **sujetas al IVA** las prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto (península e Islas Baleares) por profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad profesional y ello tanto si se realiza la actividad profesional como abogado persona física como si la actividad se presta a través de sociedades civiles, comunidades de bienes o sociedades mercantiles.

1349 En lo que afecta a la actividad de los abogados, se entenderán **realizadas en el desarrollo de la actividad** profesional:

- prestaciones de **servicios** efectuadas por las **sociedades mercantiles** que prestan el servicio jurídico; y
- transmisiones** o cesiones de uso a terceros de la totalidad o parte de cualesquiera de los bienes o derechos que integren el **patrimonio profesional** de los sujetos pasivos, incluso las efectuadas con ocasión del cese en el ejercicio de las actividades económicas que determinan la sujeción al impuesto.

Por lo tanto, incluso en los supuestos de cese en la actividad de la abogacía, estaría sujeta al IVA la transmisión del mobiliario, equipo informático y cualquier otro bien afecto a la actividad. Esta sujeción al IVA se extendería a la transmisión de la cartera de clientes a cambio de precio.

En el ámbito del IVA tiene especial trascendencia la **transmisión del despacho profesional**. A ello nos referiremos más adelante.

Siguiendo el orden sistemático de la LIVA analizaremos los aspectos más relevantes de cada categoría, en lo que se refiere a la actividad de abogacía.

1350 Supuestos de no sujeción

Dentro de este apartado sobre el hecho imponible hay que resaltar los supuestos de no sujeción, es decir, aquellos casos en los que se entiende que no se llega a realizar el hecho imponible y, en consecuencia, **no hay sujeción** al impuesto:

1. En la **transmisión del despacho profesional** del abogado en los términos de LIVA art.7.1 que habla de la «transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios (...)».

Si bien la transmisión del despacho profesional es una operación no sujeta a IVA no ocurre así con la **transmisión del inmueble donde se realiza la actividad**. En este sentido hay que considerar lo dispuesto en LIVA art.4.cuatro que dispone que «Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando estén exentos del impuesto, salvo en los casos en que el sujeto pasivo renuncie a la exención en las circunstancias y con las condiciones recogidas en el artículo 20.Dos».

Esto significa que la transmisión de un inmueble afecto a la actividad del abogado será una **operación sujeta a IVA** pero **exenta** de acuerdo con lo dispuesto en LIVA art.20.Uno.22 que declara exentas del IVA las **segundas o ulteriores transmisiones** de edificaciones. Por lo tanto, la transmisión del inmueble estará sujeta a IVA pero exenta pasando a tributar por el ITP y AJD.

Por tanto, parece claro que cuando se produzca la transmisión de la totalidad de un despacho profesional y se cumplan los requisitos que exige LIVA art.7.1, la transmisión estará no sujeta a este impuesto, con la consiguiente sujeción al ITP y AJD de la transmisión del inmueble donde se desarrolla la actividad profesional.

1351 2. Transmisión **mortis causa** de la totalidad o parte del patrimonio profesional del abogado. Esta operación quedará sujeta al ISD.

3. Prestaciones de servicios que sean obligatorias para el abogado en virtud de normas jurídicas o convenios colectivos, como sería el caso del **turno de oficio** y de la asistencia letrada al detenido (LIVA art.7.10).

4. Servicios prestados por el abogado persona física en régimen de **dependencia**, derivados de **relaciones administrativas** (es decir, abogados que sean funcionarios públicos y trabajen dentro de la Administración) o laborales (se refiere a servicios prestados por abogados que trabajan por cuenta ajena para una empresa en régimen de dependencia laboral) (LIVA art.7.5).

En todos estos casos, la retribución de la entrega efectuada o de los servicios prestados no se verá incrementada con la repercusión del IVA.

1352 Aportaciones no dinerarias y autoconsumos

Aunque hemos señalado que la actividad profesional de abogado se corresponde con el hecho imponible del IVA prestación de servicios, también hay algún supuesto que se califica como de **entrega de bienes**. Aparte de las ya citadas transmisión total o parcial (esta última solo cuando es por causa de muerte) del patrimonio profesional, se consideran entregas de bienes las **aportaciones no dinerarias** efectuadas por los abogados de elementos de su patrimonio profesional a **sociedades** o comunidades de bienes.

Asimismo, se entiende que son **operaciones asimiladas** a las entregas de bienes el denominado autoconsumo (o consumo para uso propio), en los siguientes **supuestos**:

- transferencia efectuada por el abogado de bienes corporales de su **patrimonio profesional** a su patrimonio **personal** o al consumo particular;
- transmisión del **poder de disposición** sobre bienes corporales que integren el patrimonio profesional del abogado;
- **cambio de afectación** de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de su actividad profesional.

1353 Exenciones: especial referencia a la transmisión del despacho profesional

En el ámbito de las exenciones y para terminar este recorrido por el hecho imponible del IVA merece la pena destacar las siguientes exenciones (LIVA art.20 y 54.4).

1354 Las segundas o ulteriores entregas de edificaciones

(LIVA art.20.uno.22)

Esta exención se aplicaría a la transmisión del inmueble en el que se sitúa el despacho profesional, de tal forma que al estar la operación exenta del IVA pasaría a tributar su transmisión por el ITP y AJD.

Sin embargo, esta exención puede ser objeto de renuncia en los términos recogidos en LIVA art.20.Dos según el cual estarán exentas «Las segundas y posteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación».

No obstante estar exentas del IVA estas operaciones, en LIVA art.20.dos **se permite la renuncia a la exención**, estableciéndolo en los siguientes términos:

«Dos. Las exenciones relativas a los números 20.º y 22.º del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y se le atribuya el derecho a efectuar la deducción total o parcial del Impuesto soportado al realizar la adquisición o, cuando no cumpliéndose lo anterior, en función de su destino previsible, los bienes adquiridos vayan a ser utilizados, total o parcialmente, en la realización de operaciones, que originen el derecho a la deducción.»

1355 Por otra parte, en RIVA art.8 los **términos de la renuncia** a la exención se precisan de la siguiente forma:

«1. La renuncia a las exenciones reguladas en los números 20º y 22º del apartado uno del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, deberá comunicarse fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes.

La renuncia se practicará por cada operación realizada por el sujeto pasivo y, en todo caso, deberá justificarse con una declaración suscrita por el adquirente, en la que este haga constar su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total o parcial del Impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles o, en otro caso, que el destino previsible para el que vayan a ser utilizados los bienes adquiridos le habilita para el ejercicio del derecho a la deducción, total o parcialmente.

2. A efectos de lo dispuesto en la letra A) del número 22º del apartado uno del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, se aplicarán los criterios sobre definición de rehabilitación contenidos en la letra B) del citado número 22º.»

1356 A la vista del precepto se observa que básicamente existen **dos requisitos formales**:

a) El **primero** atañe al **sujeto que ha de formular la renuncia**, esto es, al sujeto pasivo, y consiste en realizar una comunicación fehaciente al adquirente, previa o simultánea a la entrega de los bienes, informándole de que se renuncia a la exención del IVA, lo que implícitamente conlleva la correspondiente tributación por este impuesto.

b) El **segundo** afecta al destinatario de la operación, quien queda **obligado a informar** a su vez al sujeto pasivo de que procede la repercusión del impuesto, en cuanto que tal operación se realiza a favor de otro sujeto pasivo con derecho a la deducción total o parcial del IVA soportado.

Para que la renuncia a la exención surta plenos efectos es requisito imprescindible que el sujeto pasivo comunique al adquirente de forma «fehaciente» dicha renuncia, bien de modo simultáneo o bien con carácter previo a la entrega del inmueble. Si no constara de algún modo que se ha efectuado la renuncia a la exención procedería la tributación por el ITP y AJD.

1357 **Importaciones de objetos destinados a servir de prueba o para fines similares ante juzgados, tribunales u otras instancias oficiales del Reino de España**

Están exentas del impuesto las importaciones de dichos bienes (LIVA art.52.4).

b. Lugar de realización de la prestación de servicios

1358 Para determinar el lugar de realización del hecho imponible, en nuestro caso, la prestación del servicio de abogacía, hay que tomar en cuenta una **regla general** y otra de aplicación especial.

Según la primera, se entiende realizado en territorio de aplicación del impuesto y, por tanto, devengará IVA, el servicio prestado por aquellos **abogados**, personas físicas o jurídicas, cuya **sede de actividad** profesional esté situado en dicho **territorio** (LIVA art.69.uno).

No obstante lo anterior, dicha regla general se quiebra en algunas ocasiones, para las que rige la siguiente **regla especial**:

- **servicios de asesoramiento**, auditoría, ingeniería, gabinete de estudios, abogacía, consultores, expertos contables o fiscales y otros similares se consideran prestados en el territorio de aplicación del impuesto solo si el **destinatario**

de los mismos **no tiene la condición de empresario** o profesional (o sea, que el cliente sea un particular) y esté establecido o tenga su residencia habitual o domicilio en la Unión Europea, Canarias, Ceuta o Melilla o cuando no resulte posible determinar su domicilio (LIVA art.70. uno.5.A.b);

- Los mismos servicios enumerados anteriormente se entienden prestados fuera del territorio de aplicación del impuesto (y, por tanto, no devengan IVA), cuando el **destinatario** sea un **empresario** o profesional establecido en algún país de la UE, o cualquier persona (tenga o no la condición de empresario o profesional), pero esté establecida fuera de la UE, con excepción de Canarias, Ceuta y Melilla.

Este régimen es lo que, en terminología del IVA, da lugar a lo que se conoce como inversión del sujeto pasivo que determina que, en algunas ocasiones, actúe como sujeto pasivo no el agente, sino el destinatario de la operación.

1359

Ejemplo

Se emitirá factura con IVA por los servicios prestados por un abogado español a un particular domiciliado en cualquier país de la UE; en cambio no lleva IVA el servicio prestado por un abogado español a cualquier sujeto (particular o empresa) establecido extramuros de la UE.

De la misma forma, un abogado español que preste sus servicios para una empresa española es sujeto pasivo del IVA. En cambio, si el abogado es italiano, residente en Italia, el sujeto pasivo será la empresa destinataria de los servicios profesionales, esto es, la empresa española, que deberá autorrepercutirse el impuesto (inversión del sujeto pasivo), expidiendo la correspondiente factura.

c. Devengo del impuesto

1360 En cuanto al devengo, se dispone que en las **prestaciones de servicios** el impuesto se devenga **cuando se presten**, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas (LIVA art.75.uno.2).

La aplicación de esta regla a la actividad desarrollada por abogados y procuradores significa que el IVA se devengará cuando termine la realización de los servicios encomendados, esto es, cuando concluya el asunto encargado por el cliente al profesional. De ahí que la DGT en su respuesta de 30 julio 1998 haya puntualizado que la simple emisión de la minuta de honorarios no determina el devengo.

1361 En esta materia se plantean dudas acerca de dos supuestos bastante habituales: los **pagos anticipados** y las **provisiones de fondos**. Son ambos supuestos muy similares, cuya diferencia explicaremos al hablar de la base imponible. En este momento baste con señalar lo que al respecto ha indicado la DGT, la cual establece que, en los servicios de procuradores y abogados, el IVA se devenga cuando concluya la realización de los mismos salvo si el cliente efectúa pagos anticipados, los cuales producirán el devengo cuando efectivamente se perciban (DGT 30-6-96).

En realidad, no hace otra cosa la DGT que aplicar al caso concreto la previsión legal contenida en LIVA art.75.dos , donde se precisa que, no obstante lo previsto en el primer apartado del precepto, «en las prestaciones de servicios en las que el destinatario sea el sujeto pasivo del Impuesto conforme a lo previsto en los números 2º y 3º del apartado Uno del artículo 84 de esta Ley, que se lleven a cabo de forma continuada durante un plazo superior a un año y que no den lugar a pagos anticipados durante dicho período, el devengo del Impuesto se producirá a 31 de diciembre de cada año por la parte proporcional correspondiente al período transcurrido desde el inicio de la operación o desde el anterior devengo hasta la citada fecha, en tanto no se ponga fin a dichas prestaciones de servicios».

En resumen podemos decir que, aunque la regla general es que el IVA de los abogados no se devenga hasta que se pueda entender concluida la prestación del servicio encomendado (y, en consecuencia, hasta entonces, si hay minutas van sin IVA), en el caso de que se haya producido un **anticipo de fondos** (provisión), el pago anticipado determina el devengo del IVA por la parte correspondiente a dichos fondos anticipados.

d. Base imponible

1362 Se dispone como regla general que la base imponible del IVA está constituida por el **importe total** de la contraprestación de las operaciones sujetas, procedente del destinatario o de terceras personas (LIVA art.78).

En relación con la actividad profesional de los abogados conviene puntualizar una serie de **partidas que no se incluyen** en la base imponible:

1. Los **suplidos**, o sumas pagadas en nombre y por cuenta del cliente, en virtud de mandato del mismo. En este sentido, el abogado tiene que justificar la cuantía efectiva de los suplidos y no puede deducir el IVA que los haya gravado. Más detalladamente, la consulta DGT 24-6-1987 especifica que, si bien la base imponible de las prestaciones de servicios efectuadas por abogados y procuradores estará constituida por el importe total de

la prestación, incluyendo gastos y cualquier crédito efectivo a favor de estos profesionales, derivados tanto de la prestación principal como de las accesorias, no formarán parte de la base imponible los suplidos cuando cumplan los siguientes **requisitos**:

a) Tienen que ser **sumas pagadas en nombre y por cuenta del cliente** (por ejemplo, gastos de notaría, registro, etc.).

b) El pago de las mismas ha de haberse efectuado en virtud de un **mandato expreso** del cliente (mandato que puede probarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, según se precisa en DGT 1-9-86).

c) Los pagos deben estar **contabilizados** en el libro registro, obligatorio para los abogados, de suplidos y provisiones.

2. Las **provisiones de fondos** tienen un tratamiento distinto, en función de cual sea su destino: si este es retribuir, con carácter de pago a cuenta, una prestación de servicios profesionales, debe considerarse como un pago anticipado de la minuta de honorarios y, según hemos visto al hablar del devengo del impuesto, quedará sujeto a IVA. En cambio, si la provisión de fondos tiene por finalidad el pago de gastos en nombre y por cuenta del cliente (suplidos) no forman parte de la base imponible (DGT 30-12-98).

3. Los **descuentos y bonificaciones** que se justifiquen por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y que se concedan previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella.

4. Las **indemnizaciones** que no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas.

1363 Para **concluir** estas prescripciones sobre la base imponible del IVA en relación con la actividad de los abogados, solo resta precisar la regla prevista para **supuestos de vinculación**, es decir, cuando entre el abogado y su cliente exista vinculación (económica, laboral o personal), la base imponible no podrá ser inferior al valor normal de mercado (LIVA art.79.cinco).

Hay **vinculación** en los siguientes supuestos:

a) Cuando una de las partes intervinientes sea un sujeto pasivo del IS, o un contribuyente del IRPF o del IRNR.

b) En operaciones entre personas ligadas por relaciones de carácter laboral o administrativo.

c) En operaciones realizadas entre el abogado y su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive.

e. Tipo impositivo

1364 Para la actividad de abogado el tipo de gravamen en el IVA es el general del **21%**.

f. Repercusión, deducciones y devoluciones

1365 Las tres características de este enunciado configuran el perfil propio del IVA.

1366 Repercusión

Se dispone que los sujetos pasivos deben repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando este obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a la ley (LIVA art.88).

En el supuesto de la actividad de abogados, la repercusión se produce con la emisión de la correspondiente **factura al cliente**, habiendo de consignarse de forma separada la base imponible, el tipo de gravamen y la cuota repercutida.

Se pierde el derecho a la repercusión cuando haya **transcurrido un año** desde el devengo (la finalización de los servicios) sin que se hubiera producido la repercusión (LIVA art.88.cuatro)

En el caso de que el importe de las cuotas se hubiera determinado incorrectamente o que hubieran sobrevenido circunstancias que modificaran la base imponible, es posible la **rectificación de las cuotas** repercutidas (LIVA art.89), dentro del **plazo máximo** de **cuatro años** a partir del devengo de las cuotas inicialmente devengadas.

Desde el año 1994, se admite la posibilidad de recuperar el IVA repercutido a un cliente cuando hubiera declaración judicial de concurso o en los demás casos en que los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas fueran total o parcialmente incobrables (LIVA art.80 y RIVA art.24).

1367 Deducciones

Se otorga el derecho a la deducción a aquellos sujetos pasivos del impuesto que tengan la condición de empresarios o profesionales y hayan **iniciado** la realización habitual de sus entregas o servicios (LIVA art.93).

No obstante, también son deducibles, bajo ciertas condiciones, las cuotas soportadas antes del comienzo de la actividad, cuando se acredite, por medios objetivos, la intención de **utilizar los bienes y servicios** adquiridos en la realización de la que será la **actividad habitual** del sujeto pasivo.

El Capítulo I del Título VIII de la LIVA tiene 23 artículos. Concretamente, este capítulo I comprende los art.92 a 114, en los que se regulan aspectos tan diversos como los requisitos subjetivos de la deducción, las cuotas deducibles, operaciones cuya realización da derecho a la deducción, las limitaciones, exclusiones y restricciones al derecho a deducir, requisitos formales de la deducción, cuándo nace y cuándo y cómo se puede ejercitar el derecho a la deducción y cuándo se produce la caducidad del derecho. Todos estos aspectos (y otros muchos que hemos omitido citar pero que se regulan en el citado Capítulo I) están sujetos a infinidad de **requisitos** cuyo incumplimiento puede originar la improcedencia de la deducción del IVA soportado.

- 1368 El IVA soportado deducible puede ser incluso corresponder a un **período anterior al inicio de la actividad**. El derecho a la deducción del IVA soportado antes del inicio de la actividad aparece claramente regulado en LIVA art.111, cuya redacción ha permanecido invariable desde la última modificación introducida en este artículo por la L 14/2000 que vino motivada por la conocida sentencia TJCE 21-3-00, Asuntos acumulados Gabalfrisa y otros C-110/98 a C-147/98.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene establecido en diversas sentencias que el derecho a la deducción de las cuotas del IVA soportadas tiene por objeto liberar completamente al empresario o profesional del peso del IVA soportado en el marco de sus actividades económicas, por lo cual debe poder ejercitarse inmediatamente, pues lo contrario podría suponer una carga financiera para el empresario no compatible con la Sexta Directa del IVA, ya que esta es la única forma de alcanzar la total **neutralidad** con respecto a la **carga fiscal** de referidas actividades, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas.

- 1369 A partir de la citada sentencia del TJCE 21-3-00 origen de la actual redacción del LIVA art.111, fue necesario rectificar la restrictiva dicción entonces existente del citado artículo. Ello, originariamente, se efectuó por medio de la DGT Resol 11-10-00 relativa al ejercicio del derecho a la deducción de las cuotas del IVA soportadas por los empresarios o profesionales con anterioridad a la realización por los mismos de las entregas de bienes y/o prestaciones de servicios que constituyen el objeto de su actividad empresarial o profesional.

Y, posteriormente, a través de la nueva redacción dada a dicho LIVA art.111 por la L 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, anteriormente reproducido, que pasó a disponer que **quienes no viniesen desarrollando** con anterioridad **actividades empresariales** o profesionales, y adquieran la condición de empresario o profesional por efectuar adquisiciones o importaciones de bienes o servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos a la realización de actividades de tal naturaleza, **pueden deducir** las cuotas que, con ocasión de dichas operaciones, soporten o satisfagan antes del momento en que inicien la realización habitual de las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a dichas actividades, añadiéndose que este régimen es igualmente aplicable a quienes, teniendo ya la condición de empresario o profesional por venir realizando actividades de tal naturaleza, inicien una nueva actividad económica que constituya un sector diferenciado respecto de las actividades que venían desarrollando con antelación.

- 1370 Estas deducciones se practicarán aplicando el **porcentaje** que proponga el empresario o profesional a la Administración, salvo en el caso de que esta última fije uno diferente en atención a las características de las correspondientes actividades empresariales o profesionales, siendo las mismas provisionales, al estar sujetas a las regularizaciones previstas en LIVA art.112 y 113, tal como se recuerda en DGT CV 15-7-05.

Por lo tanto, la vigente regulación distingue **dos fases de actividad económica**:

- una que se inicia con las adquisiciones de bienes y servicios para utilizarlos en dicha actividad; y
- otra que empieza con la realización efectiva de las operaciones sujetas al impuesto.

Hay una **fase preparatoria** y otra de **ejecución**, pero las dos integran la actividad empresarial sin solución de continuidad.

- 1371 La actividad económica **se considera iniciada** desde el momento en que se realizan las adquisiciones de bienes y servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos al desarrollo de dicha actividad. La actividad comienza con los **actos preparatorios** y su realización confiere a quien los efectúa la condición de empresario o profesional.

Por lo tanto, será deducible el IVA soportado por un abogado que adquiere bienes que destinará a su actividad profesional futura tales como el **inmueble y bienes de equipo**.

No obstante, se establecen unas limitaciones al derecho a deducir (LIVA art.95), de tal forma que no se podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que no afecten, directa y exclusivamente, a su actividad empresarial o profesional.

No se entenderán afectos directa y exclusivamente a la actividad empresarial o profesional, entre otros:

- bienes que se destinen habitualmente a dicha actividad y a **otras de naturaleza no empresarial** ni profesional por períodos de tiempo alternativos;
- bienes o servicios que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales o profesionales y para **necesidades privadas**;
- bienes o derechos que **no figuren en la contabilidad** o registros oficiales de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo;
- bienes y derechos adquiridos por el sujeto pasivo que **no se integren en su patrimonio empresarial** o profesional; y
- bienes destinados a ser utilizados en la **satisfacción de necesidades personales** o particulares de los empresarios o profesionales, de sus familiares o del personal dependiente de los mismos, con excepción de los destinados al alojamiento gratuito en los locales o instalaciones de la empresa del personal encargado de la vigilancia y seguridad de los mismos, y a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad.

1372 Debemos hacer una especial mención a los vehículos **automóviles de turismo** y sus remolques, ciclomotores y motocicletas, que se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50%.

Este porcentaje del 50% será deducible de forma automática sin restricción alguna, tanto en la adquisición del vehículo como en los **gastos relacionados** con el mismo como lo son:

- accesorios y **piezas de recambio** para los mencionados bienes;
- combustibles, **carburantes**, lubricantes y productos energéticos necesarios para su funcionamiento;
- servicios de **aparcamiento** y utilización de vías de peaje; y
- rehabilitación, renovación y **reparación** de los mismos.

1373 **Se aparta** de este modo la **normativa del IVA** de la del IRPF y del IS en la que se exige una afectación exclusiva para que proceda la deducción del gasto (amortización).

El **grado de utilización** en el desarrollo de la actividad deberá acreditarse por el sujeto pasivo por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Por tanto, si el abogado que adquiere el vehículo deduce únicamente el 50% por no acreditar mayor utilización, no podrá amortizar el mismo ni en el IRPF ni en el IS al no estar exclusivamente afecto a la actividad.

Para la sentencia TSJ Castilla-La Mancha 7-5-14, EDJ 77479 en el supuesto de vehículos **se admite la deducción del 50%** del IVA soportado en la adquisición de vehículo por la presunción legal de afectación en un 50%. Entiende que procede la estimación parcial de la pretensión por aplicación de la regla 2ª de LIVA art.95.tres . El precepto aludido establece la «**presunción de afectación** a la actividad», por lo tanto no exige al propietario acreditar que está afecto; la ley lo presume; correspondía por tanto a la Administración Tributaria acreditar que no lo estaba en absoluto. A ello hay que añadir, como bien dice en este caso el actor, la actividad empresarial que desarrollaba y la tenencia de dos centros de venta en distintas localidades, que justifican más si cabe esta petición. Pero por la misma razón, no por ello puede atenderse la deducibilidad del total importe indicado, pues tampoco justifica el recurrente la dedicación exclusiva de uno de los dos vehículos a la actividad. **En definitiva, es preciso justificar para deducir el 100% y no es preciso hacerlo para deducir el 50%.**

1374 **Otra limitación al derecho a deducir** la encontramos en LIVA art.96 que dispone que no serán deducibles las cuotas de IVA soportadas en bienes o servicios destinados a «**atenciones a clientes**, asalariados o a terceras personas». No tendrán esta consideración los servicios de desplazamiento o viajes, hostelería y restauración, salvo que el importe de los mismos tuviera la consideración de gasto fiscalmente deducible a efectos del IRPF o del IS.

Las **consultas** planteadas a la Dirección General de Tributos han sido muy abundantes, pudiendo extraerse las siguientes **conclusiones**:

1. Son **deducibles** las cuotas de IVA soportadas en **comidas de trabajo** que se celebran entre miembros de la empresa y clientes, así como las soportadas por servicios de hoteles y restaurantes correspondientes a comidas y alojamientos fuera del municipio donde la sociedad tiene su sede al estar el representante de la empresa en viaje de negocios, sin que tales gastos tengan la consideración de atenciones a clientes (DGT 19-12-01).

En la citada resolución se dispone que la exclusión del derecho a deducir para los servicios de hostelería y restauración no resulta aplicable a las cuotas soportadas por los **servicios de restaurante** correspondientes a una comida que tiene por objeto el **cierre de una operación comercial** a la que asiste uno de los socios (agente comercial de la sociedad) y representantes de una empresa cliente, ni tampoco a las cuotas soportadas por los servicios de hotel y restaurante correspondientes a comidas y alojamientos que el citado socio tiene que efectuar fuera del municipio donde la sociedad tiene su sede, por estar realizando un viaje por necesidades de la actividad que desarrolla la

Sociedad (visitas a clientes), dado que, al tener **correlación con los ingresos**, el importe de los servicios citados tiene para la entidad la consideración de gasto fiscalmente **deducible** a efectos del **IRPF**.

Tampoco es aplicable respecto de las referidas cuotas del IVA soportadas, la exclusión del derecho a deducir prevista para las cuotas soportadas por la adquisición de bienes o servicios destinados a atenciones a clientes, asalariados o a terceras personas, pues los citados servicios de hotel y restaurante no son destinados por dicha sociedad a tal fin.

- 1375 **2.** Para que sean deducibles los gastos de **desplazamiento, manutención y estancia** deben venir motivados por la realización de la actividad y tener como finalidad la obtención de unos ingresos (DGT 7-2-00 ; 6-10-00 ; 3-11-00 ; y 4-12-01).

En la medida en que los gastos de desplazamiento sean deducibles a efectos de determinar el rendimiento de su actividad en el IRPF o en IS, las cuotas del IVA soportadas relativas a los mismos serían deducibles.

En relación con los gastos de manutención y estancia, darán lugar a cuotas soportadas deducibles cuando se hayan producido como consecuencia de un desplazamiento, o viaje y siempre que se considere como gasto deducible a efectos del IRPF o IS. Su deducibilidad solo será posible si tales **gastos** vienen **motivados por el ejercicio de la actividad** y tienen como finalidad la obtención de ingresos mediante una **relación directa causa-efecto** entre el gasto y el ingreso.

Los gastos tendrán que justificarse de acuerdo con el reglamento por el que se regula el deber de expedir y entregar **factura** que incumbe a los empresarios y profesionales. La **prueba** de la realidad del gasto y del desplazamiento, así como su realización en el marco de una actividad empresarial, se podrá realizar por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

- 3.** Son deducibles del IS los gastos de **celebración del aniversario** de una **empresa** que incluyen gastos de viaje, regalos conmemorativos y comidas al personal de la empresa (TEAC 10-9-97).

Los gastos de restaurante que corresponden a gastos por la celebración del 50 aniversario de la empresa, son deducibles ya que el Tribunal Regional admitió efectivamente la celebración del citado aniversario, aceptando incluso como deducibles los gastos de viaje y los regalos efectuados como consecuencia de tal acontecimiento. Por ello, y habiendo admitido también la Administración la existencia del citado gasto, es lógico incluir también con motivo de la citada conmemoración las comidas al personal de la empresa.

- 1376 **4.** No es deducible el IVA soportado por la prestación de un **servicio de transporte** que una empresa presta a otra para trasladar (sin coste para los trabajadores) a sus empleados desde el domicilio de estos hasta el centro de trabajo (DGT 18-3-98).

- 5.** No son deducibles los gastos de **relaciones públicas** consistentes en comidas en restaurantes, regalos, abonos de gastos federativos y gastos de desplazamientos y manutención a personas que no mantienen relación laboral ni profesional con la empresa (TEAC 14-1-00).

En este caso el TEAC considera que no tienen carácter necesario para la obtención de los ingresos, aun cuando puedan ser convenientes para el funcionamiento de la empresa. Por tanto se califican como **liberalidades**, siendo su deducción improcedente.

- 1377 En cuanto al criterio manifestado por los **tribunales jurisdiccionales** podemos destacar los siguientes **pronunciamientos**:

- 1.** Son deducibles los gastos correspondientes a **atenciones a clientes** consistentes en gastos en hoteles y comidas (TS 1-10-97, EDJ 59430).

Del LIS art.14 se desprende que son gastos necesarios para la obtención de los ingresos: 1º) los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores; 2º) los gastos que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa; 3º) los gastos realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes o la prestación de servicios, y 4º) los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos.

Se analizan en la sentencia los gastos en hoteles y comidas que se justifican documentalmente. En el debe de la **cuenta de pérdidas y ganancias** aparece una cuenta denominada **gastos de ventas** que incluye muy diversas partidas y entre ellas la llamada relaciones públicas; partida que viene a reflejar los gastos, en que va incurriendo la sociedad a lo largo del ejercicio, en atenciones a clientes, consistentes, fundamentalmente, en pagar comidas y estancias en hoteles de los citados clientes, y todo ello como consecuencia, claro está de las relaciones comerciales y empresariales. Gastos que la sociedad justifica aportando facturas y documentos análogos.

Tal y como se expone en TS 25-1-95, EDJ 695 , una cuestión de **prueba** que incumbe a la recurrente acreditar la realidad de tales gastos así como su naturaleza. Mas desde el momento en que la Administración tiene reconocida la existencia real y destino concreto que se dio a aquellos gastos, tanto en el acta de la Inspección como en su informe complementario, es evidente que en el presente caso puede prescindirse de la exigencia de aquella actividad probatoria y, por propio reconocimiento de la demandada, aceptar su realidad. De esta manera, sí cabe entender

como gastos necesarios para la obtención de los ingresos las atenciones a clientes que consistieron en pagar comidas de estos y su estancia en hoteles.

2. Son deducibles los gastos por **relaciones públicas** con clientes o proveedores tales como gastos de comidas con clientes y compra de lotería de la Cruz Roja (TSJ Valencia 2-7-01, EDJ 68098).

3. No son deducibles los gastos por **atenciones a futuros clientes** o para la captación de los mismos, consistentes en invitaciones a comidas, etc., distintos de los gastos de promoción, publicidad o propaganda del producto (AN 6-7-00, EDJ 25507 ; 14-3-00, EDJ 4447).

La Audiencia Nacional interpreta en este caso que el **gasto** puede tener carácter **conveniente**, derivado del uso social, pero que **no es necesario** para la obtención de los ingresos.

En el **concepto** de «**gasto necesario**» subyace una fundamentación finalista del mismo, ligada al concepto de partida deducible, y, por tanto, al de coste en la obtención de ingresos.

En consecuencia, los gastos causados por el sujeto pasivo del Impuesto, constituidos por atenciones a clientes o para captación de los mismos, «**obsequios**» según la actora, tales como regalos, cestas de Navidad, invitaciones o análogos, distintos de los gastos de promoción, publicidad o de propaganda del producto en la apertura o prospección de nuevos mercados, **no tienen esa consideración** de «necesarios», como declara la jurisprudencia, al tratarse de gastos «convenientes», que derivan más de un uso social, cuyo fundamento es distinto al propio de «gasto necesario» fiscal.

4. No son deducibles las cuotas de IVA repercutidas a una empresa por el servicio de desplazamiento **o transporte de sus empleados** al centro del trabajo desde su domicilio y de regreso a este (TS 17-2-01).

g. El IVA en la tasación de costas

1378 En los últimos años ha existido una cierta polémica acerca de la si la **condena en costas** debe abarcar o no el importe del IVA repercutido por el abogado y procurador de la parte acreedora de las costas a su cliente.

Efectivamente, la prestación de servicios de abogado supone una actividad económica sujeta y no exenta de IVA, de tal manera que en cualquier pleito los abogados de las partes facturan sus honorarios consignando de forma separada la contraprestación por los servicios prestados y el impuesto repercutido al tipo de gravamen correspondiente.

En caso de que exista condena en costas, la duda gira en torno a si dichas costas incluyen los honorarios en estricto sentido o si, además, deben comprender el impuesto que conllevan.

1379 La **interpretación administrativa** se plasmó en DGT 9-3-05 , según la cual el pago de las costas judiciales constituye una **indemnización** por los gastos en que se hubiera incurrido en el procedimiento judicial. En consecuencia, la parte acreedora de las costas no realiza ninguna entrega de bienes ni prestación de servicios sujeta al IVA, por lo que la parte condenada en costas no tiene que pagar dicho impuesto. Todo ello sin perjuicio de que las **minutas** que el letrado y el procurador han pasado a sus respectivos clientes (tanto al que luego resulta ser acreedor de las costas por haber ganado el pleito, como al condenado en costas), deban reflejar el impuesto, de conformidad con la legislación vigente.

En fechas muy recientes la DGT reiteró esta doctrina si bien añadiendo alguna otra cuestión relativa a la deducibilidad de estas costas. Se afirma que las costas tasadas en un procedimiento judicial no están sujetas a IVA dado su carácter indemnizatorio. Por este motivo, no procede que la parte vencedora repercuta IVA a la condenada en costas. No habiendo operación sujeta a tributación, no procede la **expedición de factura** a estos efectos, sin perjuicio de la expedición de cualquier otro documento con el que se justifique el cobro del importe correspondiente. **Sí estará sujeta a IVA** la prestación de servicios que haya realizado el abogado y procurador de la parte vencedora, con independencia del hecho de que sea precisamente el importe de tales servicios, en su caso, IVA incluido, el que haya de tenerse en cuenta para determinar las costas judiciales que habrá de satisfacerle la otra parte en el proceso. La indemnización, cuyo importe coincidirá con la tasación de costas aprobada por el órgano judicial (según la consultante, “base + IVA”), debe integrarse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del período impositivo en que es firme la sentencia que reconoce el derecho a su percepción, de acuerdo con los criterios contables (DGT CV 13-4-16).

1380 No obstante este claro criterio administrativo, la **jurisprudencia no es unánime** en el tratamiento jurídico de la cuestión, existiendo posturas opuestas según si resuelve un tribunal civil (los cuales están admitiendo sistemáticamente la inclusión del IVA de los abogados y procuradores en las costas judiciales), o un tribunal contencioso (en cuyo caso, se mantiene la postura administrativa que excluye el impuesto de las costas, remitiéndose en todo caso, a los tribunales económico-administrativos para la solución del problema).

Dentro del primer grupo de sentencias podemos citar, entre otras, la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, TS 28-5-07, EDJ 68124 ; auto 4-12-06, EDJ 326416 ; 20-9-06, EDJ 269914 ; AP Madrid 28-3-06, EDJ 68514 ; TS 7-6-06, EDJ 89261).

En todas ellas se argumenta **a favor de la inclusión** del IVA de los honorarios de abogado y procurador en la tasación de costas.

La sentencia TS 28-5-07, EDJ 68124 recoge la constante doctrina de la Sala de lo Civil que considera que debe incluirse en la tasación de costas el IVA de los **honorarios del abogado** y de los **derechos del procurador**, reiterada incluso después de haber sido publicada la Resolución ya citada DGT 9-3-05 . Se basa la Sala en el hecho de que el crédito nacido de la condena en costas a favor de la parte vencedora se traduce en el **reintegro** de unos gastos que esta ha tenido que soportar mediante el pago de unos servicios profesionales que devengan el impuesto de que se trata.

En el mismo sentido, el TS auto 4-12-06, EDJ 326416 considera que el IVA grava las costas y que es repercutible a quien haya de satisfacerlas. La Sala es favorable a incluir el IVA en la tasación por considerarlo como **gasto del proceso**, evitando de esta forma provocar la necesidad de una reclamación independiente fuera de él. Cita en apoyo de estos argumentos sentencias anteriores de la Sala de lo Civil TS 23-11-03, EDJ 152438 ; 9-12-04, EDJ 197296 o 27-4-06, EDJ 65249 .

El **argumento** que da, por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid a favor de la inclusión del IVA en las costas es que estas **no tienen carácter indemnizatorio**, ni por su naturaleza ni por su fundamento.

- 1381 La naturaleza de las costas es de **crédito de parte** repercutible a la contraria. Es una obligación legal derivada del CC art.1089 e impuesta por una sentencia, en función del resultado del pleito. Por tanto, son perfectamente distinguibles las costas y lo que constituye el pago de servicios profesionales. Lo que señala la sentencia de la Audiencia es que los honorarios, en cuanto pago de servicios, son por cuenta del cliente; sin embargo, en cuanto costas, son por cuenta del condenado, teniendo en cuenta a este respecto, las **normas de facturación** del colegio profesional correspondiente.

El **fundamento** de la **condena** en costas es el principio de **tutela judicial efectiva**, entendido en el sentido de que el vencedor de un pleito no obtendría la plena satisfacción que dicha tutela otorga, si no fuera reembolsado de los gastos en que se hubiera visto obligado a incurrir para acudir a un proceso que, finalmente, le da la razón y en el que, por tanto no tendría que haber participado.

En este sentido, si el **acreedor de las costas** ha pagado previamente a su abogado, el condenado en costas debe soportar la repercusión del IVA ya que de no hacerlo así supondría privar de la tutela judicial efectiva al acreedor, que no sería resarcido por uno de los conceptos que forman parte de la minuta de honorarios. En caso de que el acreedor de las costas todavía no hubiera pagado a su abogado, igualmente debe incluir el IVA en las costas, ya que la factura inevitablemente llevará ese IVA repercutido.

Un último argumento a favor de la inclusión del IVA en las costas alude al **principio de igualdad** y de prohibición de agravios comparativos, ya que en las condenas resarcitorias e indemnizatorias por daños materiales en accidentes de tráfico o defectos en la construcción, el condenado a resarcir el daño paga íntegramente, IVA incluido, la factura de reparación del vehículo o la del profesional que reparó los defectos de la construcción, y no hay razones objetivas para diferenciar el tratamiento en estos casos y en el de abogados y procuradores.

- 1382 Frente a este bloque jurisprudencial partidario de incluir el IVA de los honorarios de abogados y procuradores en las costas judiciales se encuentra la **interpretación contraria**: para la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no procede incluir en la tasación de costas la cantidad correspondiente al IVA de abogados y procuradores, y así lo ha expresado en TS autos 27-3-07, EDJ 34533 y EDJ 37777 ; 16-1-07, EDJ 18530 ; 12-1-06, EDJ 38658 .

En todos ellos, el Tribunal Supremo **desestima** la pretensión de que se incluya el IVA en la tasación de costas por considerar que estas solo alcanzan a lo que son en puridad los honorarios del letrado y derechos y suplidos de los procuradores. La cuestión de si procede o no la repercusión del IVA o las retenciones por IRPF entiende esta Sala que es ajena al fondo del asunto.

La contienda que pudiera surgir entre los sujetos implicados -el sujeto pasivo del impuesto y quien debe soportarlo por venir obligado al pago- es una cuestión que, a juicio de la sala contencioso-administrativa del Supremo, ha de ser resuelta por los tribunales económico-administrativos, a través del procedimiento pertinente.

SECCIÓN 4

Contabilidad del abogado

1410	1. Introducción	1412
	2. Libros de contabilidad obligatorios: el ciclo contable	1418
	3. Marco legal: Plan General de Contabilidad	1430
	4. Representación contable	1465
	a. Patrimonio empresarial	1465

b. Resultado empresarial	1472
5. Legalización y conservación de los libros contables	1490
6. Formulación y depósito de las Cuenta Anuales	1492
7. Obligaciones contables del/la abogado individual	1498

1. Introducción

1412 Se establece la obligación de todo empresario o profesional, ya sea persona física o jurídica, de **llevar una contabilidad** (CCom art.25).

Así, «todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios».

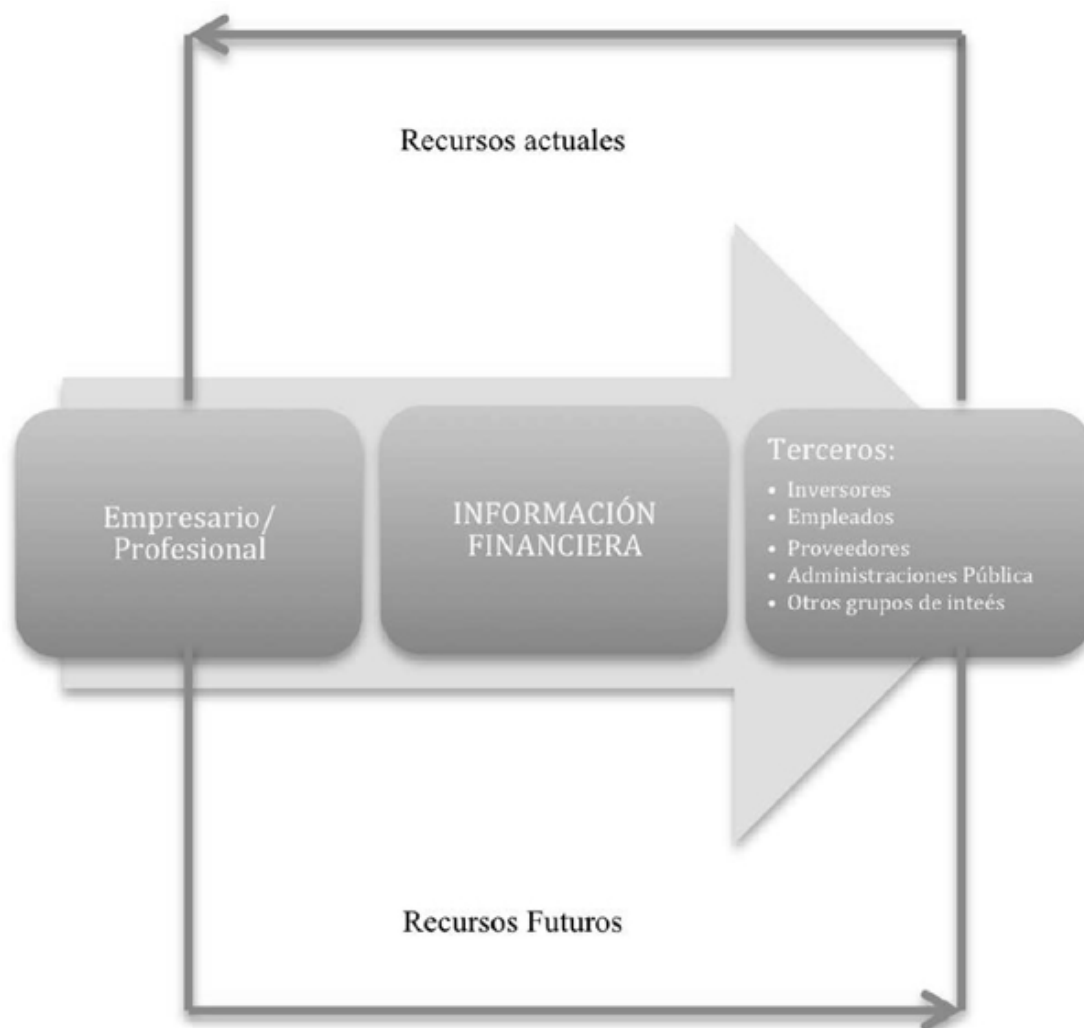
Para **reconocer la información** de sus negocios o vigilarla, señala el mismo artículo que «llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario».

1413 En consecuencia, se puede **definir la contabilidad** como un proceso de identificación, medición y comunicación de información para la adopción de decisiones económicas.

En este sentido, perseguirá **dos objetivos** fundamentales:

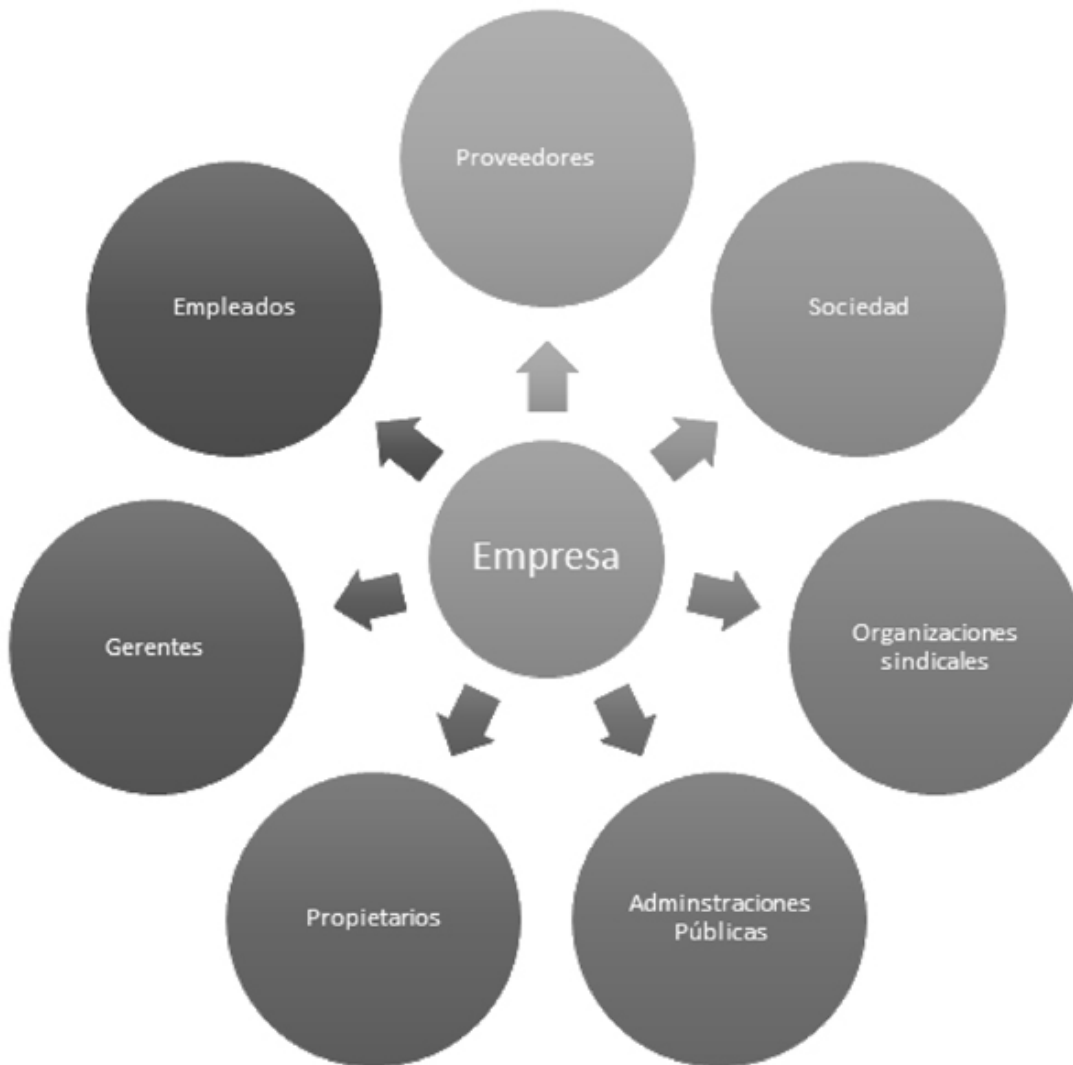
1. Ayudar a los usuarios de la información, tanto internos como externos, en su toma de decisiones.
2. Facilitar el intercambio de recursos entre el empresario y los grupos de interés que operan con él.

1414



Por ello, cuando hablamos de usuarios de la información financiera, tenemos en cuenta tanto a la propia empresa o al propio empresario/profesional (usuarios internos), como a inversores (actuales y potenciales), prestamistas,

proveedores comerciales o clientes del negocio, Administraciones Públicas, organizaciones sindicales, candidatos a un proceso de selección, etc. (usuarios externos).



1415 Se puede concluir, por lo tanto, que la **información financiera debe ser:**

- **relevante:** con capacidad suficiente para influir en las decisiones de sus usuarios; y
- **fiable:** libre de sesgos, neutral, de tal modo que ofrezca la imagen fiel de lo que ha ocurrido.

1416 De este modo, se podría **evaluar la capacidad del negocio** o la empresa para generar flujos de efectivo o de caja, de tal modo que el usuario pueda, por ejemplo, decidir si invierte o desinvierte en el negocio o la empresa, si concede un crédito y a qué condiciones, si puede vender productos o prestar servicios a crédito, si tiene un futuro laboral o si su tributación o contribución a la Hacienda Pública es ajustada.

2. Libros de contabilidad obligatorios: el ciclo contable

1418 En cumplimiento con lo establecido en CCom art.25 y 28 , las operaciones realizadas a lo largo del ejercicio se recogerán, cronológicamente, en el **Libro Diario**, mientras que en el **Libro de Inventarios y Cuentas Anuales** se ofrecerá información correspondiente a diferentes estados patrimoniales y resultados obtenidos. Concretamente, integrarán este Libro los siguientes **documentos:**

1. Balance o inventario inicial detallado.
2. Balances de comprobación de sumas y saldos trimestrales.
3. Inventario final del periodo, que reflejará los elementos que integran el patrimonio.
4. Cuentas anuales, conformadas por:
 - Balance;

- Cuenta de Pérdidas y Ganancias;
- Estado de cambios en el Patrimonio Neto;
- Estado de Flujos de Efectivo; y
- Memoria.

1419 Del contenido de ambos artículos, se desprenden **dos estados financieros básicos** y cuyos objetivos es necesario comprender antes de adentrarse en otros conceptos:

1. El **Balance de Situación**, que ofrecerá información sobre el patrimonio de la empresa o del negocio del empresario o profesional, sobre su riqueza. Es decir, sobre los bienes y derechos en los que se ha invertido y el modo en que se han financiado, bien sea a través de medios propios o a través de financiación ajena.
2. La **Cuenta de Pérdidas y Ganancias** (o cuenta de resultados), que dará información sobre la renta generada en el periodo o, lo que es lo mismo, de los ingresos y gastos de ese ejercicio determinado.

1420 Balance de Situación

Tres son los **elementos fundamentales** que integran el Balance de Situación para darnos información sobre el patrimonio de la empresa o negocio:

1. **Activos**, definidos como bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa o el empresario/profesional, resultantes de sucesos pasados, de los que se esperan obtener beneficios o rendimientos económicos en el futuro.
2. **Pasivos**, consistentes en obligaciones actuales como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción será necesario desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro.
3. **Patrimonio Neto**, integrado por las aportaciones realizadas por los propietarios o el titular del negocio en el momento de su constitución o puesta en marcha o en otros posteriores, así como los resultados acumulados y que no se han distribuido a terceros.

ACTIVO Lo que tengo	=	PASIVO Financiación ajena	+	PATRIMONIO NETO Capital + Resultados no distribuidos
-------------------------------	---	-------------------------------------	---	--

1421 Cuenta de pérdidas y ganancias (o cuenta de resultados)

Se deducen, por otra parte y sin problema aparente, **dos elementos** para obtener la **información** que resulta necesaria para analizar la cuenta de resultados:

1. **Ingresos: aumentos de patrimonio neto** durante el ejercicio que no procedan de aportaciones de los socios de la empresa o del titular del negocio y que den lugar a la entrada o un aumento de un activo, o disminución de pasivos.
2. **Gastos: disminución** de patrimonio neto en el ejercicio que no procedan de retiradas o distribuciones de propietarios o del titular del negocio y que provoquen una salida o disminución de valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de valor de los pasivos.

RESULTADO	=	INGRESOS	-	GASTOS
------------------	---	-----------------	---	---------------

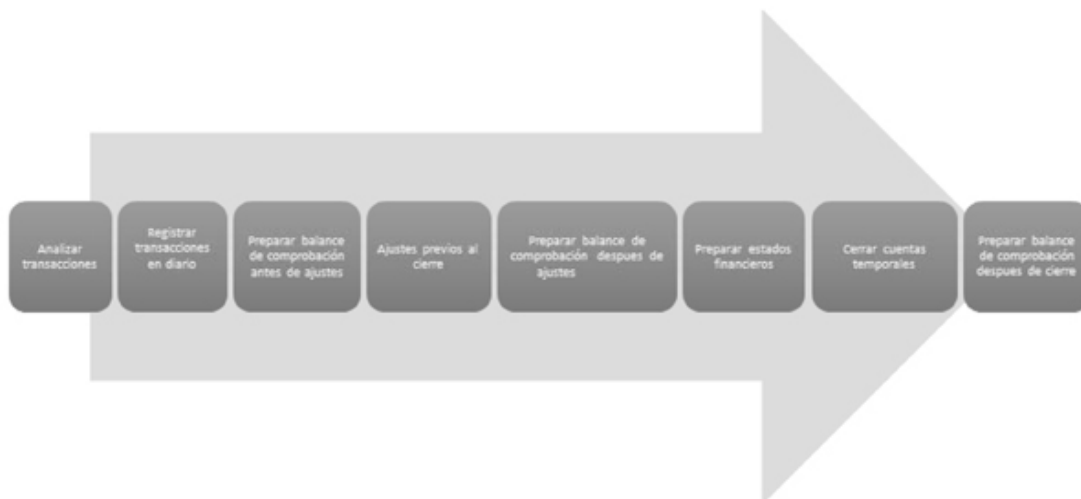
1422 Ciclo contable

En consecuencia, el **abogado**, para el ejercicio de su profesión como empresario o profesional, o la sociedad de capital en la que esté integrado como socio-partícipe, precisa de una serie de medios materiales (activos), asume obligaciones (pasivos) y genera recursos derivados de su actividad (diferencia entre sus ingresos y sus gastos) que debe, sin lugar a dudas, identificar y, posteriormente, registrar a través de sus estados financieros, con el fin de ofrecer la **imagen fiel** de su **patrimonio** y sus resultados.

Es, en consecuencia, un usuario de la **información contable**, siendo la misma de interés para otros posibles destinatarios internos (socios de la sociedad multidisciplinar a la que pertenece o trabajadores, por ejemplo) y externos de la misma (colaboradores, entidades financieras o Administración Tributaria, entre otros).

Así las cosas, del análisis de su actividad, identificará los **hechos contables**, para, posteriormente, interpretarlos a través de su reconocimiento, valoración, representación contable (a través de la codificación en determinadas cuentas) y agregación a diferentes documentos contables, para, finalizar el proceso contable, con la comunicación a los usuarios de la información financiera a través de la publicación de sus estados contables (cuentas anuales).

A este proceso se le denomina **ciclo contable**.



1423 Como se señaló anteriormente, el ciclo contable se registra en los libros de diario e inventarios y cuentas anuales, pero se suele llevar también un **Libro Mayor**, de modo general y con carácter voluntario, que facilita la consulta individualizada de los saldos de los distintos elementos patrimoniales. En el mismo se recogen las anotaciones correspondientes a cada uno de estos elementos patrimoniales mediante apuntes en las diferentes **cuentas contables** -instrumento en el que se registran los hechos contables-, que podrán ser de activo, pasivo o patrimonio neto.

El principio básico que rige la contabilidad es el **principio de dualidad**, también denominado **método de la partida doble**. Mediante el mismo un hecho contable se desglosa en dos partes o aspectos contrapuestos que varían en igual cuantía: el debe y el haber.

1424 **Representación contable mediante cuentas**

Como se indicaba anteriormente, el **instrumento de representación contable** empleado para el registro de los hechos contables es la **cuenta**, que se utilizará, de forma individualizada para representar cada activo, pasivo, patrimonio neto, gasto o ingreso de la empresa o del negocio y en el que está presente el Principio de Dualidad.

Así las cosas, la **forma de representar una cuenta** es la siguiente:

DEBE	Título de la cuenta	HABER
Anotaciones realizadas en el Debe (parte izquierda de la cuenta)		Anotaciones realizadas en el Haber (parte derecha de la cuenta)
TOTAL DEBE: Suma del total de las anotaciones en el Debe de la cuenta		TOTAL HABER: Suma del total de anotaciones en el Haber de la cuenta

1425 Partiendo de esta base, las cuentas de **activo, pasivo y patrimonio neto** tendrán la siguiente representación:

DEBE	Cuenta de Activo	HABER
Saldo inicial		Disminuciones
Aumentos		
DEBE	Cuenta de Pasivo	HABER
Disminuciones		Saldo inicial
		Aumentos
DEBE	Cuenta Patrimonio Neto	HABER
Disminuciones		Saldo inicial
		Aumentos

1426 Por otra parte, las cuentas de **ingresos y gastos** tendrán los siguientes movimientos:

DEBE	Cuenta de gastos	HABER
Importe del Gasto incurrido		
TOTAL DEBE: Suma del total de las anotaciones en el Debe de la cuenta		TOTAL HABER: Suma del total de anotaciones en el Haber de la cuenta
DEBE	Título de la cuenta	HABER
		Importe del ingreso generado

TOTAL DEBE: Suma del total de las anotaciones en el Debe de la cuenta	TOTAL HABER: Suma del total de anotaciones en el Haber de la cuenta
---	---

1427 A través del **mayor de la cuenta** podrán verse los registros contables anotados en el debe o haber, así como el saldo final de la misma, fruto de la diferencia entre el total Debe y el total Haber.

Así, si el saldo de las operaciones registradas en el debe es superior al total de los hechos anotados en el haber, el **saldo** de la cuenta es **deudor**.

Por el contrario, si el saldo de las operaciones registradas en el debe es inferior al total de los hechos anotados en el haber, el **saldo** de la cuenta es **acreedor**.

1428 Si ambos saldos fuesen iguales, nos encontraríamos ante una **cuenta «saldada»**

DEBE	>	HABER	=	SALDO DEUDOR
DEBE	<	HABER	=	SALDO ACREEDOR
DEBE	=	HABER	=	CUENTA SALDADA

1429 En resumen, y teniendo en cuenta el funcionamiento y representación de las distintas cuentas, podemos determinar los distintos **motivos de cargo y abono** de las mismas.

MOTIVOS DE CARGO	MOTIVOS DE ABONO
<ul style="list-style-type: none"> • Valor inicial de cuentas de activo • Incremento cuentas de activo • Disminución cuentas de pasivo y patrimonio neto • Importe gastos incurridos 	<ul style="list-style-type: none"> • Valor inicial de cuentas de pasivo • Incremento cuentas de pasivo • Disminución cuentas de activo • Importe Ingresos generados

3. Marco Legal: Plan General de Contabilidad

1430 El PGC, aprobado mediante RD 1514/2007 y su desarrollo para Pequeñas y Medianas Empresas PGC PYMES, aprobado por RD 1515/2007, constituyen el **desarrollo reglamentario** en materia contable en nuestro país, aplicándose **el PGC PYMES** a aquellas empresas o empresarios/profesionales que **no superen** durante dos años constitutivos dos de los siguientes **límites**:

Magnitud	Importe
Volumen de activo	2.850.000,00 euros
Cifra de negocio	5.700.000,00 euros
Número medio de trabajadores	50

1431 Tanto el PGC como el PGC PYMES se estructuran del mismo modo, siendo su **configuración básica** la siguiente:

Parte	Concepto	Definición	Carácter
Parte I	Marco conceptual	Ofrece los fundamentos, principios y conceptos básicos de la contabilidad	Obligatorio
Parte II	Normas de registro y valoración	Desarrolla los principios contables	Obligatorio
Parte III	Cuentas anuales	Estados financieros oficiales y modo de formulación	Obligatorio
Parte IV	Cuadro de cuentas	Codificación cuentas contables	Voluntario
Parte V	Definiciones y relaciones contables	Definición y movimientos de las cuentas contables	Voluntario

1432 De estas cinco partes, solo resultan de **aplicación obligatoria las tres primeras**, siendo voluntario el uso de las dos últimas que podrán ser sustituidas por otro modelo que permita obtener con menor complejidad o mayor objetividad la imagen fiel del patrimonio y resultados de la empresa.

Con un **objetivo** fundamental, el que las cuentas anuales muestren la **imagen fiel** del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, el **marco conceptual** ofrece el conjunto de requisitos, principios contables, elementos, conceptos básicos y criterios de registro encaminados a su obtención, señalando que la contabilización de las operaciones atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica. Es decir, que prevalezca el fondo sobre la forma.

Con anterioridad (nº 1420 y nº 1421), y para mejor comprensión del lector, se han definido los elementos que integran tanto el balance de situación, como la cuenta de pérdidas y ganancias.

Como se indicaba, el marco conceptual incorpora y define los principios de contabilidad que obligatoriamente deben ser aplicados y los criterios valorativos que deben ser asimismo de aplicación.

1433 Principios de contabilidad

Se enumeran y definen a continuación.

1434 Empresa en funcionamiento

Se considerará, salvo prueba en contrario, que la gestión de la **empresa continuará en un futuro** previsible, por lo que la aplicación de los principios y criterios contables no tiene el propósito de determinar el valor del patrimonio neto a efectos de su transmisión global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación.

En aquellos casos en que no resulte de aplicación este principio, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo del PGC, la empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio neto resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados.

1435 Devengo

Los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán **cuando ocurran**, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.

1436 Uniformidad

Adoptado un **criterio** dentro de las alternativas que, en su caso, se permitan, deberá **mantenerse en el tiempo** y aplicarse de manera uniforme para transacciones, otros eventos y condiciones que sean similares, en tanto no se alteren los supuestos que motivaron su elección. De alterarse estos supuestos podrá modificarse el criterio adoptado en su día; en tal caso, estas circunstancias se harán constar en la memoria, indicando la incidencia cuantitativa y cualitativa de la variación sobre las cuentas anuales.

1437 Prudencia

Se deberá ser prudente en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre.

Únicamente se contabilizarán los **beneficios** obtenidos hasta la fecha de cierre del ejercicio.

Se deben tener en cuenta todos los **riesgos**, con origen en el ejercicio o en otro anterior, tan pronto sean conocidos, incluso si solo se conocieran entre la fecha de cierre de las cuentas anuales y la fecha en que estas se formulen, dándose cumplida información en la memoria.

Deberán tenerse en cuenta las **amortizaciones y correcciones de valor por deterioro** de los activos, tanto si el ejercicio se salda con beneficio como con pérdida.

1438 No compensación

Salvo que una norma disponga de forma expresa lo contrario, no podrán compensarse las partidas del **activo** y del **pasivo** o las de **gastos e ingresos**, y se valorarán separadamente los elementos integrantes de las cuentas anuales.

1439 Importancia relativa

Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, **no altere** la expresión de la **imagen fiel**. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función.

1440 Conflicto entre principios contables

En estos casos deberá prevalecer el que mejor conduzca a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

1441 Criterios de valoración

Por último, el marco conceptual incorpora los **criterios de valoración a aplicar en la cuantificación de activos y pasivos**, desglosándolos del siguiente modo:

1442 Coste histórico o coste

«El coste histórico o coste de un activo es su precio de adquisición o coste de producción».

1443 Valor razonable

«Importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua».

1444 Valor neto realizable

«Importe que la empresa puede obtener por la enajenación de un activo en el mercado, en el curso normal del negocio, deduciendo los costes estimados necesarios para llevarla a cabo o, en su caso, los costes estimados necesarios para terminar su producción, construcción o fabricación».

1445 Valor actual

«Importe de los flujos de efectivo a recibir o pagar en el curso normal del negocio, según se trate de un activo o de un pasivo, respectivamente, actualizados a un tipo de descuento adecuado».

1446 Valor en uso

«El valor en uso de un activo o de una unidad generadora de efectivo es el valor actual de los flujos de efectivo futuros esperados, a través de su utilización en el curso normal del negocio y, en su caso, de su enajenación u otra forma de disposición, teniendo en cuenta su estado actual y actualizados a un tipo de interés de mercado sin riesgo, ajustado por los riesgos específicos del activo que no hayan ajustado las estimaciones de flujos de efectivo futuros. Las proyecciones de flujos de efectivo se basarán en hipótesis razonables y fundamentadas...»

1447 Costes de venta

«Costes incrementales directamente atribuibles a la venta de un activo en los que la empresa no habría incurrido de no haber tomado la decisión de vender, excluidos los gastos financieros y los impuestos sobre beneficios».

1448 Coste amortizado

«El coste amortizado de un instrumento financiero es el importe al que inicialmente fue valorado un activo financiero o un pasivo financiero, menos los reembolsos de principal que se hubieran producido, más o menos, según proceda, la parte imputada en la cuenta de pérdidas y ganancias, mediante la utilización del método del tipo de interés efectivo, de la diferencia entre el importe inicial y el valor de reembolso en el vencimiento y, para el caso de los activos financieros, menos cualquier reducción de valor por deterioro que hubiera sido reconocida, ya sea directamente como una disminución del importe del activo o mediante una cuenta correctora de su valor...».

1449 Costes de transacción atribuibles a un activo o pasivo financiero

«Costes incrementales directamente atribuibles a la compra, emisión, enajenación u otra forma de disposición de un activo financiero, o a la emisión o asunción de un pasivo financiero, en los que no se habría incurrido si la empresa no hubiera realizado la transacción».

1450 Valor contable o en libros

«Importe neto por el que un activo o un pasivo se encuentra registrado en balance una vez deducida, en el caso de los activos, su amortización acumulada y cualquier corrección valorativa por deterioro acumulada que se haya registrado».

1451 Valor residual

«Importe que la empresa estima que podría obtener en el momento actual por su venta u otra forma de disposición, una vez deducidos los costes de venta, tomando en consideración que el activo hubiese alcanzado la antigüedad y demás condiciones que se espera que tenga al final de su vida útil».

1452 Normas de Registro y Valoración

La Parte II del PGC incluye las Normas de Registro y Valoración. En ella **se desarrollan los principios contables** enumerados anteriormente, fijándose instrucciones individualmente para cada uno de los componentes que integran las cuentas anuales, atendiendo a sus particularidades y operativa. De este modo, encontraremos un desarrollo normativo concreto para los siguientes **elementos**:

- Inmovilizado material y normas particulares.
- Inversiones inmobiliarias.
- Inmovilizado intangible y normas particulares.
- Activos no corrientes y grupos enajenables de elementos, mantenidos para la venta.
- Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar.
- Instrumentos financieros.
- Existencias.
- Moneda extranjera.
- Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y otros Impuestos indirectos.

- Impuesto sobre beneficios.
- Ingresos por ventas y prestación de servicios.
- Provisiones y contingencias.
- Pasivos por retribuciones a largo plazo del personal.
- Transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio.
- Subvenciones, donaciones y legados recibidos.
- Combinaciones de negocios.
- Negocios conjuntos.
- Operaciones entre empresas del grupo.
- Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables.
- Hechos posteriores al cierre del ejercicio.

1453 Cuentas Anuales

La **última parte obligatoria** del PGC es la tercera que se refiere a las Cuentas Anuales.

En relación a las cuentas anuales que todo empresario debe formular, estas «deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales» (CCom art.34).

Asimismo, indica que cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las **informaciones complementarias** precisas para alcanzar ese resultado.

1454 El sentido de la obligación de formular cuentas anuales es **proporcionar**, tanto al socio o accionista, como a terceros, una **imagen fiel** de:

- a. El **patrimonio** y la **situación financiera** de una sociedad -lo que, principalmente, es el objeto del **balance**.
- b. Los **resultados** de la sociedad -lo que constituiría el objeto de la **cuenta de pérdidas y ganancias**-.
- c. Tales extremos deben ser **desarrollados en la memoria anual**. De una parte, debe desarrollar, aclarar y explicitar la información que se contiene en el balance y la cuenta de resultados y de otra permitir una mejor comprensión de la situación financiera de la sociedad.

1455 Por lo tanto, constituye la **imagen fiel**, el **principio fundamental** que debe inspirar la preparación de las cuentas anuales de una empresa, con el fin de que las mismas muestren con claridad y exactitud su situación patrimonial, financiera y sus resultados.

La importancia de la **información contable** como **elemento básico** para el órgano de decisión de la empresa o el negocio y para atender las demandas de los diversos agentes económicos, al tiempo que presupuesto del desarrollo económico de los pueblos y del desenvolvimiento de las relaciones económicas internacionales, ha sido puesta de relieve, entre otras normas, en la denominada Cuarta Directiva, de 25 de julio de 1978, que trata de las cuentas anuales de las sociedades de capital y entre cuyos objetivos persigue, como indica en su preámbulo, proteger a los socios y a los terceros, lograr que las informaciones contenidas en las cuentas anuales sean comparables, y conseguir que estos documentos expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

La imagen fiel, si bien no es un concepto cerrado y delimitado, trata de transmitir la doble noción de **imparcialidad y objetividad** que se debe perseguir en la elaboración de las cuentas anuales.

Es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo estos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas, al extremo que se **prohíbe la aplicación** de las **disposiciones** legales o exigencias jurídicas, en materia de contabilidad, relativas a cualquier operación, que fueran, excepcionalmente, **incompatibles** con la imagen fiel que deben mostrar las cuentas anuales.

De este modo, la empresa deberá ajustar sistemáticamente la contabilidad y sus cuentas anuales a los principios legales que les sean aplicables, salvo cuando esta aplicación conduzca a que los registros o la formulación de las cuentas anuales **distorsione la imagen** que un tercero podría formarse sobre la «verdadera», en términos económicos, situación patrimonial y financiera y de los resultados habidos en el ejercicio.

1456 Las cuentas anuales constituyen la **información** que necesariamente debe ser **accesible** a una pluralidad de agentes económicos y sociales, interesados en la situación presente y futura de determinadas sociedades, agentes entre los que se encuentran los accionistas, acreedores, trabajadores, Administración Pública e, incluso, competidores.

El mantenimiento de la comunidad de intereses en que se basa una empresa moderna se apoya fundamentalmente en la **transparencia** y la **fiabilidad** de la información económico-financiera que se ofrece.

1457 Así pues, la **información** contenida en las cuentas anuales debe ser:

- **comprensible**: la información ha de ser, dentro de la complejidad del mundo económico, fácil de entender por los usuarios;
- **relevante**: debe contener la información verdaderamente significativa para los usuarios sin llegar al exceso de información, que iría en contra de la característica anterior;
- **fiable**: ausencia de errores significativos en la información suministrada, a fin de cumplir el objetivo que se pretende;
- **comparable**: la información debe ser consistente y uniforme en el tiempo y entre las distintas empresas; y
- **oportuna**: la información debe producirse en el momento que sea útil para los usuarios, y no con un desfase temporal significativo.

Al respecto se dispone en CCom art.34.1 «al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. El estado de flujos de efectivo no será obligatorio cuando así lo establezca una disposición legal».

1458 En consecuencia, cinco son los **documentos que integran las cuentas** anuales:

1. El **Balance**, que recoge el conjunto de bienes y derechos, sus pasivos y su patrimonio neto.
2. La **Cuenta de Pérdidas y Ganancias**, resultado de minorar a los ingresos, los gastos del ejercicio.
3. El **Estado de Cambios en el Patrimonio Neto**, que refleja la evolución del patrimonio neto a lo largo de un ejercicio.
4. El **Estado de Flujos de Efectivo** -no necesario para empresas que puedan formular estados contables abreviados-, que informa sobre el origen y aplicación de efectivo y activos líquidos equivalentes.
5. La **Memoria**, que completa y amplía el contenido de los anteriores documentos.

1459 El PGC presenta **dos modelos** de cuentas anuales: **normales y abreviadas**. Con una estructura similar, el **modelo abreviado** presenta un menor nivel de detalle, presentando un modelo más simple y que podrá ser utilizado en los siguientes casos:

1. **Balance y Memoria abreviados**, que podrá ser utilizado por sociedades en las que, en la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las **circunstancias** siguientes:

Magnitud	Cifra
Activo total	2.850.000,00 euros
Importe neto cifra de negocios	5.700.000,00 euros
Número medio de trabajadores/as	50 trabajadores/as

2. **Cuenta de Pérdidas y Ganancias abreviada**, que se podrá manejar en sociedades en las que, en la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos dos de las **circunstancias** siguientes:

Magnitud	Cifra
Activo total	11.400.000,00 euros
Importe neto cifra de negocios	22.800.000,00 euros
Número medio de trabajadores/as	250 trabajadores/as

El PGC PYMES presenta su **propio modelo** de cuentas anuales, con una estructura idéntica a los modelos abreviados, en el que no se incluyen ni el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, ni el Estado de Flujos de Efectivo, al no resultar obligatorios.

1460 **Cuadro de Cuentas**

Es la **cuarta parte** del Plan - Cuadro de Cuentas- está integrada por los grupos, subgrupos, cuentas y subcuentas, identificados mediante un código y un título expresivo de su naturaleza y contenido.

Al resultar **no obligatorio**, se pueden adaptar los códigos a circunstancias y escenarios particulares, manteniéndose el siguiente **esquema básico**:

Grupo	Definición	Integración en:
1	Financiación básica	Balance

Grupo	Definición	Integración en:
2	Activo no corriente	Balance
3	Existencias	Balance
4	Acreedores y deudores por operaciones comerciales	Balance
5	Cuentas Financieras	Balance
6	Compras y Gastos	Cuenta de Pérdidas y Ganancias
7	Ventas e Ingresos	Cuenta de Pérdidas y Ganancias
8	Gastos imputados al Patrimonio Neto	Estado de Cambios en el Patrimonio Neto
9	Ingresos imputados al Patrimonio Neto	Estado de Cambios en el Patrimonio Neto

1461 Definiciones y relaciones contables

Finalmente, en la quinta parte -se recoge el contenido o definición y movimiento -cargo o abono- de cada una de las cuentas contables, con el fin de que se puedan recoger las **operaciones económicas** que realiza la empresa.

4. Representación contable

a. Patrimonio empresarial

1465 Desde una óptica contable, el patrimonio **está integrado** por un conjunto de bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa y por un conjunto de obligaciones resultantes de hechos pasados, susceptibles de ser descritos, valorados y representados.

El patrimonio empresarial, como se ha señalado anteriormente, está integrado por **tres elementos**: Activo, Pasivo y Patrimonio Neto.

Así las cosas, en el balance de situación se da cabida a todos los bienes y derechos que posee la empresa, así como a sus deudas y a su patrimonio neto en un momento determinado, que será el de **cierre del ejercicio** económico.

Teniendo en cuenta la ecuación fundamental de patrimonio ya conocida (**Activo = Pasivo + Patrimonio neto**), la suma de los valores del activo, coincidirá con la de los valores del pasivo y patrimonio neto, mostrando el **equilibrio** patrimonial de la compañía.

Los elementos que componen el balance se mostrarán ordenadamente, clasificándolos en función de sus características.

1466 Así, el PGC ofrece el siguiente **modelo** para representar el **Balance de situación**:

Activo no corriente	Inmovilizado intangible	Financiación básica	Patrimonio Neto	Fondos propios: - Capital - Autofinanciación
	Inmovilizado material			Ajustes por cambios de valor
	Inversiones inmobiliarias			Subvenciones, donaciones y legados
	Inversiones financieras a largo plazo		Pasivo no corriente (financiación ajena a largo plazo)	Provisiones a largo plazo
				Deudas a largo plazo
Activo corriente	Activos no corrientes mantenidos para la venta	Pasivo corriente (financiación ajena a corto plazo)		Pasivos vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta
	Existencias			Provisiones a corto plazo
	Deudores			Deudas a corto plazo
	Inversiones financieras a corto plazo			Acreedores
	Periodificación			Periodificación

Atendiendo a su ciclo de explotación o afectación al negocio, los bienes y derechos se clasifican en **dos masas patrimoniales**: el **activo no corriente** y el **activo corriente**.

1467 Activo no corriente

Está integrado por bienes y derechos que servirán **de manera duradera** en el devenir social. A través de su uso o explotación en el negocio se contribuirá a la generación de recursos o ingresos, al igual, en su caso, si se procede a su enajenación o venta.

También forman parte del activo no corriente inversiones inmobiliarias cuyo destino es la obtención de plusvalías a través de su arrendamiento o venta.

Finalmente, también estará integrado por inversiones financieras con vencimiento superior al año, es decir, derechos cuya tenencia permite la consecución de dividendos e intereses.

1468 Activo corriente

Se recogen aquellos bienes o derechos que esperan realizar en el transcurso de la actividad ordinaria de la compañía, así como por partidas cuya enajenación se espera que se produzcan en un plazo no superior al año -desde la fecha de cierre del ejercicio económico-.

Dentro de esta partida, nos encontramos con los siguientes bienes o derechos:

- **Activos no corrientes mantenidos para la venta**: grupo de elementos cuya recuperación se espera realizar a través de su enajenación, en lugar de por su uso continuado.

- **Existencias**, en las que la sociedad, dedicada al ejercicio de la abogacía, contabilizará, fundamentalmente, el material de oficina adquirido y no consumido a lo largo del año económico.

También deberá tener en cuenta, al finalizar el ejercicio, los trabajos o servicios en curso que esté realizando y por los que todavía no haya facturado, anotándolos en esta partida por los costes en los que haya incurrido.

- **Deudores**: derechos de cobro de naturaleza comercial (clientes propios de la actividad profesional) o no comercial (administraciones públicas, por ejemplo).

- **Inversiones financieras a corto plazo**: operaciones financieras con vencimiento no superior al año en forma de adquisición de acciones o valores, concesión de préstamos o créditos no comerciales, suscripción de imposiciones o depósitos, etc, que otorgarán intereses o plusvalías.

- **Periodificaciones**: importe pagado de gastos que corresponden a ejercicios siguientes (por ejemplo, seguro de responsabilidad civil profesional cuya cobertura alcanza desde el 1 de octubre del ejercicio «n», al ejercicio «n+1», lo que supone que el gasto del ejercicio «n» alcance a tres meses, debiéndose registrar en el activo corriente el importe correspondiente a los ocho meses pagados anticipadamente del ejercicio «n+1»).

- **Efectivo**: cantidades disponibles por la sociedad en su domicilio o centros abiertos al público o en cuentas bancarias.

1469 Patrimonio neto

Está integrado por **obligaciones no exigibles** contraídas con los propietarios de la sociedad. Está conformado por la diferencia de valor entre los bienes y derechos de la compañía y sus obligaciones exigibles. De este modo, se incluirá en esta masa patrimonial el pasivo «técnico» o «no exigible», es decir, las aportaciones realizadas por socios y propietarios que no tengan la consideración de pasivo exigible -por ejemplo, aportaciones al capital social-, así como los resultados acumulados y no distribuidos, ajustes por cambios de valor y subvenciones y donaciones recibidas.

Tanto las aportaciones de socios o propietarios al capital de la empresa, como los resultados acumulados y no distribuidos conformarán los Fondos Propios de la entidad.

Las **subvenciones, donaciones** y legados recibidos comprenden la valoración de bienes o derechos recibidos por la empresa, no reintegrables, otorgados por terceros distintos de los socios o propietarios que se contabilizarán directamente en el patrimonio neto hasta que, de conformidad con lo previsto en el PGC, se deban imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias.

1470 Pasivo exigible

Se incorporarán las obligaciones y compromisos actuales que adquiera la sociedad como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos, desglosándose en pasivo no corriente y pasivo corriente, según sea el **vencimiento** de las deudas u obligaciones superior o inferior al año.

1471 Representación gráfica del balance de situación

En definitiva, la representación gráfica del balance de situación **-patrimonio empresarial-** sería la siguiente:

ACTIVO	PATRIMONIO NETO Y PASIVO
A) ACTIVO NO CORRIENTE I. Inmovilizado intangible II. Inmovilizado material III. Inversiones inmobiliarias IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo V. Inversiones financieras a largo plazo VI. Activos por impuesto diferido	A) PATRIMONIO NETO (A-1 + A-2 + A-3) A-1) Fondos propios I. Capital II. Prima de emisión III. Reservas IV. (Acciones y participaciones en patrimonio propias) V. Resultados de ejercicios anteriores VI. Otras aportaciones de socios VII. Resultado del ejercicio VIII. (Dividendo a cuenta) IX. Otros instrumentos de patrimonio neto A-2) Ajustes por cambio de valor A-3) Subvenciones, donaciones y legados
B) ACTIVO CORRIENTE I. Activos no corrientes mantenidos para la venta II. Existencias III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a corto plazo V. Inversiones financieras a corto plazo VI. Periodificaciones a corto plazo VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	B) PASIVO NO CORRIENTE I. Provisiones a largo plazo II. Deudas a largo plazo III. Deudas con empresas del grupo y asociadas a largo plazo IV. Pasivos por impuesto diferido V. Periodificaciones a largo plazo C) PASIVO CORRIENTE I. Pasivos vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta II. Provisiones a corto plazo III. Deudas a corto plazo IV. Deudas con empresas del grupo y asociadas a corto plazo V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar VI. Periodificaciones a corto plazo
TOTAL ACTIVO (A+B)	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A+B+C)

b. Resultado empresarial

1472 El resultado representa la **variación** que experimenta el **patrimonio neto** a lo largo de un ejercicio fruto de la actividad o negocio que desarrolla la compañía.

En términos generales se determina mediante **estimación directa**, reflejando los ingresos y gastos correspondientes al ejercicio económico, de tal modo que si la cuenta de resultados tiene saldo acreedor -los ingresos son superiores a los gastos- existirá **beneficio** y si tiene saldo deudor -los gastos son superiores a los ingresos- la situación será de **pérdidas**.

El resultado empresarial está conformado por **cuatro bloques**:

- 1. Resultado de explotación:** diferencia entre los ingresos y gastos originados en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad y otros accesorios a la misma. En el mismo también se incluyen **resultados extraordinarios** procedentes de la venta de activos o de variación de valor de elementos patrimoniales.
- 2. Resultado financiero:** resultado de la diferencia entre ingresos y gastos de carácter financiero y variaciones de valor razonable de instrumentos financieros.
- 3. Resultado antes de impuestos:** suma del resultado de explotación y el resultado financiero
- 4. Resultado del ejercicio:** obtenido de minorar al resultado antes de impuestos el efecto de la imposición directa en el mismo.

1473 Ingresos. Concepto, clases y registro contable

Según establece el Plan General de Contabilidad, los ingresos son **incrementos en el patrimonio neto** de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones, monetarias o no, de los socios o propietario.

Surgen, normalmente, como consecuencia de las **actividades ordinarias** de la empresa (ventas de bienes o productos o prestaciones de servicios), de operaciones no comerciales (subvenciones, arrendamientos,

comisiones, etc.), resultados atípicos o extraordinarios (ventas de activos materiales, intangibles o inmobiliarios, fundamentalmente) o ingresos de naturaleza financiera (intereses, enajenación de activos financieros, etc.).

1474 En resumen, proceden de la **enajenación de bienes y prestación de servicios** que son objeto del tráfico de la empresa, incluyendo, asimismo, otros ingresos accesorios y beneficios procedentes de venta de bienes y derechos.

INGRESOS DE EXPLOTACIÓN	Operaciones de tráfico	Propios de la actividad ordinaria	- Venta de mercaderías, productos terminados, semiterminados... - Prestaciones de servicios
		No propios	- Subvenciones, donaciones, legados - Arrendamientos - Comisiones - Servicios diversos
	Atípicos o extraordinarios		- Beneficios venta de inmovilizado intangible - Beneficios venta de inmovilizado material - Beneficios venta inversiones inmobiliarias - Ingresos extraordinarios
INGRESOS FINANCIEROS			- Por participación en instrumentos de patrimonio - Por intereses procedentes de créditos - Por enajenación de instrumentos financieros

1475 **Ingresos más relevantes en asesoría legal**

A continuación se hará mención a los ingresos más relevantes que pueden observarse en una sociedad de prestación de servicios de **asesoramiento legal**:

- en concreto, la sociedad cuyo objeto social sea la prestación de servicios propios de la abogacía contabilizará, dentro de la partida de Prestaciones de servicios, las transacciones derivadas de las prestaciones de **servicios profesionales**, y, en su caso, los procedentes de servicios accesorios a la actividad principal;

- si percibe una ayuda o subvención, por ejemplo por la puesta en marcha del negocio o la realización de alguna inversión, deberá incluir la misma en la partida de **subvenciones, donaciones y legados**, diferenciando aquellas que se obtienen para garantizar una rentabilidad mínima, de aquellas cuya finalidad es la financiación de un activo o una inversión;

- dentro de la partida de **ingresos por arrendamiento** incluirá los devengados por el alquiler de bienes muebles o inmuebles cedidos para el uso o la disposición de terceros;

- si percibe cantidades variables o fijas como contraprestación a servicios de mediación realizados de manera accidental u ocasional deberá contabilizar las mismas como **ingresos por comisiones**;

- dentro de la partida correspondiente a **ingresos por servicios diversos** contabilizará los originados por la prestación eventual de ciertos servicios a otras empresas o particulares (los derivados de la impartición de cursos o seminarios organizados en medios y recursos por el bufete, por ejemplo);

- la **transmisión o enajenación de activos materiales, intangibles o inmobiliarios** deberá imputarse a través de cuentas que reflejan el beneficio derivado de estas operaciones, fruto de la diferencia entre el precio de venta y el valor contable de los activos vendidos;

- como **ingresos financieros** deberá incluir los provenientes de participaciones en instrumentos de patrimonio (**dividendos**) o por **intereses** de préstamos y otros créditos concedidos a terceros, así como los beneficios procedentes de la enajenación de valores (acciones, obligaciones, bonos,...).

1476 **Gastos. Concepto, clases y registro contable**

Los gastos son **decrementos en el patrimonio neto** de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento del valor de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones, monetarias o no, a los socios o propietarios, en su condición de tales.

Surgen de la **realización de operaciones** del tráfico ordinario de la compañía (consumo de bienes o servicios y otros gastos de origen no comercial), operaciones atípicas o extraordinarias (transmisión de activos no corrientes o deterioro de valor de activos) u operaciones financieras.

1477 DE EXPLOTACIÓN	Operaciones propias de la actividad ordinaria	- Consumo de materias primas, mercaderías, material de oficina... - Trabajos realizados por otras empresas - Servicios exteriores (servicios profesionales, suministros, reparaciones...)
----------------------------	---	---

		- Gastos de personal - Amortizaciones (gastos por uso de activos materiales o intangibles)
	Atípicos o extraordinarios	- Pérdidas de créditos comerciales incobrables - Pérdidas procedentes de activos no corrientes (por deterioro o venta de activos) - Sanciones, multas...
FINANCIEROS		- Intereses de deudas con terceros - Deterioro o pérdidas procedentes de la venta de inversiones financieras
IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS		

Así las cosas, los **gastos más significativos** que pueden generarse en una sociedad de prestación de asesoramiento legal son los siguientes:

1478 Consumos de explotación

Se incluyen en este concepto, entre otros, material de oficina, combustible o cualesquiera elementos o materiales necesarios para desarrollar la actividad.

En esta rúbrica se recogerán las adquisiciones corrientes de bienes efectuadas a terceros, siempre que cumplan los dos siguientes **requisitos**:

- que se adquieran **para la obtención** de los **ingresos**; y
- que se hayan **consumido en el ejercicio**. Es decir, que deben computarse como gasto los bienes aplicados a la actividad durante el ejercicio. Por ejemplo, si adquirimos varios pallets de folios el 30 de diciembre, a los efectos del gasto deberemos tener en cuenta únicamente la parte de esa compra consumida en ese ejercicio, formando lo no utilizado parte del inventario de material de oficina, que se incluirá en el balance de situación.

1479 Dentro de esta partida se podrán tener en cuenta los costes en los que se haya incurrido en una **prestación de servicios en curso** y de la cual no se han devengado honorarios a la fecha de finalización del ejercicio económico.

Ejemplo

En diciembre de un ejercicio un cliente encarga a una **sociedad profesional de abogados** la presentación de una demanda de impugnación de acuerdos sociales de una sociedad de la que es socio-partícipe. Según carta de encargo profesional los honorarios se devengan una vez presentada la acción ante el Juzgado de lo Mercantil correspondiente a su domicilio social. A lo largo del mes de diciembre, se han dedicado al asunto 32 horas de trabajo de uno de los abogados senior de la sociedad profesional, cuyo coste hora es, según su retribución salarial, de 45 euros/hora. Teniendo en cuenta la situación planteada, correspondería incluir como trabajo en curso las horas dedicadas al asunto a precio de coste (1.440 euros), reduciendo el gasto a incluir en la cuenta de resultados en el citado importe. Así las cosas, se incluirían en el activo corriente trabajos en curso por la cantidad señalada, con abono a una cuenta de variación de trabajos en curso, de tal modo que se minoren los gastos a imputar en la cuenta de resultados.

1481 Trabajos realizados por otras empresas

En esta rúbrica se incluirán las colaboraciones encargadas a otros/as abogados, así como los honorarios correspondientes a los socios-abogados ejercientes del despacho, que facturarán a la sociedad por los trabajos realizados para el mismo.

1482 Servicios exteriores

Se pueden desglosar en:

a. Arrendamientos y cánones, gastos originados en concepto de alquileres, cánones, asistencia técnica, etc., por la cesión a la sociedad de bienes (muebles o inmuebles) o derechos que se hallen afectos a la actividad, sin adquirir la propiedad de los mismos.

b. Reparaciones y conservación: se consideran gastos de conservación y reparación de los elementos patrimoniales afectos a la actividad, los siguientes:

- los efectuados regularmente con la finalidad de mantenimiento de su uso normal.
- los de sustitución de elementos no susceptibles de amortización y cuya inutilización sea consecuencia del funcionamiento o uso normal de los bienes en que estén integrados.

- los de adaptación o readaptación de elementos materiales del inmovilizado, cuando no supongan incremento de su valor o capacidad productiva.

c. Servicios de profesionales independientes: se incluyen dentro de este concepto el importe que se satisface a profesionales por los servicios prestados a la actividad económica. Comprende los honorarios de gestores, asesor fiscal, u otros profesionales auditores, notarios, registradores, arquitectos, ingenieros, etc. que presten servicios a la sociedad.

d. Transportes. Por ejemplo, billetes de transporte público para la atención de la actividad.

e. Primas de seguros. Por ejemplo, la cuota de seguro anual contratada por responsabilidad civil de la sociedad profesional.

f. Servicios bancarios y similares, distintos los gastos financieros, que tienen otra rubrica. Por ejemplo las comisiones bancarias por realizar transferencias o por el cobro de cheques.

g. Publicidad, propaganda y relaciones públicas. Dentro del concepto de relaciones públicas se incluyen obsequios de escaso valor o comidas con clientes, proveedores, etc., debiéndose acreditar su relación con la actividad y su necesidad.

h. Suministros no almacenables, tales como electricidad, gas, agua, etc.

i. Otros gastos, siempre que exista una adecuada correlación con los ingresos de la actividad:

- adquisición de libros, suscripción a revistas profesionales, bases de datos; y

- gastos de asistencia a cursos, conferencias, congresos, etc., relacionados con la actividad.

j. Tributos. Importe de impuestos, tasas o arbitrios de los que la empresa es contribuyente y son distintos del IVA y del IS. Por ejemplo, el IBI del despacho profesional, la tasa de recogida de basura, etc.

1483 Gastos de personal

Se consideran como tal los siguientes:

a) Sueldos y salarios, que comprenden las cantidades que se deban pagar a terceros con los que se tenga una relación laboral. Entre las mismas, se incluyen los sueldos, pagas extraordinarias, dietas y retribuciones en especie.

b) Seguridad Social a cargo de la empresa, que incluye cuotas a la Seguridad Social correspondientes a empleados.

c) Otros gastos de personal, que integra todos aquellos gastos relacionados con los empleados distintos de los sueldos y salarios y las cotizaciones a la Seguridad Social, como por ejemplo los siguientes:

- Gastos de formación del personal.

- Indemnizaciones satisfechas por extinción de relaciones laborales.

- Seguros de accidente del personal y cualquier otro relacionado con el personal al servicio de la actividad que no pueda ser considerado como pura liberalidad.

- Atenciones u otro tipo de obsequios que, con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa.

- Contribuciones a planes de pensiones, a planes de previsión social empresarial o para la cobertura de contingencias análogas a las de los planes de pensiones.

1484 Amortización

Gastos correspondientes a la **depreciación** sistemática anual sufrida por el **inmovilizado** intangible o material, por su utilización en la actividad profesional, y por las inversiones inmobiliarias realizadas.

1485 Gastos producidos de manera atípica o extraordinaria

La sociedad de prestación de servicios propios del ejercicio de la **abogacía** puede encontrarse con los siguientes gastos:

- pérdidas producidas en la **enajenación** del activo no corriente o por su baja del activo, como consecuencia de **pérdidas irreversibles** de dichos activos;

- gastos excepcionales, correspondiente a pérdidas y gastos de carácter excepcional procedentes de **sanciones**, multas, incendios, etc; y

- **pérdidas por deterioro** de inmovilizado intangible, material, inversiones inmobiliarias u operaciones comerciales.

1486 Gastos financieros de diversa procedencia

Asimismo, podemos encontrarnos con gastos financieros procedentes de:

- **intereses** de deudas a corto y largo plazo;
- pérdidas procedentes de la **venta de inversiones** financieras; y
- pérdidas por **deterioro de inversiones** financieras, ocasionado por la reducción reversible de valor de las mismas.

1487 Impuesto sobre Beneficios

Finalmente, el Impuesto sobre Beneficios incluirá el importe del **IS devengado** en el ejercicio, fruto de la aplicación del tipo de gravamen a la diferencia resultante entre los ingresos del ejercicio y los gastos deducibles devengados en el mismo, que son aquellos afectos y necesarios para el desarrollo del negocio.

1488 Representación gráfica de la cuenta de resultados

Una representación podría ser la que se detalla a continuación:

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS	IMPORTE
Importe neto de la cifra de negocios:	(1)
Ventas	+
Prestaciones de servicios	+
Aprovisionamientos:	(2)
Consumos material oficina, combustibles, mercaderías...	-
Pérdida por deterioro de mercaderías, material oficina...	-
Trabajos realizados por otras empresas	-
Otros ingresos de explotación:	(3)
Ingresos por arrendamientos	+
Ingresos por comisiones	+
Ingresos por servicios diversos	+
Subvenciones de explotación	+
Gastos de personal:	(4)
Sueldos y salarios	-
Seguridad Social	-
Otros gastos de personal	-
Otros gastos de explotación:	(5)
Arrendamientos y cánones	-
Reparaciones y conservación	-
Servicios de profesionales independientes	-
Transportes	-
Suministros	-
Publicidad, propaganda y relaciones públicas	-
Primas de Seguros	-
Servicios bancarios y similares	-
Tributos	-
Pérdida por deterioro de créditos comerciales	-
Amortización del inmovilizado:	(6)
Amortización del inmovilizado material	-
Amortización del inmovilizado intangible	-
Amortización de las inversiones inmobiliarias	-
Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado:	(7)
Beneficio procedente de la venta de inmovilizado material	+
Beneficio procedente de la venta de inmovilizado intangible	+
Beneficio procedente de la venta de inversiones inmobiliarias	+

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS	IMPORTE
Pérdida procedente de la venta de inmovilizado material	-
Pérdida procedente de la venta de inmovilizado intangible	-
Pérdida procedente de la venta de inversiones inmobiliarias	-
Pérdida por deterioro del inmovilizado material	-
Pérdida por deterioro del inmovilizado intangible	-
Pérdida por deterioro de inversiones inmobiliarias	-
Otros resultados:	(8)
Gastos e ingresos extraordinarios	+/-
A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN	(1)+(2)+(3)+(4)+(5)+(6)+(7)+(8)
Ingresos Financieros:	(9)
Por participación en instrumentos de patrimonio	+
De valores negociables y de créditos del activo inmovilizado	+
Gastos Financieros:	(10)
Intereses de deudas a corto o largo plazo	-
Intereses por descuento de efectos	-
Deterioro y resultado por enajenación de instrumentos financieros	(11)
Beneficio procedente de la venta de inversiones financieras	+
Pérdidas procedentes de la venta de inversiones financieras	-
A.2) RESULTADO FINANCIERO	(9)+(10)+(11)
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS	A.1) + A.2)
Impuesto sobre beneficios	-
RESULTADO DEL EJERCICIO	A.3) + Impuesto sobre beneficios

5. Legalización y conservación de los libros contables

1490 Se dispone al respecto que «los empresarios presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar en el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio, para que antes de su utilización, se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro» (CCom art.27).

En cualquier caso, también será válida la realización de **asientos y anotaciones**, por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadradas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio.

La **conservación de los libros** de contabilidad, de la correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio le corresponderá al empresario que, ordenadamente y durante un periodo de **seis años**, a partir del último asiento realizado en los libros, deberá cumplir esta obligación salvo que se establezca lo contrario por disposiciones generales o especiales.

Su **cese** en el ejercicio de **actividades** empresariales no le exime del deber a que se refiere el párrafo anterior y si hubiese fallecido recaerá sobre sus herederos. En caso de **disolución** de sociedades, serán sus liquidadores los obligados a cumplir lo prevenido anteriormente.

6. Formulación y depósito de las Cuenta Anuales

Como ya se ha señalado, se establece la obligación de todo empresario de formular las cuentas anuales de su empresas (CCom art.34).

1492 Estas cuentas, deberán ser **firmadas** (CCom art.37):

- por el propio **empresario**, si se trata de persona física;
- por todos los **socios** ilimitadamente responsables por las deudas sociales; o
- por todos los **administradores** de las sociedades.

1493 Los firmantes responderán de la **veracidad** de las cuentas.

Así, si en los dos últimos casos faltara la firma de alguna de las personas que se indican, se señalará en los documentos en que falte, con expresa mención de la causa.

Por último, en la antefirma se deberá señalar la **fecha** en que las cuentas se hubieran formulado.

1494 En el caso de **sociedades de capital**, serán los administradores de la sociedad los obligados a formular las cuentas anuales. En este sentido, deberán cumplir con la citada obligación en el **plazo máximo** de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social (LSC art.253).

El régimen de **depósito y publicidad** de las cuentas anuales viene regulado en LSC art.279 s.

Así las cosas, se establece que dentro del **mes siguiente a la aprobación de las cuentas** anuales -recuérdese que, según lo previsto en LSC art.164 , «la junta general ordinaria se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado»- los administradores de la sociedad presentarán, para su **depósito en el Registro Mercantil** del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o esta se hubiera acordado a petición de la minoría.

1495 Dentro de los **15 días siguientes** al de la fecha del asiento de **presentación**, el **registrador calificará** bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas. Si no apreciare defectos, tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas y en la hoja correspondiente a la sociedad depositante.

El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar las cuentas anuales dentro del plazo establecido dará lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista, con excepción de los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa.

1496 Asimismo, se establece un **régimen sancionador administrativo** para los casos de incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar las cuentas anuales de la sociedad dentro del plazo establecido (LSC art.283). Así las cosas, la inobservancia de esta obligación dará lugar a la imposición a la sociedad de una **multa** por importe de 1.200 a 60.000 euros por el ICAC.

Esta sanción se determinará **atendiendo a la dimensión de la sociedad**, en función del importe total de las partidas de su activo y de su cifra de ventas, referidos ambos datos al último ejercicio declarado a la Administración tributaria, pudiendo verse minorada en el supuesto de que las cuentas anuales hubiesen sido depositadas con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador. En estos casos, la sanción se impondrá en su grado mínimo, con una reducción de un 50%.

7. Obligaciones contables del/la abogado individual

1498 Existen otras normas que resultan de aplicación en cuanto a las obligaciones contables para el/la abogado que actúa como profesional individual que simplifican el cumplimiento de las mismas, minimizando los requisitos exigidos en cuanto a la llevanza de libros, que pasan a depender del régimen fiscal individual al que esté sujeto el profesional por imposición directa; esto es, en el IRPF.

En este caso, el **marco regulatorio** de aplicación viene determinado por la LIRPF y por el RIRPF.

En LIRPF art.104.2 se exceptúa a los contribuyentes cuya actividad empresarial no tenga carácter mercantil de acuerdo con el CCom a llevar contabilidad ajustada al mismo. En su lugar, elaborarán una serie de libros-registro, mediante partida simple, que recogen todas las operaciones relativas a los ingresos, gastos, provisiones de fondos y suplidos, o la adquisición de bienes de inversión afectos a la actividad profesional. Estos libros-registro se podrán confeccionar en cualquier tipo de soporte (libros encuadernados, hojas sueltas encuadernables, archivos informáticos,...) dado que no existe un modelo oficial de libro registro.

1499 Así, se establece cuáles son los **libros-registro** a elaborar, eximiendo a los profesionales de la necesidad de llevar una contabilidad ajustada al CCom (RIRPF art.68):

a. Libro-registro de ingresos.

- b. Libro-registro de gastos.
- c. Libro-registro de bienes de inversión.
- d. Libro-registro de provisiones de fondos y suplidos.

No obstante, los contribuyentes que lleven la contabilidad según lo previsto en el CCom, no estarán obligados a llevar estos libros registros.

En cuanto al contenido mínimo que deben contener estos libros-registro, este se encuentra regulado en la OM 4-5-1997.

1500 Libro-registro de ingresos

Se establece que las menciones que debe contener serían las siguientes (OM 4-5-1997 art.1):

- número de anotación;
- fecha de devengo del ingreso, con arreglo al criterio de imputación temporal que se adopte (criterio de devengo o caja);
- número de factura o documento sustitutivo;
- concepto por el que se produce;
- importe del mismo (base imponible), separándolo del IVA devengado; e
- importe de la retención, en su caso.

LIBRO REGISTRO DE VENTAS E INGRESOS (en criterio de Caja, se incluyen cuando se cobran)									
Nº REGISTRO	FECHA REALIZACIÓN OPERACIONES	Fecha Devengo	Nº FRA	CONCEPTO CLIENTE	BASE IMPONIBLE	TIPO (%)	IVA repercutido 21%	RETENCIÓN 21%	IMPORTE TOTAL
			Total Trimestre		0,00		0,00	0,00	0,00

1501 Libro-registro de compras y gastos

A continuación, se señalan los **apartados que debe contener** el libro-registro de compras y gastos, que deben ser los producidos en el seno de la actividad:

- número de la anotación;
- fecha en que cada uno de los mismos se hubiera producido, con arreglo al criterio de imputación temporal que se adopte;
- concepto debidamente detallado que produce el gasto; y
- importe de los mismos, con separación del IVA soportado

LIBRO REGISTRO DE COMPRAS Y GASTOS (en criterio de Caja, se incluyen cuando se pagan)							
Nº REGISTRO	FECHA	CONCEPTO	PROVEEDOR	BASE IMPONIBLE	TIPO (%)	IVA soportado	IMPORTE TOTAL
			Total Trimestre	0,00		0,00	0,00

1502 Libro-registro de bienes de inversión

Se registrarán, debidamente individualizados, los elementos de inmovilizado material e intangible afectos a la actividad profesional desarrollada por el abogado, reflejando al menos los siguientes datos:

1. En cuanto al **inmovilizado material** se anotará por cada bien:

- número de la anotación;
- descripción del bien, con indicación de todos aquellos datos que permitan su perfecta identificación;
- valor de adquisición (sin IVA, si es recuperable);
- fecha de comienzo de su utilización; y
- cuota de amortización correspondiente.

2. En cuanto al **inmovilizado intangible** se anotará por cada elemento:

- número de la anotación.
- descripción del elemento, con indicación de todos aquellos datos que permitan su perfecta identificación.
- valor de adquisición.
- fecha de otorgamiento o adquisición del mismo, y
- en su caso, la cuota de amortización correspondiente.

1503 En ambos casos, se hará constar también la **baja** del bien o derecho, con expresión de su fecha y motivo.

LIBRO REGISTRO DE BIENES DE INVERSIÓN (IRPF)							
Nº REGISTRO	FECHA DE COMPRA	ELEMENTO ADQUIRIDO	IMPORTE	COEFICIENTE DE AMORTIZACIÓN	AMORTIZACIÓN EJERCICIO	AMORTIZACIÓN ACUMULADA	VALOR CONTABLE

1504 **Libro-registro de provisiones de fondos y suplidos**

Por último, el Libro-registro de provisiones de fondos y suplidos, tendrá los siguientes apartados:

- número de la anotación;
- naturaleza de la operación (provisión o suplido);
- fecha en que las provisiones o suplidos se hubieran producido o pagado;
- importe de los mismos;
- nombre y apellidos o denominación social del pagador de la provisión o perceptor del suplido, y
- número de la factura o documento sustitutivo en el que se recoge su importe.

LIBRO REGISTRO DE PROVISIONES Y SUPLIDOS							
Nº REGISTRO	FECHA	TIPO DE OPERACIÓN	PAGADOR PROVISIÓN/ PERCEPTOR SUPLIDO	IMPORTE TOTAL	Nº de referencia	OBSERVACIONES	

1505 **Requisitos de los Libros-registro**

La Orden Ministerial requiere que todas las anotaciones se realicen **cronológicamente**, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras.

Asimismo, obliga a totalizar por **trimestres y años naturales** las operaciones realizadas, siendo necesario asentar las anotaciones antes de que finalice cada periodo de declaración trimestral de pagos fraccionados a cuenta del IRPF

(veinte días siguientes a la finalización de cada periodo trimestral, a excepción del cuarto trimestre que finaliza el 30 de enero).

- 1506 En este sentido, conviene aclarar que, en estos casos, en los que el **ejercicio coincide con el año natural**, los trimestres se cierran del siguiente modo:

Periodo	Trimestre
Del 1 de enero al 30 de marzo	Primer trimestre
Del 1 de enero al 30 de junio	Primer y segundo trimestre
Del 1 de enero al 30 de septiembre	Primer, segundo y tercer trimestre
Del 1 de enero al 31 de diciembre	Primer, segundo, tercer y cuarto trimestre

- 1507 La obligación de legalización de libros de contabilidad se sustituye en este caso por su **diligenciado ante la Delegación de la AEAT** que corresponde a al domicilio fiscal del abogado, siendo el competente para el diligenciado de los libros-registros la Dependencia de Gestión Tributaria de las Delegaciones y, en su caso, la Sección de Gestión Tributaria de las Administraciones de la Agencia.

Si el/la abogado desarrolla su actividad **sin personal asalariado**, se verá **excluido/a de la obligación** de diligenciado.

- 1508 Como se mencionaba anteriormente, resulta posible llevar estos Libros-registro a través de **medios informáticos**, debiéndose conservar además de los mismos, los ficheros magnéticos siguientes:

- ficheros de **datos**, tanto históricos como maestros generados por sus aplicaciones informáticas, de los cuales se deriven los libros a diligenciar;
- ficheros de **programas**, con los cuales se procesan los ficheros de datos anteriores.

Precisiones

Debe resaltarse que si el/la profesional desarrolla su actividad en el seno de una **entidad en régimen de atribución de rentas**, que desarrolle una actividad profesional, será esta la que tenga que cumplir con las obligaciones contables y registrales que serán las que se han mencionado anteriormente para el/la abogado individual, aunque en el IAE estén matriculadas en epígrafes de actividades empresariales.

Derecho procesal

1540	Sección La jurisdicción y el proceso: cuestiones generales	1545
	1.	
	Sección Proceso civil	2200
	2.	
	Sección Proceso penal	3950
	3.	

SECCIÓN I

La jurisdicción y el proceso: cuestiones generales

1545	A. Organización jurisdiccional española	1547
	B. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	1625
	C. Otros tribunales internacionales	1660
	D. Proceso y actos procesales	1680
	E. Derechos fundamentales de los justiciables	1890
	F. Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales	1935
	G. Gastos y costas procesales	1982
	H. Asistencia jurídica gratuita	2040

A. Organización jurisdiccional española

1547	1. Jurisdicción ordinaria	1550
	2. Personal al servicio de los tribunales	1593
	3. Personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia	1604
	4. Jurisdicción militar	1608
	5. Tribunales consuetudinarios y tradicionales	1610
	6. Tribunal Constitucional	1611
	7. Tribunal de Cuentas	1614
	8. Conflictos de jurisdicción	1616

1548 La **función jurisdiccional** del Estado se realiza en España, como regla general, por tribunales de justicia integrados en la jurisdicción ordinaria. Hay, no obstante, otros tribunales que no forman parte de la jurisdicción ordinaria y que tienen atribuido por la Constitución el ejercicio de la función jurisdiccional en ámbitos muy concretos (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, jurisdicción militar y tribunales consuetudinarios y tradicionales).

1. Jurisdicción ordinaria

1550	a. Órdenes jurisdiccionales	1551
	b. Distribución territorial de los tribunales de la jurisdicción ordinaria	1562
	c. Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles	1575
	d. Conflictos de competencia entre tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales	1580

a. Órdenes jurisdiccionales

1551 El conjunto de órganos jurisdiccionales al que denominamos «jurisdicción ordinaria» está dividido en cuatro especialidades, ramas u órdenes: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral o social (LOPJ art.9 s.).

A los tribunales y juzgados del orden jurisdiccional **civil** les corresponden los litigios en materias pertenecientes al derecho civil o al derecho mercantil. El orden civil es, además, residual, en el sentido de que le corresponden los litigios sobre materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (LOPJ art.9.2).

Los tribunales del orden jurisdiccional **penal** tienen atribuido el conocimiento de los procesos penales, con excepción de los que corresponden a la jurisdicción militar (LOPJ art.9.3).

Los tribunales del orden jurisdiccional **contencioso-administrativo** conocen de las pretensiones frente a la actuación de las AAPP sujeta al derecho administrativo, y las de impugnación de las disposiciones reglamentarias emanadas del poder ejecutivo (LOPJ art.9.4).

Los tribunales del orden jurisdiccional **social** conocen de las pretensiones basadas en el derecho del trabajo, tanto en conflictos individuales como colectivos, y de las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

1552 Tribunales civiles

Pertencen al orden jurisdiccional civil las siguientes clases de tribunales:

a) **Juzgados de paz:** son órganos unipersonales, servidos por jueces legos (no se les exige título de licenciado en derecho) nombrados por los ayuntamientos. Su circunscripción es el municipio y conocen de litigios de muy pequeña cuantía (hasta 90 euros).

b) **Juzgados de primera instancia** (o de primera instancia e instrucción): son tribunales unipersonales, servidos por jueces o magistrados pertenecientes a la carrera judicial; su circunscripción es el partido judicial (comprende varios municipios de una misma provincia), la sede está en la capital de uno de los municipios del partido (a este municipio, sede de esta clase de juzgados, se le denomina cabeza de partido y en él no hay juzgado de paz). Los juzgados de primera instancia conocen de la primera instancia de los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, excepto aquellos (pocos) que están expresamente atribuidos a otras clases de tribunales civiles.

c) **Juzgados de primera instancia especializados:** son juzgados de primera instancia que en virtud de un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial están especializados en asuntos relativos a determinadas materias (LOPJ art.98). Suelen designarse aludiendo a la materia en que están especializados como juzgados de familia o juzgados de ejecuciones hipotecarias, por ejemplo.

d) **Juzgados de lo mercantil:** son tribunales unipersonales, servidos por miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado; su circunscripción es la provincia y tienen competencia para los procesos concursales y para demandas civiles relativas a ciertas materias que la LOPJ especifica pertenecientes, en general, al derecho mercantil.

e) **Audiencias Provinciales:** son tribunales colegiados servidos por magistrados, que ejercen sus funciones jurisdiccionales mediante secciones de 3 miembros (el órgano jurisdiccional es la Sección de la Audiencia Provincial). En el ámbito civil su competencia más señalada es el conocimiento de la segunda instancia de los procesos civiles.

f) **Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia:** son tribunales colegiados servidos por magistrados, con escasas competencias civiles (la más importante es el conocimiento de los recursos de revisión y casación en casos que han de resolverse con arreglo al derecho civil foral o especial de la comunidad autónoma de que se trate).

g) **Sala Primera del Tribunal Supremo** (o Sala de lo Civil del Tribunal Supremo): órgano colegiado que constituye la cúspide del orden civil de la jurisdicción ordinaria; su competencia más señalada es el conocimiento de los recursos de casación civil contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.

1554 Tribunales penales

En el orden jurisdiccional penal de la jurisdicción ordinaria se integran las siguientes clases de tribunales:

a) **Juzgados de instrucción** (o de primera instancia e instrucción): son de iguales características que los de primera instancia; de hecho, fuera de las grandes poblaciones, estos órganos son juzgados de primera instancia e instrucción, conocidos también como juzgados mixtos porque son a la vez órganos jurisdiccionales civiles y penales. Los juzgados de instrucción llevan a cabo la fase de instrucción de todos los procesos penales, salvo los atribuidos a la competencia de la Audiencia Nacional y los cometidos por sujetos con fuero especial.

b) **Juzgados de violencia sobre la mujer:** son de iguales características que los juzgados de instrucción, su competencia principal es la instrucción de los procesos por delitos de violencia sobre la mujer; le corresponde también la adopción de las órdenes de protección a las víctimas y su competencia se extiende también en materia civil a asuntos de estado civil y derecho de familia en que sean partes la víctima o el agresor de los actos de violencia sobre la mujer (LOPJ art.87 ter).

c) **Juzgados de lo Penal:** son tribunales unipersonales, servidos por magistrados, con circunscripción provincial. Ante estos juzgados se celebra el juicio oral y público y se dicta la sentencia condenando o absolviendo al acusado en procesos penales por delitos castigados con penas de hasta 5 años de privación de libertad.

d) **Juzgados de vigilancia penitenciaria:** son tribunales unipersonales y de ámbito provincial. Como regla, les corresponden las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las

autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley (LOPJ art.94.1).

e) **Juzgados de menores:** son tribunales unipersonales y de ámbito provincial, se ocupan de los procesos penales regulados en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores para la imposición de las medidas previstas en la citada Ley a los menores que incurran en comportamientos delictivos (LOPJ art.96).

f) **Audiencias Provinciales:** en el ámbito penal tienen competencia para el juicio oral y la sentencia en procesos por delitos castigados con penas que excedan de 5 años de privación de libertad.

g) **Tribunal del Jurado:** se compone de 9 jurados y un magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo preside (LOTJ art.2) y conoce de los procesos penales por ciertos delitos que la Ley atribuye a la competencia de este Tribunal (homicidio, amenazas y otros).

1556 h) **Salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia:** como tribunal penal conoce de procesos contra ciertos sujetos que tienen fuero especial ante dichas salas (ciertas autoridades autonómicas y judiciales, a que se refiere la LOPJ art.73.3) y de los recursos de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales.

i) **Tribunales penales de la Audiencia Nacional:** la Audiencia Nacional comprende un conjunto de órganos jurisdiccionales pertenecientes a tres órdenes jurisdiccionales: sala de lo penal, sala de lo contencioso-administrativo y sala de lo social. De la sala de lo penal dependen, a su vez, un conjunto de tribunales penales, todos ellos con sede en Madrid y jurisdicción en todo el territorio del Estado, que se ocupan de los procesos penales por ciertos delitos a que se refiere la LOPJ art.65 y por delitos de terrorismo. Los tribunales penales de la Audiencia Nacional son:

- **Juzgados centrales de instrucción:** unipersonales, se ocupan de la fase inicial de investigación de los procesos por delitos de la competencia de la Audiencia Nacional (LOPJ art.88).
- **Juzgados centrales de lo penal:** unipersonales, se ocupan del juicio oral y la sentencia en causas por delitos atribuidos a la Audiencia Nacional castigados con pena que no exceda de 5 años de privación de libertad (LOPJ art.89 bis.3).
- **Sala de lo penal:** órgano colegiado que conoce del juicio oral y dicta sentencia en causas atribuidas a la Audiencia Nacional por delitos castigados con pena de más de 5 años de privación de libertad (LOPJ art.65).
- **Sala de apelación:** conoce de los recursos de apelación que establezca la ley contra las sentencias de la sala de lo penal (LOPJ art.64 bis.1).

Son también tribunales penales de la Audiencia Nacional los **juzgados centrales de vigilancia penitenciaria** y los **juzgados centrales de menores**.

j) **Sala segunda del Tribunal Supremo** (o sala de lo penal del Tribunal Supremo): órgano colegiado que constituye la cúspide del orden penal de la jurisdicción ordinaria; su competencia más señalada es el conocimiento de los recursos de casación penal.

1558 Tribunales contencioso-administrativos

Forman parte del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción ordinaria las siguientes clases de tribunales:

a) **Juzgados de lo contencioso-administrativo**, unipersonales y de ámbito provincial.

b) **Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia**, tribunales colegiados, de ámbito territorial autonómico, salvo en Andalucía, Castilla y León y Canarias, comunidades en las que la circunscripción de algunas Salas no comprende todo el territorio de la comunidad -nº 1566 - (Ley de Demarcación y Planta Judicial art.2).

c) **Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y juzgados centrales de lo contencioso-administrativo:** los juzgados centrales son órganos unipersonales; tanto la Sala como los juzgados extienden su jurisdicción a todo el territorio del Estado.

d) **Sala tercera del Tribunal Supremo** (o Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo), que es la cúspide del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción ordinaria.

Todas las salas de lo contencioso-administrativo (las de los TSJ, la AN y el TS) se dividen en secciones, de manera que las funciones jurisdiccionales se ejercen por las secciones, que son tribunales colegiados.

1560 Tribunales laborales

Pertencen al orden jurisdiccional social los siguientes tribunales:

a) **Juzgados de lo social**, unipersonales, de ámbito provincial, conocen en primera instancia de los procesos atribuidos a este orden jurisdiccional.

- b) **Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia**, tribunales colegiados de ámbito autonómico, con las mismas especialidades en Andalucía, Castilla y León y Canarias que las salas de lo contencioso-administrativo.
- c) **Sala de lo social de la Audiencia Nacional**, tribunal colegiado, con jurisdicción en todo el territorio del Estado.
- d) **Sala cuarta del Tribunal Supremo** (o Sala de lo Social del Tribunal Supremo), como órgano de casación y revisión que culmina la pirámide jurisdiccional en el orden social o laboral de la jurisdicción ordinaria.

b. Distribución territorial de los tribunales de la jurisdicción ordinaria

1562 El Estado se organiza territorialmente, a los efectos jurisdiccionales, en municipios, partidos, provincias y CCAA (LOPJ art.30). Hay, además, órganos jurisdiccionales que extienden su jurisdicción a todo el territorio del Estado.

1564 Tribunales con jurisdicción en todo el territorio del Estado

Los tribunales con jurisdicción en todo el territorio del Estado son:

- el Tribunal Supremo (LOPJ art.53);
- la Audiencia Nacional (LOPJ art.62) y juzgados centrales (de instrucción, de lo penal, de vigilancia penitenciaria, de menores y de lo contencioso-administrativo).

1566 Tribunales de ámbito territorial autonómico

Los tribunales de ámbito territorial autonómico son los **Tribunales Superiores de Justicia**, con las salvedades que se indican a continuación respecto a los de Andalucía, Castilla y León, y Canarias (LOPJ art.70).

El TSJ de **Andalucía** tiene tres salas de lo contencioso-administrativo y tres salas de lo social, en Sevilla, Granada y Málaga. La demarcación de las salas con sede en Sevilla comprende las provincias de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla; las salas de Granada tienen una demarcación comprensiva de las provincias de Almería, Granada y Jaén y la demarcación de las salas de Málaga se circunscribe exclusivamente a esa provincia.

El TSJ de **Castilla y León** tiene dos salas de lo contencioso-administrativo y dos salas de lo social en Valladolid y Burgos. Las salas de Valladolid comprenden las provincias de León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora. Las salas de Burgos tienen como demarcación las provincias de Ávila, Burgos, Segovia y Soria.

El TSJ de **Canarias** tiene dos salas de lo contencioso-administrativo y dos salas de lo social en Las Palmas y Sta. Cruz de Tenerife, cada una de las cuales limitada al territorio de su provincia.

1568 Tribunales de ámbito territorial provincial

Son tribunales de ámbito territorial provincial:

- las **Audiencias Provinciales**. En algunas provincias se han creado secciones de la Audiencia Provincial que tienen su sede en una población distinta de la capital y que limitan su territorio a solo una parte de la provincia: por ejemplo, en la provincia de Murcia hay una Sección de la AP en Cartagena; en Asturias, hay dos secciones de la AP en Gijón (LOPJ art.80);
- Juzgados de lo **penal**;
- Juzgados de lo **contencioso-administrativo**;
- Juzgados de lo **social**;
- Juzgados de **vigilancia penitenciaria**;
- Juzgados de **menores**;
- Juzgados de lo **mercantil**.

1570 Tribunales cuyo ámbito territorial es el partido judicial

El partido judicial es una demarcación territorial que existe exclusivamente a efectos jurisdiccionales. Un partido judicial es una demarcación de menor extensión que la provincia, que puede comprender uno o varios municipios. Los órganos jurisdiccionales cuya demarcación es el partido judicial son:

a) **Juzgados de primera instancia e instrucción**, o juzgados de primera instancia y juzgados de instrucción, según los casos.

En general, en cada partido judicial hay uno o varios juzgados de primera instancia e instrucción que son tribunales que tienen competencias civiles y penales. En algunas poblaciones importantes, esta clase de juzgados se divide en dos grupos: por un lado, los juzgados de primera instancia, con competencias exclusivamente civiles, y por otro, los juzgados de instrucción, con competencias exclusivamente penales.

b) Juzgados de violencia sobre la mujer.

1572 Tribunales cuyo ámbito territorial es el municipio

Los tribunales cuyo ámbito territorial es el municipio son los **juzgados de paz**, con la salvedad de que solo existe esta clase de juzgados en los municipios que no son cabeza de partido judicial. En los municipios que son cabeza de partido hay juzgado o juzgados de primera instancia e instrucción, y no existe juzgado de paz.

c. Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles

1575 La competencia internacional es el criterio que permite establecer en qué casos deben conocer los tribunales españoles de procesos en que concurre algún elemento extranjero.

1578 Competencia internacional

Las **fuentes normativas** relativas a la competencia internacional de los tribunales españoles son:

1) **Normas del derecho internacional público sobre inmunidad de jurisdicción:** el derecho internacional público prohíbe a los tribunales de los Estados juzgar a ciertos sujetos. De estos sujetos se dice que gozan de inmunidad de jurisdicción. La LOPJ art.21.2 se remite a estas inmunidades, que deben ser respetadas por los tribunales españoles: no pueden conocer de procesos dirigidos contra sujetos que gocen de inmunidad de jurisdicción.

Las inmunidades pueden venir establecidas:

- en tratados internacionales (Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas 16-4-1961; Convenio de Viena sobre relaciones consulares 24-4-1963, establecen inmunidades de jurisdicción en favor de los agentes diplomáticos y consulares de Estados extranjeros);

- derecho internacional consuetudinario: inmunidades de los Estados extranjeros y de los jefes de Estado extranjeros;

- la legislación interna (LO 16/2015 , sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebrados en España).

2) **Normas de competencia internacional en sentido estricto:** limitan la competencia de los tribunales españoles para conocer de asuntos con elementos de extranjería. Se trata de evitar que los tribunales españoles se ocupen de asuntos que no guarden ninguna relación con España. Hay que atender, por este orden:

a) Normas comunitarias:

- Rgto UE/1215/2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil;

- Rgto CE/2201/2003 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental;

- Rgto CE/4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos;

- Rgto UE/2015/848 , sobre procedimientos de insolvencia;

- Rgto UE/650/2012 , que regula, entre otras cuestiones, la competencia judicial internacional en materia de sucesiones mortis causa.

b) Tratados internacionales (multilaterales y bilaterales):

- Convenio de Lugano, 30-10-2007 (sustituye al de 16-9-1988); se aplica en el ámbito de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA) que comprende a todos los Estados de la UE más Islandia, Noruega y Suiza;

- Tratados bilaterales: España tiene tratados bilaterales con algunos Estados extranjeros no pertenecientes a la UE ni a la AELC, que afectan a la competencia internacional, en general o con referencia a materias específicas (Argelia, Brasil, China, El Salvador, Israel, Mauritania, México, Uruguay, Túnez).

c) Normas internas:

A falta de norma comunitaria y de tratado, ante un asunto con elementos de extranjería los tribunales españoles deben decidir sobre su competencia internacional aplicando las reglas de la LOPJ art.22 a 25 .

d. Conflictos de competencia entre tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales

1580 Jurisdicción por razón del objeto

(LOPJ art.9)

La jurisdicción por razón del objeto es el reparto del conocimiento de los asuntos litigiosos entre los tribunales de los distintos órdenes, ramas o especialidades de la jurisdicción ordinaria (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral).

1582 Tribunales civiles

(LOPJ art.9.2)

A los tribunales civiles les corresponde el conocimiento:

- de las materias que les son propias (hay que entender por **materias propias** de los tribunales civiles las pretensiones basadas en el derecho civil o en el derecho mercantil); y, en general,
- de todas aquellas materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (**carácter residual** de la jurisdicción civil); hay que tener en cuenta los asuntos atribuidos a los tribunales penales, contencioso-administrativos y laborales.

1583 Tribunales penales

(LOPJ art.9.3)

Los tribunales penales tienen atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.

1584 Tribunales contencioso-administrativos

(LOPJ art.9.4)

Los tribunales del orden contencioso-administrativo conocen:

- de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las AAPP sujeta al derecho administrativo;
- de la impugnación de las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en la Const art.82.6 ;
- de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho; y
- de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las AAPP y del personal a su servicio.

1585 Tribunales del orden jurisdiccional social

(LOPJ art.9.5)

Los tribunales del orden jurisdiccional social conocerán:

- de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos;
- de las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

1587 Falta de jurisdicción

(LOPJ art.9.6, 37.2 y 38; LEC art.72 s.)

Los tribunales pueden apreciar que no tienen jurisdicción por razón del objeto para conocer de un asunto que se haya planteado ante ellos por las siguientes **vías**:

- a) **Apreciación de oficio**, previa audiencia de las partes y el Ministerio Fiscal; puede producirse en cualquier momento del proceso.
- b) **A instancia de parte**, conforme a lo previsto en las leyes procesales (en la LEC se prevé que el demandado puede poner de manifiesto la falta de jurisdicción por razón del objeto de los tribunales civiles mediante declinatoria).

1589 Conflictos de competencia

(LOPJ art.42 a 50)

Los conflictos de competencia son los conflictos que pueden producirse sobre jurisdicción por razón del objeto entre tribunales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales. Pueden ser de dos clases:

a) **Conflicto negativo**: se produce cuando, tras abstenerse de conocer un tribunal de oficio o a instancia de parte, el tribunal que haya sido indicado como competente en el auto de inhibición estima que tampoco tiene jurisdicción (ver nº 1591).

b) **Conflicto positivo**: los tribunales de un orden jurisdiccional pueden requerir a los de otro que se abstengan del conocer de un asunto; se produce entonces un conflicto positivo (ver nº 1590).

La **resolución** de los conflictos (positivos o negativos) compete a una Sala especial del TS presidida por el presidente y compuesta por 2 magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno.

1590 Conflictos positivos

Los conflictos positivos **se pueden promover** de oficio o a instancia de parte. En este último caso, la parte que pretenda promover el conflicto dirigirá un escrito razonado al tribunal que estime competente. Este tribunal, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días, decidirá por medio de un auto si procede requerir al órgano jurisdiccional que esté conociendo para que deje de hacerlo.

El tribunal requerido, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes por plazo común de 10 días, dictará **auto** resolviendo sobre su competencia. Si no se accediere al requerimiento, se comunicará así al requirente y se elevarán por ambos las actuaciones a la Sala de Conflictos, conservando ambos órganos, en su caso, los testimonios necesarios para adoptar las medidas urgentes o necesarias que puedan resultar procedentes.

La Sala de Conflictos, oído el Ministerio Fiscal por plazo no superior a 10 días, dictará auto en los 10 siguientes, sin que contra él quepa **recurso** alguno.

1591 Conflictos negativos

Los conflictos negativos se pueden producir cuando el tribunal ante el que se ha incoado un proceso se inhibe del conocimiento de dicho proceso, **de oficio o a instancia de parte**, por entender que le falta jurisdicción por razón del objeto.

En este caso, el tribunal que se abstiene deberá indicar en su **resolución** el orden jurisdiccional al que corresponde el conocimiento del asunto. Si se promueve el proceso ante el órgano jurisdiccional indicado y este rechaza también su jurisdicción para conocer del asunto quedará planteado el conflicto negativo.

En caso de conflicto negativo, la parte a quien interese podrá interponer en el plazo de 10 días **recurso** por defecto de jurisdicción. El recurso se interpondrá ante el órgano que dictó la resolución, quien, tras oír a las partes personadas, si las hubiere, remitirá las actuaciones a la Sala de Conflictos.

2. Personal al servicio de los tribunales

1593 En todo órgano jurisdiccional hay uno o varios **funcionarios** que llevan a cabo la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (personal juzgador) y otros funcionarios que realizan funciones preparatorias y de apoyo (personal auxiliar).

1595 Personal juzgador

El personal juzgador de los tribunales de la jurisdicción ordinaria está integrado, como regla, por jueces juristas pertenecientes a un cuerpo único de funcionarios denominado «**carrera judicial**». A esto se refiere la Const art.122.1 al contemplar la existencia de un estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera y disponer que estos formarán un cuerpo único. Dentro de la carrera judicial hay tres **categorías**: jueces, magistrados y magistrados del Tribunal Supremo (LOPJ art.299).

La Ley contempla distintos **modos de acceso** a la carrera judicial; los más importantes son la oposición libre y el concurso entre juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional. En ambos casos, los aspirantes que hayan aprobado la oposición o hayan sido seleccionados en el concurso deberán superar un curso en la escuela judicial.

Los **destinos judiciales** han de ser ocupados, como regla general, por miembros de la carrera judicial. No obstante, excepcionalmente dichos destinos pueden ser servidos por licenciados en derecho no pertenecientes a la carrera judicial. Así sucede en los casos en que, conforme a las disposiciones de la LOPJ, algún órgano jurisdiccional es servido por jueces de provisión temporal, jueces sustitutos o magistrados suplentes.

Los **jueces de provisión temporal** son nombrados para desempeñar plazas vacantes de jueces que resulten desiertas en los concursos, y no puedan ser servidas adecuadamente mediante sustitución, prórrogas de jurisdicción o comisiones de servicio por jueces miembros de la carrera judicial. Los jueces de provisión temporal cesan cuando la plaza que ocupan se cubre por los procedimientos ordinarios (LOPJ art.428 a 433).

Los **magistrados suplentes** y los jueces sustitutos actúan en casos de bajas, permisos, vacaciones y situaciones análogas de los magistrados y jueces titulares, y solo cuando las circunstancias impidan que esas situaciones se resuelvan por los sistemas ordinarios de sustitución (que suponen que los jueces y magistrados de carrera sean sustituidos por otros jueces o magistrados de carrera). Todos los años el CGPJ aprueba una lista de magistrados suplentes y jueces sustitutos que serán llamados a desempeñar funciones jurisdiccionales cuando sea necesario (LOPJ art.200, 201 y 213).

1597 Jueces juristas y jueces legos: los jueces de paz y el jurado

Como **regla general** las personas que llevan a cabo la función jurisdiccional en los tribunales españoles (jueces y magistrados) han de ser juristas, en el sentido de personas con estudios de derecho que están en posesión del correspondiente título académico superior. Las dos únicas **excepciones** a esta regla son los jueces de paz y los jurados.

Los **jueces de paz** prestan servicio en los juzgados de paz, tribunales de ámbito territorial municipal con competencias civiles para asuntos de muy pequeña cuantía (hasta 90 euros). La designación de los jueces de paz corresponde a los **ayuntamientos**; la persona que el ayuntamiento designe es nombrada juez de paz para un periodo de 4 años por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia (LOPJ art.101). Se prevé que pueden ser nombrados jueces de paz personas que no tengan el título de licenciado en derecho (LOPJ art.102).

El **Tribunal del Jurado** es el competente, en el orden penal, para el enjuiciamiento de acusaciones por homicidio y otros delitos a que se refiere la LOTJ art.1 . Este tribunal está compuesto por 9 jurados y un magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo preside (LOTJ art.2.1). Los jurados que intervienen en un concreto juicio se determinan por un procedimiento de sorteo entre ciudadanos que cumplan los requisitos que establece la LOTJ, sin que se exija para ser jurado ser licenciado en derecho. Es más, la LOTJ declara incompatibles para el ejercicio de la función de jurado a ciertos profesionales del derecho: abogados y procuradores en ejercicio y profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal (LOTJ art.10.9).

1599 Personal auxiliar

Dentro de estos funcionarios se encuentran:

- los letrados de la Administración de Justicia (nº 1600);
- los funcionarios integrantes de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial (nº 1601);
- los médicos forenses y otros auxiliares técnicos (nº 1602);
- la Policía judicial (nº 1603).

1600 Letrados de la Administración de Justicia

(LOPJ art.440 a 469 bis; LEC art.140, 145 a 148 y 152)

Corresponde a los letrados de la Administración de Justicia decidir mediante resoluciones denominadas **decretos y diligencias de ordenación** (LEC art.206.2) sobre ciertas cuestiones que pueden suscitarse en el curso del proceso, como la admisión a trámite de la demanda (no la inadmisión); la admisión de la acumulación de acciones; la terminación del proceso como consecuencia de la falta de actividad de las partes o por haber llegado estas a un acuerdo; la aprobación de los acuerdos adoptados en conciliación entre las partes, la tasación de costas y la mayor parte de las resoluciones del proceso de ejecución tras la orden general de ejecución dictada por el juez, así como las resoluciones cuyo objeto sea impulsar el procedimiento.

Además de estas resoluciones corresponden a los letrados de la Administración de Justicia las siguientes **funciones**:

- la fe pública judicial (LOPJ art.453 ; LEC art.145);
- la documentación de las actuaciones del proceso, mediante actas y diligencias (LOPJ art.453.1 y 454 ; LEC art.146.1);
- el impulso del proceso mediante resoluciones denominadas diligencias de ordenación (LEC art.179.1 y 206.2.1ª ; LOPJ art.456.2);
- actos de comunicación que el órgano judicial deba hacer a las partes, a terceros, a otros órganos judiciales o a otros órganos públicos (LEC art.152.1);
- recepción de los escritos, constancia de dicha recepción, dación de cuenta al juez o a los magistrados de los escritos y documentos recibidos y archivo y conservación de las actuaciones (LOPJ art.455, 458 y 459 ; LEC art.178 y 148);
- dirección del personal integrante de la oficina judicial (LOPJ art.454.2);
- cuenta de depósitos y consignaciones;

- acceso de los interesados a los libros, archivos y registros judiciales y a la información sobre el estado de las actuaciones; y
- estadística judicial.

1601 Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial (LOPJ art.470 a 478)

Junto a los letrados de la Administración de Justicia, desarrollan sus funciones en el seno de los órganos jurisdiccionales, como personal al servicio de la Administración de Justicia, los funcionarios integrantes de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial.

1602 Médicos forenses y otros auxiliares técnicos (LOPJ art.479 s.)

Los médicos forenses son funcionarios licenciados en medicina que prestan sus servicios a la Administración de Justicia.

Desempeñan **funciones** de asistencia técnica a los juzgados, tribunales, fiscalías y oficinas del Registro Civil en las materias de su disciplina profesional y funciones de asistencia o vigilancia facultativa de detenidos, lesionados o enfermos que se hallen bajo la jurisdicción de aquellos. Los médicos forenses prestan servicio en un Instituto de Medicina Legal o en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; excepcionalmente pueden ser adscritos a órganos jurisdiccionales, fiscalías u oficinas del Registro Civil.

Además del Cuerpo de Médicos Forenses, existen también el Cuerpo de Facultativos, el Cuerpo de Técnicos Especialistas y el Cuerpo de Ayudantes de Laboratorio, cuyos miembros prestan servicio en el **Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses** (LOPJ art.475 y 480).

1603 Policía Judicial

En la actualidad en España existen unidades especiales de policía judicial, que dependen funcionalmente de los jueces y magistrados y del Ministerio Fiscal. Los miembros de estas unidades forman parte de los **Cuerpos y Fuerzas de Seguridad** y dependen orgánicamente del Ministerio del Interior o de las Consejerías de Interior de las CCAA que tienen cuerpos propios de policía.

La policía judicial **depende de** los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca (Const art.126).

La LOPJ y la LO 2/1986 , de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establecen un **modelo de policía judicial** que puede ser sintetizado del siguiente modo: todos los miembros de las distintas fuerzas de seguridad han de desempeñar funciones de policía judicial cuando sean requeridos para este fin; pero, sin perjuicio de ello, existen unas específicas unidades de policía judicial que, aunque dependen orgánicamente del poder ejecutivo, dependen funcionalmente de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal.

Según la LOPJ art.547 , la **función** de policía judicial compete, cuando sean requeridos para prestarla, a todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, tanto si dependen del gobierno central como si dependen de las CCAA o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

La LOPJ art.548 dispone que se establezcan unidades de policía judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquellas les encomienden. La regulación de esas unidades de policía judicial se realiza en la LO 2/1986 art.29 s. y en el RD 769/1987 .

La LOPJ establece la **prohibición** de que a los miembros de las unidades de policía judicial se les puedan encomendar actuaciones que no sean las propias de las mismas o derivadas de ellas (**exclusividad**) (LOPJ art.549.2). Y se establece, asimismo, que los miembros de las unidades de policía judicial a quienes se hubiera encomendado una **actuación o investigación concreta** no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, hasta que finalice la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente. Se trata de dos garantías concebidas para evitar obstrucciones a las investigaciones policiales.

3. Personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia

1604 Las personas e instituciones que cooperan con la Administración son:

- el Ministerio Fiscal (nº 1605);
- los abogados y procuradores (nº 1606); y

- la abogacía del Estado, en representación y defensa del Estado y demás entes públicos (nº 1607)

1605 Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal tiene por **misión** promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (Const art.124.1).

El Ministerio Fiscal ejerce su **función** actuando ante los tribunales. A estos efectos, la ley establece los procesos en que el Ministerio Fiscal ha de intervenir para defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos, el interés público o el interés social y, en dichos procesos, el fiscal actúa como parte formulando las pretensiones que estime procedentes u oponiéndose a las pretensiones ejercitadas por otros, cuando lo considere necesario para el cumplimiento de su función.

El Ministerio Fiscal actúa por medio de un conjunto de órganos, denominados **fiscalías**, organizados jerárquicamente (LO 50/1981 art.12):

a) En la cúspide de esta organización jerárquica se encuentra el Fiscal General del Estado, que es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio efectivo de su profesión (Const art.124.4 ; LO 50/1981 art.29.1).

b) Fiscalía del Tribunal Supremo.

c) Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

d) Fiscalía de la Audiencia Nacional.

e) Fiscalías especiales.

f) Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

g) Fiscalía Jurídico Militar.

h) Fiscalías de las comunidades autónomas

i) Fiscalías provinciales.

j) Fiscalías de Área.

La **organización interna** de las fiscalías es también jerárquicamente, con un fiscal jefe, un teniente fiscal y un número variable de fiscales, en función de las necesidades del servicio (LO 50/1981 art.18.3).

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad (Const art.124.2).

1606 Abogados y procuradores

Son los profesionales del derecho a quienes corresponden, respectivamente, la defensa y la representación en juicio de los litigantes. Como **regla general**, la intervención de estos profesionales es preceptiva, de manera que quien quiera acudir a los tribunales para defender sus derechos, sea como actor o como demandado, deberá contratar abogado y otorgar su representación a un procurador. En los procesos civiles la intervención de abogado y procurador es preceptiva para los asuntos de cuantía superior a 2.000 euros (LEC art.23.2.1º y 31.2.1º).

Corresponde en exclusiva a los **abogados** la dirección y defensa de las partes en todo tipo de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídicos (LOPJ art.542.1). El abogado presta sus servicios mediante un contrato de arrendamiento de servicios con su cliente.

A los **procuradores**, le corresponde en exclusiva la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa (LOPJ art.543.1). Los procuradores actúan mediante un contrato de mandato regulado por las leyes procesales, y supletoriamente por la legislación civil.

En la **jurisdicción laboral** se permite que la representación procesal se confíe a un procurador o a un graduado social colegiado (LOPJ art.545.3). En ciertos asuntos muy concretos el abogado puede asumir simultáneamente la defensa y la representación procesal del litigante (LECr art.768 ; LJCA art.23.1).

1607 Representación y defensa del Estado y demás entes públicos

La representación y defensa en juicio de las administraciones públicas y de los órganos constitucionales está **regulada en** la LOPJ art.551 y en la L 52/1997 , de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones públicas. Hay que tener en cuenta también la legislación autonómica que regula los servicios jurídicos de las CCAA.

Como regla, la representación y defensa en juicio de la Administración del Estado, organismos autónomos estatales y órganos constitucionales corresponde a los **Abogados del Estado** integrados en el servicio jurídico del Estado (LOPJ art.551.1 ; L 52/1997 art.1). No obstante, las entidades gestoras y la Tesorería de la Seguridad Social

actúan en juicio representadas y defendidas por los **letrados de la Administración de la Seguridad Social** (LOPJ art.551.1). Por otro lado, algunos órganos constitucionales, disponen de un régimen especial propio en cuanto a su defensa y representación en juicio. Así sucede con las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado, la Junta Electoral Central y los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquellas, cuya representación y defensa se confía a los **letrados de las Cortes Generales** integrados en las secretarías generales respectivas (LOPJ art.551.2).

La representación y defensa en juicio de las **comunidades autónomas** corresponde a los letrados de los servicios jurídicos de las correspondientes administraciones autonómicas. Se prevé también la designación de abogado colegiado para la defensa en asuntos concretos (LOPJ art.551.3).

En cuanto a los **entes locales**, su representación y defensa corresponderá a los letrados que sirvan en sus servicios jurídicos, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Se contempla también la posibilidad de que los Abogados del Estado asuman la representación y defensa de los entes locales mediante convenios de colaboración (LOPJ art.551.3).

4. Jurisdicción militar

1608 La existencia de una jurisdicción militar está expresamente prevista por la Constitución, si bien limitada al **ámbito estrictamente castrense** y a los supuestos de declaración del **estado de sitio** (Const art.117.5).

La jurisdicción militar está regulada en LO 4/1987 , de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la L 44/1998 , de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar y la LO 2/1989 , Procesal Militar.

La jurisdicción militar tiene atribuido el conocimiento de dos grandes bloques de **materias**:

1. La materia **penal militar** consiste en el enjuiciamiento de los delitos siguientes:

- los comprendidos en el código penal militar (LO 14/2015);
- los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en la declaración de dicho estado; y
- los cometidos por militares españoles en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con los tratados en que España sea parte.

2. La materia **contencioso-disciplinaria** militar comprende el conocimiento de los recursos contra sanciones impuestas en aplicación del régimen disciplinario de las fuerzas armadas y de la guardia civil.

1609 La jurisdicción militar está integrada por las siguientes **clases de tribunales** (LO 4/1987 art.22 a 62):

1. Juzgados togados territoriales.
2. Juzgados togados centrales.
3. Tribunales militares territoriales.
4. Tribunal Militar Central.
5. Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

En el seno de la jurisdicción militar prestan sus servicios jueces (con la denominación de **auditores y jueces togados**), fiscales (con la denominación de **fiscales militares**) y **secretarios relatores**.

Las **características comunes** de estos funcionarios son:

- son miembros del Cuerpo Jurídico-Militar (que también desempeña labores de asesoramiento jurídico en el Ministerio de Defensa);
- dependen orgánicamente del Ministerio de Defensa y no del CGPJ, como los jueces y magistrados ordinarios;
- la LOJM garantiza la independencia e inamovilidad de los que desempeñan funciones jurisdiccionales, atribuyendo al CGPJ los nombramientos para los destinos jurisdiccionales en todos los órganos de la jurisdicción militar, desde los juzgados togados militares hasta la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

5. Tribunales consuetudinarios y tradicionales

1610 La Const art.125 menciona los Tribunales consuetudinarios y tradicionales entre las formas de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. La LOPJ art.19 desarrolla esta previsión constitucional reconociendo expresamente el carácter de tribunales consuetudinarios y tradicionales a los dos siguientes:

- **Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana** (LOPJ art.19.3);
- **Consejo de Hombres Buenos de Murcia** (LOPJ art.19.4 , añadido por la LO 13/1999).

Son tribunales formados por **jueces no juristas** (agricultores) que deciden conflictos por el agua de riego entre los agricultores de las huertas de Valencia y de Murcia, respectivamente.

6. Tribunal Constitucional

1611 El Tribunal Constitucional está regulado en el Título IX de la Constitución y en la LO 2/1979 , del Tribunal Constitucional (LOTC). Las **funciones** jurisdiccionales del Tribunal Constitucional pueden ser agrupadas en tres bloques:

1. Control de constitucionalidad de las Leyes, a través de las siguientes vías:

a) El **recurso de inconstitucionalidad** (Const art.161.1.a y 162.1.a ; LOTC art.27 a 34). Mediante este recurso se pueden impugnar directamente las Leyes que se consideren inconstitucionales. Solo están legitimados para interponerlo el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores y los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las CCAA. El plazo para presentar recurso de inconstitucionalidad es de 3 meses desde la publicación de la Ley.

b) La **cuestión de inconstitucionalidad** (Const art.163 ; LOTC art.27 a 30 y 35 a 37). Es una cuestión prejudicial que pueden plantear los tribunales ordinarios cuando consideren, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. El tribunal ordinario, antes de dictar sentencia, planteará la cuestión al TCo y, una vez que este resuelva sobre la constitucionalidad de la norma legal, el tribunal ordinario dictará la sentencia, aplicando o no la norma en función de que el TCo la haya declarado o no conforme con la Constitución.

c) **Declaración previa sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales** (Const art.95 ; LOTC art.78). En este caso el control de constitucionalidad es previo porque una eventual declaración de inconstitucionalidad de un Tratado internacional cuando ya hubiese sido ratificado por España obligaría a incumplirlo, pudiendo comprometer la responsabilidad internacional del Estado español.

d) **Recurso de inconstitucionalidad**, con carácter previo, de los **Proyectos de Estatutos de Autonomía** y las propuestas de reforma de los mismos (LOTC art.79).

1612 2. Resolución de conflictos:

- conflictos de competencias entre Estado y las CCAA o de estas entre sí (Const art.161.1.c ; LOTC art.60 a 72);
- conflictos entre órganos constitucionales del Estado (LOTC art.73 a 75);
- impugnaciones por parte del Gobierno de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las CCAA (Const art.161.2 ; LOTC art.76 y 77);
- conflictos en defensa de la autonomía local, a través de los cuales un conjunto de entes locales que alcance determinada representatividad geográfica y territorial puede impugnar leyes estatales o autonómicas que vulneren la autonomía local (LOTC art.75 bis a 75 quinquies).

3. Tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo constitucional (Const art.53.2, 161.1.b y 162.1.b ; LOTC art.41 a 58).

El TCo se compone de 12 miembros (**magistrados del Tribunal Constitucional**) nombrados por el Rey, 4 a propuesta del Congreso por mayoría de 3/5; 4 a propuesta del Senado, con idéntica mayoría, entre los candidatos presentados por las asambleas legislativas de las CCAA; 2 a propuesta del Gobierno, y 2 a propuesta del CGPJ (Const art.159.1 ; LOTC art.16.1).

Los miembros del TCo han de ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional (Const art.159.2 ; LOTC art.18).

Los magistrados del TCo son designados por un período de 9 años y se renuevan por terceras partes cada 3 (Const art.159.3).

7. Tribunal de Cuentas

1614 La Const art.136 prevé la existencia del Tribunal de Cuentas, cuya organización y funcionamiento se regulan en la LO 2/1982 , del Tribunal de Cuentas, y en la L 7/1988 , de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, dependiente de las Cortes Generales por delegación de las cuales ejerce sus funciones. Esta **función fiscalizadora** del Tribunal de Cuentas, que constituye su función más conocida, no es jurisdiccional.

Ahora bien, junto a esta función fiscalizadora, el Tribunal de Cuentas tiene también una **función jurisdiccional** cuyo contenido es el enjuiciamiento de la denominada responsabilidad contable de los gestores de fondos públicos y de los perceptores de subvenciones y ayudas provenientes del sector público. El Tribunal de Cuentas juzga sobre pretensiones relativas a la depuración de responsabilidad en que pueden incurrir quienes teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, causen un menoscabo a los mismos, por dolo o por culpa o negligencia graves, por actos u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y contable aplicable al sector público.

El Tribunal de Cuentas lo forman 12 **consejeros de cuentas**, designados por las Cortes Generales, 6 por el Congreso de los Diputados y 6 por el Senado, mediante votación por mayoría de 3/5 de cada una de las Cámaras, por un período de 9 años.

Estos consejeros se dividen en dos secciones: la **sección de fiscalización** y la **sección de enjuiciamiento**. Las funciones jurisdiccionales se llevan a cabo en el seno de esta última sección, por 3 consejeros de cuentas que actúan como tribunales unipersonales de primera instancia, y una sala formada por 3 consejeros que actúa como tribunal de segunda instancia. Frente a algunas sentencias de la sala cabe recurso de casación ante la sala tercera del Tribunal Supremo.

8. Conflictos de jurisdicción

1616 La regulación de los conflictos de jurisdicción se encuentra en la LOPJ art.38 a 41 y en la LO 2/1987 , de Conflictos Jurisdiccionales.

1617 **Conflictos entre un órgano judicial y una Administración pública**
(LOPJ art.38; LO 2/1987 art.1)

La decisión de este tipo de conflictos está encomendada al **Tribunal de Conflictos de Jurisdicción**, que es un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por 5 vocales, de los que 2 serán magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del CGPJ, y los otros 3 serán Consejeros Permanentes de Estado.

El procedimiento para la tramitación y decisión de los conflictos está regulado en la LO 2/1987 art.1 a 21 .

1618 **Conflicto entre tribunales de la jurisdicción ordinaria y tribunales de la jurisdicción militar**
(LOPJ art.39 y 40; LO 2/1987 art.22)

La **competencia** para resolver estos conflictos corresponde a la Sala de Conflictos de Jurisdicción. La Sala de Conflictos de Jurisdicción está compuesta por el presidente del Tribunal Supremo, que la preside, 2 magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y 2 magistrados de la Sala de lo militar, todos ellos designados anualmente por el Pleno del CGPJ.

La **tramitación y decisión** de estos conflictos está regulada en la LO 2/1987 art.22 a 29), en términos muy similares a los previstos para los conflictos entre los tribunales y las AAPP.

1619 **Conflictos con el Tribunal de Cuentas**
(LO 2/1987 art.31)

Se contemplan dos tipos de conflictos:

1. Conflictos entre los órganos de la **jurisdicción contable y la Administración**: los resuelve el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción previsto en la LOPJ art.38 y LO 2/1987 art.1 .

2. Conflictos entre los órganos de la **jurisdicción contable** y los órganos de la **jurisdicción militar**: los resuelve la Sala de Conflictos de Jurisdicción prevista en la LOPJ art.39 y LO 2/1987 art.22 . A los efectos de la composición de esta sala se entiende que los órganos de la jurisdicción contable pertenecen al orden contencioso-administrativo.

B. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1625	1. Composición, organización y funcionamiento	1635
	2. Competencias de las instancias del TJUE. Recursos y procedimientos	1651

1626 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) es el órgano judicial de esta organización internacional y es una de la principales instituciones de este proceso de integración. Este tribunal encarna el **poder judicial en la UE** (A. Mangas Martín y D. Liñán Nogueras), lo que nos revela el significado que una institución así adquiere en el marco de las organizaciones internacionales. En realidad, el TJUE se configura como un órgano necesario, sobre todo con base en dos razones fundamentales: Por un lado, un **proceso de integración** como la UE que ha alcanzado altos niveles de eficacia y en el que se han producido significativas transferencias de competencias de los Estados miembros a la UE, precisa de un órgano de naturaleza judicial porque, sin duda, la UE, más allá de su carácter político y económico, es un fenómeno de naturaleza jurídica. Por otro lado, la UE ha generado un **ordenamiento jurídico propio** y singular, caracterizado por las notas de autonomía, primacía y efecto directo y que actúa en los mismos ámbitos personal y material que los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, por lo que se necesita un órgano de carácter judicial encargado en último término de la aplicación y de la interpretación del ordenamiento propio de la UE. Con toda claridad, el Tratado de la UE art.19 nos dice que el TJUE garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

1627

Precisiones

Desde sus orígenes el TJUE se concibió como un órgano jurisdiccional encargado de garantizar una interpretación uniforme del derecho que emanase del proceso de integración y como último garante de la adecuada y correcta aplicación de este ordenamiento jurídico. Ahora bien, no debemos olvidar que las labores de aplicación del derecho europeo no las lleva a cabo, en exclusividad, este Tribunal sino que, en función de las características de la integración, estas tareas las desarrollan, al mismo tiempo, los **tribunales nacionales de los Estados miembros**. En otros términos, la aplicación judicial del derecho de la UE corresponde, fundamentalmente, a los tribunales ordinarios de los Estados miembros y el TJUE comparte esta función con dichos tribunales. De ahí que el TJUE art.19 se refiera a esta realidad al indicar que los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión.

Lo que está claro es que el TJUE juega un papel decisivo en el proceso de construcción europea y que, aunque se trata de una institución mucho menos conocida que otras como el Consejo, la Comisión o el Parlamento, con carácter general, sin embargo, ha realizado muy relevantes aportes al esquema de integración en su conjunto. La UE, como hemos dicho, se configura, también, como un esquema de integración jurídica en la que el derecho va a tener una gran trascendencia. Como se ha dicho, «conviene destacar inmediatamente que la importancia del derecho, de la *rule of law*, en este proceso de construcción europea es fundamental, ya desde el primer momento. Los **Tratados constitutivos** de 1951 y 1957 (...) contienen una pluralidad de normas jurídicas que se traducen en obligaciones -de un alcance desconocido hasta la fecha- para los Estados participantes, cuyo respeto se les impone (...) Precisamente, dado el complejo entramado de relaciones económicas, jurídicas y políticas subyacentes en la creación de las Comunidades Europeas, los autores de los Tratados constitutivos fueron conscientes de que dicha organización no podría funcionar sin la existencia de un órgano judicial dotado de todas las características propias de un auténtico poder judicial, en particular las de independencia e imparcialidad» (R. García-Valdecasas y Fernández y J. M. Carpi Badía).

1629 Comoquiera que sea, para conocer el tratamiento jurídico que el TJUE recibe en el marco del derecho de la UE conviene tener en cuenta, al menos, los siguientes **instrumentos jurídicos**:

- La Unión dispone de un **marco institucional** que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones. Entre las instituciones de la Unión se menciona específicamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal (Tratado UE art.13).
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprende el **Tribunal de Justicia**, el **Tribunal General** y los **tribunales especializados**. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia, de conformidad con los Tratados (Tratado UE art.19): - sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas; - con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; y - en los demás casos previstos por los Tratados.
- En el Tratado FUE art.251 a 281 se explicita, con claridad, todos los aspectos relativos a este Tribunal tanto los relativos a su composición como funcionamiento así como a las competencias que le corresponde y a los recursos que, en su caso, cabe presentar ante este órgano jurisdiccional. El examen de estas disposiciones es necesario para comprender, en toda su amplitud, el significado y alcance que le corresponde al **TJUE** en el seno del esquema de integración que representa la UE y que, de alguna manera, quedan reflejados al establecer que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea **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, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros (TFUE art.262). Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Lo que expresa, con toda nitidez, el poder que realmente le corresponde a esta institución de la UE.

- El **Estatuto** del TJUE que se contiene en el Protocolo 3 al Tratado FUE complementa y precisa las disposiciones anteriores.

Precisiones

La configuración actual del TJUE es el resultado de un **proceso histórico** que se ha venido desarrollando desde su creación en 1957. Sin embargo, no se puede decir que se hayan producido muchos cambios sustanciales en este órgano jurisdiccional. Como se ha indicado por *A. Mangas Martín y D. Liñán Nogueras*, el TJUE “ha sido la institución en la que el Tratado de Lisboa ha introducido menos cambios”. La verdad es que existen suficientes motivos para ello pero no les falta razón a los autores indicados cuando afirman que, fundamentalmente, «esto se debe a que este modelo de protección jurisdiccional ha constituido, sin duda, un pilar y un motor básico del proceso de integración y que ha cumplido con éxito su función de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de las normas de la Unión». En la realidad, lo que corresponde ahora es seguir la arquitectura que ha adoptado el TJUE y que, como decimos, es el resultado de una evolución que ha ido introduciendo modificaciones en algunas de las reformas de los Tratados constitutivos.

- 1631 Desde esta perspectiva, conviene mencionar la existencia de tres **instancias** en el seno del TJUE, a la luz de lo que se dispone en el Tratado de Lisboa. Por un lado, la instancia superior que se denomina **Tribunal de Justicia**. Por otro lado, la instancia intermedia que se denomina **Tribunal General** y, por último la instancia inferior que van a ser los tribunales especializados, habiéndose creado a este respecto el **Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea**. Con ello, interesa señalar, a grandes rasgos, los aspectos centrales que definen la composición, organización, funcionamiento y competencias de estas instancias. Pudiendo indicar, con posterioridad, los diferentes tipos de recursos que se pueden presentar ante dichas instancias.

En definitiva, estamos en presencia del órgano judicial de la UE que ha contribuido, de manera muy sobresaliente, al reforzamiento del esquema de integración y que se constituyó, desde el principio, como una institución imprescindible en el proceso de construcción europea. “Es verdad que la UE es una unidad de derecho y la condición misma de su existencia es el reconocimiento del carácter vinculante de sus normas por parte de los Estados miembros, las instituciones y los particulares. Si el derecho comunitario ha conseguido implantarse de manera tan profunda en la realidad jurídica de los Estados miembros, es porque ha sido concebido, interpretado y aplicado como norma uniforme por las administraciones y los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros. Derecho que los propios particulares pueden invocar ante sus jueces nacionales. Las sentencias del Tribunal de Justicia han hecho del derecho comunitario una realidad para los ciudadanos europeos y han tenido muchas veces repercusiones importantes en los ámbitos constitucional y económico” (M. Bastos Silva y R. de Freitas Santos). En efecto, no sería posible concebir los logros que se han alcanzado en el seno de la UE si no otorgásemos la importancia que le corresponde a este órgano jurisdiccional que se ha venido pronunciado sobre muchos ámbitos que han dejado de ser competencia de los Estados miembros, habiendo penetrado, incluso, en el marco del respeto y protección de los derechos fundamentales.

1. Composición, organización y funcionamiento

1635 Tribunal de Justicia

(Tratado UE art.19)

El Tribunal de Justicia está **compuesto por** jueces y abogados generales, siendo así que corresponde un juez por cada uno de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia está compuesto por 28 jueces y 11 abogados generales. Los jueces y los abogados generales son designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros, previa consulta a un comité encargado de emitir un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos propuestos para el ejercicio de las funciones de que se trate. Su **mandato** es de 6 años con posibilidad de renovación. Se eligen entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus países respectivos, de las más altas funciones jurisdiccionales o sean jurisconsultos de reconocida competencia. La creación de ese **Comité** es quizá uno de los aspectos más novedosos que se han incorporado con el Tratado de Lisboa y lo que se pretende es ofrecer garantías de que la designación recaiga sobre personas que estén dotadas de la idoneidad que exige la condición de juez del Tribunal de Justicia. En este sentido, conviene recordar que “se trata de un comité técnico, cuya intervención se adapta mejor a las características del TJUE que un sistema de audiencias parlamentarias” (*A. Mangas Martín y D. Liñán Nogueras*).

Los jueces del Tribunal de Justicia son elegidos por un periodo de 6 años. El **mandato** es renovable aunque se establecen renovaciones parciales cada 3 años. Los jueces del Tribunal de Justicia “eligen de entre ellos al presidente y al vicepresidente por un periodo de 3 años renovable. El presidente dirige los trabajos del Tribunal de Justicia y preside las vistas y deliberaciones en las formaciones más numerosas del Tribunal. El vicepresidente asiste al presidente en el ejercicio de sus funciones y le sustituye en caso de impedimento” (Tratado UE art.19).

Por lo que se refiere a los **abogados generales** hay que incidir en que también son miembros del Tribunal de Justicia, ya que disponen de un estatuto idéntico al de los jueces, aunque desempeñan diferentes funciones y están sometidos a un mismo sistema de designación y condiciones. Quizá lo más relevante es, como se ha dicho, que aunque cumplen otras funciones, la principal actividad que realizan los abogados generales es la presentación de conclusiones en los asuntos que suscitan cuestiones de derecho nuevas.

En esencia, lo más destacable en relación con la composición del Tribunal de Justicia es, sin duda, que se pretende contar con jueces y abogados generales que tengan un **carácter técnico** y que estén dotados de las características de **independencia e imparcialidad**. Los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y los jueces del Tribunal General serán elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones contempladas en el Tratado FUE art.253 y 254 .

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1638 Por lo que se refiere a la **organización y funcionamiento** hay que partir de la afirmación de que “la considerable carga de trabajo del TJ, derivada del alto número de asuntos que le llegan y, especialmente, de la complejidad técnica y jurídica de muchos de ellos, requiere una ordenación minuciosa de la actividad jurisdiccional del Tribunal y la existencia de los necesarios servicios administrativos de apoyo” (A. Mangas Martín y D. Liñán Nogueras). En esta dirección, se puede decir, en resumen, que el Tribunal de Justicia “puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (15 Jueces) o en Salas de 5 o 3 Jueces. El Tribunal de Justicia actúa en **Pleno** en casos excepcionales previstos en su Estatuto (en particular, cuando deba destituir al Defensor del Pueblo o declarar el cese de un comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones) y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional. Se reúne en **Gran Sala** cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, y para los asuntos particularmente complejos o importantes. El resto de los asuntos se examinan en **salas** de 5 o 3 Jueces. Los presidentes de las salas de 5 jueces son elegidos por 3 años y los de las salas de 3 jueces por un año”.

Sin duda, lo más destacable es que el Tribunal de Justicia se ha dotado de los medios necesarios para hacer frente al ingente número de asuntos que se debaten en su seno, por lo que cuenta con una **organización administrativa** muy completa que asiste tanto a los jueces como a los abogados generales. En verdad, será en las salas donde se susciten la mayoría de los asuntos con lo que se ha querido alcanzar una mayor agilidad y, al mismo tiempo, una resolución apropiada de las cuestiones que se plantean ante el Tribunal de Justicia. Como se ha dicho, “el aumento del número de jueces y el incremento del volumen del contencioso ha provocado la generalización de las salas como formación jurisdiccional en el Tribunal” (A. Mangas Martín y D. Liñán Nogueras). En esta línea, lo que habría que evitar sería la aplicación no uniforme del derecho europeo o, al menos, la existencia de posiciones diferentes en función de la sala que tomase las decisiones correspondientes. No cabe olvidar, a este respecto, que el TJUE constituye una unidad desde esta perspectiva y que la propia organización del Tribunal de Justicia responde a esta cuestión, por lo que, en caso de duda, la Gran Sala debe ejercer las funciones de coordinación y uniformidad en las resoluciones que se adopten.

En suma, estamos en presencia de un sistema que, aunque complejo, tiene como **principales finalidades** resolver, de la manera más rápida y ágil posible, los diferentes asuntos y que, asimismo, aspira a transmitir la convicción de que el órgano judicial de la UE es el garante de una interpretación uniforme del derecho europeo y de una aplicación adecuada de las normas que emanan del mismo. Como se dice, “se trata de que cumpla su función de controlar la legalidad de los actos de la Unión y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del derecho de esta”.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1640 **Tribunal General**

La nueva denominación, tras el Tratado de Lisboa, le otorga el nombre de Tribunal General a lo que antes se denominaba Tribunal de Primera Instancia en función de que, desde la óptica del contenido de sus funciones y competencias, es mucho más correcta esta nueva denominación. De todos modos, no se puede decir que se hayan producido cambios sustanciales por lo que se refiere a sus competencias específicas.

En todo caso, la lectura de las reformas que se han ido produciendo en el TJUE nos lleva a la conclusión de que la composición, organización y funcionamiento del Tribunal General sigue, a grandes rasgos, con algunas especificidades, las líneas marcadas para el Tribunal de Justicia y, por ello, bastaría decir que “el Tribunal General está compuesto por al menos un juez por cada Estado miembro (28 en 2015). Los jueces son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros, previa consulta a un comité encargado de emitir un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos. Su **mandato** es de 6 años con posibilidad de renovación. Los jueces designan entre ellos, por 3 años, a su presidente. Además nombran a un Secretario por un período de 6 años. Del mismo modo, se quiere garantizar la **independencia e imparcialidad** de quienes componen el Tribunal General, por lo que se afirma que “los jueces ejercen sus funciones con toda imparcialidad y con total independencia. Contrariamente al Tribunal de Justicia, el Tribunal General no dispone de **abogados generales** permanentes. No obstante, excepcionalmente puede confiarse esta función a un juez”, siendo esta una singularidad del Tribunal General en relación con el Tribunal de Justicia. Pero, también, por lo que se refiere a su organización podemos observar cómo “los asuntos de que conoce el Tribunal General se sustancian en **salas** compuestas por 3 o 5 jueces o, en determinados casos, en formación de juez único. También puede reunirse en Gran Sala (15 jueces), cuando la complejidad jurídica o la importancia del asunto lo justifiquen. Los presidentes de las salas integradas por 5 jueces se eligen de entre los jueces por un período de 3 años.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1645 Tribunales especializados

(Tratado FUE art.257)

Está claro que el derecho europeo ha ido experimentado un proceso de especialización, lo que ha influido, necesariamente, en la organización jurisdiccional de la UE. Ello ha conducido a que se tengan que crear tribunales especializados ya que, en función de los asuntos que se le vienen sometiendo al TJUE, resulta conveniente contar con jueces especiales, sobre todo, en los ámbitos de la **función pública** y en los sectores relativos a la **propiedad industrial y comercial** (A. Mangas Martín y D. Liñán Nogueras). Así, se establece que el Parlamento Europeo y el Consejo, “con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán crear tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, encargados de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas. El Parlamento Europeo y el Consejo se pronunciarán mediante reglamentos, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia, bien a instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión” (Tratado FUE art.257).

También se indican, en este precepto, los elementos básicos, relativos a la composición y organización de dichos tribunales especializados así como los marcos competenciales en los que actúan. A este respecto, se indica que “el **reglamento** por el que se cree un tribunal especializado fijará las normas relativas a la composición de dicho tribunal y precisará el alcance de las competencias que se le atribuyan”. Es decir, cada tribunal especializado tendrá una determinada composición en función de las características de dicho tribunal y de las competencias que ejerza. Asimismo, se indica que “los miembros de los tribunales especializados serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Serán designados por el Consejo por unanimidad”.

1647 Los tribunales especializados forman parte de la arquitectura jurisdiccional de la UE y deben actuar en el marco de las funciones y competencias del resto de las instancias del TJUE. Por un lado, se indica que “contra las resoluciones dictadas por los tribunales especializados podrá 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”, lo que establece una nítida vinculación entre instancias del TJUE. Por otro lado, más allá de las singularidades que se den en cada tribunal especializado y que sea preciso establecer para el correcto funcionamiento de estos tribunales, se nos dice que “los tribunales especializados establecerán su **Reglamento de Procedimiento** de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho reglamento requerirá la aprobación del Consejo. Salvo disposición en contrario del reglamento por el que se cree el tribunal especializado, las disposiciones de los Tratados relativas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las disposiciones del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea serán aplicables a los tribunales especializados. El título I del Estatuto y su art.64 se aplicarán en todo caso a los tribunales especializados, con lo que no se deja al azar ninguna cuestión que se pueda suscitar como consecuencia de la creación de algún tribunal especializado en particular”.

En definitiva, la complejidad y especialización que, paulatinamente, viene alcanzado el derecho europeo es lo que hace que el sistema jurisdiccional de la UE vaya enriqueciéndose con la existencia de instancias de este tipo pero, siempre, en el marco de la coherencia que se exige. De este modo, se hace frente a una situación cada vez

más presente en la realidad jurídica de la UE pero que, en fondo, no debe generar distorsiones en la estructura jurisdiccional.

1649 Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea

El único tribunal especializado creado hasta ahora ha sido el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea. Sus **rasgos esenciales** son los siguientes:

- a) Es la instancia encargada de resolver los **litigios relativos a la función pública** en el seno de la Unión. No obstante, hay que tener en cuenta que “es también competente en los litigios relativos al **personal de ciertas instituciones** u órganos específicos, como Eurojust, Europol, el Banco Central Europeo, la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) y el Servicio Europeo de Acción Exterior. En cambio, no puede conocer de los litigios entre las administraciones nacionales y el personal de estas”.
- b) En relación con su **composición**, está compuesto “por 7 jueces nombrados por el Consejo, por un período de 6 años renovable, tras una convocatoria de candidaturas y previa consulta a un comité creado al efecto. Junto a estos jueces pueden formar parte del Tribunal unos jueces suplentes, destinados a suplir la ausencia de los jueces titulares que padezcan un impedimento duradero para participar en la resolución de los asuntos”. Es importante destacar, también, que “al proceder al nombramiento de los jueces a propuesta del comité, el Consejo busca una composición equilibrada del Tribunal de la Función Pública, tratando de que la base geográfica y la representación de los diferentes sistemas jurídicos nacionales sean lo más amplias posible”.
- c) En lo relativo a su **organización** los jueces de este tribunal “designan entre ellos a su presidente, por un período de 3 años renovable”. Dicho Tribunal “actúa en salas compuestas por 3 jueces. No obstante, cuando la dificultad o la importancia de las cuestiones jurídicas lo justifiquen, un asunto puede atribuirse al Tribunal en Pleno. Además, en los casos que determine su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de la Función Pública podrá actuar en salas compuestas por 5 jueces o en formación de juez único”.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

2. Competencias de las instancias del TJUE. Recursos y procedimiento

1651 En lo relativo a las competencias, existen diversos recursos y procedimientos en el marco de los cuales se ejercen las competencias jurisdiccionales. Con ello, correspondería examinar, sobre todo los procedimientos, a la luz de las normas específicas de cada una de las instancias del TJUE. No obstante, podemos señalar, en esencia, como aspectos centrales la existencia de diversos tipos recursos y los rasgos centrales del procedimiento que se sigue, en particular, ante el Tribunal de Justicia:

Por lo que se refiere a los **tipos de recursos** cabría señalar los siguientes:

- cuestión prejudicial (nº 1653);
- recurso por incumplimiento (nº 1654);
- recurso de anulación (nº 1655);
- recurso por omisión (nº 1656);
- recurso de casación (nº 1657); y
- reexamen (nº 1658).

1652 En lo relativo a los **procedimientos** baste decir que el procedimiento siempre consta de una fase escrita y, en su caso de una fase oral, siendo así que la primera adquiere una mayor relevancia en la práctica judicial de la UE. No obstante, se debe distinguir entre el procedimiento que se emplea en las cuestiones prejudiciales y el procedimiento que se sigue en el resto de recursos. En esta línea, lo que presenta un mayor interés sería el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, y a tal efecto convendría seguir lo que se indica en el Reglamento de Procedimiento del TJUE 28-9-2012.

De todos modos, como **componentes esenciales** destacamos, como se ha hecho, lo siguiente:

1. “El procedimiento ante el Tribunal de Justicia debe iniciarse mediante un **escrito de recurso** dirigido a su secretaría. El secretario se encarga de que en el Diario Oficial de la UE se publique una comunicación sobre el recurso, indicando los motivos y las pretensiones del demandante. Al mismo tiempo se notifica el recurso a la parte contraria, que dispone de un mes para presentar el escrito de contestación. El demandante tiene derecho a presentar una réplica y el demandado una dúplica, disponiendo en cada caso de un plazo de un mes. Los plazos de presentación de estos documentos deben respetarse estrictamente, salvo que el presidente otorgue una prórroga. En ambos tipos

de recurso, el presidente y el primer abogado general designarán, respectivamente, un juez ponente y un abogado general que seguirán el desarrollo del procedimiento”.

2. “En todos los procedimientos, una vez concluida la fase escrita, las partes pueden indicar, en el plazo de 3 semanas, si desean que se celebre una **vista** y, de ser así, por qué motivo”.

3. “Si se ha decidido que se celebre una vista, el asunto se debate en una **vista pública**, ante la formación del Tribunal de Justicia competente y el abogado general. Los jueces y el abogado general pueden formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Al cabo de unas semanas el abogado general presenta sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia, también en audiencia pública. En ellas analiza en detalle los aspectos del litigio, especialmente los jurídicos, y propone con toda independencia al Tribunal de Justicia la solución que considera que debe darse al problema. Así finaliza la **fase oral** del procedimiento. Por último, las decisiones del Tribunal de Justicia se adoptan por mayoría, sin que sea posible formular votos particulares”.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1653 Cuestión prejudicial

(Tratado FUE art.267)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- sobre la interpretación de los Tratados;
- sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un **órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros**, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, 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 estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Los aspectos centrales de la cuestión prejudicial han sido detallados al decir que el Tribunal de Justicia trabaja en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que son jueces ordinarios encargados de aplicar el derecho de la Unión. Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del derecho de la Unión, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto del derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un auto motivado. El órgano jurisdiccional nacional destinatario está vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico. También en este marco de las cuestiones prejudiciales, cualquier ciudadano de la Unión puede contribuir a que se precisen las normas de la Unión que le afectan. Aunque este procedimiento solo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto de que conoce, los Estados miembros y las instituciones de la Unión pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia. De este modo, algunos de los principios más importantes del derecho comunitario se han establecido a partir de cuestiones prejudiciales, a veces planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales de primera instancia.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1654 Recurso por incumplimiento

(Tratado FUE art.258 a 260)

Este tipo de recurso permite al Tribunal de Justicia controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del derecho de la Unión. Antes de someter el asunto 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 tras este procedimiento el Estado miembro no ha puesto fin al

incumplimiento, puede interponerse un recurso ante el Tribunal de Justicia por vulneración del derecho de la Unión. Este recurso puede iniciarlo la Comisión o un Estado miembro.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1655 Recurso de anulación

(Tratado FUE art.263)

El recurso de anulación supone un **control de legalidad** de los actos en el seno de la UE. Mediante este recurso, el demandante solicita la anulación de un acto de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión. Como se dice, “se reservan al Tribunal de Justicia los recursos interpuestos por un Estado miembro contra el Parlamento Europeo y/o contra el Consejo y por una institución de la Unión contra otra institución. El Tribunal General es competente para conocer de todos los demás recursos de este tipo y, en concreto, de los interpuestos por los particulares”.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1656 Recurso por omisión

(Tratado FUE art.265)

El recurso por omisión lo que pretende es atacar la **inactividad de las instituciones europeas**. En caso de que, en violación de los Tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieran de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. Lo anterior se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse. Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de 2 meses, a partir de dicho **requerimiento**, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de 2 meses.

En realidad, este recurso “permite controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones, de un órgano o de un organismo de la Unión. No obstante, solo cabe interponer este recurso después de haber requerido a la institución para que actúe. La competencia para conocer de los recursos por omisión se reparte entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General conforme a los mismos criterios que se aplican para los recursos de anulación”.

Precisiones

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1657 Recursos de casación

(Tratado FUE art.256)

El Tribunal General será competente para conocer en primera instancia de los recursos contemplados en los art.263, 265, 268, 270 y 272, con excepción de los que se atribuyan a un tribunal especializado y de los que el Estatuto reserve al Tribunal de Justicia. El Estatuto podrá establecer que el Tribunal General sea competente en otras categorías de recursos siendo así que contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General podrá 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. Por otro lado, el Tribunal General será competente para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los tribunales especializados. Con ello, se configuran los aspectos que definen este recurso por lo que, en realidad, se debe sostener que “pueden interponerse ante el Tribunal de Justicia recursos de casación limitados a las cuestiones de derecho contra las **sentencias y autos del Tribunal General**. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. Cuando el estado del asunto así lo permita, el Tribunal de Justicia resolverá el litigio. En caso contrario, devolverá el asunto al Tribunal General, que estará vinculado por la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en el marco del recurso de casación”.

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

1658 Reexamen

(Tratado FUE art.256, párrafo 2 in fine)

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General podrán 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**. Por lo que, en la práctica, se confirma que las “resoluciones dictadas por el Tribunal General en los recursos interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea pueden ser reexaminadas, excepcionalmente, por el Tribunal de Justicia en las condiciones establecidas en el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Fuente: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#avantpropos.

3. Bibliografía

- 1659 - A. Mangas Martín y D. Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010, p. 271-289).
- R. García-Valdecasas y Fernández y J. M. Carpi Badía, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea*, Revista Jurídica de Castilla y León. nº 3. Mayo 2004, p. 20.
 - M. Bastos Silva y R. de Freitas Santos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=241.

C. Otros tribunales internacionales

1660	1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	1661
	2. La Corte Penal Internacional	1670

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1661 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o Tribunal), establecido en 1959 y con sede en Estrasburgo, es un órgano jurisdiccional supranacional creado por el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** (en adelante CEDH o Convenio), firmado en Roma el 4-11-1950, en el seno del Consejo de Europa. Dicho Convenio es un tratado internacional, abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa (47 en total).

El **cometido principal** del Convenio, que se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. En este sentido, nos encontramos ante un tribunal único y de gran valor en su cometido. Además, el Convenio, que instituye el Tribunal y organiza su funcionamiento, contiene una lista de derechos y garantías que los Estados miembros están obligados a respetar. Con el paso del tiempo, el Convenio ha sido modificado por diversos protocolos adicionales que han incorporado el reconocimiento de otros derechos y libertades a los existentes y han mejorado las garantías de control establecidas. Entre ellos cabe destacar el Protocolo 11 al CEDH, que entró en vigor en 1998. Algunos Estados miembros del Consejo de Europa no han ratificado todos los protocolos del Convenio.

Entre los **derechos previstos** por el Convenio o sus protocolos figuran: "el derecho a la vida; "el derecho a un juicio justo en el ámbito civil y penal; "el derecho al respeto de la vida privada y familiar; "la libertad de expresión; "la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; "el derecho a un recurso efectivo; "el derecho al respeto de sus bienes; "el derecho de voto y el derecho a presentarse a unas elecciones". El Convenio y sus Protocolos prohíben expresamente "la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes; "la detención arbitraria e ilegal; "las discriminaciones en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio; "la expulsión por parte de un Estado de sus propios nacionales; " la pena de muerte" o "la expulsión colectiva de extranjeros", entre otros. En este sentido, señalar

que la **demanda** presentada ante el TEDH debe tratar obligatoriamente sobre uno de los derechos amparados por el Convenio, lo que permite una amplia gama de posibles alegaciones. El demandante no puede invocar la violación de otro instrumento jurídico distinto al instrumento mencionado, como puede ser la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Toda solicitud debe estar motivada y debe exponer detalladamente los elementos en los que se basa el temor del demandante, la naturaleza de los riesgos alegados y las disposiciones del Convenio presuntamente vulneradas o que podrían vulnerarse.

En relación con **España**, señalar que el CEDH es uno de los tratados internacionales a que se refiere el art.10.2 de la Const al establecer que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. De ahí que la jurisprudencia del TEDH, al interpretar y aplicar las previsiones del Convenio, constituya un elemento de juicio importante en la interpretación y aplicación por los tribunales españoles de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios se basan con frecuencia en la jurisprudencia del TEDH en los asuntos que guardan relación con los derechos fundamentales.

1662 Admisibilidad y fundamentación de las demandas

Como se ha dicho, el TEDH se presenta como la **máxima autoridad judicial** para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de casi todos los Estados europeos, excepto algunos como Bielorrusia. Su **misión** consiste en verificar que los derechos y garantías previstos por el CEDH son respetados por los Estados. El TEDH no puede decidir de oficio. Es **competente** para atender **demandas** por violación del CEDH, ya sean individuales o interestatales:

a) **Individuales** (CEDH art.34), presentadas por cualquier “persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares” que estima que se han violado los derechos y garantías previstos por el CEDH o sus protocolos. La violación debe haberse cometido por uno de los Estados parte en el Convenio.

b) **Interestatales** (CEDH art.33), incoadas por un Estado parte contra otro. En efecto, los Estados pueden presentar demandas contra otro Estado parte en el CEDH, lo que se conoce como demanda interestatal. Además, el acto o actos impugnados deben emanar de una autoridad pública de ese o esos Estados que han ratificado el CEDH. El Tribunal no admite demandas dirigidas contra particulares o instituciones privadas como, por ejemplo, sociedades mercantiles.

Asimismo, es competente para emitir **opiniones consultivas** sobre la interpretación del CEDH y sus protocolos cuando sea requerido para ello por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (CEDH art.47).

Desde que se estableció el TEDH, casi todas las **demandas** han sido interpuestas **por particulares** directamente ante el Tribunal, alegando una o más violaciones del Convenio. En efecto, el primer tipo de demandas es el más importante, lo cual implica que los ciudadanos de cualquier Estado parte en el Convenio que puedan ser víctimas de una violación de los derechos reconocidos por el CEDH o sus Protocolos adicionales puede presentar una demanda, siempre y cuando hayan agotado previamente los recursos judiciales del Estado parte en el que se cometió la violación. Es decir, los demandantes deben pedir la tutela del derecho fundamental lesionado ante los tribunales internos del Estado de que se trate y, si estos no conceden la tutela solicitada, pueden demandar al Estado por violación del CEDH ante el Tribunal. Este mecanismo explica que en España, quien pierde el proceso sucesivamente ante los tribunales ordinarios, primero, y ante el Tribunal Constitucional, después, recurra en ocasiones, como último recurso, ante el TEDH demandando al Estado español por violación del Convenio.

Si el TEDH **aprecia vulneración** del derecho fundamental alegado por parte del Estado demandado y lo declara así en su sentencia, puede condenar al Estado demandado a pagar una satisfacción equitativa al particular. España es uno de los países que menos veces ha sido condenado por el Tribunal en toda su historia.

En efecto, las condenas al Estado español por violaciones de derechos humanos no son habituales. El consenso en la institución es que a Estrasburgo llegan pocas demandas por la labor de filtro que hace el Tribunal Constitucional. Los países con más condenas en 2017 fueron Rusia, Turquía y Ucrania.

1663 No obstante, el TEDH no puede juzgar cualquier presunta violación de derechos humanos. Las demandas presentadas ante el Tribunal deben cumplir con unos **requisitos de admisibilidad** para evitar su desestimación (CEDH art.35).

1) **Ratione loci**, lo cual significa que solamente se puede presentar una demanda si se ha producido una violación de los derechos humanos en el territorio de uno de los Estados parte en el CEDH.

2) **Ratione materiae**, el demandante debe justificar de forma precisa y rigurosa la infracción de uno o varios de los derechos recogidos en el CEDH. En efecto, cualquier violación del Convenio debe invocarse de manera fundada. Se recomienda especialmente citar los artículos concretos del Convenio sobre los que se basa la violación, en lugar de alegar una violación general o vaga de principios jurídicos.

La demanda debe indicar debidamente dónde y cuándo se ha cometido la violación de un derecho fundamental protegido por un artículo específico del Convenio o de alguno de sus protocolos. También es conveniente citar los fragmentos precisos de sentencias anteriores del TEDH, explicando su relación con el caso (incluyendo cita de las sentencias y referencia a los párrafos). Incluso el demandante deberá adjuntar las copias de las resoluciones de los tribunales nacionales y otros órganos nacionales, así como las alegaciones y escritos en primera instancia y en apelación, que demuestren que se ha invocado el Convenio ante el juez nacional. Tanto la demanda como los documentos deberán enviarse a la secretaría del Tribunal.

3) **Ratione personae**, que significa que tienen legitimación activa los Estados, las personas, ONGs o grupos de particulares, con independencia de su nacionalidad, residencia, etc. Es decir, no es obligatorio que el demandante sea nacional de uno de los Estados miembros del Consejo de Europa. Se precisa únicamente que la violación que se invoca haya sido realizada por uno de los Estados sometidos a la jurisdicción del TEDH. Y tienen legitimación pasiva los Estados que hayan ratificado el CEDH (el acto lesivo debe ser responsabilidad del Estado, esto es, cometido por alguna Administración o agente dependiente de él).

4) *Non bis in ídem* internacional. No se puede presentar una demanda si anteriormente ya se presentó ante el TEDH u otra instancia internacional, siendo esencialmente la misma y sin que hayan sucedido hechos nuevos.

5) **Agotamiento de los recursos internos**. Antes de acudir al TEDH deben haberse utilizado, en el Estado en cuestión, todos los recursos que hubiesen podido remediar la situación denunciada. En efecto, se requiere haber recurrido a todas las instancias ordinarias -no discrecionales o extraordinarias- posibles en el sistema judicial interno del Estado presuntamente infractor. En virtud del principio de subsidiariedad, las jurisdicciones nacionales deben haber tenido la oportunidad de examinar y reparar las violaciones alegadas. Si estos no proporcionan reparación será posible la demanda ante el TEDH. Por lo tanto, "siempre hay que recurrir previamente a la más alta instancia nacional para evitar una inadmisibilidad ulterior ante el TEDH, por no haber agotado las vías de recurso internas, de acuerdo con el CEDH art.35.1 ". Es posible en algunos Estados, de manera excepcional, que el recurso ante la jurisdicción suprema no sea necesario, por ejemplo, cuando ese tribunal se haya pronunciado con anterioridad sobre el fondo de la cuestión jurídica.

6) **Ratione temporis**, que implica que el TEDH solamente tiene jurisdicción a partir de la entrada en vigor del Convenio en el Estado parte de que se trate. Además, la **demanda** debe presentarse en un plazo de 6 meses a partir de la última notificación o decisión nacional definitiva, en general la decisión o sentencia de la más alta jurisdicción (art.35.1 de su Reglamento). Una vez expirado este plazo, el Tribunal no puede admitir su demanda. Hay que señalar que el Protocolo 15, adoptado en 2013, y cuya entrada en vigor se hará efectiva tras su ratificación por parte de todos los Estado Miembros del Consejo de Europa, incorpora algunas de las propuestas de reforma del TEDH, entre otras, modificaciones en los criterios de admisibilidad de las demandas y cuestiones de funcionamiento. En relación con la admisibilidad, reduce el plazo en el que debe someterse un asunto al Tribunal de 6 a 4 meses. Este plazo empieza a contar a partir de la fecha de la última decisión firme dictada por la más alta jurisdicción interna competente. Lo más adecuado es que el abogado envíe la demanda por correo a la secretaría del TEDH a la mayor brevedad posible. Además, el Protocolo 15 afecta también al criterio que permite inadmitir demandas por falta de perjuicio importante (CEDH art.35.3.b).

En virtud del art.39 de su Reglamento, el Tribunal puede otorgar **medidas cautelares/provisionales**, obligatorias para el Estado en cuestión, sólo en circunstancias excepcionales. Los casos más habituales se dan en procedimientos relativos a la expulsión y extradición. En estos casos, el Tribunal puede pedir que el Estado en cuestión suspenda la expulsión del demandante.

Precisiones

El Consejo Europeo de la Abogacía Europea ha editado una **guía** para abogados que pretendan interponer una demanda ante el TEDH (en http://www.icab.cat/files/242-475678-DOCUMENTO/ES_Guide-CEDH_web.pdf).

1664 Composición y competencias del TEDH

En relación con su organización interna, este tribunal internacional está compuesto por un juez de cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el CEDH para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH art.20). Los 47 **jueces** son elegidos por mayoría por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por un periodo de 9 años no renovables (CEDH art.22).

Los jueces **actúan** en el Tribunal a título individual y no representan los intereses de ningún Estado. En el tratamiento de las demandas, el Tribunal está **asistido por** una secretaría compuesta esencialmente de letrados procedentes de todos los Estados miembros. Estos últimos son totalmente independientes de sus países de origen y no representan ni a los demandantes ni a los Estados miembros.

Los jueces del TEDH están **obligados a** abstenerse de tomar parte en un asunto cuando hayan participado en el mismo, previamente, de alguna forma. En estos casos, los jueces que se abstienen son reemplazados en los procedimientos por otro juez o un juez *ad hoc*.

Por su parte, el Tribunal elige su **presidente** y 2 vicepresidentes por un periodo de 3 años reelegibles. Además, según el CEDH art.25, el Tribunal reunido en pleno “constituirá salas por un período determinado; elegirá a los presidentes de las salas del Tribunal, que serán reelegibles; aprobará el Reglamento del Tribunal; y elegirá al secretario y a uno o varios secretarios adjuntos”.

Solo destaquemos que el Tribunal tiene 5 **secciones** dentro de las cuales se constituyen las salas. Cada sección está compuesta por un presidente, un vicepresidente y varios jueces. De ordinario, el TEDH actúa en **salas** compuestas por 7 jueces. Mientras las secciones son entidades administrativas, las salas son formaciones judiciales del Tribunal constituidas en el seno de una sección.

Una sala se compone de un presidente de la sección al que el asunto ha sido atribuido, el “juez nacional” (el juez elegido a título del Estado contra el que se ha interpuesto la demanda) y 5 jueces designados por el presidente de la sección en virtud de un sistema de rotación.

Por su parte, la **Gran Sala** se compone del presidente del Tribunal y de los vicepresidentes, los presidentes de las secciones y del juez nacional, junto a otros jueces seleccionados por sorteo.

Precisiones

Actualmente, de los 47 **jueces**, 17 son mujeres. Desde que comenzó su presencia en el TEDH, en 1978, todos los representantes españoles, 6 hasta la fecha, han sido hombres. En 2018 el Consejo de Europa elegía por primera vez a María Elósegui Itxaso, como nueva juez español ante el TEDH.

1665 Debemos recordar que el CEDH art.26 establece que para “el **examen de los asuntos** que se le sometan, el Tribunal actuará en formación de juez único, en comités formados por 3 jueces, en salas de 7 jueces o en una Gran Sala de 17 jueces” y resulta de interés saber que “cuando actúe en formación de juez único, ningún juez podrá examinar una solicitud contra la Alta Parte Contratante a cuyo título dicho juez haya sido elegido”.

1. **Juez único:** en relación con sus competencias, el CEDH art.27 señala que es el juez único quien declara inadmisibles o archiva una demanda y la decisión será definitiva. Ahora bien, “si el juez único no declara inadmisibles una demanda ni la archiva, dicho juez remitirá la misma a un comité o a una sala para su examen complementario”.

2. **Comités:** respecto a las competencias de los comités, CEDH art.28 dispone que “un comité podrá, por unanimidad:

a) Declarar la misma inadmisibles o archivarla, cuando pueda adoptarse tal decisión sin tener que proceder a un examen complementario; o

b) Declararla admisible 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 consolidada del Tribunal”. A tal respecto las decisiones serán definitivas.

3. **Salas:** el CEDH art.29 estipula, con nitidez, que “si no se ha adoptado decisión alguna en virtud de los art.27 o 28 o no se ha dictado sentencia en virtud del art.28, una sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas individuales presentadas en virtud del art.34”.

4. Gran Sala.

La **iniciación de procedimientos** ante la Gran Sala proviene de dos **vías:** como consecuencia de un reenvío o como consecuencia de la inhibición de una Sala.

a) Después de que una Sala dicte sentencia, las partes pueden solicitar el **reenvío** del asunto ante la Gran Sala (tal solicitud se acepta en contadas ocasiones). El colegio de jueces de la Gran Sala es quien decide si un asunto debe ser aceptado.

b) Se envían casos a la Gran Sala cuando se produce la **inhibición** de una sala. Esto ocurre solo en circunstancias excepcionales. La Sala a la que se le asigna un asunto puede inhibirse a favor de la Gran Sala si el caso trae a colación cuestiones que afectan seriamente a la interpretación del Convenio o si existe riesgo de contradicción con una sentencia pretérita del Tribunal. El CEDH art.30 deja claro que “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 pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la sala podrá, en tanto no haya dictado sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala, salvo que una de las partes se oponga a ello”. Además, cuando “el asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del art.43”, los jueces que habían formado parte de la Sala que dictó

la sentencia no podrán actuar en la misma, “con excepción del Presidente de la Sala y del juez que haya intervenido a título de la Alta Parte Contratante interesada” (CEDH art.26).

En cualquier caso, el CEDH art.31 nos deja claras cuáles son las **atribuciones** de la Gran Sala, estableciendo que debe pronunciarse sobre:

- a) Las demandas presentadas en virtud del art.33 o 34, cuando el asunto le haya sido deferido por la sala en virtud del art.30 o cuando el asunto le haya sido deferido en virtud del art.43.
- b) Sobre la cuestiones sometidas al Tribunal por el Comité de Ministros de conformidad con el art.46, párrafo 4; y c) examinará las solicitudes de opiniones consultivas en virtud del art.47.

Recordemos que las decisiones de inadmisibilidad y las sentencias de los Comités o de la Gran Sala no pueden ser recurridas. En cambio, si una Sala ha emitido una sentencia las partes pueden, no obstante, solicitar la remisión del asunto ante la Gran Sala para una nueva consideración, como hemos explicado.

1666 Sentencias del TEDH y su ejecución

Cuando el Tribunal constata la infracción por parte de un Estado parte de uno o varios de los derechos y garantías amparados por el Convenio, dicta una sentencia. La sentencia **debe indicar** si se ha producido una vulneración del Convenio por parte del Estado demandado, y si es así, qué artículos del Convenio o de los Protocolos han sido vulnerados. Cuando un demandante haya presentado una solicitud de satisfacción equitativa, el TEDH también indicará si el demandante recibirá dicha compensación (normalmente por medio de una compensación económica) por parte del Estado demandado. Esta sentencia es obligatoria y el Estado afectado tiene la obligación de ejecutarla. En caso de defectos sistemáticos, por lo general defectos de tipo legislativo, el TEDH puede “ordenar” a un Estado que apruebe, modifique o derogue una norma. En casos excepcionales, el Tribunal puede fijar un plazo para dicha acción.

El proceso de “**sentencia piloto**” se sigue cuando el Tribunal recibe varias demandas sobre una misma cuestión, o cuando los hechos de una demanda ponen de relieve la existencia de un problema de carácter estructural en el Estado concerniente, y que por tanto pueden dar lugar a demandas similares. En estos casos, el Tribunal tratará de alcanzar una solución que va más allá del caso particular, con el fin de abarcar a todos los casos similares que plantean la misma cuestión. Al emitir su “sentencia piloto”, el TEDH señalará al Estado que adecue su legislación a los requisitos del Convenio, a fin de que todos los demás demandantes o posibles demandantes se beneficien en el futuro. Si las partes de la “sentencia piloto” llegan a un acuerdo amistoso, tal acuerdo debe incluir una declaración del Estado en cuanto a la implementación de las medidas generales identificadas en la “sentencia piloto”, y deberá contener la reparación que debe otorgarse a los otros demandantes o posibles futuros demandantes. No obstante, el TEDH no puede invalidar leyes o resoluciones de los tribunales nacionales que vulneren el Convenio. Dicho Tribunal puede declarar que ciertas acciones, omisiones, leyes o decisiones judiciales de un Estado vulneran el Convenio. Si bien, los Estados están obligados a garantizar que se ponga fin a las vulneraciones en curso, y de que tales vulneraciones no se produzcan en el futuro.

Es el Estado en cuestión quien, en principio, debe encargarse del **cumplimiento de las sentencias** del TEDH. En la implementación de las sentencias, los Estados tienen cierto margen de discrecionalidad, a menos que el Tribunal haya ordenado medidas o acciones específicas. El alcance de las medidas que el Estado aplica puede depender de su propia interpretación de la sentencia. En caso de discrepancias entre el demandante y el Estado en cuanto a la interpretación de una sentencia y de sus consecuencias, el demandante puede presentar una nueva demanda ante el Tribunal para que se pronuncie sobre la interpretación de su sentencia. El Comité de Ministros también puede remitir una cuestión al TEDH sobre cuestiones de interpretación, por mayoría de dos tercios.

Si el TEDH concluye que la **Constitución** de un Estado **vulnera el Convenio**, dicho Estado debe modificar las disposiciones pertinentes de su Constitución, a menos que se puedan interpretar de una manera que sea compatible con el Convenio. Si esto no fuera posible, el Estado debe modificar su Constitución para adaptarla al Convenio (según la interpretación del TEDH).

Como acabamos de comentar, la **ejecución** de las sentencias no depende del Tribunal. A partir del momento en el que este último ha dictado sentencia, su ejecución pasa a ser responsabilidad del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Dicho órgano decisorio del Consejo de Europa, compuesto por un representante de cada Estado parte, es el encargado de supervisar la ejecución de las sentencias y de velar por el pago de las eventuales reparaciones económicas. Para ello, el Comité de Ministros consulta con el Estado correspondiente y el departamento competente del Consejo de Europa sobre cómo debe ejecutarse una sentencia y cómo prevenir futuras vulneraciones del Convenio. Para este fin, se pueden especificar medidas individuales. A continuación, el Comité de Ministros comprobará si se han adoptado esas medidas, y si no se ha hecho, se reprenderá al Estado. Si el Estado no concede la compensación establecida por sentencia del TEDH, el Comité de Ministros puede, por decisión de mayoría de dos tercios, solicitar que el Tribunal resuelva sobre la no ejecución de la sentencia por parte del Estado demandado.

El art.80 del Reglamento del Tribunal establece las circunstancias en las que una parte puede solicitar al Tribunal la **revisión de una sentencia** en un asunto ya resuelto.

El Estado que ha sido parte del proceso, así como el más alto tribunal del Estado y el Tribunal Constitucional, en su caso, están obligados a seguir la interpretación que hace el TEDH del Convenio y de sus conclusiones en lo que se refiere a la vulneración del Convenio.

1668 Compensación

Si se constata una violación, el Tribunal puede acordar una “**satisfacción equitativa**”, que consiste en una compensación económica de ciertos perjuicios. El principio aplicado en las solicitudes de satisfacción equitativa es el de la restitución *in integrum*: en la que el demandante debe ser compensado para volver a estar en la situación en la que estaría de no haberse producido tal daño. El art.60 del Reglamento del Tribunal establece el plazo límite y otras condiciones formales relativas a la presentación de la demanda de “satisfacción equitativa”. El Tribunal establece que las demandas de satisfacción equitativa deben de estar detalladas y acompañadas de cualquier documento justificativo. En caso contrario, la demanda puede ser desestimada. Para poder recibir una compensación, se debe dar uno de los siguientes daños:

a) **Daño material.** En este caso, el Tribunal puede decidir, sobre una base equitativa, no otorgar compensación por la totalidad del daño sufrido.

b) **Daño moral.** El Tribunal también puede conceder compensación por daño moral al demandante, como por ejemplo, compensación por ansiedad, por un daño a la reputación de una empresa, por inconvenientes e incertidumbres en las decisiones de planificación, por perturbación en la gestión de la sociedad, etc. La indemnización por daño moral está libre de impuestos. Sin embargo, la indemnización por daños materiales puede estar sujeta a impuestos.

c) **Gastos y costas.** El Tribunal puede también exigir al Estado demandado que le reembolse los gastos en que el demandante haya podido incurrir para hacer valer sus derechos. Si el Tribunal determinara que no ha habido violación, el demandante no será condenado al pago de ningún gasto adicional. Tal y como indica el CEDH art.50, “los gastos de funcionamiento del Tribunal correrán a cargo del Consejo de Europa”.

El art.62 del Reglamento del Tribunal establece las condiciones en las que puede llegarse a un **acuerdo entre las partes** (demandante y Estado demandado), para así poner fin a la controversia. El Tribunal, una vez admitida a trámite la demanda, siempre busca que las partes lleguen a algún tipo de acuerdo amistoso. Las negociaciones para la solución del conflicto son confidenciales, y pueden finalizar con un pago de carácter pecuniario. En estos casos, los abogados tienen un papel decisivo en las negociaciones del acuerdo. Deben ser capaces de asesorar a sus clientes sobre si aceptar o no el acuerdo, sobre todo en relación a la cantidad ofertada por el Gobierno demandado.

2. La Corte Penal Internacional

1670 La Corte Penal Internacional de La Haya (en adelante, CPI) es un tribunal permanente, independiente y autónomo de cualquier otro poder o Estado; creado por el Estatuto de Roma en 1998. Dicho tribunal, con personalidad jurídica internacional, es competente desde la entrada en vigor del Estatuto, el 1-7-2002. Su **objetivo principal**, tal y como se señala en el Preámbulo, es “poner fin a la impunidad de los autores de los mayores crímenes y atrocidades que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. A lo largo del siglo XX se ha comprobado que la impunidad ha sido una constante en las violaciones masivas de derechos humanos en la mayoría de los conflictos de carácter internacional e interno.

El Estatuto Roma 17-7-1998 art.1 indica que la CPI ejercerá su **jurisdicción** sobre personas. También el art.25, sobre responsabilidad penal individual, aclara que la Corte sólo ejerce su jurisdicción sobre personas naturales. Esto excluye organismos o sociedades, y, además, excluye que un Estado pueda ser sujeto del proceso. No obstante, un Estado sí puede ser sujeto activo, ya que puede promover el inicio de un proceso ante el conocimiento de hechos que entren dentro de la competencia de la Corte.

La Corte tiene **competencia** para juzgar, según el Estatuto de Roma 17-7-1998 art.5, a los presuntos responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio (nº 1673).

Se prevé que en breve ejerza su jurisdicción sobre **crímenes de agresión**, crimen que no aparece definido en el Estatuto de Roma como el resto. Fue en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en 2010 en Kampala (Uganda), cuando se acordó que la nueva definición del crimen de agresión estableciera que una persona lo comete “cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por su características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas”. Dicha definición incluye los ocho ejemplos de agresión recogidos en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Sin embargo, algunos países, entre ellos Kenia, han señalado que no aceptan la competencia de la Corte en relación con este crimen, ateniéndose a lo señalado por el art.15.4. Por lo tanto, la CPI no puede todavía ejercer su jurisdicción sobre el crimen más grave de los cuatro que se recogen en el Estatuto, y no lo hará hasta que, al menos 30 Estados parte hayan tomado una decisión para activar la jurisdicción en cualquier momento después del 1-1-2017. El crimen de agresión es uno de los factores que

está en el origen de muchos conflictos que favorecen la comisión del resto de los tipos penales; precisamente por ello los Estados parte deberían promover en la medida de lo posible la consideración de este delito en el marco de la competencia de la Corte.

En cualquier caso, actualmente la Corte no ha logrado su objetivo de convertirse en un organismo cuya competencia y **jurisdicción** sea **aceptada universalmente** puesto que, hasta la fecha, son 123 Estados los que han ratificado el Estatuto. España lo hizo en 2002. Sin embargo, algunos de los Estados de mayor entidad en la comunidad internacional no son Estados parte, entre los que cabe destacar Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel. Por lo tanto, uno de los principales retos de la Corte es conseguir que su jurisdicción sea realmente universal. Por ello, ha de “captar más ratificaciones y lograr una mayor cooperación de los Estados parte” y también de los que no son Parte para “asegurar la eficacia del sistema” (SOROETA J., “La Corte Penal Internacional (2002-2017): Balance y Perspectivas”, en http://www.iece.es/Galerias/fichero/docs_investig/2018/DIEEINV19-2017_Corte_Penal_Int_2002-2017_Soroeta.pdf). Ahora bien, no perdamos de vista que, en 2016, varios Estados anunciaron su intención de abandonar el Estatuto de Roma. En particular, Burundi se convirtió en el primer Estado en abandonar la Corte y lo hacía por considerar al Tribunal parcial y centrado en los delitos cometidos exclusivamente por africanos. No es el único, varios Estados africanos más, con casos pendientes ante la CPI, también han amenazado con abandonar el Estatuto.

Precisiones

Antes de la existencia de la CPI, se establecieron **tribunales penales internacionales ad hoc**, aprobados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como los encargados de juzgar a los criminales de guerra para la **Antigua Yugoslavia**, o a los autores del genocidio en Ruanda de 1994. Ambos difieren de la CPI en su competencia geográfica y en su alcance temporal. También en 2002, se creó el Tribunal Especial para **Sierra Leona**, con el objetivo de juzgar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos durante el conflicto que vivió este país africano a finales del siglo XX.

1671 Principios y competencias de la CPI

El funcionamiento de la Corte se rige por una serie de principios. Entre ellos destacan:

- a) El **principio de complementariedad** que implica que dicho tribunal sólo funciona cuando los Estados parte no juzgan o no están en condiciones de juzgar -por carecer de las garantías suficientes o con la intención de sustraer a los responsables de la actuación de la Corte- los delitos contemplados en el Estatuto. Es decir, la CPI complementa pero no reemplaza a las jurisdicciones nacionales. En efecto, el Estatuto de Roma 17-7-1998 art.17.1 establece que la Corte resolverá la inadmisibilidad de un caso cuando este “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”, o cuando el asunto “haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.
- b) No existe delito ni pena sin **ley previa** (*Nullum crime sine lege*): el crimen debe ser competencia de la Corte y estar definido en el Estatuto en el momento de la Comisión.
- c) Un condenado por la Corte solamente puede ser penado como indica el Estatuto (*Nulla poena sine lege*).
- d) El principio de **irretroactividad**: nadie puede ser perseguido por la Corte por hechos o delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma.
- e) **Imprescriptibilidad**, los crímenes de competencia de la Corte no prescriben.

Las **condiciones previas** para el ejercicio de la competencia de la CPI aparecen recogidas en el Estatuto de Roma 17-7-1998 art.12, el cual señala que dicho tribunal tiene jurisdicción sobre:

- los crímenes cometidos por ciudadanos de Estados que han ratificado el Estatuto de Roma;
- los crímenes cometidos en el territorio de los Estados que han ratificado el Tratado.

En lo que respecta a los **Estados no parte**, cabe señalar que el propio Estatuto, en su art.17.2, establece cuáles son las circunstancias en las cuales la Corte admite o no, casos o situaciones. En lo que se refiere a los Estados no parte, su cooperación es voluntaria y no tienen ninguna obligación legal. No obstante, los Estados no parte pueden aceptar la competencia de la Corte. En este sentido cabe señalar que, en 2003, Costa de Marfil, que no era Estado parte, aceptó la competencia de la Corte y el fiscal abrió una investigación de oficio, previa aprobación por la Sala de Cuestiones Preliminares, sobre la situación en el país africano con respecto a crímenes bajo jurisdicción de la Corte, presuntamente cometidos a partir 2002. Costa de Marfil no ratificó el Estatuto de Roma hasta 2013.

Todo individuo puede ser juzgado por la Corte, incluidos **Jefes de Estado**. En efecto, el Estatuto de Roma 17-7-1998 art.27.2 contempla la inaplicación de la inmunidad personal de Jefes de Estado y de Gobierno y de Ministros de

Asuntos Exteriores en los casos en que la Corte decida poner en marcha un procedimiento contra ellos. En marzo de 2009, la Corte dictó orden de arresto contra el presidente sudanés, Omar al Bachir, por crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados contra la población civil de la región de Darfur, entre abril de 2003 y julio de 2008. Fue la primera orden dictada contra un Presidente en ejercicio. Sin embargo, Al-Bashir continúa prófugo y desarrolla libremente su vida pública como Presidente. En este caso, como Sudán no es Estado parte en el Estatuto, un sector de la doctrina no está de acuerdo en aplicar el art.27.2. Aun así, la Corte ha considerado que la Resolución 1593 del CS, adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, había retirado su inmunidad como Jefe de Estado. Otro supuesto que podemos mencionar es el caso contra el líder libio Muammar Gaddafi, orden de arresto que, sin embargo, fue archivada tras su fallecimiento durante la revuelta de Libia en el 2011.

1672 Ejercicio de la competencia

(Estatuto de Roma 17-7-1998 art.6 a 8 y 13)

La **investigación** de los hechos constitutivos de delito puede ser remitida a la Corte:

- por remisión de un Estado parte;
- de oficio por el fiscal de la Corte.

- por solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando “con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”. Fue el caso de Libia, cuando en 2011 el Consejo de Seguridad decidió por unanimidad, en su Resolución 1970, remitir a la CPI la situación existente en el país. El fiscal inició inmediatamente la investigación; sin embargo el principal acusado, el entonces Coronel Gaddafi, fue asesinado, cerrándose formalmente el proceso contra él por crímenes de guerra y de lesa humanidad. Con lo cual, se puede apreciar que los Estados con derecho de veto en el Consejo de Seguridad, y que no son parte en el Estatuto de la Corte, pueden actuar de facto en el funcionamiento de esta a través de la aprobación de resoluciones que activan la competencia de la Corte. No obstante, los nacionales de los Estados con derecho de veto tienen garantizada “la práctica impunidad” de sus nacionales.

1673 El Estatuto de Roma 17-7-1998 art.6 a 8 explica de forma pormenorizada en qué consisten los **delitos** sobre los cuales, a día de hoy, la Corte puede ejercer su jurisdicción: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

1. En el caso del **genocidio** señala que su objetivo es “destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, considerando como tales los actos siguientes:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

2. El Estatuto de Roma 17-7-1998 art.7 se refiere a los **crímenes de lesa humanidad** como “actos que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Entre ellos se incluyen: “asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Cada uno de estos actos son debidamente definidos en este artículo del Estatuto.

3. Los **crímenes de guerra** quedan tipificados en el Estatuto de Roma 17-7-1998 art.8 y difieren fundamentalmente de los crímenes de lesa humanidad en que aquellos son cometidos en un contexto de guerra o conflicto armado porque los actos o delitos son, en muchos casos, los mismos. Los crímenes de guerra son infracciones graves de los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y los 2 Protocolos Adicionales de 1977. Todos estos instrumentos jurídicos están dirigidos a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales y en los conflictos armados sin carácter internacional. Las víctimas van desde los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas, hasta los prisioneros de guerra y las personas civiles en tiempos de guerra.

La definición de **genocidio** enumera los actos prohibidos como las matanzas, entre otros. A lo largo del siglo XX hubo varios genocidios como el armenio entre 1915 y 1917, o el genocidio cometido por el régimen nazi contra los judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

1674 Autoría y participación

El Estatuto de Roma 17-7-1998 art.25.3 establece las distintas **formas** de **autoría** que se contemplan en el derecho internacional. La literalidad del artículo dice: “será penalmente responsable y podrá ser penado [...] quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable.
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrado los medios para su comisión.
- d) Contribuya de algún otro crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.

Por lo tanto, el Estatuto expone diferentes **formas** de **responsabilidad criminal**:

- la comisión individual del acusado (“por sí solo”);
- la comisión con otro o por conducto de otro (literalmente expresadas ambas en el artículo citado del Estatuto de Roma); y
- otro grupo con el tipo de autoría dependiendo de los actos tendentes a ejecutarla. El tercer grupo señala el grado de participación en los hechos. Así, encontramos que pueden ser condenados los cómplices, los encubridores de los hechos o todos aquellos que presten algún tipo de colaboración para la comisión de los hechos (en este punto hay que hacer notar que también es penalmente punible la tentativa); y
- condena también la contribución en los hechos por medio de algún otro modo que empuje a la comisión de un crimen ejecutado por un grupo de personas.

1675 Composición de la CPI

(Estatuto Roma 17-7-1998 art.34 s.)

La CPI se compone de 18 magistrados elegidos por la Asamblea de los Estados parte del Estatuto por 9 años improrrogables. Dicha Asamblea está compuesta por representantes de los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma y es el órgano legislativo de la CPI, encargado de supervisar su gestión. Además, la CPI está formada por los siguientes **órganos**:

1. **Presidencia**, integrada por 3 magistrados
2. **Divisiones judiciales**. Los magistrados actúan en 3 secciones, cada una de las cuales se articula en diferentes salas:
 - a) **Sala de Cuestiones Preliminares** (para la investigación preliminar y medidas cautelares) (Estatuto Roma 17-7-1998 art.56). Es la encargada de dictar la orden de detención o de comparecencia. En cualquier momento, después de iniciada la investigación, dicta, a solicitud del fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el fiscal, estuviere convencida de que:
 - hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; o
 - la detención parece necesaria para, entre otras cosas, asegurar que la persona comparezca en juicio, etc. También la Sala de Cuestiones Preliminares es la encargada de informar al imputado sobre los crímenes que se le imputan y de los derechos que le reconoce el Estatuto, incluido el de pedir la libertad provisional.
 - b) **Sala de Primera Instancia** (Estatuto Roma 17-7-1998 art.64). Se encarga de velar porque el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos. Es la Sala encargada de dictar el fallo del juicio.
 - c) **Sala de Apelaciones** para el conocimiento de los recursos contra la sentencia de primera instancia.
3. **Oficina del fiscal**, cuyo objetivo es conducir las investigaciones y persecución de crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la Corte.
4. **Secretaría**. Es el órgano responsable de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios (traducción, finanzas, personal y demás servicios exclusivos para una Corte Internacional). Cuenta con un

secretario dirigido por los jueces por un periodo de 5 años y que ejercerá sus funciones bajo la autoridad del presidente de la Corte.

Junto a los órganos señalados, la Corte, a diferencia de otros tribunales, ha creado dos **unidades**:

a) La Unidad de Víctimas y Testigos para ayudar a hacer frente al proceso judicial (Estatuto Roma 17-7-1998 art.43.6 y 68.4).

b) El Fondo Fiduciario para proporcionar reparaciones a las víctimas y a sus familias, incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Los recursos del Fondo pueden incluir dinero y otros bienes recogidos a través de multas y decomisos. La Corte determina el alcance, la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas (Estatuto Roma 17-7-1998 art.79).

1676 Financiación

La CPI es un organismo independiente financiado, principalmente, **por los Estados parte** (en especial Alemania, Reino Unido, Japón, Francia e Italia), aunque como cualquier otra organización internacional también puede recibir **aportaciones voluntarias** de gobiernos, particulares, sociedades y otras entidades. Las cantidades para cada Estado parte se calculan sobre una base proporcional similar a la del sistema de la ONU, la cual toma en consideración factores como el Producto Interior Bruto (PIB). No obstante, su exigua financiación es uno de los principales problemas que tiene la Corte para su correcto funcionamiento. Al no ser un órgano de las Naciones Unidas, estas no se sienten obligadas y no contribuyen a la financiación, ni siquiera en los casos en que el Consejo de Seguridad remite, a iniciativa propia, una situación a la Corte. Junto a ello, el hecho de que EEUU, Rusia, China y otros países de Asia y de Oriente Próximo no sean Estados parte, explica que sean los Estados europeos los principales contribuyentes.

1677 Fallo

(Estatuto Roma 17-7-1998 art.74, 77 y 103)

En relación con los **requisitos** para el fallo, el art.74 del Estatuto indica que todos los magistrados de la Sala de Primera Instancia deben estar presentes en cada fase del juicio y en todas las deliberaciones, que son de carácter secreto. Además, los magistrados han de procurar adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, este es adoptado por mayoría y que debe constar por escrito y su lectura se hace en sesión pública.

La CPI puede imponer las siguientes **penas**:

a) Reclusión máxima de 30 años de prisión y, de forma excepcional, cadena perpetua si la extrema gravedad del caso así lo justifica. No cabe la condena a muerte.

b) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las reglas de procedimiento y prueba;

c) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Un aspecto muy positivo del Estatuto, además, es el reconocimiento del derecho de las víctimas a participar en el procedimiento y a obtener reparación (función restaurativa).

En relación con la **ejecución** de la pena, el art.103 indica que la pena privativa de libertad debe cumplirse en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados. Dicho Estado puede poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte. El Estado designado en un caso determinado debe indicar sin demora a la Corte si acepta la designación.

Precisiones

1) Se excluye de la competencia de la Corte a los **menores de 18 años** en el momento de la presunta comisión del crimen (Estatuto Roma 17-7-1998 art.26).

2) En la actualidad la Corte ha dictado sólo dos **condenas**: la primera, se producía en 2012, cuando Thomas Lubanga, ex jefe del Movimiento Rebelde en la República Democrática del Congo, era condenado a 14 años de prisión por crímenes de guerra (reclutamiento de niños soldados) cometidos entre 2002 y 2003; y también en 2016, la CPI declaraba a Jean Pierre Bemba Gombo, líder congoleño, culpable de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (violencia sexual) cometidos por sus tropas en la República Centroafricana, y lo condenaba a 18 años de prisión. A pesar de existir, únicamente, estas dos condenas, la Corte ha desarrollado un trabajo importante al impulsar el reconocimiento y desarrollo del derecho penal internacional.

D. Proceso y actos procesales

1680	1. Proceso jurisdiccional	1682
	2. Principios del proceso	1685
	Principios de audiencia y de igualdad	1686
	Principio dispositivo	1687
	Principio de oficialidad	1688
	Aportación de parte e investigación de oficio	1689
	Impulso procesal	1692
	3. Estructura y forma del proceso	1695
	Dualidad de posiciones y juzgador imparcial	1695
	Proceso en forma escrita	1700
	Proceso en forma oral	1703
	Publicidad y secreto	1705
	4. Actos procesales	1707
	a. Lugar de las actuaciones y auxilio judicial	1711
	b. Días y horas hábiles	1715
	c. Términos y plazos	1720
	d. Actuaciones orales y escritas: audiencia pública y vistas	1724
	e. Publicidad de los actos	1726
	f. Lengua oficial	1730
	g. Defectos y subsanación de defectos de los actos procesales	1733
	5. Resoluciones judiciales	1745
	6. Resoluciones del letrado de la Administración de Justicia	1758
	7. Actos de comunicación	1770
	Entre tribunales. Los exhortos	1772
	Con otros órganos públicos	1775
	Con las partes y otros sujetos	1778
	Comunicación de las partes con los tribunales	1790

1. Proceso jurisdiccional

1682 Los tribunales actúan ante pretensiones de uno o varios sujetos frente a otro u otros, y su función consiste en decidir sobre la procedencia en derecho de dichas pretensiones (**declaración**) y, en su caso, satisfacerlas (**ejecución**). En su vertiente declarativa, el ejercicio de la función jurisdiccional parte siempre de la pretensión que un sujeto jurídico plantea al tribunal y culmina normalmente con la decisión de tribunal sobre la pretensión (**sentencia**). Entre la pretensión y la sentencia, por elementales razones de justicia, se inserta como regla general la comunicación de la pretensión al sujeto o sujetos frente a quienes se dirige, y la posible respuesta de estos (contestación, defensa). Y como en la generalidad de los casos tanto la pretensión como la contestación o defensa que se formule frente a ella se basan en la narración de unos hechos, antes de la sentencia normalmente tienen lugar actuaciones tendentes a demostrar al tribunal la certeza o falsedad de los hechos que las partes alegan (**pruebas**).

Por lo que se refiere a la **ejecución**, tras la pretensión el tribunal ha de desarrollar la actividad precisa para satisfacerla, actividad a la que hay que añadir la que eventualmente puedan desplegar las partes, tanto la actividad del sujeto pasivo de la pretensión para defenderse frente a ella, como la de cualquiera de las partes en defensa de sus intereses frente a reclamaciones de la parte contraria o frente a actos u omisiones del tribunal que consideren contrarios a derecho.

El ejercicio de la función jurisdiccional requiere, por tanto, de una **actividad compleja**, que comprende actos de diversos sujetos (el tribunal, las partes y otros), que se suceden de manera ordenada conforme a previsiones legales y cuya realización necesariamente consume un cierto tiempo. Esta es la actividad que se designa, en el mundo del

derecho, con el término proceso. Se puede definir el proceso como serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la realización de la función jurisdiccional.

2. Principios del proceso

1685 Los principios del proceso son **criterios generales** que inspiran la regulación legal de todos los procesos o de un conjunto de ellos. Estos principios expresan también exigencias que han de ser respetadas en la sustanciación de cada uno de los procesos que se siguen ante los tribunales de justicia.

1686 Principios de audiencia y de igualdad

Hay un primer grupo de principios que responden a exigencias de justicia que han de ser respetadas en todo tipo de procesos. Se trata, por un lado, de asegurar que el sujeto o sujetos frente a quienes se dirige la pretensión tengan la **oportunidad de defenderse** ante el tribunal (principio de audiencia o contradicción) y, por otro, de que las partes dispongan de iguales **posibilidades de actuación** para defender ante el tribunal sus respectivas posiciones (principio de igualdad).

Los principios de audiencia y de igualdad son principios comunes a todos los procesos por responder a **exigencias de justicia** universalmente reconocidas, como lo demuestra que aparezcan plasmadas en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La Const art.24.1 reconoce el derecho de todas las personas a obtener **tutela efectiva** de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. La **prohibición de la indefensión** implica el reconocimiento constitucional del derecho de defensa, que incluye en su contenido las exigencias de los principios de audiencia y de igualdad.

Así, cuando en un proceso se produce alguna actuación que desconoce el principio de audiencia o no respeta la igualdad de las partes, se lesiona el **derecho de defensa** de la parte perjudicada. Al tratarse de una vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, la parte perjudicada, si no se corrige la infracción en los sucesivos recursos ante los tribunales ordinarios, podrá recabar la tutela del Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo.

1687 Principio dispositivo

En un sistema de convivencia basado en el respeto a la **libertad individual** no es admisible que el Estado se inmiscuya en las relaciones entre particulares que no afecten a intereses públicos. La libertad individual incluye decidir libremente si se acude o no a los tribunales para solicitar la tutela jurisdiccional de los intereses privados protegidos por el derecho objetivo y decidir libremente también, en su caso, en qué medida se solicita esa tutela. Constituiría un ataque a la libertad individual, por tanto, cualquier configuración del proceso y, antes aún, de la propia función jurisdiccional, que permitiera la actuación del derecho objetivo en asuntos relativos a intereses privados sin contar con la voluntad de los sujetos afectados.

El respeto a esa libertad de los sujetos jurídicos de decidir, en los asuntos que afecten exclusivamente a sus **intereses privados**, si reclaman o no la tutela jurisdiccional y, en su caso, en qué medida la solicitan se traduce en una serie de exigencias que han de ser plasmadas en los correspondientes procesos, exigencias que, en conjunto, suelen presentarse como emanación de un principio procesal, el principio dispositivo.

Este principio postula que, tanto en la construcción legal de los procesos como en su realización práctica, se respete el poder de disposición de los sujetos jurídicos particulares sobre sus derechos o intereses privados. Las **principales exigencias** derivadas del principio dispositivo son:

- la decisión sobre el **inicio del proceso** debe quedar confiada a los sujetos jurídicos que pretenden la tutela jurisdiccional de sus derechos o intereses (*ne procedat iudex ex officio*);
- una vez iniciado el proceso, su continuidad también ha de depender de la voluntad de los sujetos a cuyos intereses privados se refiera la materia del proceso, lo que se traduce en el reconocimiento de la eficacia del **desistimiento** (unilateral o bilateral, según los casos);
- también ha de confiarse a dichos sujetos la delimitación del **objeto del proceso**, con el correlativo deber del juzgador de ceñir su decisión a las pretensiones que concretamente hayan formulado las partes (congruencia);
- ha de respetarse, en fin, el poder de disposición de los sujetos jurídicos sobre sus derechos e intereses una vez iniciado el proceso, mediante la vinculación del juzgador a la **renuncia** del actor o al **allanamiento** del demandado.

1688 Principio de oficialidad

Cuando el objeto de la pretensión no es disponible (la incapacitación de una persona, la imposición de una pena, por ejemplo; y, en general, pretensiones que miren a la protección de intereses públicos) el proceso ha de configurarse de manera diferente, con vistas a asegurar que, cuando se ponga de manifiesto la necesidad de tutela jurisdiccional

de **intereses públicos**, dicha tutela sea reclamada ante los tribunales sin depender de la voluntad de ningún sujeto particular, lo que se traduce también en un conjunto de exigencias que se suelen presentar como manifestación del denominado principio de oficialidad.

Los procesos en que se juzga sobre pretensiones relativas a derechos o intereses de naturaleza pública se rigen por el principio de oficialidad, criterio en virtud del cual la iniciativa para el comienzo del proceso y la delimitación del objeto de este se confía a un órgano público *ad hoc* (en España, el **Ministerio Fiscal**), cuya función es precisamente la de defender ante los Tribunales el interés público y que, en el cumplimiento de esta función, actúa sujeto a normas legales que establecen taxativamente en qué supuestos y con qué alcance debe promover la actuación jurisdiccional.

Ningún sujeto jurídico particular tiene en estos procesos poder de disposición sobre los derechos o intereses en juego y, por tanto, como regla general, ninguna influencia puede ejercer en el proceso la actitud que adopten los sujetos particulares implicados respecto a la iniciación o subsistencia del proceso o respecto al sentido de la decisión jurisdiccional.

Hay, no obstante, **supuestos excepcionales** en que, por razones de diversa índole, la ley concede cierta eficacia a determinadas actitudes de los sujetos particulares afectados (necesidad de denuncia del ofendido para la persecución de ciertas infracciones penales, conformidad del acusado), eficacia que en ningún caso se basa en un inexistente poder de disposición de dichos sujetos sobre la materia que constituye el objeto del proceso.

1689 Aportación de parte e investigación de oficio

Las pretensiones que se formulan ante los tribunales de justicia se basan en hechos que, subsumidos en ciertas normas jurídicas, justifican la concesión de lo que se haya pedido al tribunal. La decisión del tribunal sobre la pretensión se basa en un enjuiciamiento sobre los hechos del caso a que se refiera la pretensión y sobre las normas jurídicas aplicables. Para desempeñar su función, por tanto, el tribunal necesita tener conocimiento de los hechos, así como disponer de las **pruebas** para juzgar sobre su certeza o falsedad.

La regulación legal del proceso debe establecer las vías por las que los hechos y sus pruebas llegan a conocimiento del tribunal. A estos efectos caben dos posibilidades: la aportación de parte y la investigación de oficio.

a) **Aportación de parte.** En los procesos basados en la aportación de parte el tribunal debe basar su decisión en los hechos alegados por las partes y en las pruebas aportadas por las partes o practicadas a su instancia.

En estos procesos el tribunal no tiene facultades para investigar los hechos ni para introducir pruebas no solicitadas por las partes. Es más, si algún hecho relevante del caso no hubiera sido alegado por las partes o, siendo controvertido, no se hubieran practicado pruebas de las que resulte su certeza, el juez no podría tener en cuenta ese hecho para decidir sobre la pretensión ni siquiera aunque fuera para él un hecho conocido (por haberlo presenciado o por habérselo confirmado alguna persona de su confianza o de cualquier otro modo que no sea por medio de las alegaciones y pruebas de las partes en el proceso).

b) **Investigación de oficio.** En los procesos basados en la investigación de oficio el tribunal debe investigar para averiguar los hechos que puedan ser relevantes para la decisión sobre la pretensión y debe introducir de oficio (sin necesidad de que lo pidan las partes) las pruebas que demuestren la certeza o falsedad de los hechos del caso a que se refiera la pretensión.

La investigación de oficio no excluye que las partes aleguen hechos y aporten pruebas o soliciten la práctica de pruebas en el proceso; y el tribunal podrá tener en cuenta los hechos y pruebas que las partes hayan introducido en el proceso. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en los procesos basados en la aportación de parte, en los que se basan en la investigación de oficio las alegaciones y pruebas de las partes no limitan el ámbito de decisión del tribunal, ya que este tiene la potestad (poder-deber) de averiguar y probar los hechos relevantes para la decisión sobre la pretensión, con independencia de que hayan sido o no alegados y probados por las partes.

1690 Relación de la aportación de parte y la investigación de oficio con los principios dispositivo y de oficialidad

Normalmente, los procesos regidos por el principio dispositivo se basan en la aportación de parte, mientras que los procesos regidos por el principio de oficialidad tienden hacia la investigación de oficio. No existe, sin embargo, una vinculación necesaria ni entre principio dispositivo y aportación de parte ni entre principio de oficialidad e investigación oficial.

1692 Impulso procesal

Otra importante alternativa que se presenta al legislador en la construcción de los procesos se refiere al llamado impulso procesal, es decir, a la cuestión de a quién corresponde la iniciativa para ordenar el paso desde un concreto momento o fase del proceso al momento o fase siguiente. Las opciones que se presentan, en relación con esta cuestión, son el impulso procesal de parte y el impulso procesal de oficio.

En los procesos en que rige el **impulso procesal de parte**, una vez realizado un acto o transcurrido el plazo o vencido el término para realizarlo o agotada una fase del proceso, solo se pasará al siguiente acto o a la siguiente fase si la parte interesada así lo solicita. En los procesos con **impulso procesal de oficio** es el propio órgano jurisdiccional

el que, sin necesidad de petición de parte, dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso conforme a las previsiones legales.

En nuestro ordenamiento procesal vigente rige el impulso de oficio para todo tipo de procesos (LEC art.179 ; LECr art.215 ; LOPJ art.237).

3. Estructura y forma del proceso

1695 Dualidad de posiciones y juzgador imparcial

En el ejercicio de la función jurisdiccional, los tribunales se enfrentan siempre a una pretensión de uno o varios sujetos frente a otro u otros. Ante el tribunal hay siempre dos o más sujetos, que se distribuyen en dos posiciones enfrentadas: el sujeto o sujetos activos de la pretensión (quien o quienes pretenden) y el sujeto o sujetos pasivos de la pretensión (frente a quien o quienes se pretende). El tribunal no se sitúa en ninguna de las dos posiciones enfrentadas, sino que juzga sobre la conformidad a derecho de la pretensión desde una posición de imparcialidad.

La **dualidad de posiciones** de las partes e **imparcialidad del juzgador** son dos características del proceso estrechamente interrelacionadas porque la segunda no puede darse si no concurre la primera. La imparcialidad no es una cualidad que pueda predicarse de jueces y magistrados genéricamente y sin referencia a un proceso concreto. En palabras de *De la Oliva*, «la imparcialidad arguye que a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas corresponde una posición neutral por parte de las personas que ejercen jurisdicción y de los órganos jurisdiccionales» y se define la imparcialidad como posición y no, por ejemplo, como actitud, con el propósito de recalcar, también con *De la Oliva*, «que la imparcialidad no es solo ni principalmente una recta disposición del ánimo de los juzgadores, sino una objetiva posición de estos».

La construcción del proceso sobre los dos pilares básicos de la dualidad de posiciones de las partes y de la imparcialidad del juzgador es garantía de una aplicación del derecho objetivamente desinteresada. En un proceso así configurado, los **intereses** en presencia son asumidos y defendidos por las partes y el juzgador puede y debe permanecer ajeno a dichos intereses, ya que, de asumir como propio alguno de ellos, se situaría en el mismo nivel que las partes y perdería su imparcialidad.

El juego de la dualidad de posiciones y de la imparcialidad del juzgador como **garantías** de la aplicación objetivamente desinteresada del derecho resulta particularmente claro en aquellos casos en los que los intereses en juego son de naturaleza pública. En estos supuestos, el Estado no puede renunciar a asumir la defensa de tales intereses dentro del proceso, pero no confía esta misión a los órganos jurisdiccionales, sino a otros órganos públicos que actúan en el proceso como parte, preservándose de este modo la imparcialidad del juzgador.

En este sentido, es muy significativa la previsión constitucional de un órgano público -el **Ministerio Fiscal**- al que se encomienda defender ante los tribunales el interés público tutelado por la ley y procurar, también ante los tribunales, la satisfacción del interés social. Puede deducirse que, si es necesaria la existencia de un órgano público específico que defienda ante los tribunales los intereses públicos y sociales tutelados por la ley, es porque se considera que no es cometido propio de los tribunales servir a dichos intereses. La existencia del Ministerio Fiscal se justifica, pues, en la necesidad de asegurar que los tribunales, cuando han de aplicar el derecho en asuntos en los que esté implicado un interés público, puedan hacerlo desde una posición trascendente respecto de los intereses en juego: el interés público, defendido por un órgano público *ad hoc*, será en todo caso ajeno o extraño al órgano jurisdiccional.

1700 Proceso en forma escrita

En un proceso en forma escrita, las actuaciones procesales se producen predominantemente por escrito. Las **alegaciones de las partes** se efectúan mediante escritos dirigidos al juzgador y las **pruebas personales** (declaraciones de testigos, informes de peritos), aunque se produzcan oralmente y en presencia del juzgador, se transcriben literalmente por escrito.

Las **características** asociadas a la forma escrita del proceso son:

- la **dispersión en el tiempo** de las actuaciones procesales; las actuaciones escritas imponen un distanciamiento en el tiempo entre cada acto del proceso y el que le sigue, especialmente cuando se trata de alegaciones ya que, presentado un escrito de alegaciones por una de las partes, hay que comunicar ese escrito a la otra parte y conceder a esta última cierto tiempo para preparar y redactar sus propias alegaciones escritas;
- la escritura exige que la ley establezca un **orden de los actos**, mediante el establecimiento de términos y plazos para su realización;
- el orden de los actos de las partes se garantiza por medio de la **preclusión** o ineficacia de los actos que no se produzcan dentro de los términos o plazos establecidos para el acto de que se trate; este efecto no se produce, sin embargo, cuando se trata de los actos del tribunal;

- para evitar los inconvenientes de la preclusión se puede utilizar la **acumulación** eventual de alegaciones y pretensiones incompatibles;
- la **sentencia** se basa en los materiales escritos acumulados a lo largo del proceso y, aunque es deseable que se dicte dentro de los plazos -breves- legalmente establecidos, el proceso escrito consiente un cierto distanciamiento temporal entre la finalización de las actuaciones y la sentencia;
- cuando el proceso es escrito no plantea problemas que el mismo asunto pueda ser juzgado varias veces en dos o más **instancias**, ya que los tribunales de la segunda o sucesivas instancias podrán tener a su disposición los mismos materiales escritos en que se apoyó el enjuiciamiento del tribunal de la primera instancia.

1703 Proceso en forma oral

Un proceso en forma oral se caracteriza porque dentro de él la actividad procesal se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada.

Las **características** de los procesos orales son:

- las actuaciones procesales se concentran en **un solo acto** (vista, comparecencia o juicio oral) en el que, en presencia del juzgador, las partes formulan oralmente sus alegaciones, se practica la prueba -especialmente la de carácter personal (testigos, peritos)- y, en su caso, se concretan las pretensiones de las partes a la vista del resultado de la prueba;
- el juez conoce las **alegaciones** y, muy especialmente, las declaraciones con finalidad probatoria mediante contacto directo con las partes y los sujetos de la prueba (testigos y peritos), en el momento en que aquellas alegan y estos declaran;
- la **sentencia** debe dictarse bien en el mismo acto (sentencia *in voce*), bien en breve plazo desde la finalización de la vista, para que el juez mantenga vivo el recuerdo de las alegaciones y pruebas que presencié en la vista (inmediación);
- el proceso en forma oral no facilita la pluralidad de **instancias**, ya que ningún otro tribunal salvo el que ha presenciado las alegaciones y las pruebas realizadas oralmente en la vista podría tener los elementos de juicio necesarios para juzgar. Cuando se permite que una sentencia dictada en un proceso oral pueda ser revisada por un tribunal superior, o bien se exige que se vuelvan a practicar las pruebas ante el tribunal superior, o bien se limita el ámbito de la revisión a las cuestiones jurídicas, sin que el tribunal superior pueda modificar el enjuiciamiento sobre los hechos realizado por el tribunal de primera instancia.

1705 Publicidad y secreto

Relacionada con la opción formal entre oralidad y escritura se encuentra la alternativa entre publicidad y secreto de las actuaciones. La oralidad favorece la publicidad del proceso, mientras que la escritura dificulta en la práctica el conocimiento de las actuaciones por el público en general.

En nuestro ordenamiento procesal la **publicidad del proceso** es la regla general. Esta regla, expresamente formulada en la Const art.120.1 , se concreta en las normas procesales que ordenan la realización de las actuaciones orales en audiencia pública (LOPJ art.229.2 ; LEC art.138.1) y permiten a los interesados -concepto más amplio que el de partes- tomar conocimiento de las actuaciones judiciales escritas (LOPJ art.234).

No obstante, existen **excepciones** a la publicidad establecidas por las leyes procesales, que solo estarán justificadas cuando el secreto de las actuaciones sea necesario para preservar el orden público o para proteger derechos y libertades (LOPJ art.232.3 ; LEC art.138.2 ; LECr art.301, 302 y 680).

Precisiones

La publicidad del proceso tiene un claro significado político, en cuanto permite la **fiscalización popular** del funcionamiento de la justicia, si bien no conviene exagerar en cuanto al alcance garantizador de la publicidad: en un sistema del todo corrompido, la publicidad de las actuaciones podría convertirse en mero ropaje formal de honradez amparador de decisiones judiciales intrínsecamente injustas (*De la Oliva*).

4. Actos procesales

1707	a.	Lugar de las actuaciones y auxilio judicial	1711
	b.	Días y horas hábiles	1715
	c.	Términos y plazos	1720
	d.	Actuaciones orales y escritas: audiencia pública y vistas	1724

e.	Publicidad de los actos	1726
f.	Lengua oficial	1730
g.	Defectos y subsanación de defectos de los actos procesales	1733

1708 Los actos procesales son conductas humanas voluntarias, susceptibles de exteriorización y provistas de eficacia jurídica, que se realizan en el seno y como parte de un proceso y que producen efectos en ese ámbito.

1709 Clases de actos procesales

En atención al sujeto que los realiza, cabe distinguir las siguientes clases de actos procesales:

a) **Actos del tribunal.** En general, los actos del tribunal son actos debidos, en el sentido de que su realización es un deber para el tribunal, inherente a la función pública que le está confiada, siempre que se den los presupuestos legales del acto de que se trate.

b) **Actos de las partes.** Aunque algunos actos procesales de las partes pueden ser también debidos, en el sentido indicado, la mayoría de los actos de las partes previstos en las leyes procesales no son el contenido de un deber jurídico, sino más bien el contenido de un derecho que las partes pueden o no ejercitar. Aunque no sean deberes, con frecuencia la no realización de un acto procesal previsto en la ley tiene o puede tener para las partes consecuencias desfavorables, eliminando o disminuyendo sus posibilidades de obtener un resultado favorable en el proceso. Para hacer referencia a este fenómeno se utiliza el concepto de **carga procesal**, que puede definirse como el constreñimiento a realizar una conducta (positiva o negativa) que un sujeto procesal experimenta a consecuencia de los inconvenientes o perjuicios que la no realización de tal conducta puede comportar legalmente o a causa de las ventajas que puede perder por no realizarla (ejemplo: la carga de contestar a la demanda; el demandado tiene derecho a contestar a la demanda dentro de un plazo y, si no lo hace, pierde la principal oportunidad que le concede la ley para defenderse, disminuyendo sus posibilidades de ganar el proceso).

c) **Actos de los sujetos de la prueba** (declaraciones de testigos, informes de peritos, por ejemplo).

a. Lugar de las actuaciones y auxilio judicial

1711 Lugar de las actuaciones

(LOPJ art.268.1)

Como regla general las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional ante el que se siga el proceso.

1713 Cooperación jurisdiccional

Por excepción, cabe que las actuaciones se realicen en un lugar distinto cuando por su naturaleza o circunstancias no se puedan llevar a cabo en la sede del tribunal o resulte muy gravoso el desplazamiento desde otras circunscripciones de los sujetos que deban participar en el acto de que se trate (reconocimiento judicial de un edificio, declaración de un testigo que por razones de salud no se puede desplazar a la sede del tribunal). Para estos casos la ley contempla dos posibilidades:

a) El **desplazamiento del tribunal** que conozca del proceso al lugar en que deba realizarse el acto de que se trate.

Los juzgados y tribunales pueden constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica cualquier acto, cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia (LOPJ art.268.2).

El tribunal se puede desplazar fuera del territorio de su circunscripción para realizar diligencias de instrucción penal y, en general, diligencias prueba, conforme a lo establecido en la LOPJ art.275 .

b) El **auxilio judicial.** Cuando se debe realizar algún acto fuera de la sede del tribunal que conozca del proceso y no es procedente el desplazamiento del tribunal, se encarga la realización del acto a un tribunal del lugar en que deba ser llevado a cabo.

A estos efectos, los jueces y tribunales cooperan y se auxilian entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cuando se deba practicar una diligencia fuera de la circunscripción del juzgado o tribunal que la hubiere ordenado o esta fuere la específica competencia de otro juzgado o tribunal se ha de recabar la cooperación judicial (LOPJ art.273 y 274.1).

b. Días y horas hábiles

1715 Periodo ordinario de actividad de los tribunales

El período ordinario de actividad de los tribunales es el **año judicial** que se extiende desde el 1 de septiembre, o el siguiente día hábil, hasta el 31 de julio de cada año natural.

1718 Días y horas hábiles

(LOPJ art.182, 183 y 184)

Son **días inhábiles** los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad. También son inhábiles los días del mes de agosto, excepto para actuaciones urgentes.

Son **horas hábiles** desde las 8 de la mañana a las 8 de la tarde, salvo que la Ley disponga lo contrario.

Los días y horas inhábiles pueden habilitarse por resolución del juez o tribunal, cuando sea necesario realizar algún acto procesal en esos días y horas. No hace falta **habilitación**, sin embargo, cuando se trate de actos de la fase de instrucción del **proceso penal** ya que para estos actos son hábiles todos los días del año y todas las horas, sin necesidad de habilitación especial.

c. Términos y plazos

1720 Los actos procesales han de realizarse en los plazos (periodo de tiempo) y términos (momento temporal concreto) que señalan las Leyes procesales; si no se señala plazo (lo que no es raro para actos del tribunal) han de realizarse sin dilación. Los plazos son **improrrogables** salvo fuerza mayor (LEC art.132 y 134).

Los efectos del **no cumplimiento** de los plazos varían según se trate de actos de las partes o del tribunal:

a) Para las **partes**: como regla, se produce la preclusión, que impide realizar en un momento posterior el acto cuyo plazo se haya terminado (LEC art.136).

b) Para el **tribunal**: el juez o el funcionario responsable del incumplimiento del plazo puede ser sancionado disciplinariamente (LEC art.132.3), pero el acto realizado fuera de plazo es eficaz.

1722 Cómputo de los plazos procesales

(LOPJ art.185; LEC art.133)

a) Plazos **por días**: desde el día siguiente a la notificación hasta el del vencimiento, ambos incluidos y excluyendo los días inhábiles.

b) Plazos **por meses o por años**: de fecha a fecha.

d. Actuaciones orales y escritas: audiencia pública y vistas

1724 Los actos procesales pueden ser orales y escritos. Las actuaciones orales se llevan a cabo durante las horas de audiencia pública del tribunal. A estos efectos, los juzgados y tribunales celebrarán **audiencia pública** todos los días hábiles para la práctica de pruebas, las vistas de los pleitos y causas, la publicación de las sentencias dictadas y demás actos que señale la ley (LOPJ art.186).

De ordinario, las actuaciones orales se producen en el marco de un juicio, comparecencia, audiencia o vista, esto es, de un acto que se celebra en la sede del tribunal, en una sala acondicionada a tal efecto (sala de vistas), presidido por el juez o colegio de jueces, y con asistencia de las partes (por sí o representadas) y de los abogados de estas, así como, en su caso, de los testigos, peritos u otros sujetos que deban intervenir.

e. Publicidad de los actos

1726 Actuaciones orales

(LOPJ art.232)

La regla es que las actuaciones orales son **públicas**, lo que quiere decir que cualquiera puede asistir a ellas. Como **excepción**, los tribunales pueden limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones, mediante resolución motivada que solo podrá basarse en razones de orden público y de protección de los derechos y libertades.

1728 Actuaciones escritas

Las actuaciones escritas se encuentran archivadas en la **oficina judicial**; los interesados (con interés legítimo por ser parte en el proceso o alguna relación con el objeto del mismo que justifique el interés) pueden acceder a esa documentación, por las siguientes vías:

a) Solicitud de **información en la oficina judicial**: los letrados de la Administración de Justicia y funcionarios competentes de la oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

b) Obtener **copias y testimonios** de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados.

En cualquier caso, al facilitar información sobre el estado de los procedimientos y entregar copias y certificaciones el tribunal deberá actuar con respeto a las exigencias de la protección de **datos de carácter personal**.

f. Lengua oficial

1730 Jueces, magistrados, fiscales, secretarios y demás funcionarios de juzgados y tribunales

(LOPJ art.231.1 y 2)

Como regla general usan el castellano, lengua oficial del Estado. Pueden usar la lengua oficial propia de la comunidad autónoma, siempre que ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella que pudiere producir indefensión.

1731 Las partes, sus representantes y defensores, testigos y peritos

(LOPJ art.231.3)

Podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la comunidad autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas.

1732 Traducción de las actuaciones realizadas en la lengua oficial propia de la comunidad autónoma

(LOPJ art.231.4)

Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una comunidad autónoma tienen, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia.

La traducción al castellano solo se realiza:

- **de oficio**, cuando las actuaciones deban surtir efecto fuera de la comunidad autónoma, salvo si se trata de CCAA con lengua oficial propia coincidente;
- cuando así lo **dispongan las leyes**;
- **a instancia de parte** que alegue indefensión.

g. Defectos y subsanación de defectos de los actos procesales

1733 Actos procesales defectuosos

(LOPJ art.238, 239, 240.1 y 242)

Los actos procesales realizados sin cumplir los requisitos o faltando los presupuestos previstos en la Ley son actos defectuosos. Con carácter general, la LOPJ contempla los siguientes tipos de actos defectuosos:

1) **Actos nulos de pleno derecho**. Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional;
- cuando se realicen bajo violencia o intimidación;
- cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión;
- cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como preceptiva;
- cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del letrado de la Administración de Justicia; y
- en los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

2) **Defectos de forma.** Actos que sin ser nulos de pleno derecho adolezcan de defectos de forma que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión.

3) **Actos realizados fuera del tiempo** establecido, que solo pueden anularse si lo impone la naturaleza del término o plazo.

1734 Subsanación de defectos

(LOPJ art.243.3 y 4)

Sea cual sea la clase de defecto de que se trate, si es subsanable, antes de declarar la nulidad del acto defectuoso se debe permitir la subsanación.

Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanables en los casos, **condiciones y plazos** previstos en las leyes procesales.

Los tribunales deben cuidar de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley.

1740 Declaración de nulidad o anulación de los actos defectuosos

(LOPJ art.240 y 241)

Se puede producir por las siguientes vías:

a) **Apreciación de oficio.** El tribunal puede declarar de oficio, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular; pero solo puede hacerlo antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso. El tribunal que esté conociendo de un proceso en virtud de un recurso no puede decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

b) **Apreciación a instancia de parte.** Antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, las partes pueden solicitar al juez que declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular; el juez resolverá previa audiencia de las demás partes. Después de que se haya dictado una resolución que ponga fin al proceso en una instancia, la nulidad solo se podrá hacer valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

c) **Incidente de nulidad de actuaciones.** Cuando la nulidad no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, se podrá promover el incidente de nulidad de actuaciones.

Mediante el incidente se podrá solicitar que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los susceptibles de amparo constitucional. No se admitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

Será **competente** para conocer del incidente de nulidad de actuaciones el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad es de 20 días. Como regla, la admisión a trámite del incidente no suspende la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución impugnada.

Presentado el escrito promoviendo el incidente, se da traslado a las demás partes, que dispondrán de 5 días para formular sus **alegaciones** sobre la nulidad solicitada.

Oídas las partes, el tribunal resuelve. Si **se estima** la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si **se desestima** la solicitud de nulidad, se condenará al solicitante a pagar las costas del incidente y, si el tribunal aprecia temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros. Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá **recurso** alguno.

1743 Efectos de la declaración de nulidad o de la anulación

(LOPJ art.243)

La nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. La **nulidad parcial** de un acto no implica la de las partes del mismo independientes de la declarada nula.

5. Resoluciones judiciales

1745 Clases de resoluciones judiciales

Las resoluciones son actos del tribunal cuyo contenido es decidir alguna cuestión con arreglo a derecho. La ley contempla las siguientes clases de resoluciones judiciales:

a) **Sentencias:** son las resoluciones que deciden definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, y las que, según las leyes procesales, deban revestir esta forma. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Son firmadas por el juez, magistrado o magistrados que las dicten.

b) **Autos:** son resoluciones que deciden recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento y las que, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma. Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Son firmados por el juez, magistrado o magistrados que los dicten.

c) **Providencias:** son resoluciones que tienen por objeto la ordenación material del proceso. Las providencias se limitan a expresar lo que en ellas mande por el juez o tribunal que las dicte, la fecha en que se acuerden, la firma del juez o presidente y la firma del letrado de la Administración de Justicia. Como regla, no requieren motivación, aunque pueden ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.

1746 Resoluciones orales

(LOPJ art.247)

Las cuestiones que se suscitan en una vista o comparecencia se pueden decidir mediante una resolución oral, cuando las leyes procesales así lo prevean. En estos casos, salvo que la ley procesal disponga otra cosa, las resoluciones se documentarán en el acta de la vista o comparecencia incluyendo la fundamentación que proceda.

1747 Resoluciones firmes

(LOPJ art.245.3)

Son aquellas contra las que no cabe recurso alguno:

- porque la ley expresamente niega el recurso (son firmes desde que se dictan);
- porque no se recurre frente a ellas (son firmes desde que transcurre el plazo para recurrir sin que se haya interpuesto ningún recurso).

1748 Resoluciones de los tribunales colegiados

(LOPJ art.255 a 263)

En los tribunales colegiados, la documentación del proceso se encuentra a disposición del ponente, y los demás miembros del tribunal la pueden consultar en cualquier momento.

Los autos y las sentencias se dictan por el tribunal colegiado previa **deliberación y votación** de su contenido. El tribunal decide por mayoría absoluta de votos.

Cuando se dicta la resolución tras la celebración de una vista, todos los miembros del tribunal que han asistido a la vista deben participar en la deliberación y votación, incluso aquellos que después de la vista y antes de la deliberación y votación hubieran dejado de pertenecer al tribunal por traslado o jubilación.

Si algún magistrado que hubiera asistido a la vista no pudiera asistir a la deliberación y votación deberá redactar su voto fundado por escrito y remitirlo al presidente del tribunal; si no pudiera votar de esta forma, y los demás miembros del tribunal no alcanzan la mayoría requerida para decidir se tendrá que sustituir al magistrado impedido y celebrarse nueva vista con asistencia de este nuevo miembro del tribunal. La ley trata de asegurar así que se respete la inmediación, es decir, que en los casos en que las alegaciones de las partes y las pruebas se producen en una vista, la sentencia se dicte siempre por magistrados que hayan estado presentes en la vista.

Todos los miembros del tribunal han de firmar la **resolución**, pero los miembros del tribunal que hubieran disentido de la mayoría pueden expresar su discrepancia mediante un **voto particular**.

Se produce la **discordia** cuando en la votación de una sentencia o auto no resultare mayoría de votos sobre cualquiera de los pronunciamientos de hecho o de derecho que deban hacerse y, tras una segunda discusión y votación, tampoco se alcanza la mayoría.

La discordia se resuelve mediante celebración de nueva vista concurriendo los magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose 2 más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y 3 en el caso de haber sido par.

Cuando en la votación de una sentencia o auto por la Sala de Discordia no se reuniera tampoco mayoría sobre los puntos discordados, se procederá a **nueva votación**, sometiendo solo a esta los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente.

1755 Invariabilidad y vinculación de las resoluciones (LOPJ art.267)

Los tribunales no pueden modificar de oficio las resoluciones una vez firmadas; después de firmada una resolución solo podrá ser modificada por medio de los recursos que establezca la ley.

Excepcionalmente, se permiten dos tipos de **modificaciones** de las resoluciones judiciales firmadas, sin necesidad de recurso:

1. **Aclaración y corrección:**

- los errores materiales manifiestos y errores aritméticos pueden ser corregidos en cualquier momento de oficio o a instancia de parte;

- la aclaración de conceptos oscuros y rectificación de errores materiales en las resoluciones firmadas se puede realizar de oficio: en los 2 días hábiles siguientes a la publicación, o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, en los 2 días siguientes a la notificación, debiendo decidir el tribunal en los 3 días siguientes a la presentación del escrito.

2. **Subsanación y complemento de autos y sentencias defectuosos o incompletos:**

- en caso de omisión manifiesta de pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso (v.gr., en la demanda se pide condena a pagar principal e intereses, la sentencia condena a pagar principal y no dice nada sobre intereses), la sentencia se puede completar, mediante auto, bien de oficio, en los 5 días siguientes a la fecha en que se dicta, bien a instancia de parte, formulada en 5 días desde la notificación, sobre la que deberá decidir el tribunal previa audiencia de las demás partes por otro plazo de 5 días;

- otras omisiones o defectos que sea necesario remediar para llevar a efecto las resoluciones se subsanan mediante auto en los mismos plazos y por el mismo procedimiento que la aclaración y corrección.

6. Resoluciones del letrado de la Administración de Justicia

1758 La LOPJ prevé dos clases de resoluciones que no corresponden al juez o al tribunal colegiado de jueces, sino al letrado de la Administración de Justicia:

- las diligencias de ordenación (nº 1760); y
- los decretos (nº 1762).

1760 Diligencias de ordenación (LOPJ art.456.2)

Son resoluciones de mero **impulso procesal**, que se limitan a dar a los autos el curso que la ley establezca, sin afectar a cargas y derechos procesales de las partes.

1762 Decretos (LOPJ art.456.3 y 456.6)

Se llama decreto a la resolución que dicta el letrado de la Administración de Justicia con el fin de admitir la demanda, poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Debe ser siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa.

Los decretos se dictan en los procedimientos que las leyes procesales atribuyan a los letrados de la Administración de Justicia, lo que puede hacerse respecto de las siguientes **materias**:

- a) La **ejecución** salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a jueces y magistrados.
- b) **Jurisdicción voluntaria**, asumiendo su tramitación, así como la resolución de ciertos expedientes, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer.
- c) **Conciliaciones**, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia.
- d) Tramitación y, en su caso, resolución de los **procedimientos monitorios**.
- e) **Mediación**.

f) Cualesquiera **otras** que expresamente se prevean.

7. Actos de comunicación

1770 Son actos procesales que sirven para transmitir información entre los sujetos que intervienen en el proceso. En función del emisor y el receptor se pueden clasificar así:

- a) Actos de comunicación entre tribunales: auxilio judicial.
- b) Actos de comunicación de los tribunales con otros órganos públicos: oficios, mandamientos y exposiciones.
- c) Actos de comunicación del tribunal con las partes y otros sujetos: notificaciones.
- d) Comunicación de las partes con el tribunal: presentación de escritos; remisión por medios electrónicos; informes orales del abogado en las vistas.

1772 Entre tribunales. Los exhortos

La comunicación entre tribunales, durante el curso de un proceso, tiene lugar cuando el tribunal que está conociendo del proceso ha de pedir el auxilio de un tribunal de otra circunscripción para la realización de alguna actuación.

El **auxilio judicial** es la colaboración de unos tribunales con otros para la realización de ciertos actos procesales. Esta colaboración procede, en general, cuando determinadas actuaciones de un proceso han de realizarse fuera de la circunscripción del tribunal que está conociendo del asunto (v.gr. en un proceso del que conoce un juez de Logroño, es necesario efectuar una notificación domiciliaria en Zaragoza; o ha de practicarse un reconocimiento judicial en Burgos: el juez de Logroño requerirá la colaboración de los juzgados de Zaragoza o de Burgos, respectivamente).

Los **sujetos** del auxilio judicial son:

- el tribunal exhortante, que es el que está conociendo del proceso y solicita el auxilio para una concreta actuación del mismo; y
- el tribunal exhortado, que es aquel a quien se pide el auxilio, por ser el tribunal del lugar en que deba practicarse el acto de que se trate.

La mecánica del auxilio judicial comprende las siguientes **fases**:

- resolución del tribunal competente acordando la práctica de la actuación de que se trate;
- expedición de exhorto requiriendo la realización del acto en cuestión por el tribunal exhortado;
- remisión del exhorto al tribunal que ha de prestar el auxilio;
- realización por el tribunal exhortado del acto de que se trate;
- remisión del resultado del acto al tribunal exhortante.

1774 La **remisión del exhorto** se puede realizar de dos formas (LEC art.172):

- a) Remisión **directa**: por medio del sistema informático judicial o cualquier otro medio telemático o electrónico que garantice la constancia de la recepción.
- b) Remisión **por conducto personal**: se entrega el exhorto a la parte interesada para que sea esta la que lo lleve al tribunal exhortado y se encargue de su cumplimiento; esta forma de remisión solo se emplea cuando así lo solicita la parte interesada.

Una vez realizada por el tribunal exhortado la actuación procesal a que se refiera el auxilio, dicho tribunal debe comunicar el resultado al tribunal exhortante. Esta comunicación también se puede hacer mediante remisión directa o por conducto personal.

1775 Con otros órganos públicos (LEC art.149.5º y 6º)

Los **mandamientos** son actos de comunicación por medio de los que un tribunal se dirige a los registradores, notarios o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a dichos funcionarios.

Los **oficios** y las **exposiciones** se emplean para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el párrafo anterior.

Los mandamientos y oficios se pueden remitir directamente por el tribunal que los expida a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, o bien si lo solicita la parte interesada, entregarse a esta para que se ocupe de que se cumpla lo que el tribunal ordene.

Si el cumplimiento de lo que se mande por el tribunal exige realizar algún desembolso, correrá a cargo de la parte que haya solicitado el libramiento del oficio o mandamiento (por ejemplo, los honorarios de los registradores cuando se trata de mandamientos para que se extienda algún asiento en el registro).

1778 Con las partes y otros sujetos

Los actos de comunicación del tribunal con las partes y otros sujetos se pueden clasificar así:

1. **Notificaciones:** cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución, diligencia o actuación.
2. **Emplazamientos:** señalan un plazo para realizar una actuación (v.gr. contestar a la demanda).
3. **Citaciones:** señalan lugar, fecha y hora, para comparecer con objeto de realizar una determinada actuación (v.gr. celebración de un juicio o vista).
4. **Requerimientos:** para ordenar, conforme a la ley, una determinada conducta o inactividad.

La práctica de los actos de comunicación que consistan en notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos se lleva a cabo por los **funcionarios** del Cuerpo de Auxilio Judicial (LOPJ art.478.a) o por el **procurador** de la parte interesada en que se lleve a cabo la comunicación, si así lo solicita (LEC art.152.1).

En las poblaciones donde existan varios tribunales puede existir un **servicio común de notificaciones** que realice todas las que se ordenen por los distintos tribunales de la población de que se trate (LOPJ art.438).

1780 La **comunicación** consiste en hacer llegar a su destinatario:

- la copia de la resolución (en caso de simples notificaciones y requerimientos);
- la cédula, que es un documento especial que se emplea para emplazamientos y citaciones (LEC art.152.2).

Las comunicaciones del tribunal con las partes y otros sujetos se pueden realizar por las siguientes **vías**:

1. **Por medio de procurador:** el procurador tiene el deber de recibir todas las notificaciones que se hagan a la parte que represente. Las comunicaciones con el Procurador se realizarán por medios electrónicos (LEC art.152.2). Si no fuera posible utilizar medios electrónicos, la entrega al procurador puede hacerse directamente en la Secretaría del tribunal (o en el servicio común judicial), o por medio de un servicio común de recepción de notificaciones organizado por el colegio de procuradores (LOPJ art.272).

2. **Por remisión al domicilio del destinatario** (partes no representadas por procurador, testigos, peritos y otras personas que no sean parte en el juicio). La remisión puede hacerse por correo certificado, telegrama con acuse de recibo o por cualquier otro medio semejante que permita dejar constancia fehaciente en los autos de haberse recibido la notificación (LOPJ art.271), incluyendo los medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o similares, con las debidas garantías (LEC art.162).

3. **Por entrega en el domicilio del destinatario:** supone desplazamiento del funcionario que ha de hacer la notificación al domicilio del destinatario. También puede realizarse la entrega por el procurador de la parte que así lo solicite, a su costa. Este sistema ha de utilizarse, entre otros casos, para las notificaciones a las partes de las que dependa su personación en juicio, cuando no se tenga constancia de la recepción de la notificación remitida por correo o similar (LEC art.155.4 y 158).

4. **Por edictos:** publicación de lo que se ha de comunicar en el tablón del juzgado y, a instancia de parte y a costa de quien lo solicite, en periódicos oficiales o privados; solo procede cuando haya sido imposible efectuar la comunicación por los medios ordinarios (LEC art.164).

Son **nulos** los actos de comunicación cuando se hayan realizado con infracción de las normas legales que regulan estos actos, siempre que la infracción pueda causar indefensión (existe indefensión si de la notificación depende alguna oportunidad de alegación o prueba). La nulidad debe denunciarse en la primera oportunidad de que se disponga; si el destinatario de una notificación defectuosa se da por enterado del asunto y no denuncia la nulidad en la primera oportunidad, la notificación se tiene por válidamente realizada.

1790 Comunicación de las partes con los tribunales

Las partes se dirigen al tribunal bien mediante la presentación de escritos, bien mediante informes orales en las vistas, comparecencias o juicios.

Los **escritos** se presentan en la oficina judicial o, en las poblaciones donde están establecidos, en los servicios comunes de registro y reparto (LOPJ art.438). 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 y demás documentos, de acuerdo con las previsiones de la LEC art.273 .

La LOPJ art.230.5 contempla la posibilidad de que las partes se dirijan al tribunal utilizando **medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos** cuando sean compatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate.

En cuanto a los **informes orales** en juicios, vistas o comparecencias, se realizan por el abogado, siempre que este intervenga en el procedimiento (LEC art.185.2).

E. Derechos fundamentales de los justiciables

1890	1. Introducción, significado y problemas generales	1892
	2. Derecho de acceso a los tribunales	1895
	3. Derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley	1908
	4. Derecho a la defensa y asistencia letrada	1918

1. Introducción, significado y problemas generales

(Const art.24)

1892 La Const art.24 recoge el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, uno de los derechos más complejos y que más recursos de amparo constitucional genera. La regulación constitucional es muy escueta, habiendo sido el TCo quien ha delimitado su contenido y alcance a través de su extensa jurisprudencia.

De dicha jurisprudencia puede extraerse que el **derecho a la tutela judicial efectiva** está integrado por un conjunto de derechos que comprenden:

- por un lado, el derecho de acceso a los jueces y Tribunales para obtener la tutela efectiva de los **derechos e intereses legítimos** sin que se produzca indefensión, así como el derecho a obtener un fallo de estos y a que el mismo se cumpla (Const art.24.1); y,

- por otro, el derecho a que el proceso se desarrolle con las debidas **garantías** que, a su vez, se integra por el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la asistencia letrada, a ser informado de la acusación, a un proceso público, a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a la presunción de inocencia (Const art.24.2) (TCo 13/1981, FJ 1 ; 46/1982, FJ 2).

Todos estos derechos recogidos en la Const art.24 buscan asegurar una tutela efectiva de los **derechos e intereses legítimos de las personas**, pero mientras los contemplados en el apartado 1 se establecen como una garantía previa al proceso que asegure dicha tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso, los del apartado 2 aseguran dicha tutela efectiva a través del correcto juego de las garantías procesales. Ambos apartados están, por tanto, íntimamente relacionados, pero requieren un tratamiento diferenciado (TCo 46/1982, FJ 2 ; 26/1983, FJ 2).

A continuación se examinan el conjunto de derechos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva, con especial referencia al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a una de las garantías generales del proceso, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, sin entrar en las restantes garantías ni en las específicas del proceso penal, pues exceden del contenido del presente capítulo.

2. Derecho de acceso a los tribunales

(Const art.24.1)

1895 La Const art.24 comienza declarando que todas las personas tienen derecho 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. El significado general de este precepto implica el reconocimiento de un derecho de acceso a los Tribunales para proteger, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, cualquier **derecho o interés legítimo**. Así, a título de ejemplo, la madre natural o biológica o aquellos que acogen al menor de modo temporal, deben poder ser parte del procedimiento de adopción (TCo 58/2008, FJ 2 ; 124/2002, FJ 4); los docentes universitarios pueden recurrir la programación docente de su departamento (TCo 172/2006, FJ 2); los concejales de los ayuntamientos, a pesar de no haber votado contra un acuerdo adoptado, deben poder recurrirlo (TCo 173/2004, FJ 4), evitando así de manera rotunda cualesquiera forma de denegación de justicia.

La plena «justiciabilidad» se predica así tanto de derechos como de los intereses legítimos protegibles y no solo de los ciudadanos (que la pretenden ante los jueces y, desde luego, frente a las AAPP), sino también de los pertenecientes

a las propias **AAPP** (TCo 175/2001, FJ 8 y 9) y así *Carballeira Rivera* lo expone diciendo que el «núcleo esencial» del derecho a la tutela judicial efectiva ampara el acceso a la justicia, en los términos procesales que fije el legislador, no solo para los particulares sino para todos los poderes públicos. A este respecto el TCo es claro al reconocer que: «... las personas públicas son titulares también del derecho de acceso al proceso. La Const art.24.1 no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el ordenamiento [...]. Corresponde a la Ley procesal determinar entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no solo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso».

Ahora bien, también este derecho fundamental de acceso a los tribunales encuentra ciertos **límites** cuando al menos no exista un mínimo interés legítimamente protegible y «personalizado» -no cabría aceptar pretensiones generalistas o abstractas que no se desprendan de un sujeto particular- o cuando la ley imponga la necesidad de una vía de solución previa de naturaleza extrajudicial -como ocurre con los litigios entre particulares de los que conoce un órgano arbitral, habiendo considerado el TCo a este respecto que: «...del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, [...], a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía...» (TCo 352/2006, FJ 2), o con los recursos administrativos de carácter «preceptivo»-.

1897 Asimismo y, directamente derivado del derecho de pleno acceso a la justicia, se producen ciertas consecuencias. No solo se erradican vacíos o lagunas para el justiciable, destinatario de aquella, que debe ver colmadas sus expectativas de justicia, eliminándose por tanto zonas de inmunidad; también se origina, en lógica sintonía y como reverso de un mismo derecho, la obligación del Estado de aplicar las normas del ordenamiento jurídico en tal sentido. A ello responde el **principio pro actione**. La jurisprudencia lo ha definido en varias, entendiendo como tal a «nuestro canon de control no se limita a la verificación de si la resolución de inadmisión incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, juicio de proporcionalidad que ha de ponderar, de una parte, los fines que intenta preservar la resolución cuestionada y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican...»; y, por tanto, «...el Estado debe interpretar y aplicar las leyes particularmente las procesales de la forma más favorable posible a la efectiva iniciación del procedimiento» (TCo 85/2008, FJ 4 ; 119/2008, FJ 2 ; 144/2008, FJ 4 ; 5/2009, FJ 4).

Se prohíben así los denominados «formalismos enervantes» y se permite que las partes puedan subsanar **defectos de forma**. Así, el TCo ha considerado que: «...los órganos judiciales, por su parte -como se ha declarado reiteradamente para las diversas manifestaciones de la Const art.24.1 - están obligados a aplicar esas condiciones o consecuencias cuando se funden en norma legal, de forma razonada y con interpretación y aplicación de la norma en cuestión en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental; así no pueden en el caso que enjuician, imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones si no existe previsión legal de los mismos, ni, caso de tener fundamento legal, olvidando esas exigencias de motivación y respeto al principio *pro actione*...» (TCo 206/1987, FJ 5 ; 46/1989, FJ 3 ; 96/1992, FJ 5 ; 25/2008, FJ 10 ; 78/2008, FJ 3 ; TEDH 15-10-02 ; 9-11-04).

1899 Dentro de la regulación de este derecho de pleno acceso a la justicia se añade la necesidad de **efectividad**, esto es, tal «justicia» debe ser «efectiva». A estos efectos, el TCo añade que no basta con acceder sin restricciones a la jurisdicción, sino que tal acceso «ha de servir para algo», lo cual ha sido concretado en varios aspectos que se explican seguidamente.

1900 Derecho a no sufrir jamás indefensión

La Jurisprudencia del TCo ha interpretado la indefensión como: «...privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera **medios legítimos de defensa** de la propia posición dentro del proceso» (TCo 143/2001, FJ 3). Por esta razón y, en palabras de *Luis María Díez-Picazo*, hay indefensión cuando falta una plena posibilidad de contradicción y de hacer las alegaciones que el interesado crea más convenientes.

En todo proceso judicial, también por supuesto en el juicio de faltas (TCo 112/1987, FJ 3 ; 114/1988, FJ 2 ; 237/1988, FJ 2 y 4) debe respetarse el **derecho de defensa contradictoria** de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses por sí mismos o con la asistencia de letrado, si optaren por esta posibilidad o esta fuere legalmente impuesta. En definitiva, la contradicción es una de las reglas esenciales en el desarrollo del proceso sin cuya concurrencia la idea de juicio justo es una simple quimera (TCo 41/1997, FJ 5 ; 218/1997, FJ 3 ; 138/1999, FJ 4 ; 91/2000, FJ 16).

Asimismo y, junto a la necesidad de contradicción, se añade el **principio de «igualdad de armas»** -lo que implica una igualdad de armas y medios en el proceso, corolario de los principios de contradicción y bilateralidad, además de exigirse que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa ya que, para evitar el desequilibrio, es necesario que «ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación»- (TCo

47/1987). Por tanto, se entiende que existe indefensión si, por ejemplo, se da un informe relevante al Ministerio Público antes que a la otra parte del proceso (TEDH 12-10-04 ; 2-11-04).

Los problemas más frecuentes de indefensión se producen con relación a la **fase de prueba**. Cuando el procedimiento se encuentra en fase de recurso, el órgano judicial no puede efectuar un cambio sustancial de argumentación jurídica respecto a la resolución impugnada, ya que si lo hace produciría indefensión (TCo 53/2005, FJ 3 y 4). Por eso, y en esta misma línea, para garantizar un proceso equitativo y evitar indefensión, el Estado no puede alterar las normas jurídicas aplicables a un proceso en curso, máxime si además es parte dentro de él (TEDH 28-10-99 ; 14-12-99).

1902 Derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo del asunto

Este derecho implica que el juez debe pronunciarse razonadamente sobre lo que piden las partes, siempre que se cumplan los requisitos procesales y que aquello que solicitan no sea «extrajurídico» -ya que daría lugar a una resolución de inadmisión- (TEDH 8-1-09). La Const art.120 se refiere a la necesidad de motivación, la cual debe ser «congruente y razonable».

Existe **vulneración del derecho de tutela judicial efectiva** si hay contradicción patente entre la fundamentación y el fallo (TCo 42/2004, FJ 2); o si se produce desviación en casación de los hechos que se hubiesen establecido en la fase de instancia previa (TCo 8/2004, FJ 4). El deber de motivar en el juez llega incluso a los supuestos de no ejercicio jurisdiccional en sentido estricto, como ocurre con los jueces de vigilancia penitenciaria para aquellos supuestos de actuaciones encaminadas a garantizar el cumplimiento de un derecho (TCo 128/2003, FJ 3, 6 y 7).

En cuanto a qué debemos entender por **congruente**, se ha de ajustar y responder a lo solicitado por las partes y a los fundamentos de su *petitum*. De ahí que encontremos supuestos de incongruencia por omisión y por exceso (TCo 215/1999, FJ 2 ; 141/2002, FJ 12). Pero son estos últimos algo más complejos puesto que si el órgano judicial decide en su resolución conceder «más de lo que ha sido solicitado por las partes», supondría vulneración de la Const art.24.1 y, en concreto, del principio que acoge reiteradamente la jurisprudencia. Así ha entendido que «...*tantum devolutum quantum appellatum*, [...] por tanto no es posible que el órgano *ad quem* entre a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación...» (TCo 220/1997, FJ 2 y 3 ; 182/2000, FJ 3) y que «...la incongruencia por exceso o *extra petitum* es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso...» (TCo 250/2004, FJ 5).

1904 Derecho a utilizar todos los recursos previstos por las leyes procesales

Podemos afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye también el derecho a utilizar los recursos previstos por las leyes procesales. Ahora bien, esto no significa sea reconocido a las partes el derecho a recurso respecto de las resoluciones judiciales adversas. Solo en la **jurisdicción penal** podemos decir que toda sentencia judicial de condena en primera instancia debe ser susceptible de recurso ante una instancia jurisdiccional superior. Para el resto de supuestos **fuera del ámbito penal**, la Const art.24.1 otorga libertad al legislador de configuración de un adecuado sistema de recursos y así, una vez que este haya sido diseñado, solo su vulneración injustificada comportaría incumplimiento del derecho de tutela judicial efectiva -entendiéndose que «...corresponde a la libertad del legislador la regulación de los recursos procedentes en cada caso...» (TCo 14/1982, FJ 1 ; 110/1985, FJ 2 ; 11/2001, FJ 3).

En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la **revisión de la sentencia** siempre que ello esté legalmente previsto, lo que no es en ningún caso -con la excepción del proceso penal ya mencionada- el derecho a acudir a una segunda instancia. Como expone *García Morillo*: «...cuando la ley establece un recurso, el acceso al mismo se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva precisamente con el alcance y los términos previstos en el propio ordenamiento». De ello se desprenden lógicas consecuencias como las siguientes:

- que el legislador no debe exigir para el acceso al recurso «obstáculos procesales excesivos» -entendiéndose que «...el excesivo rigor y la desproporción que en sus consecuencias produce la interpretación realizada por el juzgado de los requisitos procesales exigibles para la admisión del recurso contencioso-administrativo trascienden de la mera legalidad ordinaria para asentarse plenamente en el ámbito constitucional, en cuanto cercenan de manera absoluta el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo...»- (TCo 182/2003, FJ 2 y 6).

- que las normas reguladoras del acceso a la doble instancia deben aplicarse en el sentido más favorable al derecho fundamental y conforme a la Constitución.

1906 Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución de las mismas

Debemos entender que las resoluciones judiciales son firmes, cuando ya **no son susceptibles de recurso** alguno. Como muy bien explica *Luis María Díez-Picazo*, de la tutela judicial efectiva se desprende la intangibilidad de las resoluciones firmes, pues de lo contrario, los procesos «no concluirían nunca y la citada tutela judicial sería inútil». Asimismo, las resoluciones firmes deben ser ejecutadas incluso con la adversidad de la parte condenada.

También la jurisprudencia del TCo matiza estos dos principios básicos. A estos efectos, ha afirmado que en el **trámite de aclaración** de las sentencias no es posible modificar ni el contenido, ni el sentido del fallo. En concreto ha entendido que: «...la vía de aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación de la resolución aclarada...» (TCo 231/1991, FJ 5 ; 179/1999, FJ 3). No obstante, en otros supuestos sí se ha aceptado la rectificación de la cuantía que recogía el fallo, ahora bien, solo cuando se hubiese producido un «error material» flagrante (TCo 141/2003 ; 190/2004 ; 224/2004).

La **ejecutoriedad** de las resoluciones judiciales firmes por parte de los tribunales se impone en la Const art.118 (TCo 125/1990, FJ 4) y solo en casos verdaderamente excepcionales se permite la **no ejecución** considerando que: «...conviene recordar una vez más que la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial pues, de lo contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna [...], pudiendo en consecuencia el legislador establecer límites al pleno acceso a la ejecución de Sentencias siempre que los mismos sean razonables y proporcionados respecto a los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la Constitución» (TCo 176/2001, FJ 2).

3. Derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley

(Const art.24.2)

1908 El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se encuentra consagrado en la Const art.24.2 , con otra serie de derechos junto a los cuales conforma las **garantías** que integran el debido proceso. Como se ha adelantado en la introducción, ha sido el TCo quien ha delimitado su contenido, pues la regulación constitucional es extremadamente concisa. Así, en una de sus primeras sentencias, señaló que: «El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley [...] exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y añade que se garantiza así la **imparcialidad e independencia** de los jueces y magistrados «que constituyen el interés directo protegido» por el citado derecho (TCo 47/1983, FJ 2).

Se trata, por tanto, que tanto el órgano judicial como sus competencias estén determinados a nivel legal de forma previa a los hechos que motivan su actuación, de tal suerte que quede garantizada su **imparcialidad** a la hora de juzgar el asunto; imparcialidad que no resultaría garantizada si fuese posible mediante decisiones *ad hoc* y posteriores a los hechos establecer discrecionalmente el juez u órgano que conocerá del proceso.

Es necesario, por lo tanto, examinar cómo el TCo ha ido concretando el contenido de los **distintos conceptos** que integran el presente derecho, a efectos de comprender su significado.

1909 Significado de juez

Como se ha adelantado, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el **órgano judicial** que está llamado a conocer del proceso haya sido creado mediante ley que, con generalidad y con anterioridad al caso que motiva su actuación, lo haya investido de jurisdicción y haya establecido los criterios de distribución competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar el juzgado o tribunal llamado a conocer del asunto (TCo 47/1983, FJ 2 ; 101/1984, FJ 4).

Esta exigencia se extiende también a la **composición del órgano judicial**, que también ha de estar predeterminada por la ley y seguir en cada caso concreto el procedimiento que se establezca en la misma para la designación de los miembros que hayan de constituir el órgano correspondiente (TCo 47/1983, FJ 2). Pero no a las normas de reparto de asuntos entre las diversas salas o secciones de un mismo tribunal, pues estas tienen *ex lege* la misma competencia material que el órgano jurisdiccional en el cual se establecen y basta con que también se apliquen en su caso las normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad (TCo 205/1994, FJ 3).

Por lo tanto, la aplicación de los criterios de jurisdicción y competencia establecidos en las leyes va a permitir determinar cuál es el **juez o tribunal** llamado a conocer del asunto, los cuales han de estar incardinados en el poder judicial (Const Título VI). Una eventual **irregularidad** en la aplicación de dichos criterios que lleve, por tanto, a una irregularidad en la designación del juez que ha de conocer del asunto puede constituir una infracción del derecho del justiciable al juez ordinario predeterminado por la ley (TCo 31/1983, FJ 3).

1911 Significado de «ordinario»

Otro de los rasgos establecidos por la Const art.24.2 es que el juez predeterminado por la ley ha de ser ordinario. Se garantiza al ciudadano un juez que pertenezca al **orden jurisdiccional ordinario** (con la excepción recogida en la Const art.117.5) y cuyo régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (TCo 47/1983, FJ 2 ; 23/1986, FJ 3 ; 148/1987, FJ 1).

El juez ordinario es aquel que es **competente** en virtud de unas normas objetivas establecidas legalmente y cuyo régimen orgánico y procesal es el mismo que el de los demás jueces y tribunales que integran el poder judicial. Por ello, esta garantía se extiende a **todos los órdenes jurisdiccionales**. Así, por ejemplo, el TCo reconoció su plena vigencia y por imperativo constitucional en el proceso civil (TCo 101/1984, FJ 2).

Quedan, por tanto, prohibidos los **tribunales excepcionales**, es decir, posibles tribunales que pudieran crearse *ad hoc* para conocer de un determinado asunto. En este sentido, la prohibición de tribunales de excepción recogida en la Const art.117.3 corrobora, en sentido negativo, la misma idea expresada por el derecho analizado (TCo 204/1994, FJ 4 ; 113/1995, FJ 13).

Ahora bien, como hemos adelantado, el derecho al juez ordinario es compatible con la previsión constitucional de **jurisdicciones especiales**, como la jurisdicción militar (Const art.117.5). jurisdicción que, no obstante, es admitida con carácter restrictivo, reducido solo al «ámbito estrictamente castrense» (TCo 75/1982, FJ 2), por lo que cuando es quebrantado lo dispuesto en la Const art.117.5 , atribuyéndose un asunto a la **jurisdicción militar** cuando el mismo corresponde a la jurisdicción ordinaria, se lesiona el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (TCo 111/1984, FJ 3). Se trata de impedir una extensión inadecuada de esta jurisdicción y la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los tribunales ordinarios, así como el que se sujeten de forma indebida al conocimiento de los tribunales militares cuestiones no estrictamente castrenses que, por tanto, deben corresponder a los tribunales ordinarios (TCo 60/1991, FJ 3). Incluso el TCo ha señalado que normalmente hay que **presumir la competencia** de la jurisdicción ordinaria, no bastando para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que hay motivos que la justifican, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen (TCo 75/1982, FJ 4).

1913 Por último, tampoco contradice el derecho al juez ordinario la creación de órganos judiciales con **competencias centralizadas en determinadas materias**, como los juzgados centrales de instrucción o la Audiencia Nacional. La Constitución lo que prohíbe son los jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador determinar las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, reconociendo que existen supuestos que por su naturaleza, la materia sobre la que versan, la amplitud del ámbito territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden «hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga [...] la Const art.24.2 ». Por ello entiende que los juzgados centrales de instrucción y la Audiencia Nacional son, orgánica y funcionalmente, órganos judiciales ordinarios (TCo 199/1987, FJ 6). Por lo tanto, no puede identificarse el juez ordinario con el «juez natural» o juez territorialmente competente en razón del lugar donde se cometió el delito (juez del *locus delicti*), pues la identificación entre ambos no ha sido acogida por el TCo (TCo 25/1981, FJ 6 ; 199/1987, FJ 6 ; 153/1988, FJ 3).

1915 Significado de predeterminado por la ley

La referencia de la Const art.24.2 a que el juez ordinario debe estar predeterminado por la ley requiere analizar, por un lado, qué debemos entender por predeterminado y, por otro, qué ha de entenderse por ley.

Como ya se ha señalado en la introducción, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por ley, que lo invista de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva el proceso judicial (TCo 47/1983, FJ 2). Es decir, los criterios que determinan la jurisdicción y la competencia de los órganos judiciales deben estar predeterminados **con anterioridad al proceso**, lo que garantiza que una vez se determina el juez competente para conocer del asunto (en virtud de los criterios de competencia establecidos en las leyes), el mismo no va a poder ser desposeído de su conocimiento en virtud de una decisión tomada por un órgano gubernativo (TCo 101/1984, FJ 4).

Una eventual irregularidad en la aplicación de los criterios competenciales que lleve, como ya se ha señalado, a una **irregularidad** en la designación del juez que ha de conocer del asunto puede constituir una infracción del derecho del justiciable al juez ordinario predeterminado por la ley (TCo 31/1983, FJ 3).

No obstante, esta predeterminación del órgano no puede llevarse hasta el extremo de imposibilitar tener en cuenta **situaciones personales o necesidades del destino**. El grado de fijeza y predeterminación que se exige del órgano no se puede exigir igual a los titulares del mismo pues, por ejemplo, puede ser necesario realizar una asignación temporal de un juez a un determinado órgano. Este tipo de decisiones son competencia de los órganos de gobierno del poder judicial y compatibles con la Const art.24.2 siempre que se respeten los procedimientos fijados para la designación de los titulares, de forma que quede garantizada su independencia e imparcialidad (TCo 47/1983, FJ 2). La predeterminación, por tanto, no puede aplicarse de forma rígida, de suerte que no sea posible aplicar reformas a los procesos en curso (TCo 307/1993, FJ 3 ; auto 381/1992, FJ 3).

1916 Por otra parte, la referencia a la Ley exige que el vehículo normativo para determinar cuál ha de ser el juez del caso sea la **Ley en sentido estricto**, y no el Decreto-ley ni otras disposiciones que emanen del ejecutivo. Es la ley la que, de forma general y con anterioridad al proceso, debe establecer los criterios que determinen la competencia para conocer del asunto y que, al aplicarlos, permitan determinar cuál es el juzgado o tribunal llamado a conocer del mismo. La generalidad de los criterios legales garantiza que no existan jueces *ad hoc* (TCo 101/1984, FJ 4). Ahora bien,

dicha generalidad no puede ser tan amplia que finalmente implique una indeterminación de la norma que la vacíe de contenido en cuanto norma competencial, de forma que no sea ella la que predetermina el juez, sino que permita que el mismo sea nombrado *ad hoc* por los órganos de gobierno internos del poder judicial (TCo 101/1984, FJ 5).

En cuanto al **rango de la norma**, el TCo señala que ha de ser una Ley en sentido estricto, pero excluye que se requiera en todo caso el rango de Ley Orgánica para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos tribunales ordinarios (TCo 93/1988, FJ 5). Y por lo que respecta a la **reserva de LOPJ** establecida en la Const art.122.1 , señala que la misma comprende, como mínimo, la creación y la delimitación de las competencias de los órdenes jurisdiccionales, materia de capital importancia en el diseño de la organización judicial que está constitucionalmente reservado al legislador orgánico. Pero admite que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, «produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas -Ley Orgánica y ley ordinaria- que no obsta a la reserva establecida en la Const art.122.1 y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita». Ahora bien, añade, que la ley ordinaria no puede excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica (TCo 224/1993, FJ 3).

4. Derecho a la defensa y la asistencia letrada

(Const art.24.2)

1918 La Const art.24.2 recoge las principales **garantías del proceso**, de modo que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada se encuentra reconocido también en distintas **declaraciones y convenios internacionales**, entre los que destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que reconoce que todo acusado tiene como mínimo el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan» (CEDH art.6.3.c). De modo análogo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) declara que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, «a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo» (PIDCP art.14.3 d).

Conviene comenzar diferenciando el derecho a la defensa, por una parte, y el derecho a la asistencia letrada, por otra. Ambos poseen el mismo fundamento, que no es otro que «la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción», ofreciendo la posibilidad de alegar los derechos e intereses en juego, y de participar contradictoriamente en la práctica de la prueba, así como en el conjunto del proceso. Por ello, «imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por la Const art.24.1 » (TCo 101/2002, FJ 2).

1920 El **derecho a la defensa**, en sentido amplio, se refiere a la posibilidad de intervención contradictoria en el proceso, siendo esencial en este aspecto la prohibición de indefensión material. Este derecho incluye manifestaciones instrumentales que aparecen expresamente en la misma Const art.24.2 . Así, los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable (TCo 29/1995, FJ 3).

En sentido más restringido, el derecho a la defensa incluye tanto el derecho a la defensa técnica o asistencia letrada como el derecho a la autodefensa privada. Así lo ha reiterado el TCo en varias ocasiones, asumiendo la declaración contenida por el TEDH 25-4-83 , según la cual el CEDH art.6.3.c) «garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita», sin que la **opción** en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (TCo 37/1988, FJ 6 ; 181/1994, FJ 3).

En todo caso, el **derecho a la asistencia letrada** existe con independencia de que se configure como facultativa o imperativa la presencia de abogado en el proceso.

1922 **Derecho de autodefensa. Denegación de asistencia letrada de oficio cuando no es preceptiva**

El ciudadano puede ejercer su defensa u optar por la asistencia letrada, gozando también de la justicia gratuita. En estos casos, la denegación de asistencia letrada solo va a resultar lesiva del derecho cuando genere una **indefensión material** (para ello es determinante que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante),

y que la falta de letrado no se haya debido a la propia negligencia de la parte, debiendo solicitarla en la fase más temprana posible.

El derecho a la autodefensa es claramente un derecho de configuración legal, pues corresponde al legislador determinar la **obligatoriedad** de defensa por abogado. En los procedimientos concretos en los que no es preceptiva la asistencia de letrado el que ejerce su autodefensa tiene derecho a interrogar a los testigos, proponer y combatir contradictoriamente las pruebas y presentar sus conclusiones, pues de lo contrario no se produce la debida contradicción y se vulnera el derecho de defensa (TCo 93/2005, FJ 4).

El carácter **no preceptivo** o necesario de la intervención del abogado en ciertos procedimientos «no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica; permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un letrado de su elección, a que se le provea de abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos» (TCo 211/2003, FJ 6 ; 262/2005, FJ 2 ; 18/2006, FJ 2).

La exigencia de que exista una **solicitud formal** por el interesado ante el órgano judicial para la designación de letrado de oficio se deriva de que lógicamente -si el contenido de este derecho se concreta en la posibilidad de optar por la autodefensa o por la asistencia técnica- solo a través de la emisión expresa de su voluntad de ser asistido de letrado va a poder el órgano judicial proceder a su designación. Esta solicitud, además, debe realizarse por el interesado lo más tempranamente que pueda, con el fin de evitar en la medida de lo posible la suspensión de actos judiciales, que implicaría la afectación a otros intereses constitucionalmente relevantes, principalmente el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas del resto de partes procesales (TCo 199/2003, FJ 5 ; 65/2007, FJ 4).

1923 Por su parte, la necesidad constitucional de **asistencia letrada preceptiva** viene determinada por la finalidad que este derecho cumple. De este modo, si lo que se trata es de garantizar la igualdad de las partes y la efectiva contradicción para el correcto desarrollo del debate procesal, «será constitucionalmente obligada la asistencia letrada allí donde la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal, lo que será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa» (TCo 233/1998, FJ 3).

Ahora bien, no puede alegar **indefensión**, como consecuencia de la vulneración del derecho a la asistencia letrada, quien por impericia ha provocado dicha situación con su falta de diligencia, de forma que la situación de indefensión generada por la falta de defensa técnica no resulta ser consecuencia directa del proceder de la parte. Además, la autodefensa del litigante debe haberse revelado como insuficiente y perjudicial para el mismo, impidiéndole articular una protección adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso. En suma, resulta preciso que «se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa» (TCo 225/2007, FJ 4).

El TCo ha exigido también la concurrencia de **indefensión material** para considerar vulnerado el propio derecho a la defensa (Const art.24.2) en los supuestos de denegación del derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos penales en que no sea un requisito estructural. Así, ha señalado que, desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración de la Const art.24.2 . Para que esto suceda, es necesario que la falta de letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que su autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso (TCo 101/2002, FJ 2 ; 262/2005, FJ 2 ; 20/2006, FJ 3). Entre estas circunstancias se ha de prestar especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (TCo 233/1998, FJ 3 ; 216/1988, FJ 3 ; 67/2007, FJ 4).

1925 Derecho a la última palabra

La doctrina tradicional del TCo consideraba el derecho a la última palabra como un derecho autónomo **vinculado a la autodefensa**, con un contenido propio consistente en la posibilidad de someter a contradicción la totalidad del proceso, dando la oportunidad, una vez que ha tenido pleno conocimiento de toda la actividad probatoria realizada y de los argumentos vertidos en los alegatos de las acusaciones y de su propia defensa, de contradecir o someter a contraste el desarrollo de la vista, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa. Este derecho es distinto al derecho a ser oído mediante la posibilidad de ser interrogado, cuya realización se suele producir al inicio del juicio. De esta manera, al configurarse como una **obligación legal**, solo potestativa en su ejercicio para el acusado, y como una garantía del proceso con contenido autónomo y propio dentro del derecho de defensa que se conecta con el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente reconocido en la Const art.24.2 , el TCo no exigía «carga adicional probatoria en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente

producido, aunque sí respecto a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo» (TCo 13/2006, FJ 5).

Sin embargo, tras el TCo 258/2007 se ha producido un cambio radical, pues el derecho a la última palabra se vincula a la idea de **indefensión material**, y se exige al recurrente la carga de acreditar su carácter decisivo en términos de defensa. Dicha garantía exige, al menos desde el plano constitucional, un desarrollo argumental en la demanda de amparo acerca de la existencia de una lesión material que permita a este Tribunal valorar la concurrencia de la misma. En conclusión, la **vulneración** del derecho a la última palabra, en tanto que manifestación del derecho a la autodefensa, como una de las garantías contenidas en el derecho a la defensa previsto en la Const art.24.2 , no se configura ya como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material, cuya argumentación es una carga procesal del recurrente en amparo (TCo 258/2007, FJ 3).

1928 Derecho a la asistencia letrada

Dentro del derecho a la asistencia letrada se encuentra:

- la libre elección del abogado (nº 1929);
- la intervención preceptiva del abogado (nº 1930);
- el deber del juez de velar por la efectiva asistencia letrada de oficio cuando no es preceptiva (nº 1931);
- libertad de expresión en el ámbito de la defensa (nº 1932); y
- asistencia jurídica gratuita (nº 1933).

1929 Libre elección de abogado

El derecho a la asistencia letrada es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable (TCo 216/1988, FJ 2), lo que comporta de forma esencial que este pueda encomendar su **representación y asesoramiento técnico** a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (TCo 30/1981, FJ 3 ; 12/1993, FJ 3). De ahí que «la libre designación de abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente lícito, perseguido, debe siempre primar sobre la asignación de oficio». En nuestro ordenamiento, la única situación en la que Ley permite la composición de un letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de **incomunicación del detenido** o preso contemplada en la LECr art.527.a , cuya constitucionalidad fue declarada por el TCo 196/1987 , en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada de la Const art.17.3 con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos (TCo 81/2006, FJ 3).

La **efectividad de la defensa** y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el CEDH art.6 y la Const art.24.2 , constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un letrado de su elección y justificar la asignación de un letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de abogado (TCo 81/2006, FJ 3).

1930 Intervención preceptiva del abogado

Cuando la intervención de letrado es preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento (TCo 42/1982, FJ 2), cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada, que es el de lograr el **adecuado desarrollo del proceso** como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho (TCo 233/1998, FJ 3). La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina incluso que la **pasividad** del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no solo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del letrado (TCo 199/2003, FJ 5).

1931 Deber del juez de velar por la efectiva asistencia letrada de oficio cuando es preceptiva

La obligación que corresponde a los **poderes públicos** de proveer al justiciable en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface con el simple nombramiento o designación de un abogado del turno de oficio, pues el CEDH art.6.3 no habla de «nombramiento», sino de «asistencia» (TEDH 13-5-80). El derecho fundamental de carácter prestacional a la asistencia letrada «no puede desembocar en un mera designación rituaría, debiendo los órganos judiciales extremar las cautelas para que el derecho de defensa no sea meramente formal o ilusorio, sino en orden a que la asistencia letrada resulte real y efectiva» (TCo 18/1995, FJ 3).

Este deber se enmarca principalmente en el ámbito del **proceso penal** (TCo 53/1990, FJ 2 ; 162/1993, FJ 3 ; 13/2000, FJ 3 ; 47/2003, FJ 2), pero ni es ilimitado ni es extensible en los mismos términos al supuesto de quien se dispone a promover otro tipo de acciones o recursos. Incluso en el orden penal el deber positivo que se impone a los tribunales no excluye de modo absoluto la diligencia del interesado (TCo 141/2005, FJ 2).

1932 Libertad de expresión en el ámbito de la defensa

El ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes 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 (Const art.24.2).

Por ello, en cuanto a la **corrección disciplinaria de los abogados** que intervienen en los procesos judiciales, de conformidad con lo previsto en la LOPJ art.448 s. , puede exigirse:

- el respeto a la libertad del abogado en la defensa del ciudadano; y
- el respeto por parte del abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (TCo 38/1998, FJ 2 ; 205/1994, FJ 5).

Precisiones

El órgano jurisdiccional debe tener en cuenta las **circunstancias concurrentes** en cada caso, pues estas pueden justificar la mayor beligerancia en los argumentos sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria (TCo 145/2007, FJ 3).

1933 Asistencia jurídica gratuita

La jurisprudencia constitucional ha destacado reiteradamente la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quien carece de recursos económicos para litigar (Const art.119) y el derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24.1). Así, aquel derecho tiene un carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que su objetivo directo es permitir que quien **no tenga los medios económicos suficientes** actúe en el proceso para ejercitar pretensiones o bien combatir las contrarias. Se trata de asegurar que nadie quede procesalmente indefenso por estar falto de recursos para litigar.

No obstante, aunque este derecho se haya considerado como prestacional y de configuración legal, posee un contenido constitucional indisponible para el legislador que obliga a reconocer ineludiblemente el **derecho a la gratuidad de la justicia** a las personas que justifiquen la carencia de los medios necesarios para pleitear (TCo 117/1998, FJ 3 ; 183/2001, FJ 2 ; 127/2005, FJ 3), y ello porque se satisfacen así no solo el interés particular, sino también los intereses generales de la justicia, quedando preservados los principios de contradicción e igualdad procesal, facilitando al propio tiempo al órgano judicial la adopción de una decisión ajustada a derecho (TCo 97/2001, FJ 5 ; 187/2004, FJ 3).

De otro lado, en caso de **denegación de la gratuidad** de la justicia a quien cumple los requisitos legalmente previstos y pretende formular sus pretensiones u oponerse a las contrarias en la vía procesal, se estaría quebrantando al propio tiempo su derecho de acceso a la justicia, por lo que es plenamente aplicable el **principio pro actione**, que se opone a toda interpretación de los requisitos de procedibilidad que carezca de motivación o sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, imponiendo asimismo la prohibición de las decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra causa muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican (TCo 10/2008, FJ 2).

F. Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales

1935	1.	Tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria. Procedimiento preferente y sumario	1938
	2.	Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional	1950
	3.	Tutela de los derechos fundamentales por tribunales internacionales	1974

1936 Las **garantías de los derechos fundamentales** constituyen un conjunto muy heterogéneo de medios cuyo rasgo común es el estar dirigidos a asegurar la integridad y efectividad de los derechos fundamentales. Pese a la ausencia de un significado técnico preciso que defina el concepto de garantías, lo cierto es que constituyen hoy la piedra de toque de la teoría constitucional de los derechos fundamentales: «los derechos valen lo que valen sus garantías». El presente capítulo ofrece una aproximación, necesariamente breve, a los diferentes mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que prevé nuestra Constitución, sin analizar por tanto, los mecanismos de garantía no jurisdiccionales.

El capítulo se divide en tres partes: la primera se dedica a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios (nº 1938 s.); la segunda se centra en el recurso de amparo ante el TCo (nº 1950 s.); y la tercera revisa someramente los dos sistemas supraestatales de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa: el sistema europeo, creado por el Consejo de Europa (nº 1976 s.), y el sistema comunitario o de la Unión (nº 1980 s.).

1938 La Constitución Española ofrece un sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales basado en dos **vías procesales** diferentes: una radicada ante la jurisdicción ordinaria; y otra que se sustancia mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en los casos previstos en la Const art.53.2 .

La **protección jurisdiccional ordinaria** presenta, a su vez, un doble modelo:

a) Por una parte, la Const art.24.1 , al reconocer «el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», permite a los ciudadanos acudir a los Tribunales en defensa de sus **derechos e intereses legítimos**, incluidos lógicamente los derechos fundamentales.

b) Por otro lado, el modelo previsto en la Const art.53.2 , según el cual «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art.14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los **principios de preferencia y sumariedad** y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TCo. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

El derecho a la tutela judicial efectiva convierte a los tribunales ordinarios en **garantes** de todos los derechos reconocidos a los ciudadanos, no solo de los derechos fundamentales (LOPJ art.7.1). En la medida en que todos los derechos fundamentales no operan solo como valores objetivos del ordenamiento, sino también como derechos subjetivos, todos son **invocables por sus titulares** ante cualquier órgano judicial en procesos de cualquier orden (civil, penal, contencioso, laboral, etc.). Así lo ha entendido el TCo desde el principio, considerando a los jueces y tribunales los «guardianes naturales de las libertades individuales» (TCo 115/1987).

No obstante, la especialidad de los derechos en juego, por ser valores objetivos del ordenamiento jurídico y sobre todo por su eficacia directa, justifica que la intervención jurisdiccional en estos supuestos pueda presentar un **régimen procesal singular**, que es precisamente lo que prevé la Const art.53.2 .

1940 **Procedimiento preferente y sumario en las diferentes jurisdicciones**

La Const art.53.2 exige que el procedimiento que se desarrolle para la defensa de los derechos fundamentales se base en los principios de preferencia y sumariedad. La especialidad de esta vía de protección no radica en el órgano jurisdiccional, que siguen siendo los jueces y tribunales ordinarios, sino en la **delimitación de los derechos** que pueden ser objeto de este tipo de proceso y en los principios que lo presiden. El proceso solo es utilizable en relación con los derechos reconocidos en la Const Sección 1ª del Capítulo II del Título I, más el principio de igualdad ante la ley (Const art.14).

El **principio de preferencia** implica, según el TCo, que los procedimientos judiciales en los que se solicite la protección o reparación de un derecho fundamental vulnerado disfrutan de «prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o el despacho de los asuntos». En cuanto al **procedimiento sumario** es aquel que, a diferencia del procedimiento plenario en el que se conocen de todos los aspectos jurisdiccionales sobre los que recae el proceso, tiene una cognición limitada a un solo aspecto, una limitación de los medios de prueba y defensa, y que la resolución recaída no produce los efectos de cosa juzgada, es decir, queda limitado su objeto a la defensa de los derechos fundamentales. No obstante, el TCo ha advertido que la sumariedad en este caso no debe entenderse en sentido técnico, sino como equivalente de «rapidez» (TCo 81/1992, FJ 4). El objetivo de esta **rapidez** es poner fin lo antes posible a la violación de los derechos fundamentales y restituir al titular en el ejercicio de su derecho cuanto antes.

La concreción normativa de la fórmula genérica contenida en la Const art.53.2 ha estado llena de vicisitudes, lo que ha hecho que las distintas normas que han desarrollado este precepto hayan establecido una **restricción de la aplicación concreta** del procedimiento sumario y preferente, de manera que en definitiva no es aplicable a todos los derechos de la citada sección 1ª sino solo a los que se han articulado en las normas procesales de desarrollo. Ello es lógico, teniendo en cuenta que a diferencia de la tutela judicial efectiva (Const art.24.1), que es un derecho fundamental, la tutela mediante un proceso preferente y sumario es un derecho de configuración legal. La previsión de un procedimiento preferente y sumario fue desarrollada inicialmente por la L 26-12-78 , de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, actualmente derogada.

Existe un amplio consenso sobre la idea de que los derechos fundamentales requieren un tratamiento diverso de sus cauces de protección. Por ello, nos encontramos con una serie de **procedimientos especiales** que podemos denominar generales -por no estar referidos específicamente a ningún derecho-, y otros que podemos denominar especiales específicos -los cuales presentan peculiaridades, estando concebidos para la protección de derechos fundamentales concretos referidos a determinados tipos de lesiones (procesos electorales, habeas corpus, derecho de reunión y manifestación, derecho de rectificación, etc.)-.

1942 **Protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa**

(LJCA art.114 a 122)

La LJCA regula el proceso especial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo (LJCA art.114 a 122). En concreto, la LJCA art.122 regula el proceso especial para la protección del derecho de reunión y manifestación en lugares de tránsito público. Se trata de un procedimiento especial, en el que a diferencia del proceso ordinario no es necesario agotar la vía administrativa.

En estos casos, el **plazo de caducidad** para el ejercicio de la acción es más reducido, solo 10 días (LJCA art.115.1), tiene una tramitación preferente y más rápida y un sistema de recursos más completo.

1943 Protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil

(LEC art.249)

La LEC ha previsto la tramitación por los cauces del juicio ordinario de aquellas demandas cuyo objeto sea la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como las de todas aquellas que pidan «la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación» (LEC art.249). Por tanto, no existe un auténtico proceso preferente y sumario, sino solo una **reducción de los plazos** en el proceso ordinario.

1944 Protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción social

(LRJS art.177 a 184)

Se distinguen tres **bloques de derechos** objeto de protección:

- la libertad sindical y el derecho de huelga;
- otros derechos fundamentales y libertades públicas; y
- una mención específica relativa a la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso (LRJS art.177.1).

La tutela debe ejercerse a través de la modalidad procesal a la que corresponde el **comportamiento empresarial impugnado** (despido, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etc.), y que prevalece sobre la modalidad de tutela de los derechos fundamentales. Es decir, si existe una modalidad procesal distinta a la de tutela, y esta es específica para el comportamiento empresarial que se impugna, tiene que tramitarse por ese procedimiento y no por el de tutela, lo que al final supone que la mayoría de las vulneraciones de derechos fundamentales no se sustancian mediante el cauce procesal de tutela sino a través de esas otras modalidades, especificadas en la LRJS art.184 .

En cuanto a la **tramitación del procedimiento**, se aprecia una celeridad en los trámites y brevedad en los plazos, así como que no se requiere previamente ni el intento de conciliación administrativa ni la interposición de la reclamación administrativa previa.

1945 Protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción militar

(LO 2/1989 art.518)

La LO 2/1989 regula un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, disponible frente a las sanciones que pudieran afectar al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en la Const art.53.2 . Se trata de un procedimiento muy concreto, al que solo pueden acudir quienes se encuentran sujetos a la **disciplina militar**, y que persigue las mismas notas de preferencia y celeridad en la tramitación.

1946 Ausencia de procedimiento preferente y sumario de defensa de derechos fundamentales en materia penal

Actualmente no existen especialidades en la tramitación de los procesos penales que intenten trasladar a este ámbito jurídico las previsiones de la Const art.53.2 . Ello parece un acierto ya que los **plazos** de los procesos penales no pueden abreviarse desmesuradamente, pues están en juego derechos fundamentales del acusado cuya efectividad tampoco puede verse mermada por un excesivo acortamiento de los plazos procesales. Junto a ello, se ha destacado la dificultad de precisar los **bienes jurídicos** que deberían protegerse mediante un proceso preferente y sumario en el ámbito penal, pues si se incluyen todas las violaciones de los derechos fundamentales indicados en la Const art.53.2 que están tipificadas como delito, dicho proceso podría utilizarse contra casi todos los delitos del Código Penal, de manera que el proceso especial podría convertirse, de hecho, en el ordinario.

1947 Procedimientos específicos de protección de determinados derechos fundamentales

Es necesario al menos mencionar los procedimientos específicos de tutela de ciertos fundamentales que se encuentran regulados de manera separada o incluso fuera de las normas procesales generales.

a) **Derecho de reunión**. El procedimiento para la protección de este derecho se encuentra regulado en la LJCA art.122 , para los supuestos de «prohibición o de propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión que no sean aceptadas por los promotores».

b) **Derecho de rectificación** (Const art.18). Con la LO 2/1984 , reguladora del Derecho de Rectificación, se trata de hacer efectivo el derecho de toda persona, natural o jurídica, 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 (LO 2/1984 art.1).

c) **Procedimiento de habeas corpus**. La LO 6/1984 , en desarrollo de la Const art.17.4 , para los casos de detención ilegal, recoge un procedimiento especial, preferente y verdaderamente sumario, para conseguir la inmediata puesta a disposición judicial y eventualmente el restablecimiento del derecho a la libertad personal cuando se haya vulnerado como consecuencia de una detención ilegal.

d) **Procedimientos electorales especiales para la protección del derecho de participación** (Const art.23). La LOREG recoge un régimen de recursos judiciales contra las resoluciones de los órganos de la Administración electoral en las distintas fases del procedimiento electoral:

i) Recurso contra la determinación del censo electoral (LOREG art.39 y 40);

ii) Recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos (LOREG art.49); y

iii) Recurso contra la proclamación de electos (LOREG art.109 a 117).

En todos los casos los **plazos** son muy breves, dado que el propio proceso electoral es un proceso muy rápido con plazos perentorios.

e) **Procedimiento de nulidad de actuaciones** (LOPJ art.241). Se contempla la posibilidad de declarar, a instancia de parte, la nulidad de aquellas actuaciones procesales en las que se hubiere vulnerado cualquier derecho fundamental de los referidos en la Const art.53.2 .

2. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

(LOTC art.2.b)

1950 Se reconoce el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados con la Const art.53.2 en los casos y en la forma que su Ley determine. Se trata de un recurso **extraordinario y subsidiario** que se interpone ante el TCo respecto del último pronunciamiento judicial definitivo que haya podido vulnerar alguno de los derechos fundamentales contemplados en la Const art.14 (principio de igualdad), Const art.15 a 20 (derechos fundamentales de la Const Sección 1ª, Capítulo II del Título I) y Const art.30.2 (derecho de objeción de conciencia).

Con el recurso de amparo el TCo se trata de proteger derechos fundamentales, ya que sus fallos en este proceso persiguen los siguientes **objetivos**:

- la declaración de nulidad de las resoluciones (sentencias, actos administrativos o vía de hecho) vulneradoras de derechos fundamentales;

- el reconocimiento del derecho fundamental que se hubiese violado; y

- la adopción de las medidas necesarias para la reparación de la situación de lesión o daño ocasionado que, en su caso fuera pertinente.

En cuanto a la **naturaleza** de este recurso, la doctrina y la propia jurisprudencia se han dedicado in extenso a perfilar la misma, planteándose si estamos ante un «recurso» o por el contrario ante un «procedimiento autónomo». Esta cuestión se ha tratado de responder abundando en las dos notas definitorias del recurso de amparo:

- como «extraordinario», puesto que solo puede ser utilizado para proteger derechos fundamentales; y,

- respecto de su «subsidiariedad», que significa que este recurso solo puede sustanciarse en aquellos casos que no han obtenido solución por los tribunales ordinarios.

En palabras de *Luis María Díez-Picazo* el constituyente concibió el recurso de amparo como una **garantía adicional y última** de los derechos fundamentales que se puede poner a funcionar cuando las demás no lo han hecho adecuadamente. A todo lo expuesto debemos añadir la nueva naturaleza o dimensión «objetiva» que adquiere este recurso con la reforma introducida por la LO 6/2007 .

1953 Objeto del recurso de amparo

El objeto del recurso de amparo ante el TCo será cualquier actuación de los **poderes públicos** que pueda vulnerar derechos fundamentales y se rechaza en tal sentido supuestos de «hipótesis no comprobables, recomendándose la toma en consideración de situaciones reales...» (TCo auto 85/2006, FJ 3). En este sentido, se expone que el recurso de amparo protege, en los términos que la ley establece, frente a violaciones de los derechos y libertades (Const art.14 a 30) originados por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes

públicos del Estado, CCAA y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (LOTC art.41.2).

En consecuencia, los actos de los poderes públicos susceptibles de ser recurridos en amparo pueden ser agrupados en la siguiente **clasificación**:

- actos sin valor de ley de las asambleas legislativas (nº 1954);
- actos del poder ejecutivo (nº 1955); y
- actos u omisiones de los órganos judiciales (nº 1956).

Asimismo, con carácter general, no son susceptibles de recurso de amparo la **ley y los actos con fuerza de ley**, lo cuales sí son susceptibles de protección por otros cauces procesales previstos por el ordenamiento. No obstante, hay un supuesto de imposibilidad de recurso de amparo directo contra leyes que sí podría originar una laguna o vacío legal, son las **leyes singulares o de caso único**, leyes autoaplicativas que no requieren para su aplicación un acto administrativo o jurisdiccional (TEDH 23-6-93). La LOTC art.37.2 permite a las partes del proceso a quo personarse en la cuestión de inconstitucionalidad y poder alegar.

En cuanto a los **actos de los particulares** como incluíbles en el objeto del recurso de amparo, con carácter general la protección de los derechos fundamentales vulnerados por particulares y entes privados se otorga a los tribunales ordinarios. No obstante, existen supuestos en los que una interpretación generosa de la LOTC art.44.1 ha permitido entenderse que el órgano jurisdiccional ha incumplido su función de garante del derecho fundamental que se ha violado, permitiéndose en consecuencia su admisión ante el TCo (TCo 55/1983 ; 18/1984).

1954 Actos «sin valor de ley» de las Asambleas legislativas

(LOTC art.42)

Se recoge que «...las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las CCAA, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de 3 meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes». Quedan por tanto fuera los **actos de los parlamentarios** individuales y de los grupos parlamentarios como tales y los actos relativos a asuntos de personal, administrativos o de gestión patrimonial que se tramitan y sustancian ante la jurisdicción contencioso-administrativa (LOPJ art.58 ; LJCA art.1).

En el elenco descrito se incluyen actos, omisiones e incluso **vías de hecho**, como son:

- el derecho a participar en los asuntos públicos y de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos de tal naturaleza (Const art.23);
- el derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24);
- el derecho de legalidad sancionadora -delitos, faltas o infracciones administrativas, según la legislación vigente en aquel momento- (Const art.25); y
- el derecho de petición (Const art.29).

El amparo respecto de los actos descritos en este caso **no** requiere agotar la **vía jurisdiccional previa** y ello porque antes de aprobarse la LOPJ no existía vía procesal alguna de impugnación de los actos de las Asambleas legislativas «sin fuerza de ley», la cual era paliada por la LOTC art.42 , siendo sin duda su objeto más amplio (medidas presidenciales de ordenación de los debates plenarios, sanciones del Presidente de la Cámara, admisión o denegación de preguntas, tramitación de información, etc.) que el cubierto por la LOPJ art.58 y LJCA art.1 .

Las sentencias de amparo en este tipo de recursos disfrutaban de una **eficacia limitada** pues los fallos se obtienen en unos plazos que exceden los límites temporales de la legislatura haciendo a veces difícil algo tan necesario, en caso de que hubiese prosperado el amparo, como es la «anulación del acto lesivo del derecho fundamental», limitándose los pronunciamientos del TCo al mero reconocimiento o declaración del derecho fundamental (TCo 169/1995, FJ 4 ; 205/1990, FJ 8 ; 95/1994, FJ 6 ; 118/1995, FJ 2).

1955 Actos del poder ejecutivo

(LOTC art.43)

Se establece que: «las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por 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 CCAA o des sus autoridades funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente...».

A efectos de agotar la **vía judicial previa**, el particular puede optar por el procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa ordinario o el procedimiento preferente y sumario (Const art.53.2), siendo válidos ambos procedimientos (LOTC disp.adic.2ª.2).

1956 Actos u omisiones de los órganos judiciales

(LOTC art.44)

Se regula que: «la violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes...».

En consecuencia, se exige:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos en las leyes procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, de lo que se desprende que solo cabe interponer el amparo contra **resoluciones judiciales firmes** (TCo 121/2000, FJ 2 ; 216/2000, FJ 2 ; 50/2001, FJ 2 ; 186/2012, FJ 1).

No obstante esta regla puede encontrar **excepciones**, como ocurre en el proceso penal si estamos ante resoluciones judiciales interlocutorias que violan derechos fundamentales distintos de los previstos en la Const art.24 , o para aquellos supuestos en los que de no admitirse el amparo frente a la resolución judicial interlocutoria, se estaría *ad perpetuam* reiterando la posible lesión del derecho fundamental. A estos efectos, el TCo ha entendido que: «... obligar al particular [en este caso] a agotar la vía judicial ordinaria produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumiría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado...» (TCo 27/1997, FJ 2).

b) Que, entre los medios de impugnación previstos por las leyes procesales, se incluya el denominado «**incidente de nulidad de actuaciones**» (LOPJ art.241) frente a cualquier violación de derechos fundamentales -antes de la reforma introducida por la LO 6/2007 solo era posible frente a la incongruencia de la sentencia o los defectos procesales de forma que dieran lugar a clara indefensión-. En consecuencia, no se admite el recurso de amparo en caso de no ser interpuesto, en caso de que así fuera necesario, el incidente de nulidad de actuaciones (TCo 72/2004, FJ 1 ; 254/2006, FJ 1 ; 350/2006, FJ 2).

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. Esto no significa que basta con la denuncia en la vía judicial (TCo 93/2007, FJ 3).

1958 Legitimación del recurso de amparo

(Const art.162.1.b)

Están legitimados para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. La titularidad puede entenderse sobre el mismo derecho fundamental lesionado, en cuyo caso el titular siempre va a tener un «**interés legítimo**», pero también cabe tener tan solo un interés legítimo sobre el derecho fundamental de otra persona, por ejemplo, el de un sindicato para recurrir la violación del derecho fundamental de libertad sindical de alguno de sus afiliados. En este sentido, el TCo ha considerado que: «...es innegable que concurre en el supuesto que nos ocupa el interés legítimo o «vínculo especial y concreto», al que nos referimos en dichas ocasiones, entre el sindicato -sus fines, su actividad, etc.- y el objeto de este recurso de amparo...» (TCo 114/2012, FJ 2).

No obstante, también el titular del interés legítimo debe agotar la **vía judicial previa**.

De conformidad con lo previsto en la LOTC art.46 , están legitimados para interponer el recurso de amparo frente a los **actos del Parlamento** (LOTC art.42), «las personas directamente afectadas», habiendo aceptado el TCo tanto al titular del derecho fundamental como al del interés legítimo puesto que entiende que ambos son equiparables a «personas directamente afectadas» (TCo 47/1990, FJ 2 ; 84/2000, FJ 1). A estos efectos, cuando el recurso de amparo sea interpuesto contra **actos del poder ejecutivo o judicial**, la legitimación exige haber sido parte en el proceso judicial correspondiente (LOTC art.46.1.b).

Por su parte, la legitimación del **Ministerio Fiscal** y del **Defensor del Pueblo** tiene carácter autónomo en tanto que no actúan en representación del titular del derecho vulnerado y, por tanto, no requieren de su petición previa o consentimiento. Estos intervienen como instituciones que tienen como misión la defensa de los derechos fundamentales. En estos casos, la Sala competente para conocer del amparo lo ha de comunicar a los posibles agraviados y se ha de publicar la interposición del recurso en el BOE (LOTC art.46.2).

Por último, junto con los demandados pueden comparecer los denominados **coadyuvantes**, entendiéndose como tales a las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostentan un interés legítimo en el mismo.

1960 Trámite de admisión de la demanda de amparo

El trámite de admisión de la demanda de amparo ante el TCo, corresponde en principio a la sección que por unanimidad debe admitir la demanda. En caso de mayoría, debe ser elevada a la sala correspondiente (LOTC art.50.2). La admisión ha sido profundamente reformada con la LO 6/2007 , puesto que se ha querido permitir al TCo la **inadmisión** de muchísimos de los recursos de amparo que tradicionalmente le llegaban -en concreto, con la nueva regulación se ha dado la vuelta a la carga de la admisión, no siendo el TCo el que debe motivar los casos de inadmisión sino que es el recurrente quien debe acreditar la «especial trascendencia constitucional» de su demanda de amparo-.

A estos efectos, se exige como requisito necesario para la admisión que el contenido del recurso justifique una **decisión sobre el fondo** por parte del TCo en razón de su especial trascendencia constitucional, que se ha de apreciar 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 (LOTC art.50.1.b). En palabras de *Luis María Díez-Picazo*, el recurso de amparo tras la reforma de la LO 6/2007 adquiere una naturaleza distinta y se percibe como una herramienta al servicio del desarrollo jurisprudencial y no como mecanismo «subjetivo» de protección de derechos fundamentales.

1961 El TCo goza de un amplio margen de **discrecionalidad** para admitir o inadmitir, ahora bien, el TCo 155/2009, FJ 2 ha perfilado cómo debe entenderse tal «especial trascendencia constitucional»:

- que sobre el punto controvertido no exista doctrina del TCo;
- que sea una ocasión propicia para aclarar o modificar la doctrina existente;
- que la vulneración del derecho fundamental provenga de una ley o de una disposición reglamentaria;
- que la vulneración del derecho fundamental provenga de la jurisprudencia;
- que la doctrina del TCo sobre la materia sea reiteradamente incumplida por los tribunales ordinarios o que estos se contradigan entre sí;
- que el órgano judicial no acate la doctrina del TCo; y
- que la cuestión controvertida sea particularmente importante en sí misma, por razones políticas, económicas, etc.

Cuando ya se ha admitido a trámite la demanda se trasladan todas las actuaciones a los interesados para que se personen en el plazo de 20 días y formulen las **alegaciones** escritas que consideren (LOTC art.52).

1963 Tramitación

El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las salas del TCo y, en su caso, a las secciones (LOTC art.48), pasando la tramitación de este tipo de recursos por las siguientes **fases**:

1. Admitida a trámite la demanda (por la sección o la sala), la competencia para seguir tramitando el procedimiento corresponde a la sala, que dicta resolución acordando la **reclamación de las actuaciones precedentes**, que son todas aquellas de las que traiga causa el recurso de amparo -salvo que parte de la documentación ya estuviera en poder del tribunal porque la hubiese recabado con carácter previo a la admisión de acuerdo con la LOTC art.88.1 -. Así, la sala requiere, 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 un plazo que no puede exceder de 10 días, remita las actuaciones o testimonio de ellas (LOTC art.51.1).
2. El órgano, autoridad, juez o tribunal acusa inmediato recibo de este requerimiento y cumplimenta el envío de las actuaciones dentro del plazo señalado, **emplazando a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente** para que puedan comparecer en el proceso constitucional en el plazo de 10 días (LOTC art.51.2 , interpretado en conexión con la LOTC art.47). El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado son emplazados por el TCo.
3. Recibidas las actuaciones y transcurrido el tiempo de emplazamiento, comienza el **trámite de vista** o puesta de manifiesto de las actuaciones. La sala da vista de las actuaciones a quien promovió el amparo, a los personados en el proceso, al Abogado del Estado o letrado de la Administración Pública interesada y, en todo caso, al Ministerio Fiscal. La vista es por un plazo común que no puede exceder de 20 días, y durante él pueden presentarse las **alegaciones** precedentes (LOTC art.52.1).
4. Como el objeto del proceso de amparo queda fijado en la demanda, las **alegaciones** no pueden modificar el escrito inicial de demanda (por ejemplo, ampliando su contenido al tratar de introducir nuevas pretensiones), en virtud de la indefensión que podría generar en otros comparecientes en el proceso. No obstante, es posible admitir una **ampliación** de la demanda de amparo si la misma no varía el derecho fundamental invocado y se refiere a hechos sobrevenidos a la presentación de la demanda, íntimamente conexos a los anteriores y no susceptibles de una nueva

demanda y posterior petición de acumulación (TCo auto 336/1995, FJ 1). Sí pueden servir las alegaciones, por ejemplo, para **corregir** iniciales imprecisiones y determinar con precisión el amparo que se solicita (TCo 112/1988, FJ 1). Por su parte, el **coadyuvante** no puede ejercitar una pretensión de amparo sustancialmente independiente, so pretexto de apoyar los argumentos del actor, asumiendo una posición que solo es propia del demandante de amparo (TCo 241/1994, FJ 3).

1964 **5.** El TCo también puede acordar la **práctica de prueba**, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario, resolviendo libremente sobre la forma y tiempo de su realización, que en ningún caso puede exceder de 30 días. En materia probatoria, para el recurso de amparo rige la previsión general aplicable a todos los procesos constitucionales (LOTC art.89.1). Su finalidad no puede ser otra que la de acreditar la violación de los derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de recurso de amparo (TCo 99/2004, FJ 3.a).

A este respecto, normalmente al TCo le es suficiente para dictar sentencia las actuaciones remitidas conforme a la LOTC art.51.1 , pero si determinados extremos no constan en las mismas, resulta necesaria su **acreditación**. También, debe recordarse que el amparo no es una nueva instancia que permita introducir hechos nuevos o revisar los que ya han sido declarados probados por los órganos judiciales ordinarios. Por tanto, el TCo no puede revisar la valoración de la prueba efectuada por estos, sino solo supervisar el razonamiento lógico que han seguido para relacionar la actividad probatoria con el relato fáctico resultante.

6. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la sala puede deferir la **resolución del recurso**, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del TCo, a una de sus secciones o **señalar día para la vista**, en su caso (LOTC art.52.2). La celebración de la vista es facultativa, pudiendo el TCo acordar su celebración o no -realmente solo cobra sentido en el caso de que se haya acordado la práctica de prueba en aplicación de la LOTC art.89.1 -.

7. Asimismo, presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas o, en su caso, celebrada la vista, la sala puede señalar el día para la **deliberación y votación** de la sentencia (LOTC art.52.2), siendo de aplicación, con carácter supletorio, las disposiciones de la LOPJ y de la LEC (LOTC art.80). Se decide por mayoría de miembros, salvo en los casos que la LOTC establece otros requisitos, y en caso de empate decide el voto de calidad del presidente (LOTC art.90.1).

8. Por último, una vez deliberado y votado el fallo la sala, o en su caso la sección, dispone de un plazo de 10 días para pronunciar **sentencia** (LOTC art.53.2). La sentencia se notifica a las partes y se publica en el BOE dentro de los 30 días siguientes a la fecha del fallo (LOTC art.86.2).

1965 Medidas cautelares

Con carácter general, la interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o sentencia impugnados (LOTC art.56.1). No obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la sala -o la sección en el supuesto de la LOTC art.52.2 -, de oficio o a instancia del recurrente, puede disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos (LOTC art.56.2).

Por lo tanto, la regla general es la improcedencia de la **suspensión**, que queda configurada como una **medida cautelar pertinente** solo cuando:

- la ejecución del fallo produzca un perjuicio al recurrente irreparable; y
- prive al amparo de su finalidad (TCo asunto 243/2000, FJ 1).

Precisiones

1) Esto, por ejemplo, es aplicable si se trata de **penas privativas de libertad** de corta duración, pero no si la ejecución de la resolución judicial recurrida solo comporte perjuicios de carácter puramente económico, dado que tales perjuicios son reparables caso de otorgarse el amparo (TCo auto 289/2000, FJ 2).

2) Por lo tanto, la **suspensión** está **justificada** cuando la decisión recurrida afecta a bienes o derechos de imposible restitución a su estado anterior (TCo auto 274/2006, FJ 2).

1966 Ahora bien, aun cumpliéndose los dos requisitos señalados la suspensión puede **denegarse** cuando provoque una perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido o a los derechos fundamentales o libertades de otra persona (LOTC art.56.2).

Por otra parte, además de la suspensión la sala o la sección puede adoptar **otras medidas cautelares** diferentes y las 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 (LOTC art.56.3).

1967 La suspensión u otra medida cautelar puede pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo, pero solo se acuerda la apertura de la pieza de medidas cautelares una vez admitido a trámite el recurso. 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 entienden necesario.

La sala o la sección 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.56.4).

La sala o la sección también puede fijar **garantías**, a efecto de condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran originarse. Su fijación y determinación puede delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia (LOTC art.56.5).

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, pudiendo impugnarse dicha adopción 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).

1968 La suspensión o denegación de medidas cautelares puede sufrir **modificaciones** durante el curso del juicio de amparo constitucional, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de sustanciarse el incidente de suspensión (LOTC art.57). A estos efectos, debe acreditarse un cambio en las circunstancias que fundaron la decisión que se pretende revisar y que las mismas fuesen desconocidas para el tribunal o se hubiesen producido sobrevenidamente a la resolución que adopta la medida cautelar.

Por último, la adopción de medidas cautelares o su denegación puede causar **perjuicios indemnizables** si finalmente se deniega el amparo. Este riesgo existe porque la medida se adopta teniendo en cuenta que el recurso pueda perder su finalidad si la misma no se acuerda, no atendiendo a la concurrencia del *bonus fumus iuris*. Son competentes para resolver las peticiones de indemnización los jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria, a cuya disposición se pondrán las fianzas constituidas. Dichas peticiones se sustancian por el trámite de los incidentes y deben presentarse dentro del **plazo** de un año a partir de la publicación de la sentencia del TCo (LOTC art.58).

1970 **Finalización del recurso de amparo. La sentencia y sus efectos**

El recurso de amparo finaliza mediante **sentencia**, que es la forma ordinaria de conclusión, la cual puede conceder o denegar el amparo, total o parcialmente (LOTC art.53).

La sentencia ha de ser **motivada y congruente** respecto a las pretensiones -no en cuanto a los motivos de impugnación, ya que el TCo puede introducir otros no apreciados por las partes (LOTC art.84), ni en relación con las alegaciones y razonamientos jurídicos de las partes, pues puede fundar el fallo en los preceptos constitucionales que sean pertinentes y utilizar razonamientos jurídicos diferentes-. Aunque en principio debe dar respuesta a todas las pretensiones y motivos de impugnación planteados -por el demandante, por otras partes personadas, o por el propio TC de oficio-, con **carácter excepcional** puede justificar que no ha de resolver todas las pretensiones o motivos de impugnación formulados, por ser innecesario o improcedente.

Las sentencias tienen efectos **inter partes**, es decir, solo se aplica a las partes del proceso.

En cuanto a su **contenido**, viene delimitado por la demanda, que fija el objeto del juicio de amparo, a excepción de:

- los casos en los que se admite su modificación o ampliación vía alegaciones (LOTC art.52); o
- cuando el TCo suscita nuevas cuestiones a las partes (LOTC art.84).

En la sentencia también pueden apreciarse de oficio **vicios procesales** que hagan inviable la demanda, o suscitarse cuestiones prejudiciales o incidentales (LOTC art.3).

1971 Cuando la sala o, en su caso, la sección conoce de un recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, debe limitarse a concretar si se han violado **derechos o libertades del demandante** y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, debiéndose abstener de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (LOTC art.54). Por lo tanto, la LOTC art.54, junto con el 44.1.b) acota el objeto del recurso de amparo y recuerda su carácter extraordinario y subsidiario limitado a la reparación de las lesiones concretas y actuales de los derechos y libertades contemplados en la Const art.14 a 29 , no pudiendo ser utilizado como una nueva instancia de revisión de las decisiones de los órganos judiciales ordinarios.

La sentencia puede conceder o denegar el amparo, tal y como se ha adelantado. En el caso de **denegación**, se trata simplemente de la desestimación del amparo solicitado. No obstante, el TCo puede **inadmitir** el recurso de amparo en la sentencia, ya que «los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte» (TCo 129/2000, FJ 2). Igualmente da lugar a la desestimación del amparo la carencia de objeto, por satisfacción del derecho en la vía ordinaria (TCo 57/1993, FJ único).

En el caso de **otorgar el amparo**, el TCo puede optar por los siguientes pronunciamientos (LOTC art.55.1):

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. A estos efectos, el TCo ha señalado que su alcance 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, FJ 8).

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.

1972 En algunos casos la sentencia puede ser meramente **declarativa**, reconociendo el derecho o libertad, por ejemplo cuando los efectos de la lesión han cesado en el momento de dictar sentencia. A este respecto, el TCo ha señalado que, aunque iniciada la vía de amparo se haya reparado en vía judicial ordinaria el derecho vulnerado, puede apreciarse en vía constitucional la existencia de la lesión si bien «los pronunciamientos de un eventual fallo estimatorio habrán de limitarse a los que señala la LOTC art.55.1. a) y b) » (TCo 69/1997, FJ 4). Sin embargo, normalmente el reconocimiento del derecho va acompañado de alguno de los otros dos pronunciamientos.

A veces será suficiente también la **declaración de nulidad** de la actuación impugnada para restablecer al recurrente en la integridad de su derecho, pero en otras ocasiones será necesario adoptar otras medidas para la restitución del mismo, como por ejemplo, la retroacción de las actuaciones a un momento posterior al que se haya producido la vulneración para que se dicte una nueva resolución.

Además, el TCo puede fijar **otras medidas** para restablecer o conservar el derecho o libertad lesionado, atendiendo a las circunstancias de cada caso -por ejemplo, si subsisten dilaciones indebidas al tiempo de dictarse sentencia de amparo, puede dirigirse al órgano judicial para que ponga fin a la inactividad procesal y, en su caso, poner los hechos en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial o del Ministerio Fiscal-.

Por último, se regula la **cuestión interna de inconstitucionalidad**, señalando que en el caso de que el recurso de amparo deba ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, de la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se ha de elevar la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia (LOTC art.55.2). Debe plantearse, por tanto, concluido el proceso de amparo y antes de dictar sentencia.

3. Tutela de los derechos fundamentales por tribunales internacionales

1974 A estos efectos, son dos los **sistemas supraestatales** de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa:

- el sistema europeo, creado por el Consejo de Europa; y
- el sistema comunitario o de la Unión.

Los dos sistemas señalados interactúan y se influyen mutuamente -habiendo pasado incluso el sistema comunitario a influir en el sistema europeo-, y el TEDH es más receptivo a los criterios de interpretación establecidos por el TJUE, como ha ocurrido con el TJUE 30-4-96, asunto C-13/94 , que ha sido mencionada en jurisprudencia posterior por el TEDH, que ha modificado su jurisprudencia al respecto.

1976 Protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El sistema europeo de protección de los derechos humanos surge a partir de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH). Es el sistema regional más antiguo y que mayor grado de evolución y perfección ha alcanzado. El CEDH ha instaurado un sistema de control y supervisión de los derechos humanos con un órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya **competencia es obligatoria** para todos los Estados contratantes y se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por la CEDH art.33, 34, 46 y 47 (CEDH art.32).

El Convenio distingue dos **tipos de demandas**:

a) Demandas **individuales**. Son presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las altas partes contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos (CEDH art.34). La mayoría de las demandas presentadas ante el tribunal son de este tipo.

b) Demandas interestatales. Son interpuestas por un Estado contra otro Estado (CEDH art.33).

1977 Demandas individuales

Estas demandas, al poder ser presentadas por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental, no se exige ser nacional de uno de los países miembros del Consejo de Europa, sino solo que la violación que se invoque haya sido cometida por uno de los **Estados sometidos a la jurisdicción del TEDH**.

La **demanda** se puede presentar directamente por el particular, rellenando un formulario, y no es necesario representación mediante abogado al inicio del procedimiento. No obstante, el registro de la demanda no prejuzga que esta vaya a ser admitida o estimada. Por el contrario, la asistencia de abogado si es indispensable una vez que la demanda es comunicada al gobierno demandado.

Recibida la demanda, el procedimiento pasa a la fase de admisibilidad, en la que el TEDH examina si la misma cumple las **condiciones de admisibilidad** (CEDH art.35):

a) Haber agotado todas las vías de recurso internas -habiéndose agotado hasta la última instancia competente e invocado alguno o algunos de los derechos del Convenio-.

b) Presentar la demanda en el plazo de 6 meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

c) Que el demandante haya sufrido un perjuicio importante.

d) Que la demanda esté dirigida contra un Estado parte en el Convenio -se dirige contra actos emanados de una autoridad pública, no contra particulares o personas jurídicas-.

La admisibilidad es una decisión **independiente** (CEDH art.29.1) , separada de la decisión sobre el fondo del asunto. Sin embargo, el Tribunal puede pronunciarse en una sola decisión sobre ambos aspectos. Sobre la admisibilidad o inadmisibilidad pueden decidir la formación de juez único, los comités, las salas o la gran sala (CEDH art.27 a 31).

El Tribunal **no admite** ninguna demanda individual cuando esta es anónima o esencialmente idéntica a una demanda ya examinada por el Tribunal, o ya ha sido sometida a otra instancia internacional de investigación o de solución de controversias, y no contiene hechos nuevos; y **declara la inadmisibilidad** de cualquier demanda individual si considera que 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 (CEDH art.35).

1978 Admitida la demanda, el Tribunal pasa a examinar el asunto y decidir sobre el **fondo del mismo**. En el caso de que la cuestión subyacente al caso ya haya dado lugar a jurisprudencia consolidada del Tribunal, el Comité puede declarar la demanda admisible y dictar al mismo tiempo sentencia (CEDH art.28).

El **Reglamento interno del TEDH** (en adelante, RI) recoge que el Tribunal puede solicitar a las partes que remitan más evidencias y observaciones por escrito (RI art.59). En caso de que el demandante desee obtener una satisfacción equitativa, debe presentar una solicitud al respecto (RI art.61). Durante esta fase del procedimiento se pueden entablar negociaciones destinadas a alcanzar un acuerdo amistoso (RI art.62).

El TEDH también puede invitar a las dos partes a asistir a una **vista pública** contradictoria sobre el caso (CEDH art.40), lo que suele ser excepcional. Tras la vista oral, en su caso, el Tribunal delibera y dicta sentencia. 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 (CEDH art.43).

Asimismo, se puede solicitar una **revisión** de la sentencia cuando se descubra un hecho nuevo de influencia decisiva que no era conocido por el tribunal en el momento de dictar sentencia, ni tampoco podía haber sido conocido por la parte, en el plazo de 6 meses desde que se tenga conocimiento del hecho (RI art.80).

Las **sentencias definitivas** son vinculantes para el Estado miembro demandado, que en virtud del Convenio se compromete a acatar las mismas. El Consejo de Ministros es el encargado de velar por su ejecución (CEDH art.46). Se comprueban las medidas adoptadas por el Estado al efecto, que incluyen tanto el pago de las cantidades a las que haya podido ser condenado el Estado demandado, como la adopción de medidas -de carácter individual o general-, destinadas a restablecer, si es posible, la integridad del derecho vulnerado y evitar que persistan los efectos de dicha vulneración.

Si la **ejecución** es satisfactoria, el caso se da por finalizado; en caso contrario, es decir, si el Comité considera que el Estado se niega a acatar la sentencia puede, tras notificarlo formalmente a esa parte y por decisión adoptada por mayoría de 2/3 de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa parte ha incumplido su obligación. Si el Tribunal concluye que el Estado ha incumplido

su obligación de ejecutar la sentencia, volverá a remitir el asunto al Comité para que examine las medidas a adoptar (CEDH art.46.5).

1980 Protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

Como toda comunidad política, la UE reconoce y protege una serie de derechos a los individuos que la integran y cuenta con un **sistema de protección** de los derechos fundamentales de estos. En concreto, se establece que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (Tratado UE art.6).

Además, se reconocen los derechos, libertades y principios de la **Carta de los Derechos Fundamentales**, con el mismo valor jurídico que los tratados, y otorga competencia a la Unión para adherirse al CEDH (adhesión futura que crearía un mecanismo externo de tutela de los derechos fundamentales en la Unión).

Ahora bien, los tratados no contemplan ninguna vía dedicada a una protección concreta de estos derechos, como por ejemplo, el recurso de amparo existente en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia puede garantizar los derechos fundamentales contrastando la validez y eficacia del derecho derivado de la Unión y los actos de ejecución con las normas originarias, los tratados, utilizando los diversos mecanismos jurisdiccionales previstos en los mismos. Por lo tanto, la protección de los derechos se lleva a cabo de **modo indirecto** mediante estos procedimientos.

Por tanto:

- a) Toda persona física o jurídica puede interponer un **recurso de anulación** contra los actos de los que sea destinataria (por ejemplo, la imposición de una multa), o los actos dirigidos a otros particulares o Estados miembros que les afecten directa e individualmente, y contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.
- b) Cuando la aplicación de los actos compete a las instituciones europeas, las personas físicas y jurídicas también pueden interponer un recurso directo ante el Tribunal de Justicia contra los actos de aplicación de que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente e invocar, en apoyo de este recurso, la ilegalidad del acto general de base mediante una **excepción de ilegalidad**.
- c) Cuando la ejecución sea competencia de las autoridades nacionales, aquellas pueden alegar la invalidez de los actos de alcance general ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al Tribunal de Justicia a este respecto mediante las **cuestiones prejudiciales de validez**.
- d) Además, el TJUE también puede pronunciarse sobre el respeto de los derechos fundamentales a través de las **cuestiones prejudiciales de interpretación** que le plantean los órganos jurisdiccionales nacionales.

Precisiones

El TJUE, a través de su jurisprudencia, fue el primero en garantizar la **protección de los derechos fundamentales** ante el silencio de los Tratados constitutivos (entre otras, TJCE 12-11-69 ; 14-5-74 ; 13-12-79).

G. Gastos y costas procesales

1982	1. Gastos procesales	1983
	2. Costas procesales	2003

1. Gastos procesales

1983	a. Obligación de pago	1985
	b. Responsabilidad directa del procurador por los gastos procesales de su mandante	1987
	c. Procedimientos especiales de reclamación de gastos procesales	1989
	d. Tasa judicial	1994

1984 La función jurisdiccional conlleva un **coste económico** que puede ser financiado con fondos públicos o por los litigantes. Lo normal es la combinación de ambos sistemas, la parte que corresponde sufragar a los litigantes coincide, con lo que se denomina gastos procesales.

El legislador es el que tiene que decidir qué parte de ese coste corresponde asumir a los particulares. En el caso concreto de España, la situación es la siguiente:

a) El Estado (Administración Central o CCAA) asume gran parte de los gastos procesales, tales como aquellos que se derivan directamente de dotar a la Administración de Justicia de los necesarios medios, materiales y personales, para desempeñar adecuadamente su función (sedes judiciales, mobiliario, retribuciones de jueces y magistrados, así como del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia). De igual forma también queda bajo la responsabilidad del Estado el sufragar los gastos derivados del desarrollo de cada proceso concreto (material de oficina, desplazamientos del personal, etc.).

Estos costes van a ser sufragados bien a través de los **presupuestos generales del Estado** -que será lo habitual-, bien de forma individualizada mediante la implantación de determinadas **tasas judiciales** que habrán de sufragar los usuarios de la justicia o, finalmente, gracias a la combinación de ambos conceptos.

b) El justiciable, actuando como parte, asume, con carácter general, el pago de todos aquellos gastos que se deriven de la intervención de terceros en el proceso para lograr una más productiva defensa de aquellos en el proceso, ya se produzca a solicitud del órgano judicial o a instancia de las partes.

No obstante, este panorama general se puede ver alterado atendiendo a diversas **circunstancias**. Por un lado, el ocasionar un dispendio económico a aquel que acude a la Administración de Justicia, en busca del reconocimiento de aquellos derechos que la Ley le reconoce y que, finalmente, son estimados, puede resultar, al menos, poco justo. Además, tampoco parece ajustado a nuestro sistema constitucional, impedir que acudan ante la Justicia aquellos ciudadanos que carezcan de los recursos económicos necesarios para hacerlo. Por tanto, se intenta modular ambas eventualidades mediante, por una parte, la condena en costas y, por otra, el beneficio de justicia gratuita.

a. Obligación de pago

1985 Los gastos procesales vienen constituidos por aquella parte del coste de la Justicia que soportan los **litigantes** que, atendiendo a lo dispuesto en la LEC art.241.1, incluye aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del proceso (por ejemplo, pago de los honorarios de los abogados, los derechos de los procuradores y los demás pagos que hayan de hacerse a terceros -peritos, testigos, notarios, registradores, depositarios, etc.-).

Existen dos cuestiones que merecen especial atención:

a) No son gastos procesales aquellos costes que, si bien se producen como consecuencia directa de la propia existencia del proceso, sin embargo, han sido **asumidos por el Estado** (material de oficina, honorario del personal de la Administración de Justicia, etc.).

b) Un concreto coste tiene la consideración de gasto procesal si tiene su **origen «directo e inmediato»** en la existencia del proceso, sin embargo:

- no es preciso que dicho coste deba ser considerado como estrictamente necesario u objetivamente útil, bien para el desarrollo del proceso o para la mejor defensa de las partes. Por tanto, para recibir la consideración de gasto procesal basta con tener su origen en la existencia del proceso, con independencia de su mayor o menor utilidad final, siendo suficiente la creencia del justiciable en su conveniencia o utilidad para obtener el éxito de sus pretensiones;

- acreditándose la anterior creencia, la conceptualización del coste como gasto procesal, se producirá con independencia de que se constate su producción antes, o durante la pendencia del proceso (por ejemplo, peritaje para ser incorporado a la demanda, indemnizaciones a testigos).

1986 El **pago efectivo** de estos gastos procesales se regula a través de las normas generales que tipifican el derecho de obligaciones, así como por el conjunto de especificaciones que puedan derivarse de la concreta relación jurídica concertada entre la parte procesal y el tercero a quien haya de efectuarse el pago.

Con carácter general, cada parte debe pagar los gastos y costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo, salvo lo establecido en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LEC art.241.1), bien directamente (p.e. mediante la obtención de un documento notarial), o a través de la intervención del órgano judicial (por ejemplo, mediante solicitud al juez para que inste al Notario a expedir la copia de un documento notarial).

Ante esta obligación, el **acreedor de los gastos procesales**, en caso de que la parte o partes deudoras no paguen, tiene a su disposición las vías procesales ordinarias que el ordenamiento jurídico ofrece a cualquier acreedor insatisfecho, sin esperar a que el proceso finalice (LEC art.241.2), salvo en el caso de gastos derivados de actuaciones ordenadas de oficio por el órgano judicial, en cuyo caso es preciso esperar a la conclusión del proceso para determinar a quién corresponde efectuar su pago, atendiendo al posible pronunciamiento de condena en costas.

Si algún gasto puede considerarse común a varias partes, la obligación de pago se reparte por igual entre ellas, dando lugar a una **obligación mancomunada** (CC art.1137 a 1139) -como ocurre con la indemnización debida a

un testigo que haya sido propuesto por varios litigantes (LEC art.375.1) u honorarios sufragados al perito designado judicialmente a propuesta de ambas partes (LEC art.339.2)-.

Con independencia de la posibilidad de reclamar el pago de cualquier gasto procesal a la parte a quien sea imputable a través del procedimiento que corresponda, según las reglas generales, se ha de tener presente la existencia de **procedimientos especiales** que nos permiten agilizar el cobro de determinados gastos procesales -entre los que se encuentra la reclamación directa del gasto por parte del acreedor al procurador del litigante que asuma la posición de deudor-.

b. Responsabilidad directa del procurador respecto de los gastos procesales de su mandante

1987 Aunque con carácter general el responsable directo del pago de los diferentes gastos que se vayan ocasionando durante la pendencia del proceso no es otro que el justiciable, se establece que es el procurador quien asuma la obligación de pagar todos los gastos que se causaren a su instancia (LEC art.26.2.7º).

Aunque la relación existente entre el procurador y su poderdante, se tipifica como un **mandato** típico regulado por el Código Civil, ello no obsta para que esas previsiones cedan ante las especialidades que en este tema prevé la normativa procesal específica. Por tanto, aunque el mandatario no responde personalmente de las obligaciones que contrae en nombre de su mandante (CC art.1725), el procurador responde personalmente de las obligaciones de pago de gastos procesales que deba contraer **en nombre de su representado** (LEC art.26.2). Con esto se pretende cubrir posibles impagos realizados por el primer responsable directo, esto es, por la parte procesal. En consecuencia, los diferentes acreedores que pueden ir surgiendo a lo largo de la pendencia del proceso judicial, pueden exigir el pago de su deuda a la parte procesal en sentido propio, pero también a su representante procesal.

Semejante responsabilidad, no obstante, presenta diversas **especialidades** que deben tenerse en cuenta (LEC art.26.2.7ª):

a) Todo procurador que interviene en un proceso en representación de una parte procesal, asume esta **responsabilidad directa**, sea o no preceptiva su intervención en las actuaciones de que se trate.

b) El procurador solo responde de aquellos **gastos ocasionados a su costa**.

c) El representante técnico solo asume el pago de los honorarios de abogados y peritos, las tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional y los depósitos necesarios para la presentación de recursos, cuando el poderdante le haya entregado los **fondos necesarios** para su pago (LEC art.26.2.7ª).

No obstante, la responsabilidad directa del procurador no libera a su poderdante de la obligación de pagar los gastos procesales. Si el procurador se ve obligado a pagar puede **reclamar a su representado** la cantidad satisfecha, incluso puede exigir a aquel que le provea previamente de fondos para atender al pago de los gastos que se produzcan a lo largo del proceso (CC art.1725 y 1728).

A estos efectos, se prevén dos **procedimientos especiales** que permiten un rápido acceso a la vía de apremio sobre el patrimonio del poderdante para hacer efectivas las cantidades exigidas por el procurador en concepto de provisión de fondos (LEC art.29) y para exigir el reembolso de los gastos suplidos (LEC art.34).

c. Procedimientos especiales para la reclamación de gastos procesales

1989 Estos procedimientos pueden ser utilizados en los siguientes supuestos:

- para la reclamación de los honorarios de los abogados y derechos de los procuradores (nº 1990); y
- para la reclamación de cantidades debidas a otros sujetos (nº 1992).

1990 **Reclamación de honorarios de abogados y derechos de procuradores**
(LEC art.34 y 35)

Con carácter general, el acreedor de una deuda emanada de un proceso tiene a su disposición un conjunto de **acciones generales** previstas por el derecho de obligaciones para la defensa de sus derechos. No obstante, junto a ellas, en determinados casos, el legislador ha diseñado una serie de **procedimientos especiales** que permiten un cobro de esas deudas de una forma más ágil. Así, se reconocen sendos procedimientos a abogados y procuradores para la reclamación de sus honorarios y derechos.

La reclamación, para cuya presentación no es precisa la intervención ni de abogado ni de procurador, se efectúa ante el **letrado de la Administración de Justicia**, mediante la presentación de la minuta o cuenta en las que han de detallarse, respectivamente, los honorarios o derechos cuyo pago se reclama, debiendo manifestar formalmente el abogado o procurador reclamante que dichas cantidades le son debidas y no satisfechas. Cumplido el trámite anterior,

el letrado de la Administración de Justicia ha de requerir al poderdante o deudor para que pague dicha suma, o bien impugne la cuenta, en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare, ni formulare impugnación.

En el caso de **impugnación** pueden plantearse dos escenarios:

1. Si se impugnaren por indebidas las cantidades reflejadas en la **cuenta o minuta**, el letrado de la Administración de Justicia ha de dar traslado al procurador o al abogado por 3 días para que se pronuncie sobre la impugnación. A continuación, el letrado de la Administración de Justicia ha de examinar la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada, y ha de dictar, en el plazo de 10 días, decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al procurador o al abogado, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los 5 días siguientes a la notificación (LEC art.34.2 y 35.2).

2. Si se impugnaran los **honorarios por excesivos**, el letrado de la Administración de Justicia ha de dar traslado al abogado por 3 días para que se pronuncie sobre la impugnación. Si no se aceptara la reducción de honorarios que se le reclama, el letrado de la Administración de Justicia ha de proceder previamente a su regulación (LEC art.241 s.), salvo que el abogado acredite la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante, y ha de dictar decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los 5 días siguientes a la notificación (LEC art.34.2 y 35.2).

El Decreto que se ha de dictar en ambos supuestos, no es recurrible, pero no prejuzga la sentencia que pudiera recaer en juicio ordinario ulterior (LEC art.35.2).

Si el deudor de los honorarios **no formulare oposición** alguna en el plazo establecido, se ha de despachar ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta o la minuta (LEC art.34.3 y 35.3).

Precisiones

Los **procedimientos especiales** recogidos en la LEC art.34 y 35 sustituyen al antiguo procedimiento de «cuenta jurada» que impedía al deudor hacer alegaciones (TCo 110/1993 ; 12/1997).

1992 Cantidades debidas a otros sujetos

(LEC art.342.3, 375; RH art.617; RN art.63)

No solo se prevén procesos especialmente ágiles que permiten una diligente forma de obtener los derechos y minutas debidos a los abogados y procuradores, sino que también se reconoce a favor de otros sujetos que pueden intervenir en el proceso judicial: perito, testigos, así como registradores y notarios.

1. **Peritos**. En concreto, el perito puede reclamar, en los 3 días siguientes a su nombramiento, la **provisión de fondos** que considere necesaria, la cual va a ser a cuenta de la liquidación final. El letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, ha de decidir sobre la provisión solicitada y ordenar a la parte que hubiese propuesto la prueba pericial y no tuviese derecho a la asistencia gratuita, que proceda a abonar la cantidad fijada en la cuenta del juzgado, en el plazo de 5 días. Transcurrido dicho plazo, si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito va a quedar eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación.

Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes **no realizare la parte de la consignación** que le correspondiere, el otro litigante va a poder optar entre:

- Completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen.
- Recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso el perito va a quedar relevado del encargo y no se va a hacer nueva designación.

2. **Testigos**. Asimismo, establece que los testigos que declaren atendiendo a la citación judicial, tienen derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. El importe de la **indemnización** lo fija el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, teniendo en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado, siendo dictado una vez finalizado el juicio o vista. Si la parte que haya de indemnizar no lo hiciere en el plazo de 10 días desde la firmeza de la resolución que fije la cantidad debida, el testigo va a poder acudir directamente al procedimiento de apremio.

3. **Registradores y notarios**. También se prevén procedimientos especiales para facilitar el cobro de los **honorarios** debidos a registradores y notarios por sus actuaciones profesionales (LH art.617 ; RN art.63).

d. Tasa judicial

1994 Los costes de la Justicia pueden sufragarse bien a cargo del Estado, o bien siendo el propio litigante el que satisface esos costes, siendo lo habitual una combinación de ambas posibilidades. La parte a la que debe hacer frente

el **Estado**, normalmente, la saldará mediante los presupuestos generales del propio Estado, pero también podrá ayudarse de los ingresos obtenidos mediante la implantación de una tasa judicial.

En relación con las tasas judiciales hay que tener en cuenta que, salvo aquellos supuestos en los que su cuantía sea nimia, constituyen un sistema diseñado para sufragar los costes de la Justicia, pero que suponen implementar un mecanismo gravemente injusto, que discrimina a los justiciables en función de su **capacidad económica** (ver *Bentham*, «Una protesta contra las tasas judiciales», edición, introducción y notas de Andrés de la Oliva Santos, traducción de Guadalupe Rubio de Urquía, ed. Civitas, Madrid, 2013).

1995 Hecho imponible

En la actualidad, la L 10/2012, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, introduce una tasa judicial exigible, entre otros, en el **proceso civil**, como consecuencia del ejercicio de determinadas actuaciones procesales (L 10/2012 art.1). A estos efectos, constituyen el hecho imponible de la misma (L 10/2012 art.2):

- 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 reconvencción 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 oposición a la ejecución de títulos judiciales.

1996 Sujeto pasivo y exenciones al pago

(L 10/2012 art.3 y 4)

El **sujeto pasivo** de la tasa es quien promueva el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realiza cualquiera de los hechos imponibles (L 10/2012 art.3.1).

Sin embargo, la propia Ley establece una serie de **exenciones** de carácter objetivo y subjetivo:

1. Exenciones objetivas (L 10/2012 art.4.1)

- a) Interposición de demanda y la presentación de ulteriores recursos en relación con los procesos de capacidad, filiación y menores, así como los procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- b) 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.
- c) Solicitud de concurso voluntario por el deudor.
- d) 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. Esta exención no se aplica cuando en estos procedimientos la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial (LEC art.517).

1997 2. Exenciones subjetivas (L 10/2012 art.4.2)

- 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 CCAA, las entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas.
- e) Las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las CCAA.

1998 Devengo

(L10/2012 art.5)

El devengo de la tasa se produce al realizar cualquiera de las actuaciones procesales previstas en la L 10/2012 art.5 :

- a) Interposición del escrito de demanda.
- b) Formulación del escrito de reconvencción.
- c) Presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio y del proceso monitorio europeo.

- d) Presentación de la solicitud de declaración del concurso por el acreedor y demás legitimados.
- e) Presentación de demanda incidental en procesos concursales.
- f) Interposición de la oposición a la ejecución de títulos judiciales.

1999 Base imponible

(L 10/2012 art.6)

A la hora de precisar cuál ha de ser la base imponible de la tasa, se establece una norma general y dos especialidades:

En términos generales, se considera base imponible de la tasa la **cuantía del procedimiento judicial o recurso** objeto de la actuación jurisdiccional, que será determinada de conformidad con las normas generales previstas en la LEC.

No obstante, se recogen las siguientes especialidades:

- a) Los **procedimientos de cuantía indeterminada** o aquellos en los que resulte imposible su determinación de acuerdo con las normas de la LEC, se han de valorar en 18 mil euros de cuantía a los solos efectos de establecer la base imponible de esta tasa.
- b) En los supuestos de **acumulación de acciones** o en los casos en que se reclamen distintas pretensiones en una misma demanda, reconvenición o interposición de recurso, para el cálculo de la tasa se ha de tener en cuenta la suma de las cuantías correspondientes a las pretensiones ejercitadas o las distintas acciones acumuladas. En el caso de que alguna de las pretensiones o acciones acumuladas no fuera susceptible de valoración económica, esa cantidad ascenderá a 18.000 euros.

2000 Cuota líquida

(L 10/2012 art.7)

Se establece una cuota tributaria, compuesta por una **cantidad fija**, que se ha de aplicar en función de cada clase de proceso.

Tras declararse **inconstitucional** la L 10/2012 en cuanto a la tasa establecida para ciertas actuaciones, únicamente puede exigirse el pago de la tasa para los procedimientos y por las cuantías que se indican en el cuadro que se incluye a continuación. En estos casos, además, la tasa se limita al pago de la cantidad fija indicada al haberse declarado también inconstitucional la **parte variable** de la cuota que contempla la L 10/2012 (TCo 140/2016).

Verbal y cambiario	Ordinario	Monitorio, monitorio europeo y demanda incidental en el proceso concursal	Ejecución extrajudicial y oposición a la ejecución de títulos judiciales	Concurso necesario
150 €	300 €	100 €	200 €	200 €

Cuando después de la oposición del deudor en un monitorio se siga un **proceso ordinario**, se ha de descontar de la tasa la cantidad ya abonada en el proceso monitorio.

2001 Pago de la tasa

(L 10/2012 art.8 y 10)

Los sujetos pasivos han de autoliquidar esta tasa conforme al **modelo oficial** establecido por el Ministerio de Hacienda y han de proceder a su ingreso en el Tesoro Público (L 10/2012 art.8.1).

El **justificante del pago** de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo. En caso de que no se acompañase dicho justificante, el letrado de la Administración de Justicia ha de requerir al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de 10 días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del letrado de la Administración de Justicia a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

Asimismo, se prevé la **devolución** de parte de las cantidades abonadas en concepto de tasa cuando el proceso culmine mediante allanamiento, acuerdo o se produzca una acumulación de procesos (L 10/2012 art.8.5 y 6).

La propia Ley diseña un sistema, mediante el cual se va a poder obtener una **bonificación** del 10% sobre la tasa por actividad judicial para los supuestos en que se utilicen medios telemáticos en la presentación de los escritos que originan la exigencia de la misma y en el resto de las comunicaciones con los juzgados y tribunales (L 10/2012 art.10).

El pago de estas tasas queda incluido dentro del concepto de **costa procesal** (LEC art.241.1.7º).

2003	a. Costas en procesos civiles	2006
	b. Condena en costas en procesos civiles	2009
	c. Costas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	2023
	d. Costas ante el Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos	2025
	e. Tasación de costas	2027

2004 Las partes no tienen que hacer frente al pago de los gastos procesales con carácter definitivo, ya que al final del proceso puede suceder que el **litigante vencido** deba reembolsar al vencedor, si no todos, sí al menos una parte importante de los gastos procesales que este último haya pagado a lo largo del proceso. Una eventualidad semejante va a acontecer cuando al final del proceso se imponga a la parte vencida la obligación de pagar las costas del proceso.

a. Costas en procesos civiles

(LEC art.241.1)

2006 Dentro del concepto de costa procesal solo se han de incluir aquellos gastos que puedan ser considerados objetivamente **necesarios o útiles** para la defensa del propio derecho ante los tribunales, quedando fuera todos aquellos desembolsos que puedan ser calificados como innecesarios o caprichosos.

Las costas, en consecuencia, son la parte de los gastos procesales que pueden ser objeto de la **condena en costas** y, en concreto, en los procesos civiles son los siguientes:

1. Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas (LEC art.29 y 35).
2. Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso (entre otros, LEC art.15, 164, 441 -redacc L 5/2018- y 645; LOPJ art.236).
3. Depósitos necesarios para la presentación de recursos (entre otros, LEC art.513 ; LOPJ disp.adic.15ª).
4. Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso (LEC art.243, 363.1 y 375).
5. Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos (por ejemplo, LEC art.439).
6. Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.
7. La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva. No se incluirá 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 incluirá en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.

2007 No obstante, lo anterior, el legislador se ve en la obligación de realizar diversas **aclaraciones**:

- a) Cuando la intervención de abogado y procurador **no es preceptiva**, los honorarios y derechos respectivos no se incluyen en las costas, a no ser que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que ha tramitado el juicio. También se excluyen, en todo caso, los derechos devengados por el procurador como consecuencia de aquellas **actuaciones de carácter meramente facultativo** que hubieran podido ser practicadas por las oficinas judiciales (LEC art.32.5).
- b) No se consideran costas los honorarios que correspondan a los **escritos** que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones ya que para estos escritos no es preceptiva la intervención de abogado (art.31.2 2º LEC).
- c) Tampoco se incluyen en las costas los derechos del **procurador** correspondientes a **actuaciones meramente facultativas**, que podrían haber sido practicadas por las oficinas judiciales, ni los honorarios y derechos que no se hayan devengado en el pleito, así como los correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley -entrega de exhortos, estudio de antecedentes, registros públicos, etc.- (LEC art.243.2).
- d) Siempre que proceda la inclusión en la tasación de costas de honorarios de abogado o derechos de procurador se incluirá el correspondiente **impuesto sobre el valor añadido** (LEC art.243.2, párrafo 4º).

Los honorarios de los **abogados y peritos**, a efectos de costas, están sujetos a un **límite cuantitativo**: no se incluyen en las costas los que excedan de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren

obtenido tal pronunciamiento. A estos solos efectos, las pretensiones inestimables se han de valorar en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa. No obstante, hay que tener en cuenta que, en todo caso, cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas, esta última previsión no será de aplicación (LEC art.394.3).

e) Se incluyen en las costas los **honorarios de los peritos** (LEC art.241.1.4º), tanto de los que hayan elaborado dictámenes por encargo directo de las partes para su aportación con la demanda o la contestación (LEC art.336 a 338), como de los que hubieran sido designados por el tribunal a petición de parte (LEC art.339).

f) Las **indemnizaciones a los testigos** las cuales se encuentran, por una parte, sujetas al límite cuantitativo de la tercera parte de la cuantía del proceso (LEC art.394.3) y, por otra, también son reembolsables en concepto de costas, hasta el límite de tres testigos por cada hecho discutido (LEC art.363).

g) Los **gastos de publicación** de anuncios y edictos se incluyen en las costas siempre que la publicación venga exigida imperativamente por la Ley y que se haga en periódicos oficiales, cualquier otro tipo de publicación habrá de efectuarse a instancia de parte y, siempre, a su costa (LEC art.241.1.2º ; LOPJ art.236.2).

b. Condena en costas en procesos civiles

2009 Diferente tratamiento tiene el pago de las costas procesales, atendiendo a si nos encontramos en el proceso de declaración o, por el contrario, en fase de ejecución. En los **procesos de declaración**, para que una parte quede obligada a pagar las costas es preciso que exista un pronunciamiento judicial expreso que así lo ordene. Este pronunciamiento, que se incorpora al fallo de la sentencia o resolución que ponga fin a las actuaciones, se denomina condena en costas. Sin embargo, no es idéntica la situación cuando en el **proceso de ejecución** la Ley prevé que el pago de las costas corresponde siempre al ejecutado, sin que sea necesario un pronunciamiento expreso del juzgador en este sentido (LEC art.539.2).

Básicamente, existen dos **sistemas** para la imposición de costas:

a) Sistema que sigue el **criterio del vencimiento**: la imposición de costas al litigante vencido sin exigir la concurrencia de culpa o negligencia. Este es el sistema por el que se inclina la LEC.

b) Sistema que sigue el **criterio de la temeridad**: se imponen las costas al litigante vencido, únicamente cuando hubiere actuado con temeridad.

2011 Situación en primera instancia

Se recoge una regla general, así como una serie de previsiones de carácter especial.

1. **Regla general** (LEC art.394.1 y 2). En primera instancia, se establecen dos reglas básicas:

a) Cuando las pretensiones de una parte hayan sido **rechazadas en su totalidad**, las costas se van a imponer a la misma (criterio del vencimiento), salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, teniendo en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. Como consecuencia de lo anterior, no se imponen costas a la parte vencida, es decir, el proceso va a carecer de pronunciamiento de condena en costas, debiendo asumir cada parte el conjunto de gastos ocasionados durante la pendencia del proceso.

b) Cuando las pretensiones de cada parte hayan sido **estimadas o desestimadas parcialmente**, cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

La decisión judicial que condena al pago de las costas en primera instancia, ya sea de condena, o su ausencia, es recurrible mediante los **recursos** que la ley concede para impugnar la resolución en la que aquella se incluya. Las partes pueden impugnar la decisión final, vinculando a dicha impugnación su voluntad de conseguir que el juzgador modifique su decisión sobre las costas, o bien es posible impugnar directamente la decisión que sobre costas haya adoptado el juzgador de instancia (LEC art.397).

2012 2. **Previsiones especiales**: No obstante, hay que tener en cuenta la existencia de determinadas situaciones que requieren una solución especial:

a) **Condena en costas en caso de allanamiento** (LEC art.395). El demandado se allana a la demanda, lo cual va a provocar la emisión de una sentencia de fondo estimatoria de las pretensiones del actor, lo que daría lugar, de aplicarse la doctrina general, a una condena en costas del demandado allanado.

Sin embargo, si existiese allanamiento a la demanda por parte del demandado **antes de contestar a la demanda**, no va a proceder la imposición de costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entiende que 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 solicitud de conciliación.

Si el allanamiento es **posterior a la contestación a la demanda**, el tribunal ha de decidir sobre las costas según la regla general prevista en la LEC art.394.1 , es decir, ha de condenar en costas al allanado, salvo que se aprecie que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho que puedan justificar que el demandado no se haya allanado de inmediato.

b) **Condena en costas en caso de desistimiento** (LEC art.396). Si el proceso terminara por desistimiento del actor, antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio, ya se trate de un juicio ordinario o de un proceso verbal, es decir, que no haya de ser consentido por el demandado, aquel va a ser condenado a todas las costas.

Si, por el contrario, el desistimiento que pusiere fin al proceso fuere **consentido** por el demandado o demandados, no se ha de condenar en costas a ninguno de los litigantes.

c) **Procesos terminados por satisfacción extraprocesal** de las pretensiones (LEC art.22.2). Cuando en un proceso pendiente alguna de las partes solicite la terminación del mismo por satisfacción extraprocesal de las pretensiones, si existiera **oposición** por cualquiera de las partes a esta petición, sosteniendo la subsistencia de ese interés legítimo, el letrado de la Administración de Justicia ha de convocar a las partes a una comparecencia, en la que ha de decidir si debe o no continuar el juicio. En este caso, se impondrán las costas de estas actuaciones a quien viera rechazada su pretensión.

2013 d) **Acción de desahucio** (LEC art.22.5). La resolución que declare enervada la acción de desahucio ha de condenar al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador.

e) **Caducidad de la instancia** (LEC art.240.3). En aquellos supuestos en los que el proceso concluya como consecuencia de la caducidad de la instancia, no habrá imposición de costas, debiendo pagar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

f) **Falta de comparecencia** del demandante a la vista del juicio verbal (LEC art.442.1). La no asistencia del demandante a la vista del juicio verbal conlleva su condena por las costas causadas, si el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, condenándosele a indemnizar al demandado comparecido, si este lo solicitare y acreditare los daños y perjuicios causados.

g) **Intervención provocada** (LEC art.14.2.5ª). Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, si en la sentencia resultase absuelto dicho tercero, las costas se pueden imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales de la LEC art.394 .

2015 Incidentes de naturaleza declarativa

Un **incidente procesal** es toda aquella cuestión que se suscita en el transcurso de un concreto proceso, y que requiere de una decisión judicial específica y distinta de la que resuelve el objeto principal del proceso en el que surge (declinatoria, cuestión prejudicial, etc.).

Estos incidentes pueden suscitarse tanto en el proceso declarativo, como en el de ejecución. Como las costas causadas en estos incidentes son objeto de un **pronunciamiento independiente** en la propia resolución que resuelve la cuestión principal, cabe la posibilidad de encontrarnos con procesos en los que una de las partes haya sido favorecida por el pronunciamiento sobre costas en el proceso principal, pero, sin embargo esta haya sido condenada al pago de determinados incidentes suscitados a lo largo de la pendencia del mismo (LEC art.243.3).

Idéntica situación podemos encontrar en el **proceso de ejecución** en donde suscitado un concreto incidente, debe sufragar las costas ocasionadas en él quien resulte condenado en el mismo, pudiendo ser, o no, el ejecutado quien asume con carácter general las costas ocasionadas en ejecución (LEC art.539.2).

2016 A estos efectos, existen diversas previsiones legales que prevén **disposiciones específicas** en materia de costas procesales:

1. En el **incidente de pérdida sobrevenida** del objeto del proceso las costas ocasionadas se imponen a quien viere rechazada su pretensión (LEC art.22.2).

2. El auto que deniegue la **acumulación de procesos pendientes** ante un mismo tribunal, condena a la parte que la hubiera promovido al pago de las costas del incidente (LEC art.85.2).

3. El auto que desestime la **recusación** (de jueces, magistrados y peritos) condena en las costas al recusante, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Si además la resolución que decida el incidente declara expresamente la mala fe en el recusante, se puede imponer a este una multa de 180 a 6.000 euros (LEC art.112.1 y 128).

4. Si se desestima la solicitud de **nulidad de actuaciones**, se condena al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el tribunal entienda que se promovió con temeridad, le ha de imponer además una multa de 90 a 600 euros (LEC art.228.2).
5. Si el tribunal considera injustificada la oposición a la **solicitud de diligencias preliminares**, condena al requerido al pago de las costas causadas por el incidente (LEC art.260.3).
6. Cuando de un cotejo o comprobación resulte la **autenticidad o exactitud de la copia** o testimonio impugnados, las costas y gastos originados por el cotejo o comprobación son exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si a juicio del tribunal la impugnación hubiese sido temeraria, puede imponerle además una multa de 120 a 600 euros (LEC art.320.3).
7. Cuando en los procedimientos de **rescisión de sentencias firmes** el órgano judicial declare no haber lugar a la rescisión solicitada por el litigante que haya sido condenado en rebeldía, se imponen a este todas las costas del procedimiento. De dictarse sentencia estimando procedente la rescisión instada, no se han de imponer las costas a ninguno de los litigantes, salvo que el tribunal aprecie temeridad en alguno de ellos (LEC art.506).
8. En aquellos casos en los que en un procedimiento de **revisión de sentencias firmes** el tribunal desestime la revisión solicitada, se condena en costas al demandante (LEC art.516.2).

2018 Situación en fase de recurso

En fase de recurso, cuando sean **estimadas**, en todo o en parte, las pretensiones en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal o casación, no habrá condena en costas (LEC art.398.2).

Cuando sean **desestimadas** todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se ha de aplicar, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en la LEC art.394 , siendo condenado el recurrente, salvo la existencia de serias dudas de hecho o de derecho (LEC art.398.1).

2020 Costas en ejecución

Iniciada la ejecución, el ejecutante debe **adelantar los gastos** que se vayan produciendo durante su pendencia, exceptuando aquellos que se lleven a cabo a instancia del ejecutado o de otros sujetos, que habrán de ser sufragados por el propio solicitante de dicho gasto. No obstante, esos desembolsos no han de ser definitivos, pues si el ejecutado no se opone a la ejecución o su oposición resulta desestimada, el ejecutante que haya anticipado determinados pagos va a tener derecho a obtener su devolución, a costa de lo que se obtenga con la realización forzosa de los bienes embargados al ejecutado (LEC art.539.2.2º).

Asimismo, es importante no olvidar que cualquier actuación que se lleve a cabo durante el proceso de ejecución y para el cual la Ley prevea expresamente pronunciamiento sobre costas, se va a ver afectada por la normativa general que sobre costas prevé la Ley (LEC art.241), resultando obligada a resarcir las costas ocasionadas en el **incidente**, la parte que haya sido condenada en costas, ya sea el ejecutante o el ejecutado (LEC art.539.2.1º) -por ejemplo, incidente de oposición a la ejecución (LEC art.561)-.

c. Costas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2023 El TJUE, pese a no estar incluido formalmente en el organigrama de la jurisdicción ordinaria española, sí despliega toda su jurisdicción sobre nuestro Estado, desde el momento en que España forma parte de la UE.

En concreto, en el **orden civil** de la jurisdicción el contacto entre este último y el TJUE ha de producirse como consecuencia del planteamiento en sede nacional, ante un órgano judicial civil, de la correspondiente **cuestión de prejudicialidad** de derecho de la Unión. Esta incidencia se ha de plantear en aquellos supuestos en los que el órgano judicial español deba aplicar al concreto supuesto de hecho que ha de resolver, normativa de la UE y requiera conocer, exactamente, el sentido de dicha normativa.

A este respecto, el TJUE es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la **interpretación de la normativa de la UE** (Tratado TFUE art.267). Dentro de los 3 tribunales que conforman la institución del Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal de la Función Pública) y, a pesar de prever el Tratado FUE art.256.3 la posibilidad de que se puedan suscitar determinadas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal General, en la actualidad esa opción no ha sido desarrollada legislativamente, con lo cual el único competente es el propio Tribunal de Justicia.

En cuanto al **pago de las costas procesales** ante el Tribunal, se establece que corresponde al órgano jurisdiccional remitente decidir sobre las costas del procedimiento prejudicial (Reglamento de Procedimiento ante el Tribunal de Justicia art.102). Esto implica que, siendo el juzgador el que plantea la cuestión prejudicial, se van a imponer las costas a la parte que vea rechazadas sus pretensiones, y resulte condenada en costas en el procedimiento principal (LEC art.394).

d. Costas ante el Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2025 En relación con el TCo, los **derechos y libertades** reconocidos en la Const art.14 a 29 resultan susceptibles de amparo constitucional, protegiendo de esta forma a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades contenidos en dichos preceptos, y ocasionadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las CCAA y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Esta previsión, por tanto, faculta al ciudadano a plantear el recurso de amparo frente a aquellas resoluciones emanadas de los órganos judiciales en el ámbito de la jurisdicción civil.

Aunque el procedimiento ante el TCo es **gratuito**, ello no obsta para que el Tribunal pueda imponer las costas que se derivaren de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciare **temeridad o mala fe**, pudiendo, incluso, imponer una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros (LOTIC art.95).

Por otra parte, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de cualquiera de los derechos reconocidos en el **Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales**, hecho en París el 20-3-1952, como consecuencia de las actuaciones realizadas por una de las Altas Partes Contratantes de dicho Convenio, puede plantear la correspondiente acción en defensa de sus derechos ante el TEDH (CEDH art.34).

Los gastos de funcionamiento del tribunal van a correr a cargo del **Consejo de Europa**, no existiendo condena en costas (CEDH art.50).

e. Tasación de costas

(LEC art.242.1)

2027 La **declaración de condena en costas** convierte al condenado en deudor, obligado al pago de los gastos que la parte contraria, no condenada en costas, haya efectuado durante la pendency del proceso. Por tanto, es el acreedor de esa deuda, parte no condenada, precisamente, quien deba instar el pago de la misma, en caso de incumplimiento por parte del obligado. En consecuencia, una vez **firme** la condena en costas, si la parte condenada no hace efectivo el pago correspondiente de forma voluntaria, el acreedor debe instar la realización del cálculo de su cuantía, para con posterioridad ver satisfecho su crédito. Dicha pretensión podrá hacerse efectiva a través de la denominada tasación de costas.

Son varias las **fases** que engloba la tasación en costas:

- la incoación de dicha tasación (nº 2029);
- la realización de la tasación (nº 2030); y
- la impugnación, en su caso, de la tasación (nº 2032).

2029 Incoación

(LEC art.242)

La parte que pida la tasación de costas ha de presentar con la solicitud los **justificantes** de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame (LEC art.242.2).

Una vez firme la resolución en que se hubiese impuesto la condena, los procuradores, abogados, peritos y demás personas que hayan intervenido en el juicio y que tengan algún crédito contra las partes, que deba ser incluido en la tasación de costas, pueden presentar en la oficina judicial **minuta** detallada de sus derechos u honorarios y cuenta detallada y justificada de los gastos que hubieren suplido (LEC art.242.3). En cuanto al cálculo de los derechos de los diferentes sujetos que presenten minuta, se ha de realizar atendiendo a los aranceles o normas reguladoras que les sean aplicables (LEC art.242. 4 y 5).

2030 Realización de la tasación

(LEC art.243 y 244)

La tasación de costas se ha de practicar por el letrado de la Administración de Justicia que hubiera conocido del proceso, recurso o ejecución, respectivamente, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. No se incluyen los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean **inútiles, superfluas o no autorizadas** por la ley, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito.

2. Reduce el importe de los honorarios de los abogados y demás profesionales que **no sujetos a tarifa o arancel**, cuando los reclamados excedan del límite de la LEC art.394.3 y no se hubiese declarado la temeridad del litigante condenado en costas.

3. Tampoco se incluyen las costas los derechos de los **procuradores** devengados por la realización de los actos procesales de comunicación, y otros actos de cooperación y auxilio a la Administración de Justicia, y demás actuaciones meramente facultativas, que hubieran podido ser practicadas, en otro caso, por las oficinas judiciales.

4. La tasación de costas incluye el **Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)**, aunque este no se ha de tener en cuenta al calcular la cantidad que ha de sufragar, en su caso, el litigante condenado en costas.

Practicada la tasación, se ha de **dar traslado** de ella a las partes por plazo común de 10 días, no admitiéndose desde este momento la inclusión o adición de partida alguna, reservando al interesado su derecho para reclamarla de quién y cómo corresponda (LEC art.244.1).

De no impugnarse la tasación presentada por el letrado de la Administración de Justicia, será aprobada por este mediante decreto, resolución que es recurrible a través de **recurso directo de revisión**, no admitiéndose recurso alguno frente al auto que lo resuelva (LEC art.244.3)

2032 Impugnación de la tasación (LEC art.245)

Dentro del plazo de traslado la tasación puede impugnarse con base en lo siguiente:

a) Parte condenada:

- por haberse incluido partidas, derechos o gastos indebidos; y
- respecto de los honorarios no sujetos a arancel por ser su importe excesivo (LEC art.245.2).

b) Parte favorecida por la condena:

- por no haber incluido gastos debidamente justificados y reclamados;
- por no haberse incluido la totalidad de la minuta de honorarios de su abogado, o de perito, profesional o funcionario no sujeto a arancel que hubiese actuado en el proceso a su instancia; o
- por no haber sido incluidos correctamente los derechos de su procurador (LEC art.245.3).

En el **escrito de impugnación** habrán de mencionarse las cuentas o minutas y las partidas concretas a que se refiera la discrepancia y las razones de esta. De no efectuarse dicha mención, el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, inadmitirá la impugnación a trámite, pudiendo ser interpuesto únicamente recurso de reposición contra dicho decreto (LEC art.245.4).

En la tramitación de la impugnación por no haberse incluido en la tasación gastos justificados y reclamados o por haberse incluido partidas de **derechos u honorarios indebidos**, el letrado de la Administración de Justicia ha de dar traslado a la otra parte por 3 días para que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de las partidas reclamadas. El letrado de la Administración de Justicia ha de resolver en los 3 días siguientes mediante decreto, que será recurrible en revisión, cuya decisión no resulta recurrible (LEC art.246.4).

Cuando se trata de **honorarios excesivos** se exige audiencia del abogado o perito de que se trate e informe del colegio de abogados o colegio, asociación o corporación profesional respectiva. En estos casos, a la vista de lo actuado, el letrado de la Administración de Justicia mantendrá la tasación o introducirá modificaciones.

En caso de **desestimación** de la impugnación, los efectos varían según sea total o parcial. Si la impugnación es total, se imponen las costas del incidente al impugnante. Si es total o parcialmente estimada, se imponen al abogado o al perito cuyos honorarios se hayan considerado excesivos. Contra este decreto cabe recurso de revisión, no siendo posible recurso alguno frente a la resolución de este último (LEC art.246.1, 2 y 3).

Es posible la **impugnación conjunta** de honorarios por indebidos y excesivos (LEC art.246.5).

H. Asistencia jurídica gratuita

2040	1. Ámbito personal de aplicación	2044
	2. Presupuestos del derecho a la asistencia jurídica gratuita	2047
	3. Contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita	2060
	4. Condena en costas	2073
	5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita	2076

2042 La asistencia jurídica gratuita se reconoce como un derecho constitucional, entendiéndose que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar» (Const art.119). El TCo ha señalado que la asistencia jurídica gratuita se configura como un **derecho subjetivo** que sirve para asegurar la igualdad de defensa procesal al que carece de medios económicos, a la vez que constituye una **garantía** de los intereses de la justicia, puesto que permite un correcto desenvolvimiento del proceso propiciando un debate procesal efectivo y facilitando así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho. Por tanto, la asistencia jurídica gratuita tiene una vinculación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24) y con el principio de igualdad (Const art.14).

Se trata, en todo caso, de un derecho de **configuración legal** cuya regulación general se contiene en la L 1/1996 , de 12 de julio, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG) y en el RD 996/2003 , de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. Asimismo, algunas CCAA, al amparo de la LAJG disp.adic.1ª), han regulado algunos aspectos de esta materia en diversos decretos.

Como señala la Exposición de Motivos de la LAJG, entre las **novedades** introducidas, se encuentran las siguientes:

- a) La **regulación unitaria** del sistema de asistencia jurídica gratuita para todos los órdenes jurisdiccionales.
- b) La **ampliación** del **contenido** material del derecho, añadiendo a los beneficios ya consagrados nuevas prestaciones como el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso.
- c) La desjudicialización del procedimiento para la concesión de asistencia gratuita, pasando la competencia a las denominadas **Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita**, unos órganos de naturaleza administrativa, con la doble ventaja de descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales, librándoles de una función no estrictamente jurisdiccional, y de agilizar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Esto no significa que los órganos jurisdiccionales pierdan todo su peso en el reconocimiento del derecho, dado que la Ley garantiza el control judicial sobre la aplicación efectiva del derecho en vía de recurso.

Precisiones

Con anterioridad a la promulgación de la LAJG, la justicia gratuita estaba regulada en las normas procesales de los diversos órdenes jurisdiccionales.

1. **Ámbito personal de aplicación**

(LAJG art.2 y disp.adic.2ª)

2044 Se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas físicas y a determinadas personas jurídicas (LAJG art.2). Respecto de las **personas físicas** se reconoce el derecho a litigar gratuitamente a los ciudadanos españoles, a los nacionales de los demás Estados miembros de la UE, así como a los extranjeros que se encuentren en España, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Conforme a una arraigada tradición, también se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los **trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social** en los procesos ante los tribunales del orden jurisdiccional social, así como en los procesos concursales cuando se ejerciten acciones para la efectividad de los derechos laborales y en los litigios que sobre estas materias se sustancien en el orden contencioso-administrativo. En tales casos, no es necesario acreditar la insuficiencia de recursos para litigar.

Se reconoce también el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a las **víctimas de violencia de género**, de **terrorismo** y de **trata de seres humanos** en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los **menores de edad** y a las **personas con discapacidad psíquica** cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. Este derecho asiste también a los **causahabientes** en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

Finalmente, y de nuevo sin necesidad de acreditar la insuficiencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten **secuelas permanentes** que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesión 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.

2045 La LAJG es bastante más restrictiva con respecto al reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente a favor de las **personas jurídicas**, reconociéndoseles este derecho a las asociaciones de utilidad pública (LO 1/2002 art.32) y a las fundaciones inscritas en el registro público correspondiente, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Se reconoce también el derecho a la asistencia jurídica gratuita a **otras entidades**, en cuyo caso el reconocimiento del derecho tampoco requiere insuficiencia de recursos para litigar, entre las que se encuentran:

- las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social;
- las asociaciones que tengan por objeto la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo (L 29/2011);
- Cruz Roja Española;
- las asociaciones de consumidores y usuarios y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de las personas con discapacidad (RDLeg 1/2013 art.4.1).

El resto de las **personas jurídicas** no tienen reconocido el derecho a litigar gratuitamente. A este respecto, el TCo considera que esta exclusión no vulnera derechos fundamentales sino que tiene una justificación objetiva y razonable y entra dentro del margen de libertad de configuración del que goza el legislador a tenor de lo previsto en la Const art.119 (TCo 117/1998).

2. Presupuestos del derecho a la asistencia jurídica gratuita

2047 Para la concesión de la asistencia jurídica gratuita, la LAJG establece unos presupuestos que, en esencia, consisten en el cumplimiento de una serie de requisitos económicos, en la posibilidad de litigar el solicitante por derechos propios y en que la pretensión que pretende hacer valer ante los órganos jurisdiccionales sea viable.

2050 Requisitos económicos (LAJG art.3 a 5)

La concurrencia de los requisitos económicos se regula mediante un criterio mixto consistente en el establecimiento de unos topes económicos (criterio objetivo) y, como mecanismo corrector, en determinadas circunstancias del solicitante (criterio subjetivo) para conocer de forma singularizada su situación económica.

1. **Criterio objetivo** (LAJG art.3). Se establece que se ha de reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas cuyos **recursos e ingresos económicos** computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar no superen los siguientes **umbrales**:

- a) Dos veces el IPREM vigente en el momento de presentar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.
- b) Dos veces y media el IPREM vigente en el momento de presentar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna unidad familiar con menos de 4 miembros.
- c) El triple del IPREM vigente en el momento de presentar la solicitud cuando se trate de personas integradas en unidades familiares con 4 o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la legislación vigente.

Para determinar el concepto de **unidad familiar** se ha de estar a lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, equiparándose a los cónyuges no separados legalmente las parejas de hecho constituidas de acuerdo con los requisitos legales. Los medios económicos también van a poder ser valorados individualmente cuando existan **intereses familiares contrapuestos** en el litigio para el que se solicita la asistencia.

2051 2. **Criterio subjetivo** (LAJG art.5). Según las **circunstancias familiares** del solicitante, el número de hijos o familiares a su cargo, las obligaciones económicas que soporte, las tasas judiciales y otros costes de iniciación del proceso u otras circunstancias análogas y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita puede reconocer el derecho a personas cuyos ingresos superen el **límite** del nº 2050 y siempre que no excedan del quíntuplo del IPREM. Esta última cifra actúa como un límite absoluto para el reconocimiento del derecho.

En las mismas condiciones se puede reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita atendiendo a las **circunstancias de salud** del solicitante y a las **personas con discapacidad** (L 51/2003 art.1.2), así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un **proceso en su nombre o interés**, siempre que se trata de un proceso que guarde relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan el reconocimiento excepcional.

Por otra parte, también se puede denegar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a solicitantes que hubiesen declarado cumplir los requisitos económicos, cuando existan **signos externos** que indiquen una capacidad económica superior a la declarada (LAJG art.4). La circunstancia de que el solicitante sea propietario de la vivienda en que reside no constituye por si sola motivo de denegación del derecho. Para valorar esos signos externos

se han de tener en cuenta fundamentalmente la titularidad de bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual y los rendimientos del capital mobiliario.

En lo que se refiere a las **personas jurídicas**, se entiende que tienen insuficiencia de recursos para litigar cuando, careciendo de patrimonio suficiente, el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples.

2054 Defensa de los derechos propios

(LAJG art.3)

La finalidad de esta exigencia no es otra que evitar corruptelas consistentes en ceder los derechos en litigio a una persona carente de medios, para que esta litigase de forma gratuita. Para evitar esta clase de conductas, se recoge que el derecho a la asistencia jurídica gratuita solo puede reconocerse a quienes litiguen en **defensa de derechos o intereses propios o ajenos** cuando tengan fundamento en una representación legal.

Quedan **excluidas** de esta exigencia las asociaciones de defensa de consumidores y usuarios que tienen reconocido el derecho a litigar gratuitamente en todo caso.

2056 Viabilidad de la pretensión o recurso

(LEC art.32 a 35)

El fundamento de esta exigencia es **evitar proceso inútiles** que no se iniciarían de no gozar el interesado de asistencia jurídica gratuita, con el coste adicional para el erario público que ello supondría.

No resulta recomendable, sin embargo, una interpretación rígida de esta exigencia porque podría vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que debe hacerse una **interpretación favorable** al derecho de acceso a la justicia, por lo que en caso de duda sobre la viabilidad de la pretensión, debe concederse el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La **valoración de la viabilidad** la lleva a cabo el abogado de oficio que resulte designado para llevar a cabo la asistencia gratuita. Si considera que la pretensión es insostenible, debe ponerlo en conocimiento de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual ha de recabar informes del colegio de abogados y del Ministerio Fiscal. Si todos coinciden en la calificación de la pretensión como insostenible, la Comisión ha de desestimar la solicitud de asistencia jurídica gratuita. En caso contrario, es decir, si el colegio de abogados o el Ministerio Fiscal consideran la pretensión defendible se procederá al nombramiento de un segundo abogado de oficio, que ha de quedar obligado a asumir la defensa del solicitante.

Este procedimiento se seguirá también en relación con la **interposición de recursos** contra resoluciones que pongan fin a la instancia correspondiente y que el abogado considere sin posibilidades de prosperar.

Precisiones

La **doctrina** entiende mayoritariamente que si en los órdenes civil, laboral y contencioso -quedando fuera de toda cuestión el orden penal- se analizase también la viabilidad de la defensa del demandado, podría verse conculcado el derecho de defensa, por lo que el requisito de la viabilidad solo operaría respecto de la parte demandante.

3. Contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita

(LAJG art.6 redacc L 3/2018)

2060 El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita supone para su titular una **exoneración** prácticamente total del pago de los gastos procesales. Dentro de este derecho se encuentra el asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, determinadas intervenciones no preceptivas de abogado y procurador, la asistencia pericial, los beneficios aplicables a los derechos arancelarios de notarios y registradores, así como otro tipo de exenciones -tales como la inserción gratuita de anuncios, etc.-.

2062 Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso

Este servicio consiste en el asesoramiento profesional antes de acudir a los tribunales. El asesoramiento previo se extiende a la 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.

Resulta muy beneficioso que la LAJG lo incluya como integrante del derecho a la asistencia gratuita, puesto que de este modo se favorece la verdadera igualdad de condiciones entre las partes. Así, se puede evitar la iniciación de procesos con pocas posibilidades de éxito y se favorece la resolución de algunas controversias sin necesidad de acudir

a los órganos jurisdiccionales. En concreto, la prestación de la **asistencia judicial extraprocesal** le corresponde a los servicios de orientación jurídica de los colegios de abogados.

2064 Defensa por abogado y representación por procurador (LAJG art.6.3 redacc L 3/2018, 27, 28 y 31)

En el caso de que la **intervención** de abogado y procurador **no** sea **preceptiva** también puede quedar incluida en la asistencia gratuita si el nombramiento de letrado y procurador es requerido por el juez para garantizar la igualdad de las partes o cuando, 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.

Se trata de un **derecho renunciabile** puesto que el solicitante puede designar abogado de confianza, sin que ello suponga la pérdida de las demás prestaciones incluidas en la asistencia jurídica gratuita (LAJG art.28). La renuncia afecta, en principio, a abogado y procurador conjuntamente; no obstante, se puede nombrar solo abogado o solo procurador de su confianza, pidiendo que el otro profesional se designe de oficio. En ese caso, el profesional designado libremente tiene que renunciar expresamente a su remuneración (LAJG art.27).

Como regla general, el abogado de oficio solo puede **excusarse de la defensa** alegando que la pretensión que el litigante pretende formular es insostenible. No obstante, en el orden jurisdiccional penal, los abogados designados de oficio pueden excusarse de la defensa alegando cualquier motivo personal y justo que debe ser apreciado por los decanos de los colegios. La excusa debe formularse en el plazo de 3 días desde la designación (LAJG art.31).

En los casos de **detenidos o presos**, se señala que en caso de que no fuera designado abogado, se ha de proceder a la designación de oficio. La anterior previsión legal se amplía al disponer la designación de abogado al detenido, preso o imputado que no lo hubiere designado, para cualquier diligencia policial que no fuera consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primer comparecencia ante un órgano jurisdiccional o cuando esta se lleva a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido, preso o imputado no lo hubiere designado en el lugar donde se preste. Esa misma asistencia letrada se ha de prestar a la persona reclamada y detenida en virtud de una orden de detención europea si no hubiese designado abogado. Como el beneficiario no tiene que acreditar previamente la ausencia de recursos, la asistencia solo va a resultar gratuita si el detenido, preso o imputado carece de medios conforme a lo establecido en al LAJG art.3 (LECr art.520.2.c ; LAJG art.6.2).

2066 Asistencia pericial

Esta prestación supone la exención de pago de los honorarios de los peritos. Los peritos, en principio, han de ser **dependientes** de la Administración de Justicia o de las AAPP.

No obstante, se prevé la intervención de peritos **privados** cuando no existan peritos públicos especializados en la materia requerida, en cuyo caso la exención va a comprender también los honorarios de los peritos privados que sean necesarios, siempre que el juez estime pertinente la prueba pericial.

2068 Exenciones y reducciones de los derechos arancelarios de notarios y registradores (RN art.130)

Este beneficio consiste en la **obtención gratuita** de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el RN art.130 .

Sin embargo, para el otorgamiento de escrituras y la obtención de copias y testimonios distintos de los anteriores, se prevé una **reducción** del 80% de los derechos arancelarios correspondientes a los Notarios. Esta misma reducción se aplica a los derechos arancelarios que correspondan a los registradores por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil. La reducción solo se aplica a las actuaciones de notarios o registradores que guarden una relación directa con el proceso en curso y sean requeridas por el órgano judicial, o sean necesarias para fundamentar la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.

Cuando el interesado acredite ingresos por debajo del IPREM se aplica una **exención total** del pago de los derechos arancelarios.

2070 Otras exenciones

El contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita se completa con la **inserción gratuita de anuncios o edictos** que, en el curso del proceso, deban publicarse preceptivamente en periódicos oficiales. La gratuidad no alcanza en principio a la publicación en medios privados.

Por último, el beneficiario de la justicia gratuita está exento del pago de **tasas judiciales**, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos. El riesgo de que la gratuidad genere recursos temerarios o con finalidad puramente dilatoria se contrarresta con el control previo de la viabilidad de la pretensión o recurso.

4. Condena en costas

2073 El derecho a la asistencia jurídica gratuita exonera al beneficiario de pagar los **gastos procesales** que se generan a lo largo del proceso (LAJG art.6). Sin embargo, una vez finalizado el proceso y en función de cuál haya sido su resultado, es posible que el propio litigante con justicia gratuita o la parte contraria tengan que abonar todos o parte de esos gastos.

Si el litigante con derecho a justicia gratuita **gana el pleito** y la parte contraria resulta condenada en costas, será el condenado en costas el que deba abonar los gastos procesales generados por el beneficiario de la justicia gratuita, pero solo los que entren dentro de las costas procesales (LAJG art.36.1).

Si el litigante con derecho a justicia gratuita **pierde el pleito** y resulta condenado en costas, queda obligado a pagar las costas 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 entre tanto interrumpida la prescripción del CC art.1967 (LAJG art.36.2).

Si el litigante con derecho a la justicia gratuita obtuvo una sentencia favorable pero **sin condena en costas**, él mismo debe abonar las costas causadas en su defensa hasta el límite de la tercera parte de lo que haya obtenido en el pleito (LAJG art.36.3).

5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita

2076	Solicitud. Designación provisional y suspensión del proceso	2077
	Decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Resolución	2080
	Impugnación ante el juez	2082

2077 **Solicitud. Designación provisional y suspensión del proceso**
(LAJG art.12, 15 y 16)

La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita puede ser presentada, por escrito o por medios telemáticos en el **colegio de abogados** correspondiente al juzgado o tribunal competente para el conocimiento del asunto principal o ante el juzgado del domicilio del solicitante. Esta última previsión facilita al actor la solicitud de asistencia jurídica gratuita sin necesidad de analizar la competencia para conocer del proceso. Las solicitudes presentadas ante los órganos jurisdiccionales se remitirán a los colegios de abogados que a su vez trasladarán los expedientes a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente para su resolución. La solicitud puede ser presentada por medios electrónicos (LAJG art.12.2).

En relación con el **solicitante**, si es el actor, debe presentar la solicitud antes de interponer la demanda; si es el demandado, antes de proceder a la contestación. Posteriormente, durante la tramitación del proceso o en vía de recurso, solo puede solicitarse el reconocimiento del derecho a la asistencia gratuita si se acredita la concurrencia de circunstancias sobrevenidas motivadoras de la solicitud. El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por circunstancias sobrevenidas no tiene carácter retroactivo (LAJG art.8).

En la solicitud se deben indicar las **prestaciones** para las que se solicita el reconocimiento del derecho, que podrán ser todas o algunas de las previstas en la LAJG art.6 (nº 2060 s.), y deben hacerse constar los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y los integrantes de su unidad familiar, así como sus circunstancias personales y familiares, acompañando los documentos que las acrediten. También se han de consignar los datos personales de la parte contraria en el proceso principal.

2078 El efecto principal de la presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita es la posible **designación provisional** de abogado de oficio por decisión del colegio profesional. Si el colegio de abogados a la vista de la solicitud y de los documentos justificativos estima que concurren los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho, procederá, en un plazo de 15 días desde la recepción de la solicitud, a la designación de abogado de oficio y lo comunicará al colegio de procuradores para que, en caso de ser preceptivo, designe, en el plazo de 3 días, procurador que asuma la representación del beneficiario del derecho. A continuación, se elevará el expediente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que resuelva definitivamente sobre la solicitud (LAJG art.15).

Si, por el contrario, el colegio de abogados estima que el solicitante **no cumple los requisitos** para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o que la pretensión que trata de defender ante los tribunales es manifiestamente insostenible o carente de fundamento, notificará al solicitante que no ha efectuado el nombramiento provisional de abogado de oficio y elevará el expediente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG art.15).

La presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita no produce, con carácter general, la **suspensión** del proceso ya iniciado. No obstante, el letrado de la Administración de Justicia, de oficio o a instancia de parte, puede

acordar esa suspensión cuando considere que la continuación del proceso produciría indefensión para el litigante que ha solicitado la asistencia gratuita. Tampoco se interrumpe el cómputo de los plazos de prescripción ni se suspenden los plazos de caducidad de acciones, salvo que antes del vencimiento no haya sido posible proceder al nombramiento de abogado y procurador (LAJG art.16).

2080 Decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Resolución

(LAJG art.9 s. y 17 s.)

La **decisión definitiva**, en vía administrativa, sobre el reconocimiento del derecho es competencia de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. El ámbito territorial de estos órganos administrativos es la provincia (LAJG art.9) y en su composición están representados todos los sectores implicados directamente en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita: los decanos de los colegios de abogados y procuradores o un abogado y un procurador designados por los decanos y dos representantes de las AAPP (LAJG art.10).

La Comisión debe dictar su **resolución** en un plazo máximo de 30 días a partir de la recepción del expediente (LAJG art.17). Para adoptar la decisión, la Comisión va a poder llevar a cabo investigaciones tendentes a comprobar la veracidad de los datos aportados por el solicitante (por ejemplo, pedir la confirmación de los datos fiscales de la Agencia Tributaria o recabar información del catastro o de los Registros de la Propiedad o Mercantiles). La **audiencia** a la parte contraria previa a la resolución es facultativa, aunque se ha señalado que los intereses de la parte contraria quedan suficientemente garantizados con la posibilidad de recurrir la decisión de la Comisión en vía jurisdiccional.

Si la decisión es **estimatoria** de la solicitud se ha de proceder al nombramiento de abogado y procurador o a la confirmación del nombramiento provisional si ya se había producido. Si, por el contrario, es **desestimatoria**, va a quedar sin efecto, en su caso, la designación provisional, con la consiguiente obligación para el solicitante de abonar los honorarios del abogado y los derechos del procurador por sus servicios (LAJG art.18). En el caso en que la Comisión no haya resuelto en el plazo antes indicado, quedarán ratificadas las decisiones previamente adoptadas por el colegio de abogados y el colegio de procuradores, sin perjuicio de su obligación de resolver. Si el colegio de abogados no hubiera dictado previamente ninguna resolución, el silencio de la Comisión será positivo (LAJG art.17).

Una vez reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita puede ser **revocado**, previa audiencia del interesado y con resolución motivada, por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita si constata la declaración errónea, el falseamiento o la ocultación de datos que hayan sido determinantes para su reconocimiento, con la consiguiente obligación de abonar todos los honorarios y derechos devengados (LAJG art.19.1).

Esa misma potestad de revocar el derecho de asistencia jurídica gratuita corresponde al órgano jurisdiccional que conozca de la pretensión ejercitada por el beneficiario cuando aprecie **abuso de derecho**, temeridad, mala fe o fraude de ley en su ejercicio (LAJG art.19.2).

2082 Impugnación ante el juez

(LAJG art.20)

Las resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita pueden ser recurridas por quienes sean titulares de un derecho o interés legítimo ante los órganos jurisdiccionales. El recurso presenta la peculiaridad de ser de naturaleza **contencioso-administrativa** (puesto que ataca una resolución de un órgano administrativo) y no estar atribuida su resolución a los órganos de esta jurisdicción, sino que será el juez competente del proceso principal el que decidirá o en el caso de que el proceso principal aún no se haya iniciado la impugnación se remitirá al juez decano para su reparto.

La impugnación ha de ser realizada **por escrito y de forma motivada** en el plazo de 10 días desde la notificación de la resolución, o desde que haya sido conocida por cualquiera de los legitimados para interponerla, ante el secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, que ha de remitir el expediente al juez competente o, en su caso, al juez decano. Recibido el escrito de impugnación, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a las partes y al Abogado del Estado o al letrado de la comunidad autónoma cuando de ella dependa la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que, en el plazo de 5 días, presenten las **alegaciones y pruebas** que estimen oportunas. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la celebración de una comparecencia si no pudiera resolver con los documentos y pruebas aportados.

Tras las alegaciones o finalizada la comparecencia, el juez o tribunal dictará un **auto** en los 5 días siguientes manteniendo o revocando la resolución impugnada y podrá imponer una multa de 30 a 300 euros si aprecia temeridad o abuso de derecho en la impugnación. La resolución jurisdiccional no será susceptible de ulterior recurso para evitar dilaciones indebidas en el proceso.

SECCIÓN 2

Proceso civil

2200	A. Tribunales civiles: jurisdicción y competencia	2202
	B. Partes en el proceso civil	2335
	C. Procesos civiles ordinarios y especiales y determinación del proceso legalmente adecuado	2440
	D. Diligencias preliminares	2493
	E. Juicio ordinario: demanda, litispendencia y acumulación de acciones y procesos	2532
	F. Juicio ordinario: actitudes del demandado ante la demanda. Contestación y reconvencción. Rebeldía	2637
	G. Audiencia previa al juicio	2673
	H. Prueba civil. Normas generales y medios de prueba	2706
	I. Juicio ordinario: conclusiones y sentencia	2826
	J. Otros modos de terminación del proceso	2879
	K. Juicio verbal	2910
	L. Procesos ordinarios con especialidades	2954
	M. Recursos ordinarios y extraordinarios	3024
	N. Cosa juzgada	3074
	Ñ. Procesos sobre la capacidad de las personas. Procesos matrimoniales y de menores	3400
	O. Procesos de división de patrimonios	3508
	P. Proceso monitorio y juicio cambiario	3538
	Q. Proceso de ejecución	3582
	R. Medidas cautelares	3728
	S. Proceso concursal	3768
	T. Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos	3870

A. Tribunales civiles: jurisdicción y competencia

2202	1. Competencia internacional	2206
	2. Jurisdicción por razón de la materia	2237
	3. Competencia objetiva	2252
	4. Competencia territorial	2283
	5. Reparto de asuntos	2309
	6. Competencia funcional	2314
	7. Declinatoria	2319
	8. Régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia	2327

2204 Toda demanda debe ser interpuesta ante un tribunal que posea jurisdicción y competencia para conocer de ella, como requisito para que este pueda conocer válidamente del proceso y dictar sentencia sobre el fondo. En cada caso concreto, son varios los **criterios** que condicionan la jurisdicción y la competencia del tribunal para conocer del litigio:

1. Puede ser necesario determinar si de la **controversia** van a poder conocer válidamente o no los tribunales españoles: se dice así que, para conocer válidamente de un proceso, el tribunal elegido por el demandante ha de poseer «competencia internacional» (nº 2206 s.). En virtud de la competencia internacional, por tanto, el tribunal elegido por el actor está facultado para conocer del litigio en tanto que órgano jurisdiccional perteneciente a un determinado Estado.

2. Resuelta en sentido afirmativo la cuestión anterior, hay que plantearse si deberán conocer los tribunales del orden jurisdiccional civil o si el asunto corresponde a los tribunales de otro orden jurisdiccional: se trata de la **jurisdicción por razón de la materia** (nº 2237 s.), que parte de la división de la jurisdicción ordinaria en ramas u órdenes.

3. Presupuesta la jurisdicción de los tribunales civiles (que es la que ahora interesa), es necesario determinar qué concreto tipo de órgano jurisdiccional, de los de este orden, estará facultado para conocer del litigio en primera instancia, es decir, ante qué concreto tipo de juzgado o tribunal debe interponerse la demanda: solo podrá conocer del proceso un tribunal provisto de **competencia objetiva** (nº 2252 s.). La competencia objetiva determina el tipo de órgano judicial, dentro de un determinado orden, que está facultado para conocer de un asunto en primera instancia, normalmente en atención a la cuantía o a la materia (excepcionalmente, también en atención a la persona que resulte demandada: «aforamiento»).

4. Identificado el tipo de juzgado o tribunal con competencia objetiva, será preciso determinar ante el de qué **lugar** habrá que interponer la demanda: se trata con ello de que el proceso se desarrolle ante un tribunal con «competencia territorial» (nº 2283 s.).

En ocasiones, la norma de competencia territorial conduce a una circunscripción en la que existen varios tribunales del mismo tipo: en este caso será preciso determinar cuál de ellos conocerá del proceso aplicando las normas de reparto.

5. Estando ya en marcha el proceso, puede ser necesario determinar qué **tribunal** será el **competente** para realizar determinadas actuaciones del proceso que son distintas de lo que es enjuiciarlo en primera instancia, pero que guardan una conexión directa con esa actividad:

- a qué tribunal le corresponde resolver el recurso que se interponga contra la sentencia;
- a qué tribunal le corresponde ejecutar la sentencia; o
- quién debe resolver las incidencias extraordinarias que se susciten durante su tramitación.

De determinar a quién corresponden estas funciones se encarga la **competencia funcional** (nº 2314 s.).

1. Competencia internacional

2206 Para que un proceso pueda sustanciarse válidamente ante un tribunal español, es preciso que nuestros tribunales posean competencia internacional para conocer del litigio: las normas de competencia internacional establecen en qué casos estarán facultados los tribunales españoles para conocer de un proceso y, «a sensu contrario», cuándo no podrán hacerlo. Se trata de un **presupuesto procesal** que ha de concurrir siempre: no obstante, en la práctica, solo se examina su concurrencia en caso de que el proceso presente algún elemento de extranjería, que pueda poner en duda la facultad de nuestros tribunales para conocer válidamente del proceso (v.g., una de las partes es extranjera, o la cosa litigiosa está en el extranjero, o el contrato en que se funda la demanda se celebró en el extranjero, o debe cumplirse en el extranjero).

a. Criterios de atribución

2208 El principal problema que se plantea a la hora de determinar si nuestros tribunales pueden conocer o no de una demanda, cuando está presente en ella algún elemento de extranjería, se encuentra en la selección en el caso concreto de la norma que contenga los criterios de atribución de la competencia internacional: en efecto, se trata de una materia en la que confluyen **normas supranacionales y normas internas**, de modo que las segundas solo se aplicarán cuando no resulten aplicables al caso las primeras.

Las normas de origen internacional o supranacional en materia de competencia internacional son abundantes. Existen ciertos convenios sectoriales que regulan esta materia (v.g., en materia de transportes). También existen tratados bilaterales suscritos entre España y otros países, que contienen igualmente normas para el reparto de la competencia internacional. Sin embargo, los textos normativos supranacionales más relevantes en esta materia son cuatro **reglamentos europeos**:

a) Rgto UE/1215/2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que es la norma básica de aplicación general en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis o **RB I bis**), en vigor desde el 10-1-2015 (nº 2211 s.).

b) Rgto CE/2201/2003 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia familiar y de responsabilidad parental, que se aplica a los procesos matrimoniales y relativos a la custodia de menores (Rgto Bruselas II-bis o **RB II bis**) (nº 2223 s.).

c) Rgto CE/4/2009, relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de alimentos (**RA**) (nº 2224).

d) 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 mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (**RS**) (nº 2226 s.).

e) A partir de 29-1-2019 habrá que tener en cuenta también dos textos adicionales: el Rgto UE/2016/1103 , por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de **regímenes económicos matrimoniales**, y el Rgto UE/2016/1104 , por el que se establece una 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**.

Para los casos en que no resultan de aplicación el RB I bis, el RB II bis, el RA, el RS o algún otro texto de origen internacional o supranacional, habrá que acudir a lo establecido sobre esta cuestión en nuestra legislación interna: en concreto, la LOPJ art.22 a 22 octies , encargados de establecer los **criterios de atribución de la competencia internacional** en defecto de otra norma aplicable.

2211 Reglamento Bruselas I bis (RB I bis)

(Rgto CE/1215/2012)

Es la norma básica para la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles, según se desprende del análisis de su ámbito de aplicación. En efecto, el RB I bis resulta aplicable si concurren los tres siguientes **requisitos**:

1. **General**: es necesario que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro de la UE, siendo irrelevante su nacionalidad, al igual que la del demandante (Rgto CE/1215/2012 art.4 a 6). Respecto de algunas materias, de hecho, este requisito ni siquiera se exige: aquellas para las que existe un fuero exclusivo, los casos en que existe un pacto de sumisión expresa, los asuntos de consumidores (cuando es el consumidor quien demanda a un empresario/ profesional domiciliado fuera de la UE) y los litigios derivados de un contrato individual de trabajo (cuando es el trabajador quien demanda a un empresario domiciliado fuera de la UE).

2. **Espacial**: el RB I bis solo se aplica en la UE, por los tribunales de los Estados miembro de la UE. Esto significa que solo se puede esperar que mida su propia competencia internacional con arreglo a este Reglamento un tribunal de algún Estado comunitario.

3. **Material**: el RB I bis tiene un ámbito material de aplicación bastante amplio que, en términos generales, cubre los procesos que versan sobre materia patrimonial privada. No obstante, son varias (e importantes) las **excepciones** (Rgto CE/1215/2012 art.1):

- las materias fiscal, aduanera ni administrativa;
- la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*);
- el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable;
- la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos (se ocupa de ello el Rgto UE/848/2015 , sobre procedimientos de insolvencia, vigente a partir del 26-6-2017);
- la Seguridad Social;
- el arbitraje;
- las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;
- los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte.

De **forma singular**, el RB I bis sí que se aplica a los contratos individuales de trabajo, así como a las acciones civiles *ex delicto*.

Cuando el RB I bis resulte aplicable a una controversia, será en sus preceptos donde deba buscarse qué tribunal/es tiene/n la competencia internacional; y si con arreglo al RB I bis no tienen competencia internacional los tribunales de nuestro Estado, entonces ésa será la conclusión: no será admisible, en tal caso, acudir a la legislación interna en busca de algún criterio de atribución de la competencia, porque la aplicación del RB I bis al caso -aunque determine la incompetencia internacional de nuestros tribunales- excluye la aplicación de **normas legales internas**.

2214 Sistema de fueros

El RB I bis contiene un sistema de fueros o foros de competencia internacional de diverso nivel, que denotan algún tipo de vínculo o conexión entre el objeto del proceso y uno o varios Estados, a cuyos tribunales se atribuye la competencia:

1. Existe un **fuero general**, aplicable en todos los casos, aunque con algunas excepciones. Este fuero general es el del domicilio del demandado: la competencia internacional para conocer de un asunto que entra dentro del ámbito de aplicación del RB I bis corresponde, como regla, a los tribunales del Estado donde tiene su domicilio el demandado (Rgto CE/1215/2012 art.4 a 6). En caso de que sean varios los demandados y tengan su domicilio en Estados diversos, el demandante podrá elegir entre cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente (Rgto CE/1215/2012 art.8.1).

2215 2. El RB I bis contempla, junto al general, una serie de **fueros especiales**, que se construyen como alternativos al fuero general y cuya finalidad es favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (Rgto CE/1215/2012 art.7 a 23). Así, y a modo de ejemplo:

a) En **materia contractual**, existe como fuero especial el del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, aunque con una importante precisión, de gran alcance práctico (Rgto CE/1215/2012 art.7.1). Salvo pacto en contrario, el lugar de cumplimiento -a todos los efectos- será:

- si se trata de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías (aunque, v.g., se reclame el pago del precio);

- si se trata de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.

b) En **materia de responsabilidad civil extracontractual** (Rgto CE/1215/2012 art.7.2 se refiere a ello como «materia delictual o cuasidelictual»), también será competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso;

c) Para el ejercicio de **acciones civiles ex delicto** tendrá competencia el tribunal que esté conociendo del proceso penal, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil (Rgto CE/1215/2012 art.7.3).

d) Es habitual, asimismo, que ciertas empresas, con domicilio en un Estado miembro, desarrollen su actividad en otros a través de sucursales, agencias u otros establecimientos: cuando se trate de litigios relativos a la **explotación de dichas sucursales, agencias o establecimientos**, también serán competentes los tribunales del Estado en que se hallen sitios (Rgto CE/1215/2012 art.7.5).

e) Si se trata de formular una **reconvencción** derivada del contrato o hecho en que se fundamente la demanda inicial, se reconocerá competencia al órgano jurisdiccional que esté conociendo de esta última, aunque en principio no la tuviera si la acción reconvenccional fuera el objeto único de un proceso distinto (Rgto CE/1215/2012 art.8.3).

f) Si una acción en materia contractual puede acumularse con otra en materia de **derechos reales inmobiliarios** dirigida contra el mismo demandado, tendrá competencia para conocer de ella el tribunal del Estado miembro en el que esté sito el inmueble (Rgto CE/1215/2012 art.8.4).

2216 Además:

- el RB I bis art.7.4 establece un fuero especial para los procesos encaminados a recuperar **bienes culturales** (lugar de ubicación del bien al tiempo de la interposición de la demanda);

- el RB I bis art.7.6 contiene un fuero especial en materia de «**trust**»;

- el RB I bis art.7.7 prevé reglas para los procesos en reclamación de remuneración por **auxilio o salvamento marítimo** de cargamentos o fletes; y

- el RB I bis art.9 para demandas relativas a la limitación de la responsabilidad derivada de la utilización o **explotación de un buque**.

Cuando el proceso verse sobre alguna de estas materias, el demandante tendrá a su disposición dos fueros: el general (domicilio del demandado) y el especial; será el propio demandante quien elija el que más le convenga para presentar su demanda, sabiendo que cualquiera de ellos tendrá competencia internacional.

2217 3. También existen fueros especiales en materia de (Rgto CE/1215/2012 art.10 a 23):

- contratos de seguro;

- contratos celebrados con consumidores; y

- contratos individuales de trabajo, de creciente importancia práctica.

En estos ámbitos, el propósito es proteger a la **parte «débil»** de la relación jurídica, reconociéndole el derecho a no poder ser demandada contra su voluntad en un Estado miembro distinto al de su domicilio (lo que incluye también restricciones en relación con las cláusulas de sumisión expresa) y atribuyéndole el derecho a demandar en el Estado de su domicilio.

4. El RB I bis contempla asimismo una serie de **fueros exclusivos** (Rgto CE/1215/2012 art.24). Para ciertas materias, el RB I bis establece que solo pueden ser competentes los tribunales de un determinado Estado, sin que sea de aplicación ni el fuero general, ni ningún otro fuero especial (tampoco es necesario, a los efectos de aplicar estos preceptos, que el demandado tenga su domicilio en la UE). Así sucede en los siguientes casos:

a) Procesos en materia de **derechos reales inmobiliarios** y de contratos de arrendamiento de inmuebles: el fuero será siempre el del tribunal del Estado donde esté situado el inmueble (RB I bis art.24.1; con una excepción para arrendamientos de duración breve).

b) En materia de **validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas**, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, el fuero será el del Estado donde se encuentre domiciliada la persona jurídica (el domicilio se determinará por cada tribunal conforme a sus normas de derecho internacional privado: RB I bis art.24.2).

c) En materia de **validez de las inscripciones en los registros públicos**, serán competentes los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el registro (RB I bis art.24.3).

d) En materia de **inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos** y demás derechos **análogos** sometidos a depósito o registro, independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción, tendrán competencia exclusiva los tribunales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento de la Unión o en algún convenio internacional. Sin perjuicio de la competencia de la Oficina Europea de Patentes según el Convenio sobre la Patente Europea, firmado en Múnich el 5-10-1973, los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro serán los únicos competentes en materia de registro o validez de una patente europea expedida para dicho Estado miembro (RB I bis art.24.4).

e) En materia de **ejecución** de las resoluciones judiciales, la competencia corresponderá a los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución (RB I bis art.24.5).

2220 5. El RB I bis también da cabida a la **sumisión expresa o prórroga expresa de la jurisdicción** (Rgto CE/1215/2012 art.25), reconociendo eficacia a las cláusulas o pactos de sumisión expresa si se dan las siguientes condiciones:

- que afecten a los litigios que hayan surgido o puedan surgir en relación con una relación jurídica determinada;
- que no se proyecten sobre una materia para la que exista un fuero exclusivo;
- no es necesario que alguna de las partes tenga su domicilio en la UE, basta con que se designe un Estado miembro como competente;
- en cuanto a la forma, la cláusula solo será válida si se celebra de por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o con arreglo a los hábitos preexistentes entre las partes o conforme a los usos del comercio internacional.

Se prevén también especialidades en materia de «trust».

De forma singular, el art.25.5 señala que las cláusulas de sumisión expresa que formen parte de un contrato se considerarán como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. En consecuencia, la validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato. Se evitan así los problemas que podrían suscitarse cuando se ejercitan **acciones de nulidad del contrato** a la hora de determinar el tribunal competente.

6. El sistema de fueros del RB I bis se cierra con la admisión de la **sumisión tácita o prórroga tácita de la jurisdicción** (Rgto CE/1215/2012 art.26); esta se produce cuando concurren dos factores:

- a) El demandante interpone su demanda ante un tribunal que carece de competencia internacional con arreglo a lo dispuesto en el RB I bis.
- b) Notificada la demanda al demandado, este comparece ante el tribunal en principio incompetente y no denuncia en la primera oportunidad de que disponga la falta de competencia internacional del tribunal elegido por el actor.

La sumisión tácita prevalece sobre la expresa pero también está sujeta a un límite: no es admisible respecto de aquellas materias para las que exista un fuero de competencia exclusiva.

Además, en materia de seguros, consumo y contratos individuales de trabajo se ha previsto una salvaguarda adicional: para que la sumisión tácita sea operativa y el tribunal asuma una competencia que en otro caso no tendría es necesario asegurarse de que la parte «débil» (el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, según el caso) ha sido informado de su derecho a impugnar la competencia del tribunal y de las consecuencias de comparecer o no.

2222 **Reglamento Bruselas II bis (RB II bis)**

(Rgto CE/2201/2003)

Se encarga de determinar a qué tribunales les corresponde la competencia internacional para conocer de:

1. Procesos matrimoniales que revistan un elemento de extranjería (v.g., diversa nacionalidad de los cónyuges; residencia de ambos cónyuges en el extranjero; residencia de los cónyuges en Estados distintos): para los procesos

de divorcio, separación y nulidad matrimonial el RB II bis establece los siguientes fueros, en régimen de alternatividad (Rgto CE/2201/2003 art.3 a 5):

- estado de residencia habitual de los cónyuges;
- estado del lugar de última residencia habitual de los dos cónyuges, si uno de ellos aún vive allí;
- estado de residencia habitual del cónyuge demandado;
- estado de residencia de cualquiera de los cónyuges, si la demanda de separación o divorcio se presenta de manera conjunta por ambos;
- estado de residencia habitual del cónyuge de mandante si se da alguna de las dos condiciones siguientes: que el cónyuge demandante lleve residiendo al menos un año en ese Estado antes de interponer la demanda; que el cónyuge demandante lleve 6 meses residiendo en ese Estado antes de interponer la demanda, pero sea nacional de ese Estado;
- estado de la nacionalidad de ambos cónyuges;
- en caso de reconversión, el tribunal que esté conociendo del proceso;
- como regla especial, si se trata de un proceso de conversión de la separación en divorcio, la competencia corresponderá a los tribunales del Estado donde se hubiera sustanciado el proceso de separación.

De forma subsidiaria, si ninguno de los criterios anteriores permite atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro, la competencia se regirá por la **legislación interna** de cada Estado. Además, todo nacional de un Estado miembro que tenga su **residencia habitual** en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro (Rgto CE/2201/2003 art.7).

2223 2. Procesos relativos a la responsabilidad parental (básicamente guarda y custodia de menores, así como traslado ilícito de menores); en este caso, las reglas son distintas.

En principio, serán competentes los tribunales:

- del Estado miembro en que resida habitualmente el menor en el momento en que se presenta el asunto ante el tribunal (Rgto CE/2201/2003 art.9.1); o
- del Estado en que se encuentre presente, si no puede determinarse su residencia habitual (Rgto CE/2201/2003 art.13.1).

Existen, no obstante, algunas **excepciones** (v.g., en caso de sustracción ilícita de menores conservan en un principio su competencia los tribunales del Estado de residencia habitual del menor con carácter previo a la sustracción - Rgto CE/2201/2003 art.10 -).

2224 Reglamento en materia de alimentos (RA)

(Rgto CE/4/2009 art.3 a 7)

Contiene un complejo sistema de fueros de competencia internacional para conocer de los procesos que versen sobre alimentos. Como regla general, la competencia se atribuye, en **régimen de alternatividad**:

- al tribunal del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual;
- al tribunal del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual;
- al tribunal competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes; o
- al tribunal competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

No obstante, también se otorga cierto margen de operatividad a la **sumisión expresa** y a la **sumisión tácita**, se establece como fuero subsidiario el de la nacionalidad común de las partes y se reconoce la existencia de un «fuero de necesidad» cuando no sean competentes en principio los tribunales de ningún Estado de la UE, pero resulte difícil pensar en que pueda desarrollarse un proceso equitativo ante los tribunales de un tercer Estado.

2226 Reglamento en materia de sucesiones (RS)

La **regla general** es que los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión (Rgto CE/650/2012 art.4).

De forma subsidiaria, aunque el **causante no** tuviera su **residencia habitual** en el momento del fallecimiento **en un Estado miembro**, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los **bienes de la herencia** serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que:

- el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento; o, en su defecto,
- el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de 5 años desde el cambio de dicha residencia habitual (Rgto CE/650/2012 art.10.1).

Si la regla anterior no puede aplicarse, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes (Rgto CE/650/2012 art.10.2).

Si ningún tribunal de un Estado miembro es competente con arreglo a otras disposiciones del propio Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales (*forum necessitatis*), sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.

A tal fin es necesario que el asunto guarde una **vinculación suficiente** con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él (Rgto CE/650/2012 art.11).

2228 Régimen legal interno de competencia internacional

(LOPJ art.22 a 22 octies)

En aquellos casos en que no resulten de aplicación el RB I bis, el RB II bis, el RA o el RS, ni ninguna otra norma de carácter supranacional (es decir, cuando no se cumpla alguno de sus requisitos de aplicación), las normas atributivas de competencia internacional a favor de los tribunales españoles han de buscarse en nuestra legislación interna sobre la materia integrada, tras la LO 7/2015 , de reforma de la LOPJ, por la LOPJ art.22 a 22 octies .

La regulación de la competencia internacional en la LOPJ es muy semejante a la del RB I bis, aunque su **ámbito material de aplicación** es mucho más amplio.

- a) Se contempla como fuero general el del domicilio del demandado (LOPJ art.22 ter); será suficiente que solo tenga domicilio en España uno de los **varios codemandados** cuando se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo que permita su acumulación.
- b) Se establecen fueros especiales y alternativos en materia de **estado civil y capacidad** de las personas (LOPJ art.22 quater) así como en materia **patrimonial** (LOPJ art.22 quinquies , en términos similares a los del RB I bis).
- c) Se prevé la competencia exclusiva de los tribunales españoles para las mismas materias y en los mismos términos en que la prevé el **RB I bis** (LOPJ art.22).
- d) La LOPJ art.22 bis también reconoce validez a la sumisión expresa y a la sumisión tácita como criterios de atribución de la **competencia internacional**.

b. Tratamiento procesal

2231 La expresión «tratamiento procesal» se emplea para designar los mecanismos de reacción en caso de que concurra algún óbice procesal o falte algún presupuesto procesal (como la competencia internacional).

El tratamiento procesal de la competencia internacional se plantea, por tanto, en aquellos casos en que se presente la demanda ante un tribunal español, cuando este no tiene competencia internacional para conocer de ella.

2233 De oficio

(RB I bis art.27 y 28; LEC art.36.2; LOPJ art.22 octies)

El tribunal español ante el que se presente una demanda para la que él se considera incompetente ha de reaccionar de dos formas distintas en función de cuál sea la naturaleza del fuero aplicable al caso.

1. Si a la controversia le es aplicable un **fuero de competencia exclusiva** que conduce a los tribunales de un Estado extranjero, el tribunal debe sin más abstenerse de conocer del asunto, por lo que deberá inadmitir a trámite la demanda, dado que nunca podría resolver válidamente esa controversia.

2. Si la demanda versa sobre una materia para la que **no existe fuero exclusivo** de otro Estado, el tribunal español no puede inadmitirla a trámite, porque aún existe la posibilidad de que llegue a ser competente si se produce la sumisión tácita del demandado. Por eso, el tribunal debe admitir a trámite la demanda y esperar al momento en que deba comparecer el demandado por primera vez. En este momento se pueden dar varias **opciones**:

a) El demandado comparece y realiza cualquier actuación distinta de denunciar la falta de competencia del tribunal español a través de **declinatoria**: en este caso se ha producido sumisión tácita y el tribunal español seguirá conociendo del asunto.

b) El demandado comparece para **interponer en plazo** la declinatoria: no se produce sumisión tácita y, tras tramitar la declinatoria, el tribunal acabará absteniéndose de conocer del asunto, de modo que sobreseerá el proceso.

c) El demandado no comparece en el primer momento en que debía hacerlo: al no haber comparecido, no se ha producido sumisión tácita y el **tribunal español** sigue siendo **incompetente** para conocer del asunto; por eso, en cuanto constate la incomparecencia del demandado, el tribunal deberá abstenerse de oficio de seguir conociendo y tendrá que sobreseer el proceso.

2235 A instancia de parte

El demandado que pretenda impugnar la competencia internacional habrá de hacerlo interponiendo en **tiempo y forma** la «declinatoria» (nº 2319 s.). Si el tribunal la estima, sobreseerá el proceso, debido a su falta de competencia internacional.

2. Jurisdicción por razón de la materia

2237 Las normas de jurisdicción por razón de la materia determinan a qué orden jurisdiccional corresponde el asunto por razón de su materia: sirven, pues, para determinar si este corresponderá a tribunales del orden civil, del orden penal, del orden contencioso-administrativo o del orden social.

a. Criterios de atribución

2239 Los criterios de atribución de la jurisdicción por razón de la materia a los tribunales del orden civil se contienen en la LOPJ art.9.2 : «Los tribunales y juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». El precepto, realmente, no explica cuáles son las materias que les son propias a los tribunales del orden civil, aunque hay que presumir que se trata de las **materias civiles y mercantiles**. En cambio, ciertas materias propias del derecho privado (todas las relacionadas con los contratos de trabajo), están atribuidas a la jurisdicción de los tribunales del orden social.

a) La delimitación entre los asuntos que corresponden a los **tribunales civiles** y a los tribunales **penales** es sencilla: los tribunales del orden penal solo conocen de los procesos por delitos, aunque de ordinario se encargan también del enjuiciamiento de la acción civil *ex delicto*.

b) En cuanto a la delimitación entre los asuntos que corresponden a los **tribunales civiles** y a los tribunales **contencioso-administrativos**, ha sido habitual encontrar problemas prácticos en los procesos que versan sobre contratos en que es parte una administración pública (la clave suele estar en determinar si se trata de un contrato administrativo o de un contrato privado) y en aquellos otros en que se quiere exigir responsabilidad civil patrimonial a una Administración, sola o junto con el causante del daño o la compañía aseguradora (la regla, en este punto, es la atribución en todo caso a los tribunales del orden contencioso-administrativo).

c) En cuanto a la delimitación entre **jurisdicción civil** y jurisdicción **social**, las dificultades se plantean cuando el proceso se funda en una relación jurídica cuya calificación como contrato de trabajo (orden social) o como contrato de arrendamiento de servicios (orden civil) es dudosa.

2240 Por otra parte, los tribunales civiles están facultados para conocer a título prejudicial de cuestiones propias del orden social o del orden contencioso-administrativo (nunca del orden penal) (LOPJ art.10).

Ejemplo

A vendió a D unas tierras por un precio X, afirmando que los terrenos eran urbanizables. D, sin embargo, celebrado el contrato, comprueba que, según el último plan de urbanismo del municipio, el solar es rústico. D interpone entonces una demanda de anulación del contrato frente a A, fundada en el engaño: para decidir si hay engaño y si el contrato ha de ser anulado, el tribunal tiene que verificar si el suelo es rústico o urbanizable, cuestión que se rige por la normativa administrativa. El tribunal civil, a título prejudicial, podrá hacerlo, aunque su decisión carecerá en este punto de efectos de cosa juzgada.

2241 Además, los tribunales del orden civil tienen una jurisdicción residual: conocerán de todas las controversias que no estén expresamente atribuidas a ningún otro orden jurisdiccional (según la propia LOPJ art.9.2). Ésta es, en el fondo, la razón de que el precepto no se tome la molestia de definir las materias que les son propias: basta con **leer en negativo** los restantes apartados del art.9 de la LOPJ , que establecen los criterios de atribución de jurisdicción por razón de la materia a las demás ramas de la jurisdicción ordinaria.

La jurisdicción por razón de la materia es un **presupuesto procesal improrrogable o indisponible**: las partes no pueden alterarlo, ni por la vía de la sumisión expresa, ni tampoco por medio de la sumisión tácita.

En consecuencia, las partes no pueden hacer nada para que un tribunal civil pueda válidamente conocer de un proceso en **materia social o administrativa**. En consonancia con ello, todo lo actuado por un tribunal sin jurisdicción por razón de la materia es nulo de pleno derecho y, por tanto, no produce ningún efecto jurídico (LOPJ art.238.1).

b. Tratamiento procesal

2242 En caso de que se presente una demanda ante un tribunal civil y este carezca de jurisdicción para conocer del asunto por razón de la materia se abren varias posibilidades:

- tratamiento procesal de oficio (nº 2244);
- tratamiento a instancia de parte (nº 2246);
- recurso por defecto de jurisdicción (nº 2248);
- promoción de un conflicto de competencia (nº 2250).

2244 De oficio

Si el propio tribunal por sí mismo considera que carece de jurisdicción por razón de la materia para conocer del asunto, tiene que abstenerse de conocer de él (LEC art.37.2).

Si aprecia ese defecto ya en el momento de recibir la demanda, esa abstención se traduce en la **inadmisión a trámite** de la propia demanda (en principio, es el letrado de la Administración de Justicia quien advierte entonces el defecto y lo pone en conocimiento del juez, para que sea este quien, en su caso, dicte auto inadmitiendo a trámite la demanda); y si esa apreciación de oficio se produce en un momento posterior del proceso, la **abstención** del tribunal conducirá al sobreseimiento.

La apreciación de oficio de la falta de jurisdicción puede producirse en cualquier momento del proceso (incluso en fase de recurso: LOPJ art.240.2), aunque lo deseable es que se produzca al principio, por **razones de economía procesal**.

Para que el tribunal se abstenga de oficio tiene que sustanciar un breve incidente (LOPJ art.9.6 y LEC art.38). En cuanto el tribunal advierta que carece de jurisdicción, anunciará a las partes personadas su apreciación y les concederá un breve plazo para que aleguen lo que estimen oportuno al respecto; también recabará el **dictamen del Ministerio Fiscal**.

Tras oírlos, dictará una resolución en la que, si mantiene su criterio, se abstendrá de oficio y, dado el caso, anulará todas las actuaciones previas del proceso. En su resolución tiene el deber de indicar cuál es el orden jurisdiccional ante el que las partes han de hacer valer sus derechos.

Lo mismo habrá de hacerse en los raros supuestos en que un tribunal de la jurisdicción civil estime que el asunto que se le somete corresponde a la **jurisdicción militar**, o bien a una a o al **Tribunal de Cuentas** cuando actúe en sus funciones contables (LEC art.37.1).

2246 A instancia de parte

Si el demandado considera que el tribunal civil ante el que el demandante ha interpuesto la demanda no tiene jurisdicción, entonces tendrá la carga de denunciar el defecto interponiendo en tiempo y forma la declinatoria. Si el tribunal estima la declinatoria se abstendrá de conocer del proceso, que quedará sobreseído, siendo nulo todo lo realizado hasta entonces.

También deberá realizar la indicación del orden jurisdiccional ante el que debe el demandante sostener su pretensión.

2248 Recurso por defecto de jurisdicción

En caso de que un tribunal, de oficio o a instancia de parte, se abstenga de conocer de un asunto por considerarse carente de jurisdicción por razón de la materia, debe indicar el orden jurisdiccional ante el que debe sostener su pretensión el demandante. Ahora bien, si el demandante acude a un órgano judicial del orden indicado y este segundo, a su vez, también declara su falta de jurisdicción (siendo los mismos los sujetos y las pretensiones ejercitadas), podrá interponer el denominado «recurso por defecto de jurisdicción» para resolver el **conflicto negativo de jurisdicción** (en los términos de la LOPJ art.50).

Este peculiar «recurso por defecto de jurisdicción» habrá de interponerse contra la **resolución firme** en que haya declarado su falta de jurisdicción el órgano del orden indicado en la resolución absteniéndose de oficio o estimando la declinatoria, en un plazo de 10 días y ante ese mismo tribunal.

Este tribunal, tras oír a las partes personadas, remitirá las actuaciones a la **Sala de Conflictos del Tribunal Supremo**. La sala reclamará las actuaciones al tribunal que declaró en primer lugar su falta de jurisdicción y, tras oír al Ministerio Fiscal por plazo no superior a 10 días, resolverá por medio de auto dentro de los 10 días siguientes.

Dicho **auto**, aunque la Ley no lo diga expresamente, será irrecurrible y tendrá carácter vinculante para los tribunales del orden que, para ese asunto, se considere que posee la jurisdicción.

2250 Promoción de un conflicto de competencia (LOPJ art.42 a 50)

La LOPJ regula los denominados «conflictos de competencia» que, en realidad, encierran una discusión acerca de la jurisdicción por razón de la materia. Esta normativa ofrece al demandado una posibilidad, añadida a la declinatoria, para lograr que el tribunal civil deje de conocer del litigio que le fue sometido por el demandante. En efecto, la parte demandada siempre puede suscitar un **conflicto positivo de competencia**, para lo que le bastará con dirigir un escrito razonado, con expresión de los preceptos legales en que se funde, al tribunal de otro orden jurisdiccional que, a su juicio, sea competente para conocer del asunto, solicitándole que requiera de inhibición al tribunal civil que se encuentre conociendo de él.

Si el tribunal requerido por el demandado considera que, efectivamente, el asunto es propio de su orden jurisdiccional y no del orden civil, se acabará promoviendo un conflicto, que genera la suspensión del proceso civil en curso y que, entre otros posibles resultados, puede concluir con un auto en el que el propio tribunal civil acceda al **requerimiento de inhibición** y se abstenga de seguir conociendo, o con un auto en el que la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo resuelva el conflicto en favor del tribunal no civil.

3. Competencia objetiva

2252 La competencia objetiva determina qué tipo de órgano judicial, dentro de un orden jurisdiccional, está facultado para conocer de un determinado asunto en primera instancia, esto es, ante qué tipo de órgano judicial ha de presentarse la demanda que dé comienzo al proceso. Cuando la jurisdicción por razón de la materia corresponde a los tribunales del orden civil, hay que tener en cuenta que en esta rama existen, en el momento actual, **7 tipos** diferentes de **órgano judicial**, entre los que ha de repartirse la competencia objetiva:

- Juzgados de paz;
- Juzgados de primera instancia,
- Juzgados de lo mercantil;
- Juzgados de violencia sobre la mujer;
- Audiencias Provinciales;
- Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; y
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Precisiones

Las **Audiencias Provinciales**, en el orden civil, son siempre órganos judiciales de segunda instancia, que conocen de los recursos de apelación frente a resoluciones dictadas en primera instancia, de modo que no les afectan las normas de competencia objetiva, sino las de competencia funcional.

a. Criterios de atribución

2254	Regla general: juzgados de primera instancia	2256
	Juzgados de paz	2258
	Juzgados de lo mercantil	2260
	Juzgados de violencia sobre la mujer	2262
	Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia	2264

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo	2266
Juzgados especializados	2269

2256 Regla general: juzgados de primera instancia

En materia civil, la regla general es la de que la competencia objetiva para conocer de los procesos en primera instancia corresponde a los juzgados de primera instancia, salvo que una norma expresa atribuya la competencia objetiva para conocer de un proceso a otro órgano judicial (LOPJ art.85 y LEC art.45.1). De forma expresa, se aclara que conocerán de los concursos de persona natural que no sea empresario (LEC art.45.2).

2258 Juzgados de paz

Tienen competencia objetiva para conocer de asuntos cuya cuantía no exceda de 90 euros, siempre que no versen sobre alguna de las materias que conforme a la LEC art.250.1 -redacc L 5/2018- deben sustanciarse por los cauces del juicio verbal (LEC art.47).

2260 Juzgados de lo mercantil

Tienen un ámbito de competencia objetiva definido por razón de la materia en la LOPJ art.86 ter . En tanto que «jueces del concurso», los juzgados de lo mercantil conocen de los procesos concursales y de las acciones vinculadas a los procesos concursales a que se refiere la LOPJ art.86 ter.1 , con la excepción de los concursos de persona física que no sea empresario (LEC art.45.2.b). Además, también tienen competencia objetiva para conocer en primera instancia de determinados procesos declarativos, por razón de la materia:

- a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas (v.g., procesos para la impugnación de acuerdos societarios o para exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad).
- b) Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
- c) Las pretensiones relativas a la aplicación del derecho marítimo.
- d) Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios.
- e) Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del registrador mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.
- f) Los procedimientos de aplicación de los art.81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (se trata, hoy día, del TFUE art.101 y 102) y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia (en la actualidad, L 15/2007 art.1 y 2 , que se ocupan de las conductas colusorias y de los abusos de posición dominante).

2262 Violencia sobre la mujer

La **competencia objetiva** de los juzgados de violencia sobre la mujer en el orden civil viene establecida por la LOPJ art.87 ter . En abstracto, solo pueden conocer de procesos que versen sobre las siguientes **cuestiones**:

- filiación, maternidad y paternidad;
- nulidad del matrimonio, separación y divorcio;
- relaciones paterno filiales;
- adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar;
- procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores;
- procesos que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción;
- oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Dentro de este marco, los juzgados de violencia sobre la mujer tendrán **competencia exclusiva y excluyente** para conocer de un asunto concreto cuando concurren simultáneamente los siguientes **requisitos**:

- a) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género (LOPJ art.87 ter.1.a).
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- c) Que se hayan iniciado ante el juez de violencia sobre la mujer actuaciones penales a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

2264 Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia

Son, como regla, órganos judiciales que conocen en vía de recurso (recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal). No obstante, también poseen, en cierto ámbito, competencia objetiva para conocer de determinadas demandas en primera instancia:

- a) Pueden conocer de ciertas **demandas de revisión**, interpuestas frente a sentencias firmes (LEC art.509).
- b) Tienen competencia objetiva para ejercer las funciones de **apoyo y control del arbitraje** establecidas en la ley (v.g., conocer en única instancia de las demandas de anulación de laudos arbitrales, LArb art.8.5), así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros (salvo disposición diversa en los tratados o las normas de la UE).
- c) También son competentes para conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos por determinadas personas en el ejercicio de su cargo (**aforamientos**). En concreto, están aforadas ante las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ las personas designadas en la LOPJ art.73.2.a) y b) :
 - demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo;
 - demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualesquiera de sus secciones.

2266 Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

La Sala Primera del Tribunal Supremo también es un órgano judicial que conoce en fase de recurso (recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal). Sin embargo, también tiene competencia objetiva para conocer de determinadas **demandas**:

1. **De revisión** (LOPJ art.56.1 ; LEC art.509);
2. **De responsabilidad civil** contra las personas aforadas a que se refiere la LOPJ art.56.2º y 3º :

a) Por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra:

- Presidente del Gobierno;
- Presidentes del Congreso y del Senado;
- Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial;
- Presidente del Tribunal Constitucional;
- Miembros del gobierno, diputados y senadores;
- Vocales del Consejo General del Poder Judicial;
- Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo;
- Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus salas y de los Tribunales Superiores de Justicia;
- Fiscal General del Estado;
- Fiscales de Sala del Tribunal Supremo;
- Presidente y consejeros del Tribunal de Cuentas;
- Presidente y consejeros del Consejo de Estado;
- Defensor del pueblo; y
- Presidente y consejeros de CCAA, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.

b) Dirigidas contra magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos.

3. Procesos en que se ejerciten **acciones civiles** contra (LOPJ art.55 bis):

- la Reina consorte o el consorte de la Reina;
- la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte; así como
- el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte.

2269 Juzgados especializados

(LOPJ art.98)

Al margen de las reglas generales expuestas, debe tenerse en cuenta que la LOPJ permite la especialización de ciertos juzgados, que admite dos modalidades diversas:

1. Una **especialización ordinaria y permanente** (LOPJ art.98.1): el CGPJ puede acordar que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional

de que se trate. Así, v.g., al amparo de esta regla existen en ciertos partidos judiciales **juzgados de familia**, que son juzgados de primera instancia especializados.

2. Una **especialización excepcional y temporal** (LOPJ art.98.2): el CGPJ podrá acordar de manera excepcional y por el tiempo que se determine que uno o varios juzgados de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional asuman el conocimiento de determinadas clases o materias de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen. En estos casos, el órgano u órganos especializados asumirán la competencia para conocer de todos aquellos asuntos que sean objeto de tal especialización, aun cuando su conocimiento inicial estuviese atribuido a órganos radicados en distinto partido judicial. Así, v.g., al amparo de esta regla sería posible reconducir a un solo juzgado de primera instancia de una provincia todas las demandas de nulidad de contratos financieros complejos promovidas por consumidores frente a entidades bancarias (los denominados en el foro como «juzgados de cláusulas suelo»).

b. Tratamiento procesal

2272 La competencia objetiva es improrrogable, de modo que las partes no pueden pactar ni expresa ni tácitamente que de un determinado asunto conozca en primera instancia un tribunal distinto al que conforme a la ley corresponde. Además, las actuaciones realizadas por un tribunal que carezca de competencia objetiva son nulas de pleno derecho (LOPJ art.238.1)

Por eso, en caso de que se presente una demanda ante un tribunal civil que carezca de competencia objetiva (v.g., se presenta una demanda en materia de patentes a un juzgado de primera instancia, o una demanda por incumplimiento de contrato ante un juzgado de lo mercantil), el tratamiento procesal será análogo al de la jurisdicción por razón de la materia.

2274 Abstención de oficio

El tribunal tiene el deber de analizar de oficio si posee o no competencia objetiva, dado el carácter improrrogable de este presupuesto. A tal fin, la LEC art.404 le obliga a realizar este examen en el momento de decidir sobre la **admisión a trámite de la demanda** (será el letrado de la Administración de Justicia quien, en su caso, advertirá el defecto y lo pondrá en conocimiento del juez) y, en términos más generales, la LEC art.48.1 permite apreciar de oficio su ausencia en cualquier momento del proceso, tan pronto como se advierta. Si el tribunal aprecia su **incompetencia** en el momento de recepción de la demanda, su abstención de oficio se traducirá en una inadmisión a trámite de la demanda. Si el tribunal aprecia su falta de competencia objetiva en un momento posterior, entonces su abstención de oficio se traducirá en un sobreseimiento del proceso.

Además, de forma expresa se señala en la LEC art.48.2 la posibilidad de que el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de **recurso extraordinario por infracción procesal o de casación** aprecien de oficio que carecía de competencia objetiva el tribunal ante el que se sustanció la primera instancia, en cuyo caso decretarán de oficio la nulidad de todas las actuaciones.

En cuanto a la forma de apreciar su falta de competencia objetiva, la LEC art.48.3 exige expresamente que previamente el tribunal oiga a las partes y al **Ministerio Fiscal** por plazo común de 10 días. Hecho esto, se abstendrá de conocer por medio de auto:

- en caso de que el defecto se aprecie en el momento previo a la admisión de la demanda, esta abstención equivaldrá a una inadmisión a trámite;

- si, por el contrario, se produce en un momento posterior, conducirá a la declaración de nulidad de lo actuado y a su sobreseimiento.

En ambos casos, en el auto en que el tribunal declare su falta de competencia objetiva habrá de indicar la **clase de tribunal** al que corresponda el conocimiento del asunto.

2276 Declinatoria (LEC art.49)

A instancia de parte, y al igual que sucede con los demás presupuestos procesales relativos al tribunal, la LEC prevé que el demandado pueda denunciar la falta de competencia objetiva a través de la declinatoria.

Si el tribunal estima la declinatoria, habrá de abstenerse de oficio, sobreseyendo el proceso y declarando la nulidad de todo lo actuado. En esa misma resolución habrá de indicar el tipo de tribunal ante el que debe interponerse la demanda.

2278 Reglas especiales en materia de violencia sobre la mujer

Se establece en la LEC unas reglas especiales para el tratamiento procesal de las normas sobre competencia objetiva de los juzgados de violencia sobre la mujer, que excluyen la aplicación de las normas generales de la LEC:

1. Si un juez de primera instancia (o uno especializado de familia) está conociendo en primera instancia de un procedimiento civil y tiene noticia de la comisión de un **acto de violencia de género** que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, verificará la concurrencia de los requisitos previstos en LOPJ art.87 ter.3 y, en su caso, se inhibirá a favor del juzgado de violencia sobre la mujer que resulte competente y le remitirá los autos en el estado en que se hallen, salvo que se haya iniciado ya la fase del juicio oral.

2. Si un juez de primera instancia (o uno especializado de familia) está conociendo en primera instancia de un procedimiento civil y tiene noticia de la comisión de un acto de violencia de género que todavía no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, verificará la concurrencia de los requisitos previstos en LOPJ art.87 ter.3 y, en su caso, deberá inmediatamente citar a las partes a una **comparecencia con el Ministerio Fiscal** que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que este tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el juzgado de violencia sobre la mujer que resulte competente.

En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el juez de violencia sobre la mujer competente.

3. Cuando un juez de violencia sobre la mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil y verifique la concurrencia de los requisitos de la LOPJ art.87 ter.3 , requerirá de inhibición al tribunal civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente. El **requerimiento de inhibición** se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de proceso por delito leve, del auto de admisión de la querrela o de la orden de protección adoptada.

4. En estos supuestos no se admitirá declinatoria, sino que las partes que quieran hacer valer la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer habrán de limitarse a presentar **testimonio** de alguna de las resoluciones dictadas por dicho juzgado que se acaban de mencionar (sin sujeción, por tanto, a plazo preclusivo).

2281 **Tratamiento procesal de las reglas sobre especialización de determinados juzgados**
(LEC art.46)

En caso de que un Juzgado especializado que conoce del asunto esté rebasando los límites de su especialización deberá, de oficio, apreciar el defecto e inhibirse a favor de los demás tribunales competentes: no se decreta, por tanto, la **nulidad de actuaciones** ni se sobresee el proceso, sino que la causa se remite a alguno de los juzgados no especializados del partido (resulta lógico entender que la devolución habrá de hacerse al decanato, para que lo reparta de nuevo sin vulnerar el acuerdo de especialización).

La Ley no se ocupa expresamente del supuesto inverso, esto es, de lo que debe hacer el juzgado no especializado en caso de que llegue a su conocimiento una demanda que verse sobre materia respecto de la que está especializado otro u otros juzgados del partido (o de la provincia, en el supuesto de la LOPJ art.98.2). No obstante, resulta razonable permitir también a este tribunal apreciar de oficio la infracción del **acuerdo de especialización** e inhibirse a favor del juzgado especializado -devolviendo las actuaciones al decanato para que se las entregue a dicho juzgado, si hubiera solo uno, o bien para que reparta el asunto entre los varios que hubiera-.

En cuanto a la posibilidad de que sea el demandado quien ponga de relieve el defecto, la LEC señala cómo «si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia» (LEC art.46 i.f). Con ello, está haciendo aplicables en este ámbito los mismos mecanismos de control a instancia de parte que se prevén para la competencia objetiva, esto es, la declinatoria.

4. Competencia territorial

2283	a. Criterios de atribución	2284
	b. Tratamiento procesal	2300

a. Criterios de atribución

2284 Las normas de competencia de territorialidad sirven para determinar, sabido ya el tipo de órgano judicial con competencia objetiva, ante el de qué lugar ha de interponerse la demanda. A la hora de atribuir la competencia territorial, la LEC distingue entre:

- a) **Fueros generales:** aplicables para la generalidad de las demandas (nº 2286).
- b) **Fueros especiales:** aplicables cuando la demanda versa sobre ciertas materias (nº 2288 s.).

2286 **Fueros generales** (LEC art.50 y 51)

Se aplican teniendo en cuenta quién es el **demandado**, y solo cuando, por razón de la materia, no es de aplicación ningún fuero especial:

1. Cuando el demandado es una **persona física**, la LEC establece como fuero general el del tribunal del domicilio del demandado (LEC art.50). Si el demandado carece de domicilio en España, se acudirá al tribunal del lugar de su residencia en España; en su defecto, al tribunal del lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional o al del lugar de su última residencia en él (a elección del actor); en defecto de los anteriores, será competente el tribunal del lugar del domicilio del actor.

Además, cuando el demandado sea un **empresario o un profesional** y se trate de un litigio derivado de su actividad empresarial o profesional, también será competente, además del tribunal del domicilio del demandado, el del lugar donde se desarrolle su actividad profesional (fuero del «pequeño domicilio»).

2. Cuando el demandado es una **persona jurídica**, el fuero general conduce al tribunal del lugar donde tenga su domicilio (LEC art.51.1).

Además, también se puede acudir al **fuero del «pequeño domicilio»**: el actor podrá dirigirse al tribunal del lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir sus efectos, siempre que en dicho lugar la persona jurídica demandada tenga un establecimiento abierto al público o un representante autorizado para actuar en su nombre.

3. Cuando el demandado es una entidad sin personalidad jurídica, será competente el tribunal del **domicilio de sus gestores** o el tribunal de cualquier lugar en que desarrollen su actividad (LEC art.51.2).

2288 **Fueros especiales** (LEC art.52)

La Ley prevé una serie de fueros especiales para los procesos que versan sobre ciertas materias concretas. Estos fueros especiales se aplican con carácter preferente sobre los generales. El listado básico se incluye en la LEC art.52.1 :

1. En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre **bienes inmuebles** será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de estas, a elección del demandante.

2. En las demandas sobre **presentación y aprobación de las cuentas** que deban dar los administradores de bienes ajenos será tribunal competente el del lugar donde deban presentarse dichas cuentas, y no estando determinado, el del domicilio del mandante, poderdante o dueño de los bienes, o el del lugar donde se desempeñe la administración, a elección del actor.

3. En las demandas sobre **obligaciones de garantía** o complemento de otras anteriores, será tribunal competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren.

4. En los juicios sobre **cuestiones hereditarias**, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

5. En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de **incapaces, incapacitados o declarados pródigos**, será competente el tribunal del lugar en que estos residan.

6. En materia de derecho al **honor**, a la **intimidad personal y familiar** y a la propia **imagen** y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnera el derecho fundamental de que se trate.

7. En los juicios sobre **arrendamientos de inmuebles** y en los de **desahucio**, será competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca.

2291 8. En los juicios en materia de **propiedad horizontal**, será competente el tribunal del lugar en que radique la finca.

9. En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la **circulación de vehículos de motor** será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños.

10. En materia de impugnación de **acuerdos sociales** será tribunal competente el del lugar del domicilio social.

11. En los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la **propiedad intelectual**, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante.

12. En los juicios en materia de **competencia desleal**, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

13. En materia de **patentes y marcas**, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia.

14. 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 la contratación**, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

2294 15. En las **tercerías de dominio o de mejor derecho** que se interpongan en relación con un procedimiento administrativo de apremio, será competente el tribunal del domicilio del órgano que acordó el embargo, sin perjuicio de las especialidades previstas para las AAPP en materia de competencia territorial.

16. En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como 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.

17. En los procesos contra las resoluciones y actos que dicte la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de **Registro Civil**, a excepción de las solicitudes de nacionalidad por residencia, será competente el juzgado de primera instancia de la capital de provincia del domicilio del recurrente.

De especial importancia práctica es, por último, lo dispuesto en la LEC para los litigios en materia de **seguros, ventas a plazos** de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de **prestación de servicios** o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública (es decir, para procesos que enfrentan a una «parte débil» con un empresario o profesional; LEC art.52.2): salvo que resulte de aplicación preferente alguno de los fueros previstos en el listado anterior, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente.

Como cierre del sistema en **defensa de los consumidores**, se señala que si no resulta de aplicación ninguna de las normas anteriores a los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios, entonces será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a la LEC art.50 y 51 (LEC art.52.3).

2296 **Reglas especiales en casos de acumulación de acciones y pluralidad de demandados**
(LEC art.53.1)

Si se ejercitan conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será **tribunal competente**:

- el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto,
- aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas; y, en último término,
- el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente.

Ahora bien, si hay **varios demandados** pero solo una acción (litisconsorcio pasivo necesario) o varias acciones pero las reglas anteriores no son aplicables (ninguna acción es principal respecto de las otras, ni más importante cuantitativamente) y, conforme a las reglas anteriores la competencia territorial pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

2298 **Sumisión expresa y tácita**

La LEC contiene una distinción básica entre fueros de competencia territorial imperativa y fueros de competencia territorial disponible. Tienen carácter imperativo los fueros especiales del art.52 (salvo los previstos en los apartados 2º y 3º del art.51.1) y tienen carácter dispositivo los fueros generales.

En principio, solo caben la sumisión expresa y la sumisión tácita en los procesos que versen sobre materias para las que el **fuero** es **improrrogable** (LEC art.54, 55 y 56). Ahora bien, no se admitirán en el marco del juicio verbal; y no serán válidas las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales de la contratación impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios (LEC art.54.1 y 2).

a) La sumisión expresa, allí donde resulte admisible, es la que deriva de un **pacto explícito entre las partes**, que ha de designar con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se someten (LEC art.55); los tribunales habrán de tener competencia objetiva (LEC art.54.3); y el pacto de sumisión expresa no puede afectar a la observancia de las normas de reparto (LEC art.57).

b) En cuanto a la sumisión tácita, se producirá cuando el actor ha interpuesto su demanda ante un tribunal territorialmente incompetente y el demandado se persona y realiza **cualquier gestión** que no sea la de proponer en tiempo y forma la declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria (LEC art.56.2).

b. Tratamiento procesal

2300 Aunque la competencia territorial es un auténtico presupuesto del proceso, el legislador ha querido asignarle un valor más relativo. Por eso, lo actuado con falta de competencia territorial no es nulo, sino válido (a diferencia de lo que sucede con lo actuado cuando falta alguno de los restantes presupuestos procesales). Esto tiene **repercusiones** en materia de tratamiento procesal, en caso de que se presente la demanda ante un juzgado que carezca de competencia territorial.

2302 De oficio

El tribunal deberá abstenerse de conocer de la demanda en el momento de su admisión a trámite, pero solo si considera que el asunto es de la **competencia exclusiva o improrrogable** de otro Juzgado (el letrado de la Administración de Justicia será quien advierta el defecto en el momento de decidir sobre la admisión a trámite de la demanda y quien, en su caso, lo pondrá en conocimiento del juez para que proceda en consecuencia). En tal caso, no se pondrá fin al proceso, sino que se remitirán las actuaciones al tribunal que considere competente, para que se reanude ante él el proceso. Éste es el único supuesto, y el único momento, en que podrá hacerlo (LEC art.58). En consecuencia:

a) El tribunal no puede apreciar de oficio su falta de competencia territorial cuando el fuero de competencia es disponible.

b) Aunque el fuero sea imperativo, el tribunal no puede apreciar de oficio su falta de competencia territorial una vez que ya ha admitido a trámite la demanda.

2304 A instancia de parte

El demandado podrá denunciar la falta de competencia territorial del tribunal ante el que se presentó la demanda interponiendo en tiempo y forma declinatoria (LEC art.59). Si la **declinatoria** es estimada, el tribunal se inhibirá a favor del órgano al que corresponda conocer del asunto, le remitirá los autos y emplazará a las partes para que comparezcan ante él en el plazo de 10 días (LEC art.65.5).

Al formular su declinatoria fundada en la falta de competencia territorial, el demandado tiene una carga adicional: la de indicar el **tribunal** a su juicio **competente** para conocer del proceso. En el caso de que la competencia territorial no venga determinada por reglas imperativas, la declinatoria del demandado solo puede prosperar si el demandado, al proponerla, ha «acertado» al designar el tribunal que debe ser competente (LEC art.65.4). En caso contrario, la declinatoria se desestima.

2306 Conflicto negativo de competencia territorial

(LEC art.60)

Se plantea cuando un tribunal se ha considerado carente de competencia territorial y, en consecuencia, se ha inhibido en favor de otro tribunal, quien a su vez procede del mismo modo. La LEC hace depender la posibilidad legal de que se plantee un conflicto negativo de competencia territorial de la existencia o no de una **audiencia contradictoria** de

todas las partes con carácter previo a que el primer tribunal haya tomado la decisión de inhibirse en favor de otro tribunal.

En concreto, el supuesto de hecho para que se dé uno de estos conflictos negativos es relativamente complejo: el tribunal ha decidido de oficio apreciar su falta de competencia territorial, lo que presupone que es improrrogable, y las partes personadas en el momento de tomar su decisión no eran todas las partes del proceso; este tribunal, como consecuencia de su inhibición, remite las actuaciones a otro que, a su vez, y también de oficio, declara no ser competente. En tal supuesto, y para evitarle al demandante una suerte de «peregrinaje» por diversos tribunales (o, peor, una vuelta al de origen), la Ley ordena la **remisión de los antecedentes** al tribunal inmediato superior común (común a los dos que ya se declararon incompetentes, aunque la remisión, por definición, solo la hará el segundo tribunal), para que resuelva la cuestión por medio de una resolución que no será susceptible de ulterior recurso.

En cambio, resultará imposible que se plantee un conflicto negativo de competencia cuando la **decisión de inhibición** de un tribunal por falta de competencia territorial se ha adoptado en virtud de declinatoria, y con independencia, por tanto, del carácter prorrogable o improrrogable de la competencia territorial: la razón es lógica, pues la tramitación de una declinatoria presupone el debate contradictorio o, cuando menos, la posibilidad de que se produzca tal debate.

En estos supuestos, el tribunal al que remita las actuaciones aquel que se haya inhibido «estará a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial» (ni tampoco, aunque no lo diga la Ley, por eventual estimación de una declinatoria), esto es, quedará vinculado y habrá de asumir el **conocimiento del asunto**, lo que convierte en imposible que se plantee un conflicto negativo de competencia, puesto que la Ley impide que el segundo tribunal se inhiba por razón de falta de competencia territorial.

5. Reparto de asuntos

(LEC art.68 a 70)

2309 La aplicación de las normas sobre competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia, competencia objetiva y competencia territorial puede ser suficiente para identificar el concreto tribunal que va a conocer el proceso, pero solo en los casos en que en la circunscripción exista un único tribunal. Cuando existen varios será preciso servirse de las normas de reparto, que permitirán proceder a la determinación definitiva del juzgador en el caso concreto.

Así, en los partidos judiciales en los que exista más de un juzgado de primera instancia o de violencia sobre la mujer, y en las provincias en que exista más de un juzgado de lo mercantil, los **asuntos civiles** habrán de repartirse entre ellos, de conformidad con lo que establezcan las normas de reparto (LEC art.68.1).

Las **normas de reparto** son propuestas por las juntas de jueces y aprobadas por las salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Es el juzgado decano el encargado de darles cumplimiento. Por eso, la demanda no puede presentarse ante un juzgado concreto, sino que se dirige genéricamente al Juzgado que corresponda por turno de reparto y se presenta en el registro del juzgado, para que sea el juez decano quien decida a quién le corresponde hacerse cargo del proceso.

El reparto es obligatorio y ha de efectuarse dentro de los 2 días siguientes a la presentación de la demanda (LEC art.68.1 y 69).

Para evitar los perjuicios derivados de esta dilación, los jueces decanos podrán, a instancia de parte, adoptar las **medidas urgentes** en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (LEC art.70).

2311 Los **letrados de la Administración de Justicia** no permitirán que se curse ningún asunto sujeto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente. En caso de que no conste dicha diligencia, se anulará, a instancia de cualquiera de las partes, cualquier actuación que no consista en ordenar que el asunto pase a reparto (LEC art.68.2). El precepto, por tanto, establece la inadmisión a trámite de oficio de la demanda cuando no conste en ella la diligencia de reparto: el tribunal habrá de devolverla al decanato, para que se proceda a su reparto. Si no lo hace de oficio el tribunal, cualquiera de las partes podrá poner de relieve el defecto.

Por otra parte, la **infracción de las normas de reparto** al proceder a él determina la anulabilidad de las actuaciones: no podrá interponerse declinatoria por este motivo, pero la parte interesada podrá solicitar que se anulen las actuaciones, aunque solo si lo pide en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que tuvo conocimiento de que se habían infringido las normas de reparto (LEC art.68.3).

Las resoluciones dictadas por tribunales distintos de aquel o aquellos a los que correspondiese conocer según las normas de reparto se declararán nulas a instancia de la parte a quien perjudicaren, siempre que la **nulidad** se hubiese instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que la parte hubiera tenido conocimiento de la infracción de las normas de reparto y dicha infracción no se hubiere corregido en ese momento (LEC art.68.4).

2314 Las normas de competencia funcional sirven para determinar qué tribunal está facultado para realizar ciertas actuaciones que son distintas a la de conocer de un asunto en primera instancia, pero que son conexas con ella. Por tanto, la aplicación de estas normas presupone que el proceso ya se ha iniciado ante un tribunal determinado y, de hecho, se toma como base el tribunal que ha conocido o está conociendo del asunto en primera instancia.

1. Son normas de competencia funcional las que establecen qué tribunales van a conocer de los **recursos devolutivos** frente a las resoluciones que dicte el tribunal de la primera instancia: lo hará el tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución recurrida:

- para el recurso de apelación (LEC art.455.2);
- para el recurso extraordinario por infracción procesal (LEC art.468 y disp.final 16ª);
- para el recurso de casación (LEC art.478.1).

2. Las normas de competencia funcional también determinan quién será competente para ejecutar la sentencia en caso de que sea favorable y tenga **contenido condenatorio**. La regla en este punto es que la competencia funcional para ejecutar la sentencia corresponde al tribunal que conoció del asunto en primera instancia (LEC art.61 y 545).

3. Por último, establecen cuál es el tribunal competente para conocer de los **incidentes** que se producen **en** el transcurso de un **pleito** (v.g., quién se encarga de resolver la declinatoria interpuesta por el demandado). La regla es que la competencia funcional le corresponde al tribunal que esté conociendo del litigio en el momento en que se plantea el incidente (LEC art.61).

2316 La competencia funcional no despliega su eficacia al inicio del proceso (para identificar el tribunal que habrá de hacerse cargo de él), sino cuando este ya está en marcha. No obstante, su concurrencia condiciona la validez de las actuaciones en términos absolutos, dado que la LOPJ art.238.1º y LEC art.225.1º establecen con rotundidad la **nulidad de lo actuado** con falta de competencia funcional. Ambas circunstancias tienen repercusiones sobre los mecanismos para su tratamiento procesal.

De forma expresa, la única norma que la LEC dedica al tratamiento procesal de la competencia funcional es el art.62, que se ocupa únicamente de la competencia para conocer de los recursos devolutivos y prevé un control de oficio. No serán admitidos a trámite los recursos dirigidos a un tribunal que carezca de competencia funcional para conocer de los mismos.

No obstante lo anterior, si admitido un recurso, el tribunal al que se haya dirigido entiende que no tiene competencia funcional para conocer del mismo, dictará auto absteniéndose de conocer previa **audiencia de las partes personadas** por plazo común de 10 días. Notificado este auto, los litigantes dispondrán de un plazo de 5 días para la correcta interposición o anuncio del recurso, que se añadirán al plazo legalmente previsto para dichos trámites. Si sobrepasaran el tiempo resultante sin recurrir en forma, quedará firme la resolución de que se trate.

7. Declinatoria

(LEC art.63 -redacc L 7/2017- a 65)

2319 Es el instrumento procesal para la denuncia a instancia de parte de todos los defectos que se refieren a los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y competencia del tribunal (falta de competencia internacional, de jurisdicción por razón de la materia, de competencia objetiva y de competencia territorial del tribunal elegido por el actor para presentar la demanda). Además, también es el instrumento que ha de utilizar el demandado para poner de relieve la sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**, óbice que priva también al tribunal de la facultad de conocer del proceso, así como de la **sumisión** del asunto **a mediación** (LEC art.63.1).

La declinatoria ha de resolverse siempre por el tribunal ante el que el actor presentó su demanda, y que es el que está conociendo del proceso. El demandado puede presentarla en todo caso ante ese tribunal, pero también se le permite presentarla ante el tribunal del domicilio del demandado (que no está conociendo del proceso), que la remitirá lo más rápido posible (v.g., por fax) al tribunal que ya conoce del asunto (LEC art.63.2). Se pretende, con esta posibilidad, ahorrar al demandado la molestia de tener que «desplazarse» ante el tribunal que conoce del litigio a los solos efectos de presentar una declinatoria que, si tiene éxito, puede suponer el fin del proceso.

Precisiones

A pesar de que exista un pacto previo entre consumidor y empresario de someterse a un procedimiento de **resolución alternativa de litigios de consumo**, la declinatoria no es admisible, en caso de que el consumidor sea el demandante: se quiere asegurar con ello que el consumidor no pueda verse forzado por el profesional a aceptar el desarrollo previo de un intento previo de mediación, aunque inicialmente así lo hubiera pactado.

2321 Plazo de interposición y efectos

Para los procesos civiles declarativos la regla de plazo para presentar el escrito interponiendo la declinatoria es de 10 días a contar desde la **notificación de la interposición de la demanda**; en otros términos, habrá de interponerse dentro de los 10 primeros días para contestar a la demanda, de los 20 de que dispone el demandado en el juicio ordinario o de los 10 de que dispone en el juicio verbal (LEC art.64.1).

En los procesos de ejecución el plazo es de 5 días, a contar desde la primera notificación al ejecutado de la existencia del proceso de ejecución (LEC art.547).

La simple interposición de la declinatoria tiene como **efecto inmediato** la suspensión o paralización del proceso: el tribunal únicamente habrá de resolver la declinatoria (LEC art.64.1). Ahora bien, para evitar que la interposición de la declinatoria se use maliciosamente como vía para dilatar el curso del proceso, se establece que a pesar de la suspensión del proceso el demandante podrá solicitar al tribunal el aseguramiento de las pruebas que estén en peligro y la adopción de medidas cautelares que eviten la **frustración del resultado** del proceso (aunque el demandado puede evitar ambas prestando caución; LEC art.64.2).

2323 Tramitación y decisión

El demandado habrá de interponer la declinatoria a través de un escrito, al que acompañará los documentos y principios de prueba de que disponga para justificar su petición, con copias para todos los demás litigantes. El escrito de declinatoria y los demás documentos serán notificados a las demás partes, que dispondrán de un plazo de 5 días para presentar por escrito sus alegaciones, así como los documentos y principios de prueba que consideren convenientes.

El tribunal decidirá dentro de los 5 días siguientes, por medio de auto (LEC art.65.1). Se trata, pues, de un **incidente de tramitación escrita**, en el que no se celebra ninguna vista, y que se resuelve solo con base en lo que se derive de los documentos y principios de prueba aportados por las partes.

Si el tribunal desestima la declinatoria, mandará que el proceso siga su curso, y pondrá fin a su suspensión, de modo que vuelve a correr el plazo para contestar a la demanda.

Si el tribunal, en cambio, dicta un **auto estimatorio** de la declinatoria, su contenido puede ser diverso en función de cuál haya sido el defecto denunciado por el demandado con la declinatoria:

a) Si denunció la **sumisión del litigio a arbitraje o a mediación**, la falta de competencia internacional, la falta de jurisdicción por razón de la materia o la falta de competencia objetiva, el tribunal que estime la declinatoria se abstendrá de conocer del asunto y sobreseerá el proceso.

Además, en el caso de que se sobresea por falta de «jurisdicción por razón de la materia», habrá de indicarse al demandante ante qué otro orden jurisdiccional ha de usar de su derecho. Y si se trata de falta de «competencia objetiva», se indicará al demandante ante qué tipo de órgano judicial ha de usar de su derecho.

b) Se denunció la falta de **competencia territorial** del tribunal: en este caso, si la declinatoria se estima, el tribunal se abstendrá de seguir conociendo del proceso, pero no lo sobreseerá, sino que se inhibirá en favor del tribunal que sea territorialmente competente, le remitirá las actuaciones y emplazará a las partes para comparezcan ante él en el plazo de 10 días, al efecto de que pueda reanudarse el proceso ante el nuevo tribunal.

Recuérdese que, si la norma de competencia territorial para conocer del proceso es derogable, la declinatoria solo puede estimarse si se considera competente el tribunal designado por el demandado en la declinatoria.

8. Régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia

2327 Se establece en la LEC el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas en relación con los presupuestos y óbices procesales de jurisdicción y competencia (LEC art.66 y 67). Se trata de una regulación a la que le resulta indiferente el modo o procedimiento seguido para llegar a la resolución: el régimen de recursos es siempre el mismo, con independencia de que la resolución impugnada se haya dictado de oficio o tras la sustanciación de una declinatoria.

El régimen de recursos será diverso en función de si lo que haya sido objeto de decisión fuera la competencia territorial, de un lado, o bien cualquier otro presupuesto u óbice procesal relativo a la jurisdicción y competencia del tribunal. La razón es bien sencilla: la falta de competencia territorial no afecta a la **validez de las actuaciones** y, además, la apreciación de su ausencia no provoca el sobreseimiento del proceso.

2329 Competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o a mediación y competencia objetiva

Cuando el presupuesto procesal puesto en tela de juicio no ha sido la competencia territorial, la LEC art.66 distingue en función de que el tribunal:

- haya apreciado el defecto (y, en consecuencia, haya sobreseído el proceso); o bien
- haya rechazado la existencia del defecto denunciado.

Si el tribunal se abstiene de conocer por sumisión a arbitraje o a mediación, por no tener el asunto carácter jurisdiccional, por inmunidad de jurisdicción, por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por falta de competencia objetiva, su resolución tiene por efecto la conclusión anticipada del proceso. Por eso, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite expresamente que dicho auto pueda ser objeto de un **recurso de apelación** (LEC art.66.1). Asimismo, y frente a la resolución que resuelva el recurso de apelación, podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal, si se dan las condiciones para ello (LEC art.469.1.1º).

Por el contrario, si el tribunal rechaza la ausencia en el caso concreto de alguno de los mencionados presupuestos, el proceso seguirá su curso.

2331 En este punto, la LEC ha preferido no interrumpir de nuevo el curso de los autos; por eso, frente al auto que se dicte entonces solo cabrá interponer **recurso de reposición**:

a) Si el recurso de reposición es desestimado, el proceso seguirá su curso; no obstante, el litigante podrá alegar la falta de esos presupuestos procesales para fundar la apelación contra la sentencia definitiva que se dicte (LEC art.66.2): se aplica, pues, el régimen general de recursos frente a resoluciones interlocutorias (LEC art.454). Frente a la sentencia que resuelva el recurso de apelación, nuevamente, podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal, si se dan las condiciones para ello.

b) Si el recurso de reposición es estimado, el tribunal habrá de decretar el sobreseimiento del proceso y su resolución será, en consecuencia, recurrible en apelación, al encajar en el supuesto de hecho descrito en el LEC art.66.1 .

2333 Competencia territorial

Cuando el presupuesto procesal involucrado es la competencia territorial, en cambio, no se dará recurso alguno contra los autos que dicte el tribunal, sea cual sea su sentido (LEC art.67).

B. Partes en el proceso civil

2335	1.	Concepto de parte procesal y presupuestos procesales relativos a las partes	2337
	2.	Capacidad para ser parte	2339
	3.	Capacidad procesal	2345
	4.	Representación	2349
	5.	Capacidad de postulación	2357
	6.	Legitimación	2381
	7.	Litisconsorcio o pluralidad de partes en el proceso	2395
	8.	Intervención procesal	2411
	9.	Sucesión procesal	2431

1. Concepto de parte procesal y presupuestos procesales relativos a las partes

2337 Las **partes** del proceso civil son los sujetos que solicitan una tutela del tribunal (actores o demandantes) y los sujetos frente a los que se solicita dicha tutela (demandados). Estos sujetos, en su condición de partes del proceso, son quienes ostentarán la titularidad de los derechos procesales, asumirán las cargas, deberes y responsabilidades propias del proceso y se verán afectados por la resolución que dicte el tribunal.

Son partes del proceso no solo las partes iniciales, es decir, quien presenta la demanda y frente a quien se presenta, sino también aquellas otras personas que adquieren la condición de parte procesal con posterioridad a la demanda, ya sea debido a una ampliación de la demanda contra nuevos demandados, a la intervención de un tercero en el proceso o, en fin, a un cambio de partes o sucesión procesal por transmisión *inter vivos* o *mortis causa* del objeto litigioso.

Las partes del proceso han de cumplir con determinados **requisitos** para que el tribunal pueda pronunciarse sobre el fondo del litigio. Estos, que constituyen genuinos presupuestos del derecho al proceso, es decir, del derecho a una sentencia sobre el fondo, son:

- capacidad para ser parte (nº 2339 s.);
- capacidad procesal (nº 2345 s.);
- representación (nº 2349 s.); y
- capacidad de postulación (nº 2357 s.).

2. Capacidad para ser parte

2339 Es la aptitud para ser titular de los derechos procesales y asumir las cargas, deberes y responsabilidades inherentes a todo proceso. De ordinario, esta aptitud para ser parte procesal se identifica con la capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones que el Código Civil atribuye a todo sujeto por el hecho de **ser persona**. Así, según prevé la LEC art.6.1 , pueden ser parte en los procesos civiles:

- las personas físicas;
- el concebido no nacido para todos los efectos que le sean favorables;
- las personas jurídicas.

Pero, además, la LEC atribuye capacidad para ser parte a ciertas **entidades** a las que la legislación civil **no reconoce capacidad jurídica**. De este modo, reconoce capacidad para ser parte a (LEC art.6.1):

- las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular (p. ej., la herencia yacente), o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración (p. ej., la masa del concurso de acreedores);
- las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte (p. ej., las comunidades del propietarios);
- el Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte;
- los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables y siempre que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados;
- las entidades habilitadas conforme a la **normativa comunitaria europea** para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. A todas estas entidades, carentes de capacidad jurídica, la LEC les reconoce, sin embargo, capacidad para ser parte con el fin de garantizar la seguridad del tráfico jurídico y, en especial, la de los sujetos que se relacionen jurídicamente con ellas.

2341 Finalmente, la LEC art.6.2 reconoce capacidad para ser parte pasiva a 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 puestos al servicio de un fin determinado. Es el caso, p. ej., de las denominadas **sociedades irregulares mercantiles** que actúan en el tráfico jurídico irregularmente constituidas: su constitución no consta en escritura pública o, constando, no están inscritas en el Registro Mercantil. A estas entidades solo se les atribuye capacidad para ser demandadas pero no para demandar.

2343 Tratamiento procesal de la capacidad para ser parte

Comprende la vigilancia de oficio por el tribunal de este presupuesto procesal. Así lo dispone la LEC art.9 : «La falta de capacidad para ser parte (...) podrá ser apreciada de oficio en cualquier momento del proceso». De este modo, si el tribunal advierte que el actor o el demandado no tienen capacidad para ser parte, inadmitirá a trámite la demanda o sobreseerá el proceso si este ya hubiese comenzado, dado el carácter insubsanable de este defecto procesal.

Pero, también, la falta de capacidad para ser parte puede ser denunciada por el demandado: el demandado podrá denunciar la falta de capacidad para ser parte del actor o su propia falta de capacidad para ser parte en el escrito de contestación a la demanda para que dicha cuestión se debata y se resuelva:

- en la **audiencia previa** (si se trata de un juicio ordinario, LEC art.405.3, 416.1.1ª y 418); o
- en el **acto de la vista** (si se trata de un juicio verbal, LEC art.438.1 y 443.2).

Si el tribunal considera que concurre el **defecto procesal** denunciado, deberá sobreseer el proceso.

3. Capacidad procesal

2345 Es la aptitud para comparecer en juicio y realizar válidamente los actos de que se compone el proceso. Del mismo modo que la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad jurídica del derecho Civil, la capacidad procesal se equipara con la capacidad de obrar, es decir, con la aptitud o idoneidad para **realizar válida y eficazmente actos**

jurídicos. Por eso, la LEC art.7.1 reconoce capacidad procesal a «los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles».

Así las cosas, las personas físicas mayores de edad (o menores emancipadas) que no estén incapacitadas y las personas jurídicas tienen plena capacidad procesal. Las personas que carecen de capacidad procesal (por falta de capacidad de obrar) habrán de comparecer y actuar en el proceso a través de su **representante**, siendo en todo caso al representado, que es la verdadera parte procesal, a quien afectará el pronunciamiento judicial que se dicte.

2347 Tratamiento procesal

A diferencia de la falta de capacidad para ser parte, la falta de capacidad procesal es un defecto subsanable y este carácter se aprecia en su tratamiento procesal, siendo el siguiente: el tribunal puede apreciar de oficio la falta de capacidad procesal de las partes en cualquier momento del proceso (LEC art.9). Si el tribunal advierte la falta de capacidad procesal del demandante, le requerirá para que subsane el defecto mediante la comparecencia en el proceso de su representante legal y, si no lo hiciese, inadmitirá a trámite la demanda o sobreseerá el proceso si ya hubiere comenzado. La misma oportunidad de subsanación le dará el tribunal al demandado que, carente de capacidad procesal, pretenda comparecer y actuar en el proceso por sí mismo sin representante legal. Si el demandado no lo subsana, el tribunal le declarará en rebeldía.

Con independencia de su apreciación de oficio por el tribunal, cualquiera de las partes puede denunciar la **falta de capacidad procesal** de la contraria. Así, el demandado puede alegar en su escrito de contestación a la demanda la falta de capacidad procesal del actor para que el tribunal se pronuncie sobre esta cuestión:

- en la **audiencia previa**, si se trata de un juicio ordinario (LEC art.405.3, 416.1.1ª y 418); o
- en la **vista**, si se trata de un juicio verbal (LEC art.438.1 y 443.2).

Si el tribunal estima que concurre el **defecto procesal** denunciando requerirá al demandante para que lo subsane, poniendo fin al proceso si no lo corrige en el plazo concedido (LEC art.418).

Por su parte, el actor puede alegar la falta de capacidad procesal (o de la debida representación legal) del demandado en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal, para que el demandado subsane el defecto en el propio acto o en el plazo que el tribunal le conceda, declarándole en **rebeldía** si no lo hiciera (LEC art.418 y 443).

4. Representación

2349 Las personas físicas que no tienen capacidad procesal (los menores de edad no emancipados y los incapacitados), así como las personas jurídicas o entidades sin personalidad han de comparecer y actuar en el proceso por medio de sus representantes. Existen dos **tipos** de representación: legal (nº 2351) y necesaria (nº 2353).

Cuando en el proceso comparece y actúa un representante (legal o necesario), es preciso acreditar tal cualidad o condición. La LEC exige que el actor con la demanda y el demandado con la contestación aporten «los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya» (LEC art.264.2º). Así las cosas, el **defecto de representación** se produce:

- cuando el litigante no aporta los documentos acreditativos de su representación; o
- cuando los documentos presentados no prueban dicha representación.

2351 Representante legal

Es la persona que ha de comparecer y actuar en el proceso en nombre y en interés de otra procesalmente incapaz, supliendo la falta de capacidad procesal de su representado.

En este punto, la LEC señala que las personas físicas que no estén en el **pleno ejercicio de sus derechos civiles** «habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley» y por los **concebidos y no nacidos** «comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido» (LEC art.7.2 y 3).

2353 Representante necesario

Se denomina así a la persona física que ha de comparecer y actuar en el proceso en nombre y en interés de una persona jurídica o de un ente sin personalidad. La exigencia de que estas personas actúen por medio de un representante no obedece a la necesidad de tener que suplir su falta de capacidad procesal pues, como ya se ha dicho, las personas jurídicas y las entidades no personificadas tienen plena capacidad procesal, sino a la necesidad de que sea una persona física la que materialice en el proceso sus actuaciones. Así:

- por las **personas jurídicas** comparecerán quienes legalmente las representen (LEC art.7.4);

- por las **masas patrimoniales** o patrimonios separados a que se refiere la LEC art.6.1.4º comparecerán quienes, conforme a la ley, las administren (LEC art.7.5);
- por las **entidades sin personalidad jurídica** a las que se refiere la LEC art.6.1.5º comparecerán las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya su representación en juicio (LEC art.7.6); y
- por las **entidades sin personalidad** a que se refiere la LEC art.6.1.7º y 6.2 comparecerán las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

2355 Tratamiento procesal de la representación

La falta de este presupuesto procesal puede ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso. Advertida la **falta de representación** de alguna de las partes, el tribunal requerirá al litigante para que lo subsane y, si no lo hace:

- inadmitirá la demanda o sobreseerá el proceso, si el defecto no subsanado afectase al demandante; o
- declarará en rebeldía al demandado, si el defecto le atañese a él.

Además de la vigilancia de oficio, las **partes** pueden denunciar también la falta de representación. El demandado lo hará en su escrito de contestación a la demanda para que se resuelva en la audiencia previa del juicio ordinario (LEC art.405.3, 416.1.1ª y 418) o en la vista del juicio verbal (LEC art.438.1 y 443.2), y el actor lo alegará directamente en la audiencia previa o en la vista.

El tribunal, de estimar el defecto, requerirá al litigante para que lo subsane, con los mismos efectos anteriormente descritos para el caso de que no lo hiciese.

5. Capacidad de postulación

2357 Para comparecer y actuar en el proceso no basta con tener capacidad para ser parte y capacidad procesal, sino que, además, dada la complejidad técnica que conlleva la tramitación del proceso, es necesario contar con otra cualidad, la denominada «capacidad de postulación» o aptitud para relacionarse directamente con el tribunal y realizar los actos de que se compone el proceso.

En nuestro ordenamiento procesal, esta capacidad de postulación **se reconoce a** los procuradores y los abogados. La postulación comprende tanto la representación técnica, por medio del procurador (nº 2359 s.), como la defensa técnica atribuida al abogado (nº 2372 s.). Por eso, la LEC impone, como regla general, que las partes comparezcan y actúen en el proceso con ambos profesionales (LEC art.23.1 y 31.1), siendo incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (LEC art.23.3 *in fine*).

2359 Representación técnica por procurador

Se exige, con carácter general, que la comparecencia en juicio se realice por medio de procurador habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del proceso (LEC art.23.1). El procurador habrá de ser licenciado o graduado en derecho u otro **título universitario** de grado equivalente.

No obstante, los litigantes podrán comparecer por sí mismos (LEC art.23.2):

1. En los **juicios verbales** que se sigan por razón de la cuantía y esta no exceda de 2.000 euros y para la petición inicial de los procesos monitorios cualquiera que sea el importe de la deuda reclamada.
2. En los **juicios universales**, cuando la comparecencia se limite a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a juntas.
3. En los incidentes relativos a la **impugnación de resoluciones** en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

2361 El procurador es el representante técnico de la parte en el proceso que actúa en nombre y por cuenta de esta mediante un contrato de mandato representativo y típico (LEC art.27 , en relación con CC art.1709 s.). Para que el procurador pueda asumir esta función es preciso que la parte le otorgue un **poder** (LEC art.24.1):

- ante notario;
- comparecencia personal ante el letrado de la Administración de Justicia de cualquier oficina judicial (apoderamiento *apud acta*); o
- por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial.

El poder conferido al procurador (que se entiende aceptado por el hecho de usar de él - CC art.1710 y LEC art.26.1 -) ha de ser legal, es decir, debe otorgarse conforme a lo previsto en la ley, y bastante o suficiente, de modo que faculte al procurador para realizar válidamente las actuaciones del proceso.

El poder puede ser:

a) **General**: faculta al procurador para realizar los actos ordinarios del proceso.

b) **Especial**: para la realización de actos extraordinarios. Así, será necesario poder especial (LEC art.25.2):

- para la realización de actos de disposición como la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto;
- para ejercitar las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general;
- en todos los demás casos en que así lo exijan las leyes.

2363 El procurador podrá comparecer en cualquier tipo de proceso sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir **actos de comunicación** y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitadas por el juez, tribunal o letrado de la Administración de Justicia, pero, en estos casos, no podrá formular solicitud alguna (LEC art.23.3).

Corresponde al procurador la práctica de los actos procesales de comunicación y la realización de **tareas de auxilio y cooperación** con los tribunales. Para la realización de los actos de comunicación, el procurador ostentará capacidad de certificación y dispondrá de las credenciales necesarias. En el ejercicio de esta función, actuará de forma personal e indelegable y su actuación se podrá impugnar ante el letrado de la Administración de Justicia mediante el recurso de reposición. Los **colegios de procuradores** organizarán los servicios necesarios para la práctica de estas funciones (LEC art.23.4, 5 y 6).

En particular, mientras se halle vigente el poder, el procurador asume los **deberes** mencionados (LEC art.26.2):

1. Seguir el asunto mientras no cese en su representación, colaborar con los órganos jurisdiccionales para la subsanación de los defectos procesales y realizar todas las actuaciones que sean necesarias para el impulso y la buena marcha del proceso.
2. Transmitir al abogado todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir.
3. Tener al poderdante y al abogado al corriente del curso del asunto, pasando al abogado copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el tribunal o por los procuradores de las demás partes.
4. Trasladar los escritos de su poderdante y de su letrado a los procuradores de las demás partes.
5. Recoger del abogado que cese en la dirección de un asunto las copias de los escritos y documentos y demás antecedentes, para entregarlos al letrado que se encargue de continuarlo o al poderdante.
6. Comunicar de manera inmediata al tribunal la imposibilidad de cumplir alguna actuación que tenga encomendada.
7. Pagar todos los gastos que se causaren a su instancia, excepto los honorarios de los abogados y de los peritos, las tasas judiciales y los depósitos necesarios para recurrir, salvo que el poderdante le haya entregado los fondos necesarios para su abono.

A estos deberes se suman los previstos bajo la rúbrica **representación pasiva del procurador** (LEC art.28), impone al procurador la obligación de oír y firmar todas las notificaciones que se refieran a su poderdante (salvo aquellas que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona), así como la de recibir las copias de los escritos y documentos de los procuradores de las demás partes.

Como contraprestación, el procurador tiene derecho a una remuneración (derechos), que se fija por un **arancel** estipulado por el colegio de procuradores, y a una provisión de fondos, conforme a lo establecido por la legislación civil para el contrato del mandato. Para la exacción de las cantidades adeudadas por ambos conceptos, la LEC pone a disposición del procurador dos procedimientos privilegiados: provisión de fondos y cuenta del procurador (nº 2366).

2366 Provisión de fondos y cuenta del procurador

Si el poderdante no provee de fondos al procurador, este podrá pedir al tribunal que estuviere conociendo del asunto que sea apremiado a verificarlo. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado al poderdante por 10 días y resolverá lo que proceda mediante decreto, fijando, en su caso, la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse, bajo apercibimiento de apremio (LEC art.29).

Si el poderdante no paga la «cuenta de los derechos devengados y de los gastos suplidos» para el asunto, el procurador o sus herederos -sin necesidad de abogado ni de procurador- podrán presentar ante el letrado de la Administración de Justicia del lugar donde radicare el poderdante moroso cuenta detallada y justificada, manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame (LEC art.34.1).

Presentada la cuenta y admitida por el letrado de la Administración de Justicia, este requerirá al poderdante para que, en el plazo de 10 días y bajo apercibimiento de apremio, pague la cantidad reclamada o impugne la cuenta por ser indebida. Si el **poderdante** impugna la cuenta, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al procurador

por 3 días para que se pronuncie sobre la impugnación. A continuación, el **letrado de la Administración de Justicia**, previo examen de la cuenta y de las actuaciones procesales, así como de la documentación aportada, dictará decreto en el plazo de 10 días determinando la suma que el poderdante ha de pagar al procurador, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los 5 días siguientes a la notificación.

El **decreto** será irrecurrible, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio ordinario posterior. Si el poderdante no formula oposición en plazo, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta (LEC art.34.2 y 3).

2368 Cese

El procurador cesará en su representación cuando concurra alguna de las **causas** previstas en la LEC art.30 , a saber:

- por la revocación expresa o tácita del poder;
- por renuncia voluntaria, por cesar en la profesión o ser sancionado con la suspensión en su ejercicio;
- por el fallecimiento del poderdante o del procurador;
- por separarse el poderdante de la pretensión o de la oposición que hubiere formulado y, en todo caso, por haber terminado el asunto o haberse realizado el acto para el que se hubiese otorgado el poder.

2370 Tratamiento procesal

Se establece que «la copia electrónica del poder notarial de representación, informática o digitalizada, se acompañará al primer escrito que el procurador presente» (LEC art.24.2).

Por lo que se refiere al **apoderamiento apud acta**, el aptdo. 3 del mismo artículo señala que «el otorgamiento *apud acta* por comparecencia personal o electrónica deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación, sin necesidad de que a dicho otorgamiento concurra el procurador. Este apoderamiento podrá igualmente acreditarse mediante la certificación de su inscripción en el archivo electrónico de apoderamientos apud acta de las oficinas judiciales».

Así las cosas, la inexistencia del poder o su ilegalidad o insuficiencia puede ser apreciada de oficio por el tribunal o denunciada por la parte contraria como excepción procesal:

- el tribunal **de oficio** requerirá a la parte de que se trate para que subsane este defecto procesal en un plazo determinado. Si no lo subsana y el defecto está en el poder del procurador del actor, el tribunal inadmitirá la demanda o sobreseerá el proceso si este ya hubiese comenzado; si el defecto afectase al poder del procurador del demandado, el tribunal lo declarará en rebeldía;
- **a instancia de parte**, el demandado puede denunciar el incumplimiento de este requisito procesal en su escrito de contestación a la demanda (LEC art.405.3 y 438.1), para debatirse y resolverse en la audiencia previa (en el juicio ordinario, LEC art.416.1.1ª y 418) o en la vista (en el juicio verbal, LEC art.443.2).

2372 Defensa mediante abogado

La LEC establece que «los litigantes serán dirigidos por abogados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto» (LEC art.31.1). Solamente **se exceptúan** de esta obligación:

- a)** Los juicios verbales que se sigan por razón de la cuantía y esta no exceda de 2.000 euros y la petición inicial de los procesos monitorios, cualquiera que sea el importe de la deuda reclamada.
- b)** Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones (LEC art.31.2).

El abogado asume la defensa técnica de las parte en el proceso mediante un contrato de **arrendamiento de servicios**, que le da derecho a cobrar una remuneración (**honorarios**), que el abogado fija libremente.

Al igual que el procurador, el abogado -o sus herederos- dispone de un procedimiento privilegiado para la exacción de sus honorarios. De conformidad con lo previsto en la LEC art.35 , los abogados podrán presentar minuta detallada manifestando que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos. El letrado de la Administración de Justicia requerirá al deudor para que, en el plazo de 10 días, pague dicha suma o impugne la minuta, bajo apercibimiento de apremio si no hace ninguna de las dos cosas.

- si los honorarios se impugnan por **indebidos**, se estará a lo dispuesto en la LEC art.34.2, párrafos 2º y 3º respecto de la impugnación de la cuenta del procurador;
- si los honorarios se impugnan por **excesivos**, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al abogado por 3 días para que se pronuncie sobre la impugnación.

Si el abogado no acepta la reducción de honorarios que se le reclama, el letrado de la Administración de Justicia fijará los honorarios siguiendo el sistema de la tasación de costas (LEC art.241 s.), salvo que el abogado acredite

la existencia de un presupuesto escrito previo aceptado por el impugnante, y dictará decreto determinando la suma debida, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los 5 días siguientes a la notificación. El decreto será irrecurrible, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio ordinario ulterior. Si el deudor de los honorarios no formula **oposición en plazo**, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta.

2375 Tratamiento procesal de la defensa técnica encomendada al abogado

La LEC establece que «no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado» (LEC art.31.1). Por tanto, el cumplimiento de este presupuesto procesal es controlable **de oficio** por el tribunal: el tribunal concederá un plazo determinado para que se subsane el defecto y, si no se subsana, el escrito de que se trate no surtirá ningún efecto.

2377 Intervención no preceptiva de abogado y procurador

Se regula por la LEC la intervención de abogado y procurador cuando esta no viene exigida por la ley (LEC art.32). En estos casos, la ley quiere que la parte que voluntariamente decida servirse de uno de estos profesionales o de los dos, lo ponga en conocimiento de la parte contraria, para que esta pueda obrar en consecuencia.

Así, de conformidad con lo previsto en este precepto, el actor deberá hacer constar en la demanda su voluntad de servirse de procurador, de abogado o de ambos profesionales. Notificada la demanda al demandado, si este pretendiera valerse también de abogado y/o procurador, deberá comunicarlo al tribunal dentro de los 3 días siguientes, pudiendo solicitar también el reconocimiento del **derecho de asistencia jurídica gratuita**, con suspensión del proceso hasta que se resuelva sobre dicha solicitud.

Igualmente, aunque el actor no haya hecho constar en su demanda su propósito de servirse de abogado y/o procurador, si el demandado quisiera contar con la asistencia de estos profesionales, habrá de comunicarlo al tribunal, para su traslado al actor, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la demanda. Si el actor quisiera entonces valerse también de abogado y/o procurador tendrá que comunicarlo al tribunal en los 3 días siguientes a la recepción de la notificación, pudiendo solicitar también, en su caso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En los supuestos de intervención no preceptiva de abogado y procurador, los **honorarios** del abogado y los derechos del procurador no se incluirán en la condena en costas de la parte contraria, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del litigante condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto de aquel en que se ha tramitado el proceso, operando en este último caso las limitaciones previstas en la LEC art.394.3 (una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes condenados o de 18.000 euros, en los procesos de cuantía inestimable, salvo que el tribunal disponga otra cosa atendiendo a la complejidad del asunto).

2379 Designación de procurador y de abogado

(LEC art.33)

Dejando al margen los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado (LEC art.33.1).

No obstante, la ley también contempla la posibilidad de que el litigante que no tenga derecho de asistencia jurídica gratuita pida que se le designe de oficio abogado, procurador o ambos profesionales, cuando su **intervención** sea **preceptiva** o cuando, no siéndolo, la parte contraria haya comunicado al tribunal su intención de servirse de ellos. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), siempre que el solicitante se comprometa a pagar los honorarios y derechos de los profesionales que se le designen (LEC art.33.2).

6. Legitimación

2381 Además de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, las partes del proceso han de tener otra aptitud o cualidad: la legitimación. El demandante ha de tener legitimación activa y el demandado, pasiva.

A diferencia de la capacidad, cualidad que un sujeto tiene o no en abstracto, es decir, sin necesidad de ostentar la condición de parte en un proceso concreto, la legitimación es una aptitud cuya existencia o inexistencia solo se puede afirmar si el sujeto es parte de un proceso concreto con un determinado objeto. Asimismo, mientras que la capacidad es un presupuesto del derecho al proceso, la legitimación es un **presupuesto de la acción**, es decir, uno de los requisitos o presupuestos materiales que han de concurrir para que el actor tenga derecho a una tutela jurisdiccional concreta.

La legitimación puede definirse como la aptitud del sujeto consistente en encontrarse, en relación con el objeto de un proceso determinado, en la situación que fundamente que el tribunal pueda concederle la tutela judicial que haya

reclamado (**legitimación activa**), o que el tribunal pueda otorgar, precisamente frente a él, la concreta tutela solicitada por el actor (**legitimación pasiva**).

Centrándonos ahora en la legitimación activa, puede decirse que esta cualidad se predica del sujeto que es **titular de la acción**, sea o no titular del derecho subjetivo privado cuya infracción fundamenta la acción. Ahora bien, en función de que el titular de la acción (legitimado activamente) sea o no titular del derecho o interés objeto de controversia, pueden distinguirse dos clases de legitimación activa: ordinaria y extraordinaria (nº 2383 s.).

2383 Legitimación ordinaria y extraordinaria

Como regla general, la legitimación activa (o titularidad de la acción) se reconoce al sujeto que afirma ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso (LEC art.10, párrafo 1º). En estos casos, se habla de legitimación **ordinaria**, propia o directa del actor: el titular de la acción afirma ser titular del derecho subjetivo privado infringido en el que se funda dicha acción o encontrarse en una situación que, sin integrar un derecho subjetivo, tiene una eficacia jurídica análoga a la existencia de un derecho subjetivo, pues permite acudir a los tribunales en solicitud de una específica tutela jurisdiccional (p. ej. no se tiene un derecho subjetivo privado a divorciarse o a la incapacidad de otro sujeto jurídico, pero sí se tiene acción de divorcio o de incapacitación).

No obstante, en algunos casos excepcionales (taxativamente establecidos por las normas jurídicas) se atribuye la titularidad de la acción y, con ella, la legitimación activa a personas distintas de los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (LEC art.10, párrafo 2º).

En otras palabras, en determinados supuestos la Ley concede la titularidad de la acción a un sujeto distinto del titular del derecho subjetivo privado en cuya infracción se fundamenta dicha acción. Cuando esto ocurre, se dice que la legitimación del actor es **extraordinaria**, impropia o indirecta.

A su vez, la legitimación extraordinaria pueden ser de dos **clases**: legitimación por sustitución (nº 2385) y legitimación colectiva (nº 2387).

2385 Legitimación por sustitución

Se produce en aquellos casos en los que la Ley concede la acción a un sujeto que no es titular del derecho subjetivo privado en cuya virtud se procede -de ahí que su legitimación sea extraordinaria-, pero que ejercita la acción **en nombre y en interés propio**, es decir, pretende la tutela para sí mismo y no para el titular del derecho privado -de ahí que su legitimación lo sea por sustitución-. Por eso, en estos casos, se habla de **sustituto** para hacer referencia al titular de la acción y de sustituido para nombrar al titular del derecho subjetivo privado.

Son **casos** de legitimación por sustitución, entre otros, los siguientes:

1. La **acción subrogatoria** del CC art.1111 , en cuya virtud «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona».
2. El **acreedor pignoraticio** puede ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero (LEC art.1869).
3. El **usufructuario** puede reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo, bajo la condición de prestar fianza (CC art.507).

2387 Legitimación colectiva

Se da en aquellos casos en que los sujetos titulares de la acción ejercitan en nombre propio derechos ajenos pero, a diferencia del sustituto no lo hacen en interés propio, sino en **interés ajeno**, esto es, en interés de los sujetos titulares de tales derechos. La finalidad de la legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas no es otra que ofrecer una defensa más eficaz de los derechos e intereses supraindividuales que la que se conseguiría a título individual.

1. Dejando al margen las normas especiales de legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas contempladas en leyes sectoriales en materia de derecho de consumo, interesa ahora centrarse en las normas generales (LEC art.11), bajo la rúbrica «Legitimación para la defensa de derechos e intereses de **consumidores y usuarios**». Sin perjuicio de la legitimación individual que corresponde directamente a los perjudicados, estas normas reconocen legitimación activa a diferentes entidades según se trate de acciones en defensa de:

- a) En defensa de **intereses colectivos**: cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables.

En este caso, la LEC reconoce **legitimación extraordinaria** a (LEC art.11.2):

- las asociaciones de consumidores y usuarios;

- las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de tales intereses (por ejemplo, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición);

- los propios grupos de afectados.

b) En defensa de **intereses difusos**: cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación.

La legitimación para demandar en juicio la defensa de intereses difusos se atribuye exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas (LEC art.11.3).

Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea a las que se refiere la LEC art.6.1.8º están legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (LEC art.11.4).

El Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (LEC art.11.5).

2390 2. Por su parte, la LEC regula la «legitimación para el ejercicio de acciones en defensa del derecho a la **igualdad de trato entre mujeres y hombres**» (LEC art.11 bis).

En este ámbito, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán 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 (LEC art.11 bis.1).

Cuando los afectados sean una **pluralidad de personas indeterminada** o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres (LEC art.11 bis.2).

En los casos de **legitimación extraordinaria colectiva** (también llamada representativa), las asociaciones o entidades legitimadas para el ejercicio de acciones basadas en derechos ajenos no son (pese al nombre) meros representantes en sentido técnico-jurídico del titular o titulares de esos derechos, sino que son la verdadera parte procesal, pues estas entidades actúan siempre en nombre propio, aunque en este caso lo hagan en interés ajeno.

2392 Tratamiento procesal de la legitimación

La legitimación, a diferencia de la capacidad y de la representación, no es un presupuesto del derecho al proceso cuya existencia condicione el que se dicte una sentencia sobre el fondo, sino un **presupuesto material** de la acción cuya existencia condiciona la estimación de la demanda. Por tanto, la ausencia de legitimación del actor o del demandado no trae consigo la inadmisión de la demanda ni el sobreseimiento del proceso sino la desestimación de la tutela jurisdiccional concreta que se pretende.

Por consiguiente, el momento en el que el tribunal ha de pronunciarse sobre la legitimación -si se tiene o no se tiene-, así como sobre el resto de los presupuestos materiales de la acción, no es otro que la **sentencia de fondo**. Ante la falta de legitimación, activa o pasiva, el tribunal habrá de dictar una sentencia de fondo desestimando la tutela jurisdiccional solicitada.

No obstante, en algunos **casos excepcionales**, parece conveniente que el tribunal pueda comprobar la legitimación de las partes al comienzo del proceso, sin necesidad de esperar al momento de dictar sentencia para establecer si se tiene o no y, en su caso, denegar la concreta tutela jurisdiccional pretendida por falta de legitimación. Nos referimos a aquellos supuestos en que la existencia de legitimación depende de que el sujeto cumpla los **requisitos objetivos** que la Ley exige para estar legitimado de forma extraordinaria y que nada tienen que ver con el fondo del asunto.

Se trata, por ejemplo, de que:

- el tribunal compruebe *in limine litis* que el actor que demanda en juicio la defensa de los **intereses difusos** de consumidores y usuarios es una asociación representativa conforme a la Ley, pues la LEC art.11.3 solo reconoce legitimación a tales asociaciones; o

- la entidad demandante que ejercita una **acción de cesación** para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios es una de las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de dicha acción, tal y como exige la LEC art.11.4 .

En estos casos, parece adecuado dar a la legitimación el tratamiento procesal propio de los presupuestos del proceso o del derecho al proceso.

2395 Existe litisconsorcio cuando en alguna de las posiciones procesales hay una pluralidad de sujetos:

- cuando son varios los demandantes, el litisconsorcio es **activo**;
- cuando son varios los demandados, el litisconsorcio es **pasivo**; y
- cuando hay pluralidad de actores y demandados, el litisconsorcio es **mixto**.

El litisconsorcio puede ser **voluntario** (nº 2397) o **necesario** (nº 2399 s.), en función de si la pluralidad de partes se produce por voluntad de los litigantes o viene exigida por el ordenamiento jurídico. A ambos tipos de litisconsorcio se refiere la LEC art.12 .

2397 Litisconsorcio voluntario

Es voluntario cuando su constitución depende de la voluntad del actor o de los actores:

- el actor decide presentar **demanda conjunta** a varias personas (pudiéndolas demandar por separado); o
- varios actores, en vez de presentar **demandas separadas** frente a una misma persona, deciden dirigir una demanda conjunta contra el mismo demandado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula el litisconsorcio voluntario en los siguientes términos: «Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título» (LEC art.12.1).

En los casos de litisconsorcio voluntario (activo o pasivo) existen varias relaciones jurídicas controvertidas, tantas como **codemandantes o codemandados**, y cada una de ellas funda una acción distinta. Por eso, en los casos de litisconsorcio voluntario se produce siempre una **acumulación subjetiva de acciones**, pues se ejercitan acumuladamente tantas acciones como litisconsortes.

El único requisito que se impone por la LEC para la **constitución** de este tipo de litisconsorcio es que las acciones ejercitadas «provengan de un mismo título», es decir, que haya identidad de causa de pedir entre las acciones que se acumulan (LEC art.12.1). Se trata del mismo requisito que en su art.72 exige para la acumulación subjetiva de acciones. Así, según dispone este precepto: «Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga frente a varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir», entendiéndose «que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos» (LEC art.72).

Con el litisconsorcio voluntario y el consiguiente enjuiciamiento conjunto de dos o más acciones conexas en un único proceso, además de economía procesal, se evita el **riesgo de** que se dicten **sentencias contradictorias**; riesgo que, sin duda, se correría de seguirse procesos separados respecto de acciones que se fundan en unos mismos hechos.

En todo caso, las acciones acumuladas mantienen su **autonomía**, de modo que la sentencia debe pronunciarse sobre cada acción individualmente, pudiendo hacerlo de forma diversa: es posible que el tribunal estime una acción y desestime otra u otras. Por la misma razón, los actos procesales realizados por uno de los litisconsortes voluntarios solo aprovechan o perjudican a quien los realizó, sin alcanzar nunca a los demás litisconsortes.

2399 Litisconsorcio necesario

Se dice que el litisconsorcio es necesario cuando el ordenamiento jurídico impone que la demanda sea presentada conjuntamente por varias personas o frente a **varias personas**. A este tipo de litisconsorcio se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa» (LEC art.12.2).

Lo primero que debe destacarse del señalado art.12.2 es que este precepto solo establece la **carga del actor** en ciertos casos de dirigir la demanda conjuntamente contra una pluralidad de sujetos, pero nada dice acerca de la necesidad de que varios actores litiguen unidos contra el mismo demandado. Esto significa que, en nuestro ordenamiento, todos los casos de litisconsorcio necesario lo son de litisconsorcio necesario pasivo.

En efecto, en algunas ocasiones el derecho exige, atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica controvertida y a la concreta tutela judicial que se pretende, que el actor demande a varias personas conjuntamente y no a una sola, por cuanto la sentencia que se dicte va a afectar a todas ellas de modo directo.

2401 El litisconsorcio necesario pasivo puede ser de dos **tipos**:

- a) **Legal o propio**: cuando la carga de demandar conjuntamente a varias personas viene impuesta expresamente por una norma jurídica -sustantiva o procesal-, el litisconsorcio necesario pasivo es propio o legal.

Ejemplo típico de este tipo de litisconsorcio es el previsto en:

- el CC art.1.139 : si la **obligación** es **indivisible** «solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores»; o
- la LEC art.600 en relación con la **tercería de dominio**: «la demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado»; o,
- el previsto en la LEC art.766 para los procesos sobre **filiación, paternidad y maternidad**: en estos procesos «serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en esta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne esta».

b) **Jurisprudencial o impropio**: cuando la carga de dirigir la demanda conjuntamente contra varias personas no viene impuesta por la Ley sino por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio necesario que incrementa considerablemente el número de supuestos en que resulta exigible la constitución de un litisconsorcio necesario pasivo. Así, por ejemplo, según esta doctrina, existe litisconsorcio necesario en los siguientes **casos**:

- el actor pretende la nulidad de una relación jurídica en la que han intervenido varias personas, la demanda debe dirigirse frente a todas ellas;
- el actor cuestiona la validez de un testamento, debe demandar a todos los herederos;
- el actor ejercita una acción declarativa de dominio respecto de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de varias personas, la demanda debe dirigirse contra todos los cotitulares registrales del derecho de propiedad, etc.

2404 A diferencia de lo que sucede en el litisconsorcio voluntario, en los casos de litisconsorcio necesario (legal o jurisprudencial) no hay una pluralidad de relaciones jurídicas controvertidas, sino que estamos ante supuestos en los que la **relación jurídica** que se debate es solo una, protagonizada, eso sí, por una pluralidad de sujetos. De este modo, el litisconsorcio necesario no trae consigo una acumulación subjetiva de acciones -tantas acciones como litisconsortes pasivos-, sino que se trata de casos en los que el actor ejercita una **única acción**.

En otras palabras, en todos los casos de litisconsorcio necesario pasivo existe siempre una legitimación pasiva plural, porque no es solo una sino varias las personas que se encuentran en la posición que fundamenta la exigencia, justo frente a ellas, de la concreta tutela jurisdiccional correspondiente a la única acción que se ejercita.

Los litisconsortes necesarios no tienen la obligación de litigar unidos bajo una misma defensa y representación sino que cada uno de ellos puede comparecer en el proceso con su abogado y procurador y formular las alegaciones y proponer los medios de prueba que considere adecuados para su mejor defensa. Ahora bien, los **actos procesales** que impliquen ejercicio del poder de disposición sobre el objeto del juicio o sobre el proceso mismo solo serán eficaces si se realizan conjuntamente por todos los demandados, puesto que, en estos casos, el **pronunciamiento judicial** que se dicte ha de ser único e inescindible para todos los litisconsortes.

De ahí que se diga que en los supuestos de litisconsorcio necesario pasivo, los efectos favorables derivados de la actividad procesal de uno de los litisconsortes se extienden a los demás, mientras que los efectos perjudiciales no alcanzan a ninguno, ni siquiera a quien realizó el acto perjudicial.

2406 **Obligaciones solidarias e inexistencia de litisconsorcio necesario**

El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que la solidaridad no es un supuesto de litisconsorcio necesario pasivo. En el caso de las obligaciones solidarias, el acreedor dispone del *ius electionis*, lo que le permite dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios por la totalidad de la deuda o contra todos ellos simultáneamente.

Asimismo, el acreedor goza del *ius variandi*: puede dirigirse frente a otros deudores solidarios, aunque previamente haya intentado el cobro frente a alguno de ellos. Así se recoge en el Código Civil: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo» (CC art.1444).

Por consiguiente, el actor podrá:

- demandar conjuntamente a varios o a todos los **deudores solidarios**, constituyendo así un litisconsorcio pasivo voluntario (LEC art.12.1); o
- dirigirse contra uno solo de los deudores solidarios reclamándole la totalidad de la deuda.

En este último caso, el deudor demandado no podrá invocar la falta de litisconsorcio pasivo necesario o la irregular constitución de la litis.

Ahora bien, si el acreedor demanda solo a uno o a varios de los deudores solidarios, pero no a todos, la sentencia que se dicte no servirá de **título ejecutivo** frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso. En otras palabras, la sentencia obtenida frente a uno o varios deudores solidarios solo podrá ejecutarse en el patrimonio del deudor o de los deudores demandados y condenados (LEC art.542).

2408 Tratamiento procesal de la falta de litisconsorcio necesario pasivo

Si el actor no demanda a todos los sujetos que tiene la carga de demandar, ya venga esta carga impuesta por la Ley o por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se produce una «falta de litisconsorcio pasivo necesario» o una «irregular constitución de la *litis*».

La LEC nada dice acerca de si el tribunal puede apreciar de oficio la falta del debido litisconsorcio, limitándose a regular su tratamiento procesal a instancia del demandado o demandados.

En el **juicio ordinario**, el demandado puede alegar este defecto en su escrito de contestación a la demanda a través de la *exceptio plurium litisconsortium* o excepción procesal de falta del debido litisconsorcio (LEC art.405.3). De acuerdo con lo previsto en la LEC art.420 , ante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado en su contestación, el actor podrá en la audiencia previa adoptar las dos siguientes **actitudes**:

1. Admitir la existencia de este defecto y presentar en la audiencia previa escrito dirigiendo la demanda a los sujetos inicialmente preteridos. En este caso, el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así y ordenará emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia.

El demandante solo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras que sean imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir.

2. Oponerse a la falta de litisconsorcio aducida por el demandado. De hacerlo así, el tribunal oír a las partes sobre este punto y resolverá *in voce* en la audiencia previa lo que considere procedente. No obstante, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, el tribunal podrá resolver sobre esta cuestión mediante auto en el plazo de los 5 días siguientes a la finalización de la audiencia.

Si considerase procedente el litisconsorcio, le concederá al actor un plazo no inferior a 10 días para que lo constituya y, si no lo hace, pondrá fin al proceso por medio de auto y procederá al archivo definitivo de las actuaciones. Si el actor constituye el litisconsorcio, los nuevos demandados dispondrán de 20 días para contestar a la demanda, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones.

En el **juicio verbal**, el demandado podrá alegar la falta del debido litisconsorcio en su escrito de contestación a la demanda (LEC art.438.1), y el tribunal resolverá lo que proceda en el acto de la vista, conforme a lo previsto en la LEC art.420 respecto del juicio ordinario (LEC art.443.2).

8. Intervención procesal

2411 El ordenamiento jurídico no solo debe tutelar los derechos e intereses legítimos de las partes litigantes sino que también ha de proteger los derechos e intereses de los terceros no litigantes, es decir, de aquellos sujetos que no son parte del proceso, pero que, por su relación con el objeto del mismo, tienen un interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

Nuestro ordenamiento procesal protege a los terceros de diversas formas: una de ellas es limitando la eficacia de la sentencia que pone fin al proceso a las personas que han sido partes litigantes. Así, como norma general, la cosa juzgada despliega su eficacia solo entre quienes hayan sido parte del proceso en que se produce la correspondiente sentencia (*res iudicata inter partes*). Y la **eficacia ejecutiva** de la sentencia solo opera, en principio, respecto de las partes litigantes.

Con estos **límites** se protege a los terceros, pues se evita que una resolución afecte a quien no ha tenido oportunidad de ser parte y, en consecuencia, no ha podido alegar y probar lo conveniente a su derecho en el proceso correspondiente.

Pero, la **tutela** de los terceros en el proceso se realiza fundamentalmente a través del instituto de la intervención procesal (o intervención, sin más), es decir, dándoles la oportunidad de intervenir en el proceso para defender sus derechos e intereses.

La intervención procesal puede ser de dos **clases**: voluntaria (nº 2413 s.) y provocada (nº 2422).

2413 Intervención voluntaria

Se produce en aquellos casos en los que el tercero solicita (voluntariamente) su intervención en el proceso.

Nuestro ordenamiento procesal regula este tipo de intervención bajo la rúbrica «Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados», en cuya virtud: «Mientras se encuentre pendiente un proceso,

podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito» (LEC art.13).

Este precepto solo contempla la posibilidad de una intervención voluntaria **adhesiva**, esto es, que el tercero solicite su intervención para adherirse o sumarse a la posición de una de las partes del proceso, el actor o el demandado. Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, no prevé la denominada intervención voluntaria principal, es decir, no considera la posibilidad de que el tercero pida su intervención en el proceso para sostener una tutela propia y distinta de la mantenida por las partes procesales (LEC art.13).

La intervención voluntaria adhesiva puede ser a su vez de dos **tipos**: litisconsorcial (nº 2415) y simple (nº 2417).

2415 Adhesiva litisconsorcial

La intervención voluntaria adhesiva litisconsorcial está a disposición del tercero que, por ser cotitular de la relación jurídica litigiosa, pudo o debió ser litisconsorte del actor o del demandado y, sin embargo, no lo fue.

En estos casos, el **tercero interviniente** afirma ser cotitular del mismo derecho que el actor se atribuye o del mismo deber jurídico que se imputa al demandado y solicita su intervención en el proceso para sostener la postura de su litisconsorte.

Así, por ejemplo, en los casos de litisconsorcio necesario pasivo, el litisconsorte omitido o preterido puede solicitar su intervención -adhesiva litisconsorcial- en el proceso y, de esta forma, subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario o la irregular o defectuosa constitución de la litis.

2417 Adhesiva simple

La intervención voluntaria adhesiva simple, el tercero interviniente no afirma ser titular de la relación jurídica objeto del proceso en el que quiere intervenir, pero sí titular de otra relación jurídica dependiente de la relación jurídica litigiosa que se va a ver afectada de modo indirecto o reflejo por el pronunciamiento que se dicte en aquel proceso. **Ejemplo** típico de intervención voluntaria adhesiva simple es la intervención del subarrendatario en el proceso sobre resolución de contrato de arrendamiento que se sigue entre arrendador y arrendatario. Es evidente que el **pronunciamiento** que se dicte en este proceso va a afectar al subarrendatario pues la extinción del contrato de arrendamiento supone la extinción del contrato de subarriendo.

Precisiones

Con la admisión en nuestro ordenamiento procesal de este tipo de intervención se pretende, entre otras cosas, evitar los **procesos fraudulentos** convenidos entre actor y demandado con el fin de perjudicar al tercero.

2419 Régimen jurídico de la intervención voluntaria adhesiva

Según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que un tercero pueda intervenir en un proceso pendiente es requisito necesario que acredite tener «interés directo y legítimo» en el resultado del pleito (LEC art.13.1, párrafo 1º).

Sin duda, este interés directo y legítimo lo tiene el interviniente adhesivo litisconsorcial que afirma ser cotitular de la relación jurídica objeto del proceso, pero también debe reconocerse este interés al interviniente adhesivo simple que afirma ser titular de una relación jurídica conexa con la deducida en el proceso que puede verse afectada por la sentencia que se dicte.

La intervención podrá solicitarse «mientras se encuentre **pendiente un proceso**», esto es, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos, sin que dicha solicitud suspenda el curso del procedimiento. El tribunal, previa audiencia de las partes personadas, resolverá por medio de auto si admite o no la intervención del tercero (LEC art.13.2).

Admitida la intervención, el interviniente será considerado parte a todos los efectos (demandante o demandada), pero tendrá que aceptar el proceso en el estado en que este se encuentre, sin que su comparecencia dé lugar a que se retrotraigan las actuaciones. No obstante, sí se le permitirá que formule las **alegaciones** que estime necesarias para su defensa y que no pudo realizar por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de estas alegaciones a las demás partes por plazo de 5 días (LEC art.13.3).

El interviniente no es un mero coadyuvante de la parte a la que se adhiere sino que puede defender en el proceso sus propios intereses y realizar de modo autónomo actos procesales con absoluta independencia de su litisconsorte. En palabras de la LEC art.13.3 , el interviniente puede defender sus **propias pretensiones** «aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa». Asimismo, el interviniente podrá utilizar los **recursos** que procedan contra las resoluciones que le perjudiquen, aunque las consienta su litisconsorte. Realmente, solo si se reconocen al interviniente las mismas facultades de actuación en el proceso que tiene la parte

originaria podrá evitarse el **fraude** que puede suponer un proceso pactado entre actor y demandado con el único fin de perjudicar al tercero.

No obstante, no puede dejar de reconocerse que el interviniente adhesivo simple no tiene las mismas facultades de actuación en el proceso que el interviniente adhesivo litisconsorcial, pues aquel, a diferencia de este, no es titular de la relación jurídica litigiosa y, por tanto, no podrá realizar actos que impliquen disposición del objeto del juicio como renunciar, desistir, allanarse o transigir. Sí podrá, en cambio, oponerse a los **actos de disposición** de las partes que estime perjudiciales a su interés.

2422 Intervención provocada

Se produce en aquellos casos en los que no es el tercero el que solicita su intervención en el proceso sino que es una de las partes, el actor o el demandado, la que pide que el tercero sea llamado por el tribunal para intervenir en el proceso. En estos casos, el tercero que es llamado al proceso no tiene la obligación de comparecer e intervenir, pero sí **la carga** de hacerlo, de modo que si no comparece tendrá que atenerse a las consecuencias jurídicas de la sentencia que se dicte en el proceso.

Las partes del proceso no pueden provocar la intervención de un tercero en cualquier caso que consideren oportuno o conveniente, sino que es preciso que haya una norma legal que permita expresamente la llamada al tercero. En otras palabras, los **supuestos** de intervención provocada que resultan admisibles en nuestro ordenamiento están **tasados** y se hallan limitados a aquellos casos expresamente previstos en las leyes.

Entre otros, son **casos** de intervención procesal provocada:

- la llamada en garantía que el comprador puede hacer al vendedor en los casos de evicción (CC art.1481 s.);
- la llamada que el heredero demandado por deudas de la herencia puede realizar a los coherederos no demandados (CC art.1084);
- la llamada en causa que el usufructuario y el arrendatario pueden realizar al propietario (CC art.511 y 1559 , respectivamente);
- la llamada que el demandado contra el que se ha ejercitado una acción de responsabilidad basada en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de edificación puede realizar a otros agentes que también hayan intervenido en la construcción (L 38/1999 disp.adic.7ª).

2424 Nuestro ordenamiento procesal regula este tipo de intervención en el art.14 de la LEC , distinguiendo según que la intervención la solicite el actor o el demandado:

1. Intervención provocada **a instancia del actor**: el actor habrá de solicitar la intervención del tercero en su demanda. Admitida la intervención, el interviniente dispondrá de las mismas facultades de actuación en el proceso que la Ley concede a las partes (LEC art.14.1).

2. Intervención provocada **a instancia del demandado**: cuando el demandado llame a un tercero para que intervenga en el proceso habrá de procederse conforme a las siguientes **reglas** (LEC art.14.2):

- a) Dentro del plazo para contestar a la demanda, el demandado deberá solicitar al tribunal que se notifique al tercero la **pendencia del proceso**.
- b) El letrado de la Administración de Justicia ordenará la **interrupción del plazo para contestar** a la demanda con efectos desde el día en que se presentó la solicitud, y acordará oír al demandante en el plazo de 10 días, resolviendo el tribunal mediante auto lo que proceda.
- c) Si el tribunal **desestima** la **solicitud** del demandado, se reanuda el plazo para contestar a la demanda desde que se le notifica la desestimación de su petición; si se **estima** la solicitud, el plazo para contestar se reanuda cuando se le dé traslado del escrito de contestación del tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido al tercero para contestar.
- d) Si comparecido el tercero, el demandado considerase que aquel debe ocupar su lugar en el proceso, el letrado de la Administración de Justicia dará **traslado** de la **solicitud** del demandado a las demás partes para que, en el plazo de 5 días, aleguen lo que a su derecho convenga y, a continuación, el tribunal decidirá por medio de auto lo que considere procedente sobre la conveniencia o no de la sucesión planteada por el demandado.
- e) Si el tercero resultase finalmente absuelto, las **costas** se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales de la LEC art.394 .

2426 Intervención en procesos para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios

Se prevé normas específicas de intervención en los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

La LEC art.13.1, párrafo 2º prevé la intervención voluntaria de los consumidores y usuarios perjudicados por un **hecho dañoso** en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos.

Por su parte, su art.15 regula la intervención provocada en este tipo de procesos:

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la defensa de los derechos e intereses de los **consumidores y usuarios**, o por los grupos de afectados, el letrado de la Administración de Justicia llamará al proceso a quienes tengan la **condición de perjudicados** por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará mediante la publicación de la admisión de la demanda en **medios de comunicación** con difusión en el territorio en el que se haya manifestado la lesión de los derechos o intereses (LEC art.15.1).

2. Cuando se trate de un proceso para la defensa de **intereses colectivos**, esto es, cuando los perjudicados por el hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, el actor deberá haber comunicado con carácter previo la demanda a todos los interesados. Tras el llamamiento, los perjudicados podrán intervenir en el proceso en cualquier momento, pero no podrán realizar los actos cuyo plazo de realización ya hubiese transcurrido (LEC art.15.2).

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una **pluralidad** de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación (intereses difusos), el llamamiento del letrado de la Administración de Justicia suspenderá el curso del proceso por un plazo no superior a 2 meses, reanudándose el proceso con la intervención de todos los consumidores que hayan acudido al llamamiento. Una vez reanudado el proceso ya no se admitirá la intervención (LEC art.15.3).

Las reglas anteriores no se aplicarán cuando se trate de procesos iniciados mediante el ejercicio de una **acción de cesación** para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (LEC art.15.4).

2429 Intervención en procesos de defensa de la competencia

La LEC regula la intervención en procesos de defensa de la competencia (LEC art.15 bis). En estos procesos podrán intervenir, por propia iniciativa o a instancia del tribunal, la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las CCAA en el ámbito de sus competencias mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas -o verbales, con la venia del tribunal- sobre cuestiones relativas a la aplicación del TCE art.81 y 82 o LDC art.1 y 2 . A estos efectos, podrán solicitar al **tribunal competente** que les remita todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.

Estos órganos aportarán la información o presentarán sus observaciones 10 días antes de la celebración del acto del juicio o dentro del plazo de oposición o impugnación del recurso interpuesto.

La aportación de información no alcanzará 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 .

9. Sucesión procesal

2431 Es posible que durante la pendency del proceso, alguna de las partes lo «abandone» y otro u otros sujetos que inicialmente no eran parte en el proceso pasen a ocupar su posición procesal. En estos casos se produce una sucesión procesal o cambio de partes. Puede obedecer a tres **causas** distintas:

- fallecimiento de una de las partes (nº 2433);
- transmisión del objeto litigioso (nº 2436);
- intervención provocada (nº 2438).

2433 Sucesión procesal por muerte (LEC art.16)

La LEC regula la «sucesión procesal por **transmisión mortis causa** del objeto litigioso». Según este precepto, cuando uno de los litigantes fallece, sus sucesores pueden continuar ocupando la posición procesal que correspondía al causante a todos los efectos.

La **noticia del fallecimiento** puede llegar al tribunal por varias **vías**:

1. Puede ser el **propio sucesor** quien comunique al tribunal la defunción del litigante. En este caso, habrá que sustanciar un breve incidente: el letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso y dará traslado a la demás partes. Si queda acreditada la defunción y el título sucesorio, el tribunal tendrá por personado al sucesor y lo tendrá en cuenta en la sentencia que dicte (LEC art.16.1).

2. También cabe la posibilidad de que sea **otra persona**, distinta del sucesor, quien ponga en conocimiento del tribunal el hecho de la muerte del litigante (por ejemplo, el procurador del difunto o la parte contraria). En este caso, si el sucesor no se persona en los 5 días siguientes, las demás partes podrán pedir que se les notifique a los sucesores -que deberán identificar y localizar- la existencia del proceso y se les emplaze para que comparezcan en 10 días. El letrado de la Administración de Justicia lo acordará por medio de diligencia de ordenación, suspendiéndose el proceso hasta que comparezcan los sucesores o finalice el plazo para la comparecencia (LEC art.16.2).

Los **efectos** de la falta de personación de los sucesores son distintos según que el litigante fallecido sea el actor o el demandado:

- cuando el fallecimiento ocurre en la posición demandada, la falta de personación de los sucesores conlleva su rebeldía;

- si se trata de la muerte del actor, el letrado de la Administración de Justicia dictará un decreto teniendo por desistido al demandante y ordenará el archivo de las actuaciones, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso el tribunal resolverá lo que estime oportuno.

Si la **incomparecencia de los sucesores** del actor es voluntaria, esto es, no comparecen porque no quieren, se entenderá que la parte demandante renuncia a la acción ejercitada (LEC art.16.3).

2436 Sucesión por transmisión del objeto litigioso (LEC art.17)

Bajo la rúbrica «Sucesión por transmisión del objeto litigioso», la LEC regula el tratamiento procesal que permite la continuación del proceso cuando una de las partes transmite el bien o derecho litigioso durante su pendencia.

De acuerdo con este precepto, la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso solo **tendrá lugar** si el adquirente, acreditando la transmisión, solicita que se le tenga como parte procesal en la posición que ocupaba el transmitente. En este caso, el letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del proceso y concederá a la otra parte un plazo de días para que alegue lo que a su derecho convenga. Si esta no se opone, el letrado de la Administración de Justicia alzaré la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el proceso la posición del transmitente. Si la otra parte se opone a la entrada en el proceso del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda.

El tribunal no accederá al **cambio de partes** solicitado por el adquirente cuando la otra parte acredite que le competen derechos o defensas que solo puede hacer valer frente al transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de partes pudiera dificultar notoriamente su defensa.

Cuando el tribunal no acceda al cambio solicitado por el adquirente, el transmitente continuará en el proceso, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos.

2438 Sucesión en los casos de intervención provocada

La intervención procesal de un tercero a instancia del demandado (intervención provocada) puede desembocar en una sucesión procesal si, una vez que el tercero comparece, el demandado considera que este debe ocupar su lugar en el proceso.

Si el demandado solicita el cambio de partes, se procederá de la siguiente manera: el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud del demandado a las demás partes para que, en el plazo de 5 días, aleguen lo que a su derecho convenga y, a continuación, el tribunal decidirá por medio de auto lo que considere procedente sobre la conveniencia o no de la sucesión planteada por el demandado (LEC art.18).

C. Procesos civiles ordinarios y especiales y determinación del proceso legalmente adecuado

2440	1. Procesos civiles ordinarios	2445
	2. Procesos civiles especiales: cuestiones generales	2447
	3. Panorama general de las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios	2456
	4. Determinación del procedimiento legalmente adecuado	2465

2442 Dado que la función jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Const art.117.3), dos son los **tipos** de procesos previstos para alcanzar ambas finalidades:

1. Para juzgar o, lo que es lo mismo, decir el derecho en el caso concreto, el ordenamiento jurídico dispone de los denominados **procesos declarativos**.

A su vez, debe distinguirse entre:

- aquellos conocidos como «**ordinarios**»: reciben este nombre por ser procesos que la ley establece para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de la generalidad de las acciones, es decir, aquellos que se utilizan para decir el derecho en la generalidad o mayoría de los casos (nº 2445 s.);

- aquellos otros que reciben la denominación de «**especiales**»: se denominan así por haberse establecido por el legislador con la finalidad de servir de cauce a la tutela jurisdiccional no ya de la generalidad de las acciones, sino solo de algunas de ellas, y por tanto únicamente para ciertas materias civiles y mercantiles (regulados, en su mayoría, en la LEC Libro IV).

Junto a estos dos tipos de procesos, hay que distinguir otros que, aunque no pueden calificarse *stricto sensu* ni como ordinarios ni como especiales, puesto que no comparten exactamente las características propias ni de los unos ni de los otros, presentan no obstante rasgos característicos tanto de los ordinarios (su procedimiento base es siempre un proceso ordinario en cualquiera de sus dos modalidades) como de los especiales (se aplica alguna norma procesal específica en función de la materia de que se trata). En estos casos se habla de lo que se conoce como:

- «procesos ordinarios con especialidades»; o
- «especialidades procedimentales de los procesos ordinarios».

2. Para hacer ejecutar lo juzgado, o hacer el derecho en el caso concreto, y por tanto adecuar la realidad a lo establecido en un título ejecutivo cuando el obligado a ello no lo ha hecho voluntariamente, contamos con los llamados **procesos de ejecución**.

1. Procesos civiles ordinarios

2445 Dentro de los procesos civiles ordinarios, y por tanto de aquellos que sirven de cauce a la tutela jurisdiccional de la generalidad de las acciones, el legislador ha previsto dos **modalidades** (LEC art.248.2):

- el juicio ordinario; y
- el juicio verbal.

Para determinar cómo debe encauzarse la **pretensión del actor**, o lo que es lo mismo, delimitar el procedimiento legalmente adecuado en cada caso, la LEC dispone de una serie de normas que, atendiendo preferentemente al criterio de la materia y dejando como subsidiario el de la cuantía, determinan en qué casos habrá de sustanciarse el pleito a través de la modalidad del juicio ordinario y en qué otros resultará necesario hacerlo a través de la del juicio verbal (sobre este particular, TS 21-12-15, EDJ 264674).

Precisiones

Esta cuestión se tratará en detalle en el nº 2465 s.

2. Procesos civiles especiales: cuestiones generales

2447 La existencia de procesos civiles especiales responde al hecho de que cierto tipo de materias, por razones de diversa índole, se ven necesitadas de una tutela jurisdiccional diferente a aquella que se requiere en la generalidad de los procesos civiles: se trata de procesos que se prevén para procurar una tutela jurisdiccional diferenciada para cierto tipo de materias. A diferencia de lo que sucede con los denominados procesos ordinarios con especialidades, que se pueden calificar como ordinarios pero sometidos a variaciones -más o menos apreciables o visibles- consideradas necesarias o convenientes en razón de la especialidad de su objeto, los procesos especiales son enteramente distintos a los ordinarios: las **variaciones** que incluye el legislador en ellos son tantas y de tan variada índole que ya no se logra reconocer el proceso ordinario base.

Este tipo de procesos se caracteriza porque suelen presentar una **distinta previsión de los actos** y de su orden y, en algunos casos, también de los principios básicos y reglas aplicables a diversas cuestiones que han de solventarse en su seno. La mayoría de ellos se encuentran regulados en la LEC Libro IV (aunque hay alguno, como ocurre, en concreto, con el concurso, cuya regulación se encuentra al margen de la LEC -en la L 22/2003): lo importante es que para tramitar este tipo de asuntos los procesos son los que la ley, imperativamente, considera adecuados.

2449 Clasificación

Se pueden distinguir tres tipos de procesos especiales de acuerdo con los siguientes parámetros:

1. Aquéllos en los que, aunque de naturaleza civil, subyace un **interés general o público**; procesos sobre:
 - a) Capacidad (LEC art.756 a 763).

b) Filiación, paternidad y maternidad (LEC art.764 a 768).

c) Matrimonio y menores (LEC art.769 a 781 bis).

Aunque cada uno presenta **singularidades propias**, todos ellos tienen una característica en común que, derivada del interés público subyacente a esta clase de procesos, puede resumirse, en síntesis, en la siguiente: se excluye o limita el principio dispositivo y el de aportación de parte, sustituyéndose -en todo o en parte- por los principios de oficialidad y de investigación de oficio.

Así, y entre muchas otras especialidades, estos procesos se caracterizan:

- por la intervención en ellos del **Ministerio Fiscal**;

- por contar con ciertas **limitaciones** a la indisponibilidad del objeto del proceso y del proceso mismo (p.ej., se niega eficacia a la renuncia, el allanamiento y la transacción y se condiciona la eficacia propia del desistimiento a la conformidad del Ministerio Fiscal - LEC art.751 -); y

- por presentar especialidades en cuanto a la **alegación e introducción de hechos** en el proceso (LEC art.752); sobre este particular, TS 17-7-15, EDJ 129454 .

Los procesos sobre capacidad y estado civil de las personas y los procesos matrimoniales y de menores se examinarán más adelante (nº 3400 s.).

2451 2. Aquéllos que persiguen una **tutela rápida** de ciertos tipos de créditos:

- proceso monitorio (LEC art.812 a 818); y

- juicio cambiario (LEC art.819 a 827).

Dirigidos al reforzamiento de la tutela del crédito, el proceso monitorio y el juicio cambiario, presentan características comunes: ambos comparten su esencia (permiten crear un título ejecutivo frente al deudor de una cantidad de dinero si este, tras haber sido requerido judicialmente al efecto, no atiende al requerimiento de pago ni comparece para oponerse; tienen carácter documental y no presentan limitación cuantitativa respecto del importe de la deuda cuyo pago se reclama).

Ahora bien, también presentan notables **diferencias** entre sí:

a) Unas se deben al **ámbito de aplicación** de cada proceso:

- el uno para determinados documentos cambiales de la LCC (letras de cambio, pagarés o cheques), presentando como especialidad que la clase de documento que habrá de aportarse junto con la demanda y los requisitos que le son exigibles a estos dependerá del tipo de acción ejercitada, ya sea directa o de regreso, al igual que ocurre con la legitimación activa y pasiva; y

- otro por deber de reunir la deuda exigible a través del monitorio las siguientes características: ser dineraria, líquida, vencida, determinada y exigible, de cualquier importe y documentada (LEC art.812).

b) Otras de las peculiaridades previstas se deben a su respectiva **sustanciación**: entre muchas otras, por ejemplo:

- en **materia de competencia**: ambas recogen una regla imperativa, quedando sujeta la territorial en el monitorio a una serie de reglas improrrogables; LEC art.820 para el cambiario y LEC art.813 para el monitorio (TS auto 26-4-06, EDJ 84870 ; 8-11-07, EDJ 255005);

- respecto de la **demandas**: en el cambiario ha de ser sucinta, habiendo de acompañarse el título cambiario (LEC art.821.1), y en el monitorio debe ser una simple petición del acreedor (LEC art.814.1), para cuya presentación no será necesario valerse de abogado y procurador;

- en **materia de oposición** en el cambiario, al encontrarse limitadas las posibles causas para formularla (a las del LCC art.67 ; LEC art.824 a 827) (TS 30-6-14, EDJ 106254); y

- en **materia de admisión** de la petición inicial del monitorio, que lo será en unos casos por el juez y en otros por el letrado de la Administración de Justicia (LEC art.815).

Los procesos monitorios y cambiarios se verán más adelante, nº 3538 s.

2454 3. Aquéllos en los que la actividad jurisdiccional no se proyecta solo sobre bienes o derechos individuales -tal y como ocurre en los procesos singulares-, sino sobre la **totalidad de un patrimonio**, por lo que adquieren la condición de procesos universales:

- procesos de división judicial de patrimonios -división de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial (LEC art.782 a 805 y LEC art.806 a 811 , respectivamente)-; y

- los procesos concursales, cuya regulación, se encuentra fuera de la LEC.

Sobre los procesos de división de patrimonios ver nº 3508 s. En cuanto a los procesos concursales, se examinan en el nº 3768 .

3. Panorama general de las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios

2456 Cuando se habla de procesos ordinarios con especialidades, también denominados especialidades procedimentales de los procesos ordinarios, se hace referencia a aquellos procesos que, siendo ordinarios, puesto que la Ley establece para ellos como base las reglas que rigen un proceso ordinario, dada la especialidad de su objeto, presentan algunas variaciones que se han juzgado necesarias o convenientes en razón, repetimos, de la especialidad de su objeto. Es decir, estamos ante este tipo de procesos con especialidades cuando, en función de la concreta **materia civil o mercantil**, la ley establece como base las **reglas** que rigen un proceso ordinario y sobre ellas introduce variaciones. Éstas pueden ser casi inapreciables, no teniendo reflejo en la tramitación del procedimiento (p.ej., la mera determinación del procedimiento en razón de la materia), o pueden ser más visibles, al suponer la introducción de trámites adicionales, pero, en cualquier caso, y he aquí lo relevante, no impiden reconocer el proceso ordinario que les sirve de base.

En definitiva, la LEC contiene estas especialidades procedimentales al hilo de la regulación de las diversas **instituciones procesales comunes** y, en particular, de la de los procesos declarativos ordinarios, debiendo reseñarse también la existencia de especialidades procedimentales civiles y mercantiles que quedan fuera de la regulación de la LEC.

2458 Dado el gran número y variedad de especialidades procedimentales, procedemos ahora a enumerar las más importantes, dejando para más adelante un examen más completo (nº 2954 s.).

1. El **ejercicio de las acciones de retracto** se somete a dos especialidades: se tramitan siempre por el juicio ordinario (LEC art.249.1.7º) y se exigen ciertos requisitos específicos para la admisibilidad de este tipo de demandas (LEC art.266.2º).

2. En materia de **préstamos usurarios** se presenta una especialidad procedimental respecto de la valoración de la prueba (LEC art.319.3) (TS auto18-1-11, EDJ 4233).

3. Los procesos en que se ejercitan **derechos fundamentales** presentan como especialidades, entre otras, el que cabe en todo caso recurso de casación (LEC art.477.2.1º); y que tienen un fuero especial improrrogable de competencia territorial (LEC art.52.1.6º) (TS auto 9-7-08, EDJ 121112).

4. En materia de **alimentos**, además de que tales pretensiones deberán decidirse en juicio verbal cualquiera que sea su cuantía (LEC art.250.1.8º), cuentan con requisitos específicos de admisibilidad de la demanda (LEC art.266.1º).

5. En los procesos para la **defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios** las especialidades se circunscriben a la capacidad para ser parte y la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios (LEC art.6.1. 7º y 8º y art.11); a las diligencias preliminares (LEC art.256.1.6º); y a la acumulación de procesos (LEC art.78.4 y 76.2.1º), entre otras.

6. Por lo que respecta a la **impugnación de acuerdos sociales**, las especialidades procesales más relevantes en esta materia se encuentran recogidas en la LEC art.76.2, 222.3, párrafo 3º y 727.10ª .

7. En materia de **propiedad horizontal**, aparte de imponerse un fuero improrrogable de competencia territorial (LEC art.52.1.8º), y de que la determinación del procedimiento lo es por razón de la materia (LEC art.249.1.8º), la única especialidad que presentan es la de supeditar a ciertos requisitos el derecho a recurrir del condenado al pago de las cantidades debidas a la comunidad de vecinos (LEC art.449.4) (TS 17-7-02, EDJ 28334).

8. En materia de **competencia desleal**, las especialidades procesales se refieren al procedimiento adecuado (LEC art.249.1.4º); a la competencia territorial (LEC art.52.1.12º); a la carga de la prueba (LEC art.217.4); y a la legitimación activa y pasiva (LCD art.33 y 34) (TS 4-9-14, EDJ 168584).

9. Por lo que respecta a los procesos sobre **propiedad industrial**, entre otras muchas especialidades, presentan las siguientes: en materia de procedimiento adecuado (LEC art.249.1.4º); de diligencias preliminares (LEC art.256.2.7º y 8º); de «diligencias de comprobación de hechos» (LP art.129 a 132); y en materia de tutela cautelar y legitimación (LP art.124 y 127).

10. En cuanto a los procesos por **daños y perjuicios** ocasionados con motivo de la **circulación de vehículos de motor**, las únicas especialidades aplicables son la existencia de un fuero de competencia territorial improrrogable (LEC art.52.1.9º) y la sumisión a ciertos requisitos de admisibilidad de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación (LEC art.449. 3) (TS 19-2-16, EDJ 10888).

11. En materia de **publicidad** se presentan especialidades en las normas de competencia objetiva (LOPJ art.86 ter.2); en el procedimiento adecuado para su tramitación (LEC art.249.1.4º); en la exigencia de ciertos requisitos

de admisibilidad de la demanda (LGP art.27.4); y en la carga de la prueba (LEC art.217.4). Por lo que respecta a procesos relativos a propiedad intelectual, presentan, entre otras, las siguientes especialidades: una norma específica de competencia territorial improrrogable (LEC art.52.1.11º); la posibilidad de solicitar concretas medidas cautelares dirigidas a preparar el juicio (LEC art.256.1.7º y 8º); y otra relativa a la legitimación (LPI art.150).

12. En procesos sobre **condiciones generales de la contratación** hay que distinguir entre las acciones individuales (que apenas tienen especialidades procesales) y las colectivas (que sí presentan varias especialidades; entre otras, referidas a la legitimación activa y pasiva -LCGC art.16 y 17 -; la prescripción - LCGC art.19 -; además de contar también con un fuero de competencia territorial improrrogable (LEC art.52.1.14º).

2461 Procesos sumarios

Señalar que los procesos sumarios presentan especialidades propias. Caracterizados, además de porque no producen efecto de cosa juzgada (LEC art.447.2) porque con carácter general en ellos está prohibida la **reconvención** (LEC art.438.2 ; TS auto 27-11-12, EDJ 264656), la LEC los ha configurado como especialidades del juicio verbal, insertando a lo largo de su regulación un conjunto de normas especiales aplicables en las materias en que se ha querido permitir una tutela sumaria de cierto tipo de derechos, por lo que, en consecuencia, estos procesos se registrarán, en todo aquello en lo que no haya norma especial, por la reglas comunes del juicio verbal.

Los procesos sumarios se pueden dividir en cuatro **grupos**:

a) Los que sirven de cauce para obtener la **tutela sumaria de la posesión**: presentan como única especialidad que no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido un año a contar desde el acto de perturbación o el despojo (LEC art.439.1 ; TS auto 27-2-07, EDJ 11306); cuando tengan por objeto la obtención por el heredero de la posesión de los bienes adquiridos por herencia y no poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario, se darán las especialidades procedimentales previstas en la LEC art.441.1 (TS 27-12-10, EDJ 309183); y los que tengan por objeto la petición de que se suspenda una obra nueva presentan como especialidad la recogida en la LEC art.441.2 (ver nº 2998 s.).

b) Los que sirven para la **protección de los derechos reales inscritos** que presentan importantes especialidades:

- una relativa a la competencia territorial (LEC art.52.1.1º);
- otra referida a la admisibilidad de la demanda (LEC art.439.2);
- otra a la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia (LEC art.441.3); y
- otra respecto de la eventual oposición por parte del demandado (LEC art.444.2 y 440.2) (ver nº 3002 s.).

2463 c) Aquellos sobre ciertas pretensiones derivadas de **contratos de venta a plazo de bienes muebles o de arrendamiento financiero**: se tramitan por los cauces del juicio verbal (LEC art.250.1.10º y 11º); están sometidos a una norma de competencia territorial improrrogable (LEC art.52.2); presentan requisitos especiales para que la demanda pueda ser admitida a trámite (LEC art.439.4); plantean especialidades en materia de medidas cautelares (LEC art.441.4); y ven limitadas las excepciones oponibles por el demandado (LEC art.444.3) (ver nº 3004 s.).

d) los de **desahucio de fincas por falta de pago de la renta o por expiración del plazo**: algunos dan lugar a un proceso sumario (LEC art.447.2) y otros no (siendo plenarios y encauzándose en unos casos por el juicio verbal y en otros por el juicio ordinario), presentan muchas especialidades. En síntesis, entre muchas otras, estas se dan en materia de:

- competencia territorial (LEC art.52.1.7º);
- acumulación de acciones (LEC art.438);
- en el contenido de la demanda (LEC art.437.3);
- en la finalización del proceso, que puede terminar por la enervación del desahucio por falta de pago;
- en la celebración de la vista; y
- en materia de derecho a recurrir en los procesos que lleven aparejado el lanzamiento (LEC art.449) (ver nº 2992 s.).

4. Determinación del procedimiento legalmente adecuado

2465 La LEC ha previsto dos modalidades dentro de los procesos declarativos ordinarios, que se consideran adecuadas a la naturaleza e importancia del asunto: el juicio ordinario y el juicio verbal. Los criterios para determinar por cuál de estos dos cauces procedimentales deberá discurrir el proceso, y por tanto cuál de estas dos modalidades resulta adecuada para encauzar la **pretensión del actor**, son dos:

- el primero, **principal y preferente**, es el criterio de la materia (nº 2467 s.); y

- el segundo, **subsidiario** del primero, el de la cuantía (nº 2473 s.).

Así, para determinar si habrá de seguirse uno u otro cauce procedimental, y por tanto delimitar el procedimiento adecuado, habrá que atender a la materia y, solo en defecto de aplicabilidad al caso de un criterio legal relativo a esta, resultará necesario atender a la cuantía del procedimiento (LEC art.248.3). La determinación de las materias que han de sustanciarse por los trámites del juicio ordinario se lleva a cabo en la LEC art.249.1 , previéndose la fijación de la cuantía en su apdo. segundo; estableciéndose el mismo sistema para el juicio verbal en la LEC art.250 (apdos. 1 y 2, respectivamente).

Estas normas sobre el procedimiento adecuado solo se refieren a la **primera instancia**, de modo que los criterios de materia o de cuantía no influyen ni en la apelación, ni en la segunda instancia, ni tampoco respecto de los recursos extraordinarios.

2467 Criterio de la materia (LEC art.249.1)

Se decidirán en juicio ordinario, por razón de la materia, cualquiera que sea la cuantía, las siguientes demandas:

1. Las 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 (hay que entender referidas al juicio ordinario las remisiones de la LO 1/1982 art.9.1).
3. Las relativas a impugnación de **acuerdos sociales** adoptados por juntas o asambleas generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración de entidades mercantiles [p.ej., acciones de impugnación de acuerdos de Juntas generales de sociedades anónimas o de sus consejos u órganos colegiados de administración (LSA art.118 y 143 , respectivamente); acciones de impugnación de acuerdos de Juntas generales y Consejos de administración de las sociedades de responsabilidad limitadas (LRL art.56 y 70); etc.].
4. Las de materia de **competencia desleal** (p.ej., las acciones declarativas de deslealtad de un acto -1ª LCD art.32 -), defensa de la competencia, en aplicación del TCE art.81 y 82 o de la LDC art.1 y 2 , propiedad industrial (p.ej., las acciones del titular de una patente dirigidas a impedir que un tercero fabrique u ofrezca para la venta sin su consentimiento el producto objeto de su patente - LP art.59 -), propiedad intelectual (p.ej., acciones de cese de la actividad ilícita del infractor - LPI art.138 y 139 -) y publicidad (p.ej., acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita - LGPu art.25 s. -), 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 (salvo lo dispuesto en la LEC art.250.1.12º 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).
5. Aquéllas en que se ejerciten acciones relativas a **condiciones generales de la contratación** en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en la LEC art.250.1.12º [la materia de esta regla 5ª comprende tanto las acciones individuales encaminadas a la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de cláusulas de condiciones generales (LCGC art.9) como las colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales (LCGC art.12)].
6. 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.
7. Las que ejerciten una **acción de retracto** de cualquier tipo (lo que incluye tanto los retractos legales del CC y de leyes civiles especiales como los convencionales amparados en el CC art.107 s.).
8. Las que se refieran a acciones que la Ley de Propiedad Horizontal otorga a las **juntas de propietarios** y a ellos mismos, siempre que estas no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda -o, en su caso, por el monitorio- (se trata de acciones tales como las de cesación de actividades prohibidas a propietarios y ocupantes de los pisos - LPH art.7.2 -o las de impugnación de los acuerdos alcanzados en las Juntas de propietarios - LPH art.18 -).

2470 Por lo que respecta ahora al **ámbito material del juicio verbal**, a tenor de lo previsto en la LEC art.250.1 , se decidirán por este cauce, cualquiera que sea su cuantía, las demandas en que se pretenda:

- a) La 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.

- b)** 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.
- c)** Que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por **herencia** si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.
- d)** 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.
- e)** Que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la **suspensión de una obra nueva**.
- f)** 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;
- g)** La efectividad de los **derechos reales inscritos** en el Registro de la Propiedad por parte de sus titulares frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.
- h)** Obtener **alimentos** debidos por disposición legal o por otro título.
- i)** Ejercitar la acción de rectificación de **hechos inexactos y perjudiciales**.
- j)** 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;
- k)** Que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de **arrendamiento financiero** o contrato de **venta a plazos con reserva de dominio**, siempre que en ambos casos 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 o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de este, en su caso.
- l)** El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los **consumidores y usuarios**.
- m)** La efectividad de los derechos reconocidos en el CC art.160 .

2473 Criterio de la cuantía

Además de las materias para las que está previsto seguir el juicio ordinario, se seguirá también este cauce procedimental en caso de demandas que, no versando sobre ninguna de las materias que determinan la adecuación del juicio verbal conforme a la LEC art.250.1 -redacc L 5/2018-, sean de **cuantía superior** a 6.000 euros y aquellas otras cuyo **interés económico** resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo (LEC art.249.2). Este último caso comprende los supuestos en que el actor no pueda determinar en su demanda la cuantía ni siquiera en forma relativa:

- por carecer el objeto de interés económico;
- por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía (LEC art.251 y 252); o
- porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquella al momento de interponer la demanda (LEC art.253.3).

Por lo que respecta ahora al **juicio verbal**, el LEC art.250.2 dispone que se decidirán también a través de esta modalidad procedimental las demandas cuya cuantía no exceda de 6.000 euros y no se refieran a ninguna de las materias que determinan la adecuación del juicio ordinario conforme a la LEC art.249.1 .

2475 1. Reglas aplicables para la determinación de la cuantía: cuando no exista ninguna especialidad por razón de la materia, habrá que determinar la cuantía del proceso, para fijar con ello el procedimiento legalmente adecuado. A tal efecto, la LEC dispone de una serie de reglas de determinación de la cuantía que parten de que esta se fijará según el interés económico de la demanda, distinguiéndose entre los casos en que el proceso tiene un único objeto (LEC art.251) y aquellos otros en que cuentan con una pluralidad de objetos o de partes (LEC art.252). Antes de adentrarnos en el análisis de las reglas contenidas en ambos preceptos, deben formularse las siguientes **precisiones**:

- a)** La cuantía de la demanda debe precisarse por el actor en su demanda, de manera justificada y con claridad y precisión [excepción hecha a los casos en que podrá hacerse de forma relativa -cuando el actor justifique debidamente que el interés económico del litigio iguala al menos la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario o no rebasa la máxima del verbal- o bien no determinarse -cuando aquel no pueda hacerlo ni de forma relativa-, debiendo sustanciarse en este caso conforme a los cauces del juicio ordinario (LEC art.253.2 y 3)].

b) La cuantía de la demanda debe calcularse siempre conforme a las reglas de la LEC art.251 y 252 (LEC art.253.1).

c) Ésta no se verá afectada en caso de alteración del valor de los bienes objeto del litigio sobrevenida después de haberse interpuesto aquella (LEC art.253.1).

2477 Pasando ahora al examen de las reglas de determinación de la cuantía en los **procesos de objeto único**, se parte de la premisa de que, en principio, el interés económico del asunto es el que le atribuye el demandante en su demanda (**regla 1ª** de la LEC art.251 , en el que se señala que la cuantía se fijará según el interés económico de la demanda). Así, cuando aquel pretenda la condena del demandado a la entrega de una cantidad de dinero, la cantidad que determine aquel constituirá el interés económico del asunto y de la demanda. Las siguientes reglas, hasta doce distintas, se prevén por el legislador para el **cálculo del interés económico** de la demanda en los casos en que el proceso civil no tenga por objeto una condena dineraria simple, porque de tenerla, ya hemos visto que, para determinar el interés económico, se aplica la regla a la que acabamos de referirnos.

Se trata de supuestos que comprenden aquellos en los que las pretensiones del demandante son de distinta índole, pudiendo ir desde la petición de condena al demandado a prestaciones dinerarias a lo largo del tiempo; pretensiones íntimamente relacionadas con el valor de bienes muebles, inmuebles o derechos de distinta naturaleza; o, finalmente, pretensiones de carácter reipersecutorio con las que se pretenda, por distintos títulos, la entrega de cosas o bienes muebles o inmuebles o el disfrute de tales bienes o de derechos; se encuentran reguladas en LEC art.251.2 a 12 , y son las siguientes:

2ª regla: cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase (para este cálculo, el actor podrá servirse de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro).

3ª regla: la anterior regla de cálculo se aplicará también:

- a las demandas dirigidas a garantizar el disfrute de las facultades que se derivan del dominio;
- a las que afecten a la validez, nulidad o eficacia del título de dominio, así como a la existencia o a la extensión del dominio mismo;
- a aquellas otras peticiones, distintas de las establecidas en los dos casos anteriores, en que la satisfacción de la pretensión dependa de que se acredite por el demandante la condición de dueño;
- a las basadas en el derecho a adquirir la propiedad de un bien o conjunto de bienes, ya sea por poseer un derecho de crédito que así lo reconoce, ya sea por cualquiera de los modos de adquisición de la propiedad, o por el derecho de retracto, de tanteo o de opción de compra; cuando el bien se reclame como objeto de una compraventa, tiene preferencia como criterio de valoración el precio pactado en el contrato, siempre que no sea inferior en el caso de los inmuebles a su valor catastral;
- a los procesos que versen sobre la posesión, y no sea aplicable otra regla de este artículo;
- a las acciones de deslinde, amojonamiento y división de la cosa común.

2479 **4ª regla:** en los casos en que la reclamación verse sobre usufructo o la nuda propiedad, el uso, la habitación, el aprovechamiento por turnos u otro derecho real limitativo del dominio no sujeto a regla especial, el valor de la demanda se fijará atendiendo a la base imponible tributaria sobre la que gire el impuesto para la constitución o transmisión de estos derechos.

5ª regla: el valor de una demanda relativa a una servidumbre será el precio satisfecho por su constitución si constare y su fecha no fuese anterior en más de 5 años (en otro caso, se estimará por las reglas legales establecidas para fijar el precio de su constitución al tiempo del litigio, cualquiera que haya sido el modo de adquirirla, y, a falta de ellas, se considerará como cuantía la vigésima parte del valor de los predios dominante y sirviente, teniendo en cuenta lo dispuesto en la regla segunda de este artículo sobre bienes muebles e inmuebles).

6ª regla: en las demandas relativas a la existencia, inexistencia, validez o eficacia de un derecho real de garantía, el valor será el del importe de las sumas garantizadas por todos los conceptos.

7ª regla: en los juicios sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas, sean temporales o vitalicias, se calculará el valor por el importe de una anualidad multiplicado por 10, salvo que el plazo de la prestación fuera inferior a un año, en que se estará al importe total de la misma.

8ª regla: en los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos (este criterio de valoración será aplicable en aquellos procesos

cuyo objeto sea la creación, modificación o extinción de un título obligacional o de un derecho de carácter personal, siempre que no sea aplicable otra regla de este artículo).

2481 9ª regla: en los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo cuando tengan por objeto reclamaciones de las rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de la renta, cualquiera que sea la periodicidad con que esta aparezca fijada en el contrato.

10ª regla: en los casos en que la demanda verse sobre valores negociados en Bolsa, la cuantía vendrá determinada por la media del cambio medio ponderado de los mismos, determinado conforme a la legislación aplicable durante el año natural anterior a la fecha de interposición de la demanda, o por la media del cambio medio ponderado de los valores durante el periodo en que estos se hubieran negociado en Bolsa, cuando dicho periodo fuera inferior al año (si se trata de valores negociados en otro mercado secundario, la cuantía vendrá determinada por el tipo medio de negociación de los mismos durante el año natural anterior a la interposición de la demanda, en el mercado secundario en el que se estén negociando, o por el tipo medio de negociación durante el tiempo en que se hubieran negociado en el mercado secundario, cuando los valores se hayan negociado en dicho mercado por un periodo inferior al año. El tipo medio de negociación o, en su caso, la media del cambio medio ponderado, se acreditará por certificación expedida por el órgano rector del mercado secundario de que se trate). Si los valores carecen de negociación, la cuantía se calculará de acuerdo con las normas de valoración contable vigentes en el momento de interposición de la demanda.

11ª regla: cuando la demanda tenga por objeto una prestación de hacer, su cuantía consistirá en el coste de aquello cuya realización se inste o en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin que en este caso sean acumulables ambas cantidades, salvo si además de instarse el cumplimiento, se pretende también la indemnización. El importe o cálculo de los daños y perjuicios habrá de ser tenido en cuenta cuando la prestación sea personalísima o consista en un no hacer, y ello incluso si lo que se insta con carácter principal es el cumplimiento;

12ª regla: en los pleitos relativos a una herencia o a un conjunto de masas patrimoniales o patrimonios separados, se aplicarán las reglas anteriores respecto de los bienes, derechos o créditos que figuren comprendidos en la herencia o en el patrimonio objeto del litigio.

2483 Pasando ya al análisis de las reglas aplicables para determinar la cuantía en casos de **procesos con pluralidad de objetos**, la LEC art.252 prevé un conjunto de reglas especiales que pueden dividirse en dos clases:

- las que comprenden estrictamente la determinación de la cuantía cuando en el proceso se ejercitan una pluralidad de acciones (reglas 1ª y 2ª); y

- las que determinan previsiones especiales para casos concretos.

Éstas últimas se pueden concretar en las siguientes:

- las que señalan límites máximos respecto de la cuantía (regla 3ª);
- las que excluyen del cómputo de la cuantía determinados aspectos (regla 4ª);
- las que determinan qué situaciones no van a afectar a la determinación de la cuantía (regla 5ª); y
- las que remiten a las reglas generales de determinación de la cuantía los casos en que la pluralidad de partes no suponga pluralidad de acciones (reglas 6ª y 7ª).

Aunque la LEC art.252 recoge una última regla, la 8ª, no vamos a referirnos a ella puesto que, circunscrita a la posible ampliación de la demanda, señalando al efecto que para la determinación de la cuantía se habrá de estar a lo ordenado en las reglas anteriores, al no determinar aquella ni la competencia objetiva ni la clase de proceso, y por tanto resultar admisible únicamente cuando no altere ni la una ni la otra, no parece necesario decir nada más al respecto.

La **regla 1ª** de la LEC art.252 señala que, tanto en el caso de que las acciones acumuladas, que no provengan de un mismo título, sean independientes entre sí, como cuando se acumulen de forma eventual, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la **acción de mayor valor** (a modo de ejemplo, TS 18-2-11, EDJ 10610).

La **regla 2ª** prevé que cuando las acciones acumuladas provengan del mismo título o cuando junto con la principal se pidan accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada no ya por la acción de mayor valor, sino por la **suma del valor de las acciones acumuladas** que sean de valor cierto o líquido, ya que de no concurrir en el importe de cualquiera de las acciones ambos requisitos, solo podrá tomarse en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí sea cierto y líquido, no pudiéndose tomar en cuenta tampoco para la fijación del valor ni los frutos, intereses o rentas que todavía no hayan vencido ni la petición de condena en costas.

Señalar finalmente que la LEC exceptúa de esta regla que acabamos de ver la acumulación de acciones de desahucio por falta de pago, por expiración legal o contractual del plazo, y la de reclamación de rentas o cantidades debidas, ya que en estos casos la cuantía de la demanda viene determinada por la acción de mayor valor (LEC art.252. 2ª, párrafo 3º).

Por lo que respecta a la **regla 3ª**, se señala en ella que si se acumulan en una demanda acciones reales referidas a un mismo bien mueble o inmueble, la cuantía nunca podrá ser superior al valor de la cosa litigiosa.

La **regla 4ª** prevé que se excluirá del cómputo de la cuantía el importe de los plazos que no sea cierto (la regla que se impone cuando se reclamen varios plazos vencidos de una misma obligación, es la de que la cuantía será la suma de los importes reclamados, salvo que se pida en la demanda declaración expresa sobre la validez o eficacia de la obligación, en cuyo caso se estará al valor total de la obligación).

En relación con la **regla 5ª**, se prevé que, cuando la reconvención o la acumulación de procesos sean admisibles, no se tomarán en consideración para calcular la cuantía de la demanda.

En cuanto a las **reglas 6ª y 7ª**, en ambas se dispone que habrá de aplicarse las reglas generales de determinación de la cuantía, refiriéndose la primera a los supuestos en que la pluralidad de partes no conlleve pluralidad de acciones, y la segunda a aquellos en que tal pluralidad de partes determine también la pluralidad de acciones afirmadas.

2485 Tratamiento procesal de la inadecuación del procedimiento

(LEC art.254 y 255)

Si el actor presenta su demanda indicando que habrá de tramitarse a través de una modalidad que no es la adecuada a su pretensión, surge un defecto denominado inadecuación del procedimiento o falta de adecuación legal del procedimiento. El tratamiento procesal de la falta de adecuación del procedimiento es doble: cabe la vigilancia de este requisito tanto *ex officio*, como a instancia de parte (TS 27-2-15, EDJ 45641):

1. Respecto al tratamiento procesal **de oficio**, se debe partir de la premisa de que al juicio se le debe dar inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda salvo que, a la vista de las alegaciones de esta, el letrado de la Administración de Justicia advierta que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, en cuyo caso deberá acordar por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda, diligencia contra la que cabrá recurso directo de revisión ante el tribunal que no produce efectos suspensivos (LEC art.254.1). El letrado de la Administración de Justicia podrá corregir de oficio tanto **errores aritméticos** en la determinación de la cuantía como los consistentes en la selección defectuosa de la **regla legal de cálculo de la cuantía**, si en la demanda existieran elementos fácticos suficientes como para poder determinarla correctamente a través de simples operaciones matemáticas (LEC art.254.3).

Igualmente, en caso de que el letrado de la Administración de Justicia entienda que, según los datos de la demanda, la cuantía es inestimable o no determinable ni siquiera de forma relativa, por lo que procedería seguir la tramitación del juicio ordinario, aquel 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 (LEC art.254.2).

Señalar por último que al tribunal le está vetada la posibilidad de inadmitir la demanda por entender inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía salvo que la demanda se limitase a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o si, tras apreciarse de oficio por el letrado de la Administración de Justicia que la cuantía fijada es incorrecta, no existieren en aquella elementos suficientes para calcularla correctamente. En estos casos, no se dará curso a los autos hasta que el actor no subsane el defecto de que se trate, para lo cual dispondrá de 10 días, transcurridos los cuales el tribunal resolverá lo que proceda (LEC art.254.4).

2487 2. En relación con el tratamiento procesal **a instancia de parte** (LEC art.255), pueden darse dos supuestos diferenciados:

a) El demandado puede **disentir del procedimiento** elegido por el actor por entender que se han aplicado erróneamente las reglas relativas a la cuantía. En este caso, le resulta posible impugnar la cuantía de la demanda no solo a los efectos de adecuación del procedimiento, sino incluso únicamente a efectos de procedencia de la casación (sosteniendo tanto la procedencia como la improcedencia de dicho recurso), aunque eso sí, no resultándole posible tal impugnación cuando se refiera al fondo del asunto [puesto que queda delimitada únicamente a los casos en que esté disconforme bien con el valor de la cosa litigiosa, bien con el modo de calcular, según las reglas legales, el interés económico de la demanda (LEC art.422.1)]. Tal impugnación habrá de hacerse en la contestación a la demanda y resolverse, bien en la audiencia previa cuando se trate de un juicio ordinario, bien en la vista cuando se trate de un juicio verbal, debiendo decidirse en ambos casos sobre tal cuestión antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor (LEC art.255).

No obstante lo dicho, y puesto que la LEC no establece cuándo ha de decidir el tribunal sobre la impugnación de la cuantía de la demanda a efectos de procedencia del recurso de casación, al no haberlo previsto expresamente al regular la audiencia previa al juicio, nada impide sostener que el momento para impugnar la cuantía a tales efectos sea el de la oposición a la admisión del recurso (LEC art.479.2, párrafo 2º), de modo que, de inclinarse el tribunal casacional por la inadmisión al no alcanzar el asunto la cuantía requerida, podrá manifestarse lo que proceda a través del trámite de la LEC art.483.3 .

2489 b) El demandado podrá **alegar la inadecuación del procedimiento** fundándose en que no corresponde el que se sigue a la materia objeto del proceso, o lo que es lo mismo, fundándose en una pretendida aplicación errónea de las reglas relativas a la materia. Tal alegación habrá de formularse en la contestación a la demanda tanto si se trata de un juicio ordinario como si es un juicio verbal. En cuanto a su examen, cuando se trate de un **juicio ordinario**,

habrá de realizarse en la audiencia previa, pudiendo decidir el tribunal sobre ella motivadamente en el acto o, si la complejidad del asunto lo aconseja, dentro de los 5 días siguientes a la audiencia, prosiguiéndose esta en todo caso para sus restantes finalidades (LEC art.423). De estimarse por el tribunal la inadecuación del juicio ordinario, habrán de reconducirse las actuaciones a las propias del juicio verbal, lo que se traduce en la **citación de las partes** para la vista, salvo que la acción aparezca caducada en el momento de interposición de la demanda (LEC art.422.2, párrafo 2º y 423.3).

De tratarse de un **juicio verbal**, aunque la LEC art.443.2 no señala expresamente que la alegación de inadecuación del procedimiento se examine en la vista, no cabe duda de que habrá de hacerse así, en la medida en que la adecuación del procedimiento es una de las circunstancias que pueden impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, debiendo por ello el tribunal resolverla en la vista. De estimarse por el tribunal la inadecuación del juicio verbal, y por tanto estimar fundada la alegación del demandado por entenderse que el procedimiento legalmente adecuado debe ser el juicio ordinario, aunque la Ley no señala expresamente cuál debe ser la consecuencia, parece que no podrá ser otra que la de sobreseer el proceso de modo que pueda iniciarse el juicio ordinario por medio de demanda común.

Aunque podría pensarse que, dado que a día de hoy el juicio verbal comienza por demanda con el contenido y formas propios del juicio ordinario (LEC art.437.1 , que prevé como regla la demanda común en el juicio verbal), lo que permitiría abogar por la posibilidad de que, frente al necesario **sobreseimiento** del juicio verbal pudieran reconducirse las actuaciones a las propias del juicio ordinario en aras de la economía procesal, defender esta solución no nos parece de recibo puesto que supone olvidar que, aunque la regla general en el juicio verbal es que su escrito iniciador deba tener el mismo contenido y forma que el que da comienzo a un juicio ordinario, todavía cabe la posibilidad de que puedan formularse demandas sucintas en los juicios verbales en que no se actúe con abogado y procurador (LEC art.437.2).

D. Diligencias preliminares

2493	Introducción: las diligencias preliminares y las actividades previas a la demanda	2495
	Concepto, fundamento y distinción de figuras afines	2497
	Requisitos para su adopción	2501
	Competencia	2515
	Partes y terceros interesados	2517
	Procedimiento	2519
	Aplicación de la caución	2525
	Efectos	2527
	Primacía de las normas especiales sobre la regulación general de la LEC	2529

2495 Introducción: las diligencias preliminares y las actividades previas a la demanda

Existen una serie de posibles actividades previas a la presentación de la demanda. Entre estas se encuentran:

- el procedimiento para la obtención de asistencia jurídica gratuita (regulado en la L 1/1996);
- el procedimiento de medidas cautelares *ante demandam* (LEC art.730.2 y concordantes);
- las actuaciones que tienden a evitar el proceso, como la negociación extrajudicial (cfr. CC art.1809 s.), la mediación preprocesal (regulada en la L 5/2012) o la conciliación (L 15/2015 art.139 a 148);
- las actuaciones dirigidas a preparar el proceso, como la investigación particular de cada parte (cfr., en su caso, la normativa sobre detectives privados contenida en la L 5/2014 y en el RD 2364/1994), la prueba anticipada y el aseguramiento de pruebas (LEC art.293 a 298) o, en fin, las diligencias preliminares (LEC art.256 a 263).

2497 Concepto, fundamento y distinción de figuras afines

Las diligencias preliminares son actuaciones que un futuro demandante puede solicitar de un tribunal civil con la **finalidad** de «preparar el juicio» (LEC art.256.1 , *in limine*), esto es, de averiguar datos imprescindibles para poder elaborar una demanda que no sea defectuosa (LEC cfr. art.424) en la que esté delimitada con claridad y precisión la pretensión que se ejercita (LEC art.399.1 *in fine* y 549.1). En este sentido, dice el TS auto 11-11-02, , FJ 2.º: «Pueden considerarse las diligencias preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado (...) la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia».

Debe subrayarse que lo habitual será que todos los **datos imprescindibles** para confeccionar adecuadamente la demanda pueda obtenerlos el futuro actor sin necesidad de auxilio judicial. Para ello, se valdrá de su propio

conocimiento de los hechos y de las fuentes de prueba que obran en su poder, así como de otros hechos o pruebas que haya podido averiguar realizando tareas investigadoras de tipo privado.

No obstante, la experiencia ha demostrado que, en ciertos casos, algún dato imprescindible para poder construir correctamente una demanda escapa totalmente a cualquier iniciativa investigadora privada del futuro demandante, normalmente porque quien conoce el dato de que se trate no se aviene a facilitárselo al interesado.

Pues bien, para estos casos, la LEC ha previsto las diligencias preliminares, en el convencimiento de que la **intervención judicial** puede hacer que el futuro actor supere los obstáculos con los que se encuentra para llegar hasta la información que necesita, despejándosele así el camino para interponer correctamente una demanda que le permita obtener una sentencia que satisfaga su derecho a la **tutela judicial efectiva** (Const art.24.1).

2499 Las diligencias preliminares tienden a veces a confundirse con las medidas cautelares y con las actuaciones de prueba anticipada o aseguramiento de prueba. No obstante, en el derecho español, las diferencias entre esas tres figuras son nítidas, en atención a su distinta **finalidad**. Así:

- la finalidad de las diligencias preliminares es que el futuro actor pueda acceder al conocimiento de datos imprescindibles para elaborar correctamente su demanda, como ya se ha dicho;

- la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pudiera dictarse (LEC art.721.1, 726.1.1ª. y 728.1); y

- la finalidad de prueba anticipada y del aseguramiento de prueba es evitar que se pierda alguna fuente de prueba relevante para la decisión del pleito (LEC art.293.1 y 297.1).

Ahora bien, que las tres figuras tengan finalidades diferentes no debe significar que deba excluirse su utilización cuando, además del fin propio para el que han sido previstas, puedan también servir para otros fines adicionales. En el caso particular de las diligencias preliminares, el **requisito esencial** para que puedan ser acordadas es que los datos que se pretenden averiguar con ellas sean imprescindibles para cumplir con las exigencias de la LEC respecto de la elaboración de la demanda (que sirvan para «preparar el juicio», como dice la LEC art.256.1 , *in limine*); pero, cumplido ese requisito, no puede ser obstáculo para su adopción el hecho de que lo que se haya de obtener con las diligencias preliminares pueda contribuir de algún modo a la **efectividad de la futura sentencia** o pueda ser utilizado como fuente de prueba en el futuro proceso.

2501 Requisitos para su adopción

Los requisitos legales para la adopción de diligencias preliminares son cinco:

- justa causa e interés legítimo;
- necesidad para preparar el juicio;
- justificación;
- tipicidad o legalidad; y
- caución.

Para la adopción de diligencias preliminares, la LEC art.258.1 exige, en primer lugar, la concurrencia de «**justa causa**» y de «**interés legítimo**», esto es, la posible lesión de un derecho subjetivo o interés jurídico-sustantivo que justifique la presentación de la futura demanda y la probabilidad de que el solicitante de las diligencias haya sido, efectivamente, el titular del derecho o interés lesionado (por ejemplo, AP Madrid auto 19-6-09, EDJ 262259, FJ 3); con otras palabras, es preciso que el solicitante «identifique la pretensión judicial que se pretende preparar» (AP Madrid auto 7-7-17, EDJ 168958, FJ 3) y muestre al tribunal que de esa pretensión cabe predicar «accionabilidad» (es decir, que, de ser ciertos los hechos en los que se sustenta, puede ser jurídicamente viable).

Sentado lo anterior, el requisito esencial para la adopción de diligencias preliminares es, como ya hemos señalado, el de su **necesidad para preparar el juicio**, en el que el solicitante de las diligencias desea ejercitar su pretensión, es decir, que las actuaciones que se soliciten estén dirigidas a averiguar o clarificar datos desconocidos o dudosos cuando -y solo cuando- dichos datos resultan imprescindibles para que el futuro actor pueda elaborar correctamente la demanda en que la pretensión se contenga. A este requisito esencial se refiere la LEC cuando señala que las diligencias preliminares han de servir para «preparar el juicio» (LEC art.256.1 *in limine*) y que han de ser «adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue» (LEC art.258.1); incluso, la redacción de la diligencia preliminar de la LEC art.256.1.1º también alude a este requisito cuando indica que con ella se debe perseguir conocer «algún hecho (...) cuyo conocimiento sea necesario para el pleito».

Por tanto, deben denegarse las diligencias preliminares que estén encaminadas a **averiguar o clarificar datos** que no reúnan esas características. Así, por ejemplo, no procede adoptar diligencias preliminares para acceder al contenido de documentos que están en manos del futuro demandado pero que no son necesarios para la correcta interposición de la demanda, puesto que los hechos que reflejan se conocen perfectamente por el actor; no obstante,

debe advertirse que eso no significa que los documentos en cuestión no puedan obtenerse por el actor después de la presentación de la demanda, mediante la vía de la designación de archivos en la demanda y la posterior solicitud de exhibición en el momento de la proposición de pruebas; cfr. LEC art.265.2, 270.1.3º y 328); o -solo si el pleito versa sobre una reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia- mediante la vía de una solicitud de «acceso a las fuentes de prueba» formulada «en la demanda o durante la pendencia del proceso» conforme a la LEC art.283 bis.a a 283 bis.k .

Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la LEC dice que las diligencias preliminares deben ser necesarias para preparar el «juicio» (LEC art.256.1 , *in limine*) o el «pleito» (LEC art.256.1.1.º), sin especificar si el juicio o el pleito es un proceso de declaración o un proceso de ejecución. Pues bien, si *ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*, cabe concluir que procederá acordar las diligencias preliminares no solo para preparar un **proceso declarativo**, sino también para preparar un «juicio» o «**pleito**» de naturaleza ejecutiva (cfr., por ejemplo, AP Alicante auto, Secc 8ª, 1-12-11, EDJ 328966 , FJ 2). En el primer supuesto, las diligencias habrán de ser necesarias para que la demanda se ajuste a las exigencias de la LEC art.399 ; y, en el segundo, las diligencias tendrán que ser indispensables para que la demanda cumpla con lo preceptuado en la LEC art.549.1 .

2503 Como tercer requisito, la LEC art.258.1 exige que las diligencias solicitadas «resulten **justificadas**», lo que se ha interpretado en el sentido de que, antes de acudir a los tribunales, el solicitante debe haber agotado todos los medios a su alcance para conseguir la información que pretende averiguar con su solicitud, lo que incluye, al menos, haber pedido dicha información mediante algún tipo de requerimiento extrajudicial (AP Barcelona auto 1-3-18, EDJ 40098, FJ 2 ; AP Asturias auto 28-6-17, EDJ 166608, FJ 3).

En cuarto lugar, la adopción de diligencias preliminares también está supeditada al requisito de **tipicidad o legalidad**, es decir, a que las diligencias que se solicitan encajen en alguno de los supuestos típicos de la LEC art.256.1 .

La jurisprudencia viene entendiendo que el listado de posibles diligencias preliminares de la LEC art.256.1 es tasado o *numerus clausus* (las diligencias preliminares no son «indeterminadas», como dice la EM de la LEC, en su apartado X, párrafo 10); ahora bien, al mismo tiempo, afirma que cada uno de los supuestos debe ser objeto de una interpretación «flexible y extensiva» en aras de asegurar el derecho fundamental del solicitante a la tutela judicial efectiva (cfr., por ejemplo, AP Madrid auto Secc 8ª, 23-2-09, EDJ 67194 , FJ 2).

Por otro lado, interesa destacar que el **catálogo de diligencias** previsto en la LEC art.256.1 permite, en esencia, dos tipos de actuaciones:

- la declaración de un sujeto; o

- la exhibición de «cosas» o documentos; en este caso, la diligencia no debe agotarse en la mera exhibición, sino que debe permitir que el solicitante obtenga una copia de los documentos exhibidos (arg. ex LEC art.259.2 , párrafo 1, *in fine* y LEC art.331 , en relación con la LOPJ art.234 a 235 y LEC art.140 a 141 ; cfr. también LEC art.256.1.8.º , párrafo 1º, *in fine*).

2505 La LEC art.256.1.1º y 2º recoge dos tipos de **diligencias preliminares «ordinarias**», esto es, de diligencias que pueden solicitarse respecto de cualquier proceso civil futuro, con independencia de cuál vaya a ser su objeto. Se trata de las siguientes:

1. **Declaraciones o exhibición de documentos para averiguar datos relativos a la capacidad, representación o legitimación del futuro demandado:** «petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir 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» (LEC art.256.1.1.º). Debe precisarse que cuando la ley alude a la «capacidad o representación» del futuro demandado se está refiriendo a las circunstancias relativas a su «capacidad para ser parte» (cfr. LEC art.6) o a su «capacidad para comparecer en juicio y representación» (cfr. LEC art.7); y cuando alude a la «legitimación» del futuro demandado se está refiriendo a las circunstancias determinantes de su legitimación *ad causam*, es decir, a los hechos de los que depende que a un sujeto se le pueda considerar titular pasivo de la relación jurídica que va a ser objeto de la futura demanda (cfr. LEC art.10 ; AP Ourense auto 21-12-16, EDJ 257741, FJ 4).

2. **Exhibición de la cosa a la que se haya de referir el juicio:** «solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio» (LEC art.256.1.2.º). La jurisprudencia es uniforme al entender que la «cosa» a la que se refiere la LEC art.256.1.2.º puede ser mueble o inmueble y que el proceso posterior que pretenda prepararse con la exhibición se podrá basar en cualquier tipo de acción, ya sea esta real, personal o mixta. Sin embargo, existen dos **líneas jurisprudenciales contrapuestas** respecto del alcance que debe darse a la expresión «cosa a la que se haya de referir el juicio». Por un lado, hay jurisprudencia que, de manera restrictiva, entiende que esta diligencia solamente puede usarse cuando la «cosa» cuya exhibición se solicita va a ser reclamada en el suplico de la demanda del proceso posterior; por ello, nunca cabría utilizar esta diligencia para solicitar la exhibición de documentos, salvo que su entrega fuera el objeto principal del suplico de la demanda del futuro proceso (cfr., por ejemplo, AP Girona, Secc 1ª, 20-11-12, EDJ 309100 , FJ 3).

Por otro lado, existe otra línea jurisprudencial, más acorde con la doctrina sobre la «interpretación flexible y extensiva» de los supuestos de la LEC art.256.1 a la que antes aludíamos, que considera que la expresión «cosa a la que se haya de referir el juicio» equivale a cualquier «objeto inanimado» -así define la RAE el término «cosa»- que pueda servir para conocer algún dato imprescindible para elaborar la demanda; por eso, esta diligencia podría servir, por ejemplo, para reclamar la exhibición de documentos -que también serían «cosas»- cuyo contenido el actor necesita conocer para que la exposición de sus pretensiones se ajuste a las exigencias de la LEC art.399 o art.549.1, sin que sea necesario que la entrega de los documentos en cuestión sea el objeto principal del suplico de la futura demanda (cfr., entre otras, AP Las Palmas auto 10-6-10, EDJ 273257, FFJJ 4º y 5º).

2507 Los números 3.º a 11.º de la LEC art.256.1 contienen las **diligencias preliminares** que podríamos considerar «**especiales**», entendiéndolo por tales las que se prevén para preparar cierto tipo de litigios futuros, relativos a específicas materias civiles o mercantiles. Se trata de las siguientes:

a) **Exhibición del acto de última voluntad:** «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» (LEC art.256.1.3º).

b) **Exhibición de documentos o cuentas de una sociedad o comunidad:** «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 consocio o condueño que los tenga en su poder» (LEC art.256.1.4º).

c) **Exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil:** «petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder» (LEC art.256.1.5º).

d) **Exhibición de la historia clínica:** «petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley [cfr. L 41/2002]» (LEC art.256.1.5º bis).

e) **Medidas oportunas para averiguar los integrantes de un grupo de consumidores y usuarios:** «petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará 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» (LEC art.256.1.6º , en relación con los LEC art.6.1.7.º y 11.2 , *in fine*).

2509 f) **Diligencias para la obtención de datos relativos a ciertas infracciones de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual:**

- «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:

- 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.
- Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios.
- 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.» (LEC art.256.1.7.º).

- «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. (...) se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos» (LEC art.256.1.8.º).

- «Petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para 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 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones» (LEC art.256.1.10.º).

- «Solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de 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.» (LEC art.256.1.11.º).

2510 g) Otras diligencias previstas en normas especiales: «petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes normas especiales» (LEC art.256.1.9.º). Entre las diligencias que incardinarían en este grupo, destacan:

- el «acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por **infracción del derecho de la competencia**», cuando dicho acceso se solicita «antes de la incoación del proceso» (LEC art.283 bis.e y concordantes);

- las «diligencias para la **comprobación de hechos**» en relación con futuros pleitos en materia de patentes, marcas o competencia desleal (L 24/2015 art.123 a 126; L 17/2001 disp.adic.1ª; L 3/1991 art.36);

- las diligencias que se solicitan para **preparación de juicios** sobre acciones basadas en «leyes especiales», como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TS auto 1-3-17, EDJ 12721, FJ 2) o la Ley de Contrato de Agencia (TS auto 17-6-15, EDJ 122601, FJ único).

2512 Finalmente, como quinto y último requisito para la adopción de diligencias preliminares, la ley también exige al solicitante de las diligencias preliminares el ofrecimiento y la posterior prestación de una **caución**, en un importe suficiente para que responda de:

- «los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias»; y

- «los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar» a esas mismas personas (LEC art.256.3).

La forma de la caución podrá ser cualquiera de las previstas en el LEC art.64.2 , esto es, «en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.»

Sin sujeción alguna al ofrecimiento realizado por el solicitante, el importe de la caución y la forma en que habrá de prestarse serán fijados por el tribunal en el **auto** que acuerde las **diligencias preliminares** (LEC art.258.1 : «fijando la caución que deba prestarse»).

Dictado ese auto, el justiciable que obtuvo las diligencias preliminares tendrá la carga de prestar la caución en el plazo de 3 días; y, si no lo hace, el auto quedará automáticamente sin efecto y el letrado de la Administración de Justicia decretará el archivo definitivo de las actuaciones (LEC art.258.3). Así, la falta de prestación de la caución dentro del plazo legal opera como condición resolutoria del auto que acordó las diligencias preliminares.

2515 Competencia

Con carácter general, la competencia **funcional** para resolver sobre las solicitudes de diligencias preliminares corresponderá al juzgado de primera instancia o, en las materias a las que se refiere la LOPJ art.86 ter , al juzgado de lo mercantil.

Y la competencia **territorial**, al juzgado 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 (LEC art.257.1, párrafo 1º). Debe entenderse que el «domicilio» es cualquiera de los lugares indicados en la LEC art.50 y 51 (TS auto 15-11-17, EDJ

237065, FJ 3); además, si el solicitante es un consumidor, también es competente el tribunal del domicilio de este, de acuerdo con la LEC art.52.3 (TS auto 7-6-17, EDJ 96207, FJ 3).

Si la **solicitud** se dirigiera simultáneamente **contra varios sujetos**, respecto de la competencia territorial, será aplicable la LEC art.53 , según el cual será competente el tribunal del lugar correspondiente a la petición que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las peticiones acumuladas; y, en último término, el del lugar que corresponda a la petición más importante cuantitativamente. Y, cuando conforme a las anteriores reglas, pudiera corresponder la competencia territorial a los tribunales de más de un lugar, la solicitud podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del solicitante (TS auto 9-10-12, EDJ 225965, FJ 3).

No obstante, para conocer de las solicitudes de diligencias preliminares especiales tipificadas en los números 6º, 7º, 8º y 9º de la LEC art.256.1 , será competente el mismo tribunal ante el que haya de presentarse la futura demanda que se pretende preparar. 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 (LEC art.257.1, párrafo 2º).

La competencia para las diligencias preliminares tiene carácter imperativo, por lo que **no cabe** alterarla mediante **sumisión expresa o tácita** (cfr., por ejemplo, AP Madrid auto Secc 11ª, 17-3-11, EDJ 62942 , FJ 2).

Además, la existencia de un **convenio arbitral** no es óbice para que puedan solicitarse y obtenerse diligencias preliminares (AP Araba auto Secc 1ª, 26-10-11, EDJ 328696 , FJ 3).

2517 Partes y terceros interesados

Son parte en el procedimiento de diligencias preliminares el solicitante y la persona frente a la que se dirige la solicitud para que lleve a cabo la diligencia preliminar interesada.

No hay reglas especiales sobre capacidad, representación y postulación, debiendo estarse, por tanto, a las **reglas generales** de la LEC art.6, 7, 8, 23 y 31 . No obstante, respecto de la postulación debe puntualizarse que, según la jurisprudencia, no es preceptivo que el acto material de práctica de una diligencia preliminar acordada (una declaración o una exhibición, por ejemplo) sea realizado a través de procurador y/o abogado (AP Castellón auto Secc 3ª, 8-4-09, EDJ 129072 , FJ 2).

Es posible la pluralidad de partes o «acumulación subjetiva de peticiones de diligencias preliminares», siempre y cuando se den los **requisitos** previstos en la LEC art.12.1, 72 y 73 , a saber:

1. Que las peticiones se justifiquen en **hechos parcialmente coincidentes** (es decir, que entre todas las peticiones exista un nexo por razón del título o causa de pedir; cfr. LEC art.12.1 y 72).
2. Que el tribunal al que se dirige la solicitud posea jurisdicción y competencia por razón de la materia para conocer de todas las **peticiones acumuladas** (cfr. LEC art.73.1.1º).
3. Que todas las peticiones de diligencias preliminares deban tramitarse por el **mismo tipo de procedimiento** (LEC art.73.1.2º).
4. Y, en fin, que la ley no prohíba la **acumulación** (LEC art.73.1.3º).

En el procedimiento de diligencias preliminares podrán intervenir los terceros que ostenten un «interés directo y legítimo» en relación con la información que pretende obtener el solicitante (LEC art.13 ; Const art.24.1 ; TCO 219/2012).

2519 Procedimiento

El procedimiento de diligencias preliminares comenzará mediante un **escrito de solicitud** en el que se expresarán «sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar» (LEC art.256.2) y se ofrecerá la caución correspondiente en el importe y forma adecuados (LEC art.256.3).

A este escrito, el solicitante deberá **acompañar las fuentes de prueba** reales (documentos, dictámenes...) que acrediten los requisitos legales exigidos para la adopción de las diligencias interesadas. Para la adopción de las diligencias de la LEC art.256.1.8º , la ley exige necesariamente la aportación «un principio de prueba de la realidad de la infracción [del derecho de propiedad industrial o intelectual, cometida a escala comercial] que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción».

En los 5 días siguientes a la presentación de la solicitud, el tribunal, *inaudita altera parte* (es decir, sin oír a la persona contra la que se dirige la solicitud), deberá resolver mediante **auto** lo que proceda (LEC art.258.1 , *in fine*). Para ello:

1. El tribunal revisará de oficio su competencia, sin que sea admisible el planteamiento de declinatoria. Si entendiéndose que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado al que debe acudir y, si este último se inhibiere en su competencia, decidirá la cuestión negativa de competencia el tribunal inmediato superior común (LEC art.257.2 y 60 , en relación con LOPJ art.51 y 52).

2. También revisará el tribunal de oficio el cumplimiento de los correspondientes requisitos de capacidad, representación y postulación (LEC art.9 y 31.1).

3. Si el tribunal entiende que es competente y que concurren los requisitos de capacidad, representación y postulación, deberá valorar si se cumplen los requisitos legales exigibles para la adopción de las diligencias preliminares que se interesan (justa causa e interés legítimo, necesidad para preparar el juicio, justificación, tipicidad y ofrecimiento de caución).

2521 El **auto que deniegue** la solicitud será susceptible de recurso de apelación (LEC art.258.2 , *in fine*).

El **auto que estime** la solicitud habrá de precisar los **motivos de la estimación** y las diligencias que han de practicarse, fijará el importe y la forma de la caución, requerirá al solicitante para que la preste en el plazo de 3 días y, finalmente, «citará y requerirá 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» (LEC art.258.1, 258.3, 259.1 , en relación con la LEC art.208.2 y 218 y con LOPJ art.248.2).

Cuando las diligencias preliminares acordadas afecten a algún **derecho fundamental** (por ejemplo, al derecho a la protección de datos personales; Const art.18.4), se exige que la resolución judicial esté especialmente motivada, de manera que el órgano judicial exponga las razones por las que las diligencias resultan idóneas, necesarias y proporcionadas en relación con un fin constitucionalmente legítimo (TCo 96/2012, FFJJ 6 a 11).

El auto estimatorio de la solicitud será irrecurrible (LEC art.258.2), pero, dentro de los 5 días siguientes a aquel en que reciba la citación, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá 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 (cfr., en especial, LEC art.442 y 443).

Celebrada la vista, el tribunal resolverá, mediante auto, si considera que la **oposición** es justificada o si, por el contrario, carece de justificación (LEC art.260):

- si el tribunal considerare **injustificada** la oposición, dictará auto confirmando el auto que acordó la práctica de las diligencias y condenará al requerido al pago de las costas; esta decisión se acordará por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno;

- si el tribunal considerare **justificada** la oposición, dictará auto por el que se dejará sin efecto el auto que acordó la práctica de las diligencias; es dudoso si, además, las costas deben imponerse al solicitante de las diligencias finalmente denegadas dado que ha visto rechazadas sus pretensiones (LEC art.394.1) o si, por el contrario, no procede imposición de costas, bien porque el incidente de oposición tendría naturaleza impugnatoria y la estimación de una impugnación no determina la imposición de costas (LEC art.398.2), bien porque la norma especial que resulta aplicable (LEC art.260) no prevé tal imposición (AP Barcelona auto 6-7-17, EDJ 178921, FJ 3 ; AP Cuenca auto 7-3-17, EDJ 49968, FJ 5); el auto estimatorio de la oposición podrá ser recurrido en apelación.

2523 Prestada la caución, si no hubiere oposición o esta se hubiere desestimado, las diligencias acordadas habrán de practicarse conforme a lo establecido en el auto estimatorio de la solicitud.

Al acto de **práctica de las diligencias**, podrán acudir las partes con un experto que les asesore, el cual actuará siempre a costa de quien haya requerido sus servicios (arg. ex LEC art.259.2, párrafo 2º , *in fine*).

En el caso de las diligencias de la LEC art.256.1.7º , para garantizar la confidencialidad de la información requerida, el tribunal podrá ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada. Esta decisión se adoptará en la forma establecida en el LEC art.138.3 y a solicitud de cualquiera que acredite interés legítimo (LEC art.259.3). También la **exhibición de documentación** efectuada con base en la LEC art.256.1.7º y 8º podrá efectuarse con «carácter reservado», si así lo acuerda el tribunal, a instancia de cualquier interesado, para garantizar la protección de datos e información que tuvieran carácter confidencial (LEC art.259.4 , *in fine*).

Ante la **negativa a llevar a cabo las diligencias**, dispone la LEC art.261 :

«Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen:

1ª. Si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.

2ª. Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.

3ª. Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese 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.

4ª. Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.

5ª. Tratándose de las diligencias previstas en la LEC art.256.1.6º, 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. Igualmente ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7º y 8º del apartado 1 del art.256 de la LEC, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos.»

2525 Aplicación de la caución

El solicitante perderá la totalidad de la caución prestada, en favor de la persona que soportó las diligencias preliminares, «si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal» (LEC art.256.3).

Fuera del caso anterior, practicadas las diligencias preliminares o denegadas estas en virtud de un auto estimatorio de la oposición, la persona contra la que se dirigió la solicitud podrá presentar al tribunal una petición de **abono de gastos** y/o de **indemnización de daños y perjuicios** con cargo a la caución prestada por el solicitante. El tribunal resolverá mediante auto, en el plazo de 5 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 será apelable sin efectos suspensivos (LEC art.262.1).

En el supuesto de haberse practicado las diligencias y de haberse **aplicado parcialmente la caución** para el abono de los gastos y/o de la indemnización, si el solicitante presenta su demanda en el mes siguiente a la terminación de las diligencias, se le devolverá el remanente. De lo contrario, si transcurre ese plazo y la demanda no se interpone, salvo justificación suficiente, el remanente será entregado a la persona contra la que se dirigió la solicitud de diligencias preliminares (LEC art.262.2 y 256.3).

2527 Efectos

En general, todos los datos obtenidos tras la práctica de las diligencias preliminares quedarán a disposición del solicitante para que pueda utilizarlos, en su caso, para elaborar la **demanda del futuro proceso**.

Ahora bien, la LEC art.259.4 precisa que «la información obtenida mediante las diligencias de los números 7º, 8º, 10º y 11º del apartado 1 del art.256 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».

2529 Primacía de las normas especiales sobre la regulación general de la LEC

La regulación que acaba de exponerse se corresponde con las reglas generales previstas en la LEC sobre las diligencias preliminares. De acuerdo con la LEC art.263 , sobre estas reglas generales tienen primacía las eventuales normas especiales que puedan existir cuando las diligencias solicitadas sean las de la LEC art.256.1.9º , esto es, las «diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales», como es el caso ya mencionado de la solicitud *ante demandam* de «acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia» de la LEC art.283 bis.e y concordantes o de las ya citadas «diligencias para la comprobación de hechos» previstas en la L 24/2015 art.123 a 126 para los pleitos sobre patentes, marcas o competencia desleal).

E. Juicio ordinario: demanda, litispendencia y acumulación de acciones y procesos

2532	1. Demanda	2534
	2. Litispendencia	2574
	3. Acumulación de acciones	2591
	4. Acumulación de procesos	2617

1. Demanda

2534	Concepto	2536
	Regulación: requisitos y estructura	2538

Documentos que han de acompañar a la demanda	2551
Tratamiento procesal de los requisitos de la demanda	2561
Lugar de presentación. Examen de la demanda: admisión o inadmisión a trámite	2566

2536 Concepto

Una vez determinado que el proceso legalmente adecuado para sustanciar un asunto concreto es el juicio ordinario, ya sea por haberse aplicado el criterio de la materia, ya sea el subsidiario de la cuantía (LEC art.249), y dado que en el proceso civil rige el principio dispositivo, para que pueda comenzar, el actor deberá interponer una demanda (vid., LEC art.399 : «El juicio principiará por demanda...»).

A través de ella, además de cumplirse con la función de iniciar el proceso, el demandante ejercita su **derecho a la tutela judicial** efectiva, afirmando la acción que ejercita y solicitando una tutela jurisdiccional concreta. Así, la demanda del juicio ordinario se configura como un acto de parte que inicia el proceso y que le sirve al demandante como cauce para el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo este precisar en ella cuál es la tutela jurisdiccional concreta que pretende obtener una vez finalizado el proceso.

2538 Regulación: requisitos y estructura

La demanda se regula en la LEC art.399 , precepto que, aunque se incluye en la regulación del juicio ordinario, resulta de aplicación supletoria a cualquier otra demanda presentada no solo en todo tipo de proceso declarativo, sino también en todo tipo de proceso salvando, eso sí, las especialidades que disponga la ley en cada caso concreto.

La LEC no es nada formalista en cuanto a cómo ha de redactarse una demanda. Aunque en la práctica las demandas se encuentran bastante estandarizadas, lo cierto es que no se trata de una imposición legal, sino más bien del resultado del **uso forense**. Y es que la LEC, al regular en su art.399 los requisitos que han de concurrir en la demanda para que pueda ser admitida a trámite, lo que impone son requisitos de contenido, sin disponer apenas requisitos de forma específicos.

2540 Requisitos

Dejando al margen el único requisito de carácter formal que se exige a la demanda en este precepto (que deba redactarse por escrito), en lo que realmente incide la LEC es en regular los requisitos mínimos de contenido de la demanda para que esta sea admisible. Para la LEC basta para ello que en la demanda se contengan, en síntesis (LEC art.399):

1. **Identificación y localización** del actor y del demandado (LEC art.155).
2. Nombre y apellidos del **procurador** y del **abogado**, cuando intervengan (LEC art.23 y 31).
3. Exposición **numerada y separada** de los hechos, que se narrarán de forma ordenada y clara, expresándose con igual orden y claridad los documentos, medios e instrumentos que se aporten con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, formulándose valoraciones o razonamientos sobre estos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.
4. Exposición numerada y separada de los fundamentos de derecho. Entre estos, además de los que se refieran al **asunto de fondo** planteado, se deben incluir con la debida separación, las alegaciones sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se debe sustanciar la demanda, así como cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de la sentencia sobre el fondo.
5. Fijación con **claridad y precisión** de lo que se pida. Cuando en la petición se pretendan varios pronunciamientos judiciales, se habrán de expresar cada uno de ellos con la debida separación y, en caso de que las peticiones formuladas sean subsidiarias, deberán hacerse constar por su orden y de forma separada.

Sentado todo lo anterior, señalar finalmente que, aunque no se trata de un requisito impuesto por la LEC art.399 para la admisión de la demanda, si al actor le interesa que todos los **actos de comunicación** se realicen por su procurador, tiene la carga de expresarlo así en su demanda, puesto que de no hacerlo, el letrado de la Administración de Justicia dará curso a los autos, realizándose tales actos por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial (LEC art.152.1.2º, párrafo 2º).

2542 Estructura

Centrándonos ahora en el análisis de la estructura de la demanda (aunque ya hemos adelantado que la LEC no es en absoluto formalista a la hora de regular cómo debe redactarse), la combinación entre los requisitos de claridad y precisión que se exigen a la demanda y los usos forenses, han llevado a que aquellas adopten una determinada estructura o **forma externa**. Así, en las demandas se observan los apartados siguientes:

1. Un **encabezamiento**: en él se contienen los datos referidos a quién interpone la demanda; frente a quién la dirige; ante qué tribunal se presenta; y a la concreción de la clase de proceso (aunque no es obligatorio que esto se concrete

en el encabezamiento de la demanda, en la práctica es bastante habitual que la determinación de la clase de juicio quede plasmado en el encabezamiento de la demanda).

Por lo que respecta al extremo relativo a la **concreción del tribunal** ante el que se presenta, aunque conviene ser preciso en este punto, basta con cualquier mención que permita identificar al órgano u órganos destinatarios (la mención exacta variará en función de que en el partido judicial exista un único juzgado o una pluralidad de ellos).

En relación con el «**quién**» interpone la demanda, en el encabezamiento resulta precisa la identificación del actor (su identidad y, en su caso, el domicilio de la persona o personas, físicas o jurídicas -o entes sin personalidad- que presentan la demanda); de su representante procesal (que es quien presenta la demanda) y de su defensor técnico, quien deberá identificarse con nombre y apellido.

Finalmente, y por lo que respecta a la identificación y localización del demandado, el actor tiene un doble deber:

a) Consignar cuantos **datos** conozca y que conduzcan a la precisa determinación de la persona o personas demandadas (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) y

b) Señalar el **domicilio** o domicilios en los que pueda ser emplazado el demandado. En este punto, y partiendo de lo previsto en la LEC art.155 a todo este respecto, conviene realizar las siguientes advertencias:

- que al actor le está permitido designar en su demanda, como domicilio del demandado, uno o varios lugares;
- que tales lugares pueden ser el domicilio que aparezca en el padrón municipal; el que conste oficialmente a otros efectos; el que aparezca en registro oficial o en publicaciones de colegios profesionales (en caso de empresas y otras entidades o de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obligatoriamente); el lugar en que el demandado desarrolle su actividad profesional o laboral no ocasional; o, cuando el demandado sea a una persona jurídica, 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;
- que en caso de designar varios lugares como domicilios, debe indicar el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación.

2545 2. Los **hechos o fundamentos de hecho**: en este apartado se deben exponer de manera numerada y separada todos los hechos que el actor considere relevantes para la estimación de su demanda y, junto a ellos, deben relacionarse también los documentos, medios o instrumentos que se aporten junto con la demanda como medio de prueba, así como las valoraciones o razonamientos sobre los hechos que se estimen convenientes (por ejemplo, el actor puede avanzar ya; qué hechos estima difícilmente controvertibles; qué hechos deberán ser considerados notorios, qué hechos que pueden dar lugar a sentar una presunción legal o judicial, etc). Como se verá, en materia de **alegación de hechos y aportación de documentos** referidos a esos hechos, se impone como regla general que estos y aquellos se aleguen y aporten por el actor junto con su demanda.

No debe obviarse que esta regla general está sometida a varias e importantes **excepciones**:

- ampliación de la demanda - LEC art.401 - (TS 12-11-13, EDJ 219937);
- posibilidad de que las partes efectúen alegaciones complementarias o aclaratorias, añadan pretensiones accesorias y rectifiquen extremos secundarios de sus pretensiones en la audiencia previa al juicio - LEC art.426.1, 2 y 3 -;
- que aporten documentos e informes periciales, con limitaciones, en la audiencia previa al juicio - LEC art.426.5 y 427.3 -;
- que hechos nuevos o de nueva noticia puedan ser incorporados al proceso en diversos momentos antes de dictarse sentencia -entre otros, LEC art.271, 272, 286, 426.4 y 435.3ª -; y
- que, aunque con carácter excepcional, se aleguen determinados hechos y se aporten determinados documentos durante la segunda instancia - LEC art.460 -.

Sentado esto, lo que no debe obviarse es que, cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos, 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 (a los efectos de **litispendencia** y **cosa juzgada**, los hechos aducidos en un proceso se considerarán los mismos que los alegados en un proceso anterior si hubiesen podido alegarse en este; LEC art.400).

2547 3. Los **fundamentos de derecho o jurídicos**: en ellos el actor razona sobre los aspectos jurídicos de la petición que formula, de modo que podría decirse que constituyen el porqué de su petición. La LEC exige al demandante que redacte los fundamentos de derecho en párrafos separados y numerados, de modo que queden claros y precisos, lográndose con ello facilitar la labor de enjuiciamiento. Estos fundamentos, que a diferencia de lo que sucede con

los fundamentos de hecho alegados por el actor en su demanda no vinculan al tribunal (*iura novit curia*), pueden dividirse en dos **clases**:

a) Los fundamentos **de derecho procesales**: estos, que a su vez deben exponerse también en primer lugar, se encuentran encaminados a acreditar que no existe obstáculo alguno a que el proceso se sustancie y que en él se dicte una sentencia que resuelva sobre el fondo (se trata de los siguientes: jurisdicción y competencia objetiva y territorial; procedimiento adecuado; capacidad para ser parte y capacidad procesal; postulación; cuantía litigiosa y acumulación de acciones).

b) Los fundamentos **de fondo o sustantivos**: lo que acreditan es el porqué de que la sentencia deba ser estimatoria [p.ej., legitimación activa y pasiva - LEC art.10 -; sobre las cuestiones de fondo (p.ej., relativa a la acción de resolución total de un contrato, ex. CC art.1124 o referida a la indemnización por daños y perjuicios, ex CC art.1106); etc.]. Señalar finalmente que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse 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, ya que de nuevo aquí, a los efectos de litispendencia y cosa juzgada, los fundamentos jurídicos aducidos en un proceso se considerarán los mismos que los alegados en un proceso anterior si hubiesen podido alegarse en este (LEC art.400 que, en definitiva, dispone que si el actor puede fundar su *petitum* frente al demandado en diferentes causas de pedir -todas ellas existentes en el momento de presentar la demanda-, tiene la carga procesal de hacerlo, so pena de preclusión).

2549 4. El **suplico**: en esta parte de la demanda es dónde el actor debe concretar de forma precisa la tutela que solicita al órgano jurisdiccional, y por tanto indicarle cuáles son sus peticiones. En caso de ser varias, deberá formular todas ellas de forma separada, distinguiendo, en su caso, cuál es la petición principal y cuál es accesoria o cuál es la principal y cuáles son subsidiarias y en qué orden.

5. El **otrosí u otrosíes**: esta fórmula se suele utilizar por el actor para realizar en su demanda peticiones accesorias (p.ej., la adopción de medidas cautelares; el desglose de documentos originales, previo testimonio de los mismos por el letrado de la Administración de Justicia -la petición de que el poder del procurador, una vez que se deje testimonio del mismo, sea devuelto para poder usarlo en otros procesos-; y, en definitiva, cualquier otra solicitud que no sea de fondo).

6. La **fecha y la firma**: aunque la fecha que conste en la demanda no tiene relevancia, puesto que la que la tiene es la de su presentación (LEC art.135.1), las demandas suelen concluir con la fecha y con la firma del procurador y del abogado.

2551 Documentos que han de acompañar a la demanda

Han de presentarse con la demanda una serie de documentos de los que, al igual que ocurre con aquella, habrán de acompañarse tantas copias literales cuantas sean las otras partes (LEC art.273.6, párrafo 2º). Se trata de los:

- documentos procesales (nº 2553);
- relativos al fondo del asunto (nº 2555 s.); y,
- los exigidos en casos especiales (nº 2559).

2553 Documentos procesales

(LEC art.264)

Son aquellos que cumplen con la función de acreditar el cumplimiento de ciertos presupuestos procesales y cuyo acompañamiento a la demanda condiciona su admisión a trámite (TS auto 18-11-03, EDJ 174174). Se trata de los siguientes:

a) El **poder notarial** conferido al procurador, siempre que este intervenga en el proceso y la representación no se otorgue *apud acta* por comparecencia personal ante el letrado de la Administración de Justicia de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial (LEC art.24.1). En relación con este punto, la LEC señala expresamente que la copia electrónica del poder notarial de representación, informática o digitalizada se ha de acompañar al primer escrito que presente el procurador (LEC art.24.2).

b) Los documentos que acrediten la **representación** que el litigante se atribuya (téngase presente no obstante que lo habitual es que la condición de representante se deduzca del poder del procurador).

c) Los documentos o dictámenes que acrediten el **valor de la cosa litigiosa**, a efectos de competencia y procedimiento (LEC art.264).

Además de estos documentos procesales exigidos en la generalidad de los casos, en algunos supuestos pueden ser exigibles **documentos procesales específicos**. Si el actor omite aportar tales documentos procesales junto con su demanda, esta adolece de un defecto formal que, advertido por el letrado de la Administración de Justicia, podrá

ser subsanado por el actor en el plazo que para ello le conceda este (LEC art.404.2.2º) lo que, de no hacerse así, conllevará la inadmisión a trámite de la demanda mediante auto (LEC art.403.3).

2555 Documentos escritos y objetos relativos al fondo del asunto

(LEC art.265)

Junto a los anteriores documentos procesales, el actor debe acompañar a su demanda los documentos relativos al fondo del asunto. Se trata de los siguientes:

- a) Los documentos en que funde su derecho.
- b) Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y 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, cuando las pretensiones del actor se funden en ellos.
- c) Las certificaciones y notas sobre asientos registrales o sobre el contenido del libro registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.
- d) Los dictámenes periciales en que apoye sus pretensiones; salvo en tres supuestos:
 - cuando el actor sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso le bastará con anunciarlo (LEC art.339.1);
 - que, aun no siendo titular de tal derecho, entienda conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial, caso en el que podrá solicitar en su demanda que se proceda a la designación judicial de perito (LEC art.339.2); o
 - que le sea imposible aportar junto con la demanda los dictámenes elaborados por peritos por ella designados, debiendo en este caso expresar en aquella los dictámenes de que pretenda valerse (LEC art.337).
- e) Los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados sobre hechos relevantes en que apoye sus pretensiones.

2557 A diferencia de lo que ocurre con la falta de aportación de los documentos procesales que se exige han de acompañarse junto con la demanda, que, de no subsanarse, conlleva la inadmisión a trámite de aquella, la **falta de aportación** de alguno de los documentos, escritos u objetos relativos al fondo del asunto no supone el surgimiento de un óbice procesal alguno, sino la preclusión de aportarlos con posterioridad. Que la LEC art.265 exija que todos estos documentos sean aportados con la demanda no responde más que al hecho de que se trata de pruebas preconstituidas, de modo que, al preexistir al proceso, su práctica se agota con su mera aportación. Así, este precepto lo que hace es imponer una **carga al demandante** de forma que, si no cumple con ella, no podrá después aportar dichas **pruebas**, lo que si bien en nada afecta al trámite de la admisión de la demanda, sí le afectará por contra a la hora de acreditar la veracidad de los hechos a los que se referían aquellas.

No obstante lo dicho, el actor no se verá compelido siempre a aportar junto con la demanda todos y cada uno de los documentos relativos al fondo del asunto, puesto que en algunos casos se le permite posponer su presentación a la audiencia previa al juicio. En concreto, al actor le está permitido presentar en la **audiencia previa al juicio** los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto cuyo interés o relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (LEC art.265.3).

2559 Documentos exigidos en casos especiales

(LEC art.266)

Solo para ciertos tipos de litigios, la LEC exige que se aporten junto a la demanda determinados documentos, a lo que se refiere expresamente como «documentos exigidos en casos especiales». Concretamente, se habrán de acompañar a la demanda los siguientes documentos:

- a) Los que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden **alimentos**, cuando este sea el objeto de la demanda.
- b) Los 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 fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.
- c) Aquél 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 que, ya sea la LEC, ya cualquier otra Ley, exija expresamente para la **admisión de la demanda**. En este caso, al igual que ocurre con los documentos de carácter procesal a los que se refiere la LEC art.264 , la falta de aportación de los documentos que se relacionan en su art.266 para ciertos tipos de litigios o el incumplimiento de los requisitos específicos de admisibilidad de la demanda para casos especiales comporta que esta no deba ser admitida a trámite (LEC art.403.2).

2561 Tratamiento procesal de los requisitos de la demanda

Aunque los requisitos legales a cuya concurrencia se encuentra sometida la demanda son sobre todo de contenido y mínimos en cuanto a la forma, el incumplimiento por el actor de dichos requisitos puede eventualmente llegar a suponer la presencia de un óbice procesal que impida la obtención de un pronunciamiento de fondo sobre la acción ejercitada en la demanda. Este **óbice procesal** se denomina «defecto legal en el modo de proponer la demanda» (LEC art.416.1 que, recogiendo las posibles circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, se refiere expresamente al defecto legal en el modo de proponer la demanda en su regla 5ª).

Ahora bien, lo que ha de plantearse es si el **incumplimiento** de cualquiera de los requisitos a que se ve condicionada la demanda, ya sean los referidos a su contenido ya sea los relativos a su forma, dan o no lugar a un defecto legal en el modo de proponer la demanda, y por tanto se erigen en un óbice procesal que impide un pronunciamiento de fondo sobre la acción ejercitada. Pues bien, la respuesta a este interrogante es necesariamente negativa, lo que se desprende tanto de lo dispuesto en la LEC art.416.1.5ª citado, como de lo previsto en su art.424.2:

- en el primer precepto (LEC art.416.1.5ª), tras aludirse al defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, se indica seguidamente «por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca»;

- en el segundo (LEC art.424.2), se dispone que el sobreseimiento del pleito solo ha lugar si no fuese en absoluto posible «determinar en qué consisten las pretensiones del actor o, en caso, del demandado en la reconvencción, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones».

En definitiva, conjugando la dicción de ambos preceptos, parece claro que, al poder sobreseerse un **proceso por defecto legal** en el modo de proponer la demanda únicamente en los casos en que no se pueda en absoluto determinar en qué consiste la pretensión, solo existe un defecto legal en el modo de proponer la demanda: cuando alguno de los elementos identificadores de la acción afirmada (los sujetos, el *petitum* o la *causa petendi*) resulte totalmente indeterminado (TS auto 14-09-16, EDJ 153452).

Por tanto, salvo que se dé esta situación, el cumplimiento de los demás requisitos de la demanda no constituye propiamente un deber para el actor, sino más bien una **carga procesal**, puesto que las oscuridades o imprecisiones en que incurra la demanda seguramente perjudicarán su éxito, pero no supondrán un obstáculo a que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto.

2564 Por lo que respecta al tratamiento procesal del defecto legal en el **modo de proponer la demanda**, cabe su apreciación tanto de oficio como a instancia de parte. El demandado deberá alegar en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de esta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas (si es el actor quien entiende que concurren esos mismos defectos en la contestación a la demanda o en la reconvencción, deberá aducirlos en la audiencia previa), debiendo resolverse sobre la existencia de estos **vicios** en la audiencia previa; si es el tribunal quien de oficio apreciare la existencia de unos u otros vicios, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas (LEC art.424.1).

Además, del tenor de este precepto, en su apartado 2 (en el que se establece que el tribunal requiera y admita las aclaraciones o precisiones necesarias para salvarlo), se deduce claramente que el defecto legal en el modo de proponer la demanda es siempre un defecto subsanable.

2566 Lugar de presentación. Examen de la demanda: admisión o inadmisión a trámite

Partiendo de la premisa de que en el marco del juicio ordinario resulta preceptivo que los justiciables deban ir acompañados en todo caso de abogado y procurador, y dado que, de un lado, estos últimos están obligados a intervenir con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos, y de otro que la demanda es el escrito iniciador del proceso, esta, junto con los documentos que la acompañan, deberá presentarse siempre por **vía telemática o electrónica** (LEC art.273.1 y 3).

Sentado esto, a ello hay que añadir que, al tratarse de un escrito que da lugar al primer **emplazamiento del demandado**, además de que la demanda y sus documentos deban ser presentados por vía telemática o electrónica, tal escrito y sus documentos deberán aportarse también en soporte papel, acompañados de tantas copias literales cuantas sean las otras partes, y ello en los 3 días siguientes a su presentación por vía telemática (LEC art.273.4 y 6).

Así, y por lo que respecta a esta última previsión, la presentación de la demanda se verifica ante el **Servicio Común Procesal General**, comúnmente denominado «De asuntos generales», al frente del que se encuentra un letrado de la Administración de Justicia, designado por el letrado de la Administración de Justicia coordinador, para que actúe como director de la oficina. Dentro de este servicio común, la demanda debe dirigirse en concreto a la sección de registro y reparto, sección que se encarga de repartirla a la unidad judicial civil que corresponda según se tenga establecido en las normas de reparto de cada partido judicial. Tras ello, el letrado de la Administración de Justicia de la **Unidad judicial civil** debe examinar la demanda y comprobar que concurren en ella los presupuestos básicos para su admisión (LEC art.404).

Dado que, de un lado, el criterio legal general respecto de la admisión de las demandas es el de ser favorable a ella, lo que se deduce de la regla general de la LEC art.403.1 , en el que se señala que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en la LEC (TS auto 13-10-11, EDJ 249329; 11-1-13, EDJ 7023); y de otro que no se puede inadmitir a trámite una demanda por motivos de fondo (salvo casos muy contados como lo son, por ejemplo, el que recoge el CC art.42 , que señala que se inadmitirán las demandas en que se pretenda el cumplimiento de una promesa de matrimonio), debe concluirse que solo procederá la **inadmisión de una demanda** por algún motivo de carácter procesal, y siempre que el defecto sea insubsanable o, no siéndolo, no se haya subsanado por el actor en el plazo que se le haya concedido para ello. Por tanto, en nuestro Ordenamiento jurídico solo puede inadmitirse a trámite una demanda cuando se observe que concurre en ella un óbice procesal insubsanable o que carece de algún presupuesto procesal insubsanable o no subsanado en plazo.

2568 Pese a no existir en la LEC ningún precepto que disponga de forma expresa cuáles son los **motivos procesales** que permiten la inadmisión de la demanda, todos ellos se pueden deducir de las distintas previsiones recogidas a lo largo del articulado de la LEC, en las que se señalan cuáles son los concretos **poderes de control de oficio** respecto de determinados presupuestos procesales. Así, y a modo de resumen, el letrado de la Administración de Justicia, a la hora de decidir sobre la admisión a trámite de la demanda, debe comprobar la concurrencia en ella de los **siguientes extremos**:

- que el tribunal tenga **jurisdicción**, competencia objetiva y competencia territorial (cuando esta sea improrrogable) para conocer de la demanda (LEC art.36.2, 37.2, 38, 48.1, 58 y 404);
- que la demanda no adolezca de **defectos formales** que no se hayan subsanado por el actor en el plazo que se le concedió para ello (de nuevo, LEC art.404);
- la **capacidad** para ser parte y la capacidad procesal (LEC art.9);
- la postulación y la **defensa técnica** cuando sean preceptivas (LEC art.24.2 y 31.1), controlándose por tanto que se aporte con la demanda el poder del procurador y que esta vaya firmada por procurador y abogado;
- la determinación en la demanda de la **cuantía** conforme a las reglas aplicables y la corrección de la clase de procedimiento escogido por el actor;
- la aportación de los **documentos procesales** que han de acompañar a la demanda, tanto los exigidos en la generalidad de los casos (LEC art.264), como los exigidos en los casos especiales para los tipos de litigios relacionados en la LEC art.266 ;
- la aportación de las **copias** de la demanda y de los documentos que la acompañan (LEC art.273.6);
- que no existe una indebida **acumulación de acciones** en la demanda;
- que se ha liquidado la **tasa** en los casos previstos en la Ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (L 10/2012 art.3);
- que se aportan los documentos que la Ley expresamente exige para la **admisión de las demandas** y que se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales (LEC art.403.3 , en el que se remite a una pluralidad de casos específicos en los que se establecen requisitos adicionales para la admisibilidad de la demanda);
- que se ha cumplido con el deber del **uso de las tecnologías** o de las especificaciones técnicas que se establezcan a la hora de presentar la demanda (LEC art.273.5 , en el que se prevé que el incumplimiento de cualquiera de estos dos extremos conllevará que el letrado de la Administración de Justicia conceda un plazo máximo de 5 días para su subsanación, transcurrido el cual, si no se subsana, los escritos y documentos se tendrán por no presentados a todos los efectos).

2571 Examinados todos estos extremos, caben dos **posibilidades**:

a) Que **no** concurren ninguno de los **defectos** que conlleven la inadmisión de la demanda, y que por lo tanto concurren todos los presupuestos exigidos por la Ley, en cuyo caso, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto admitiendo a trámite la demanda y, al mismo tiempo, dando traslado de ella y de los documentos que la acompañan al demandado (LEC art.276.4), otorgándole un plazo de 20 días para que la conteste. Frente a este **decreto de**

admisión, el demandado podrá interponer recurso de reposición que, en caso de desestimarse, y puesto que contra el decreto resolutorio de aquella no se da recurso alguno, no le quedará más remedio que reproducir la cuestión en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión (LEC art.454 bis).

El letrado de la Administración de Justicia procederá del mismo modo en que lo haría en caso de concurrir desde el principio en la demanda todos los presupuestos exigidos por la Ley, y por tanto dictará decreto de admisión a trámite de la demanda.

b) Cuando el letrado de la Administración de Justicia estime que en la demanda concurre alguno de los defectos señalados anteriormente, habrá que distinguir en función de que se trate de un **defecto subsanable** (p.ej., la falta de acreditación de la representación en cualquiera de sus clases) y que, en el caso de serlo, haya sido efectivamente subsanado por el demandante en el plazo que le fue concedido para ello o que, por el contrario, el defecto no sea subsanable (p.ej., la falta de jurisdicción por razón de la materia) o que, aun siéndolo, aquel no lo ha subsanado en el plazo que se le concedió para hacerlo en la diligencia de ordenación.

El letrado de la Administración de Justicia dictará **diligencia de ordenación** y pasará la demanda al juez con propuesta de inadmisión, haciendo constar las razones de esta, para que sea aquel quien decida lo que proceda. Si el juez coincide con el criterio del letrado de la Administración de Justicia, y por tanto estima que el defecto es insubsanable, por lo que no resulta posible la admisión de la demanda, o bien que siendo subsanable el defecto este no se ha subsanado, deberá dictar auto de inadmisión de la demanda frente al que, por ser definitivo, cabe **recurso de apelación** en el plazo de 5 días desde la notificación (LEC art.455); en caso contrario, y por tanto de disentir del criterio mantenido por aquel, el juez deberá dictar él mismo un auto de admisión de la demanda.

2. Litispendencia

2574	Concepto, tiempo y fundamento	2576
	Efectos	2578

2576 Concepto, tiempo y fundamento

La litispendencia es un concepto jurídico que, en sentido amplio, implica que una determinada situación o relación jurídica constituye el objeto de un proceso pendiente. Con ella se hace referencia a la concreta **situación jurídica que nace** cuando comienza el proceso, quedando determinado por tanto el *dies a quo* de aquella en el momento en que se interpone la demanda si después es admitida a trámite (LEC art.410) (TS 22-11-17, EDJ 243391), y que finaliza cuando termina aquel, y por ende, concretándose el *dies ad quem* de aquella cuando se obtiene una resolución firme que resuelve la controversia (TS auto 15-3-17, EDJ 24748).

La **iniciación, existencia y pendencia en el tiempo** de un proceso sobre un objeto determinado produce una serie de efectos jurídicos, de índole procesal y también material o sustantiva, que se proyectan tanto en el marco del proceso pendiente como en el de los que, eventualmente, pudieran llegar a incoarse sobre la misma cuestión litigiosa. En definitiva, cuando se habla de litispendencia, se hace referencia de forma genérica a todo este conjunto de efectos que produce la incoación de un proceso y su pendencia en el tiempo.

Por lo que respecta a su **fundamento y finalidad**, y partiendo de que la principal consecuencia de la litispendencia es la de permitir la exclusión de un segundo proceso sobre el mismo asunto que está siendo objeto de otro proceso anterior en el tiempo, podemos concretar ambos extremos en los siguientes:

1. Que con ella se persigue impedir que, existiendo un proceso pendiente con un determinado objeto, puedan desarrollarse **otro u otros procesos** sobre el **mismo asunto**, y sobre todo que puedan terminar cada uno con su correspondiente pronunciamiento jurisdiccional de fondo que puedan llegar a ser contradictorios entre sí (TS auto 25-2-14, EDJ 22153).

2. Además de evitar **sentencias contradictorias**, lo que se erige como finalidad principal, existe otra que, aunque con carácter secundario, reviste también gran importancia: la pendencia de un segundo proceso sobre una cuestión idéntica afecta al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, ya que supone un sacrificio a la necesaria exigencia de economía procesal que debe regir en su actuación, de modo que la litispendencia coadyuva a la consecución de la economía procesal, en la medida en que con ella se evita la sustanciación de procesos con el mismo objeto, y por tanto, procesos inútiles.

2578 Efectos

La presentación de una demanda y su posterior admisión a trámite produce una serie de efectos de distinta índole que, grosso modo, pueden clasificarse en dos tipos, ya que la litispendencia produce una serie de efectos:

- de carácter jurídico procesal (nº 2580 s.); y,
- de índole jurídico material o sustantiva (nº 2589 s.).

Los efectos jurídico procesales de la litispendencia se encuentran regulados en la LEC Libro II Título II Capítulo I Sección 3ª, rubricada «De los efectos de la pendencia del proceso».

1. Dejando al margen el primero de ellos, en el que se señala el *dies a quo* de la litispendencia (nº 2576), vamos a centrar nuestra atención en uno de los efectos procesales fundamentales de la litispendencia: la denominada **excepción de litispendencia** (TS 16-12-15, EDJ 237507).

Con este efecto, el ordenamiento jurídico pone remedio al anómalo fenómeno de la **pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto**. Atribuye a la litispendencia el efecto excluyente de eventuales procesos ulteriores en los que se trate una cuestión idéntica a la que ya está siendo objeto de conocimiento por parte de un órgano jurisdiccional. Esta eficacia excluyente se proyecta sobre cualquier proceso posterior con idéntico objeto, dando lugar a su inmediata finalización si ello resulta posible y, en cualquier caso, a que concluya sin una decisión sobre el fondo del asunto. Resulta necesario hacer las siguientes **puntualizaciones**:

a) Para que opere dicha excepción, además de que los dos o más procesos deben ser jurisdiccionales, se exige que todos ellos deban encontrarse pendientes; es decir, que ninguno haya terminado todavía mediante **resolución firme**.

b) Para que realmente pueda existir litispendencia, el **objeto** de los procesos pendientes debe ser **idéntico**: así, se exige identidad de sujetos, aunque eso sí, a estos efectos resulta indiferente cual sea la posición procesal que ocupen cada una de las partes en los distintos procesos; identidad de *petitum*; e identidad de *causa petendi*. En este punto, debe tenerse presente que, para comparar los objetos de los procesos pendientes, habrá que tener en cuenta no solo los hechos y fundamentos o títulos jurídicos efectivamente aducidos en el primer proceso, sino también los que, no habiendo sido alegados en este, fuesen conocidos o hubieran podido invocarse en la primera demanda (LEC art.400).

c) Finalmente, para que quepa apreciar la excepción de litispendencia no resulta necesario que los procesos con idéntico objeto pendan ante el mismo tribunal, resultando posible que lo hagan ante **tribunales distintos**, pero eso sí, siempre que pertenezcan al mismo orden jurisdiccional.

Por lo que respecta al **tratamiento procesal de la excepción de litispendencia**, lo primero que ha de advertirse es que se trata de un óbice procesal que, como tal, impide la continuación del segundo o ulteriores procesos cuyo objeto u objetos sean idénticos al de otro proceso incoado con anterioridad a estos. De ahí que la excepción de litispendencia deba ser apreciada en todo caso en el proceso que haya comenzado en segundo lugar. Esta excepción es apreciable tanto de oficio (TS 16-12-15, EDJ 237507) como a instancia de parte, aunque por lógica lo más habitual será que se alegue a instancia de la parte demandada puesto que, para que pueda apreciarse de oficio, resulta necesario que el tribunal que conoce del segundo proceso tenga constancia de la existencia de un proceso previo pendiente sobre el mismo objeto, cosa que rara vez sucederá, máxime cuando ambos procesos penden ante tribunales distintos. Sentado esto, lo normal será que el demandado en el segundo proceso sea quien alegue la pendencia de un proceso anterior con el mismo objeto, a lo que deberá proceder en su contestación a la demanda, debiendo resolver sobre ello el tribunal en la audiencia previa al juicio de modo que, de estimar tal alegación, deberá sobreseer el segundo proceso.

2582 **2.** El segundo efecto procesal de la litispendencia se conoce como **perpetuación de la jurisdicción**, también denominada *perpetuatio iurisdictionis* (LEC art.411 ; para un análisis detenido de tal efecto, TS 23-6-10, EDJ 185005 ; 3-7-07, EDJ 104521). En él se prevé que «Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia».

Con base en la dicción de este precepto, la perpetuación de la jurisdicción puede definirse como el efecto de la litispendencia consistente en que la jurisdicción y la competencia del tribunal se determina con arreglo al **estado de hechos** existente en el momento de la presentación de la demanda, sin que los hechos posteriores puedan afectar a la jurisdicción y competencia del tribunal (entre otras cosas, ello supone, p.ej., que, en caso de que una vez admitida a trámite una demanda el demandado haya cambiado de domicilio, tal hecho en nada afecta ni a la jurisdicción ni a la competencia, que quedaron determinadas con arreglo a los criterios y al momento en que se presentó la demanda).

2584 **3.** Por lo que respecta al tercer efecto, la llamada **prohibición de mutatio libelli o del cambio de la demanda**, con ella viene a indicarse que una vez determinado el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán realizar con posterioridad alegaciones o peticiones que supongan una alteración sustancial de sus pretensiones iniciales (LEC art.412.1 ; para un análisis de esta prohibición, TS 3-2-16, EDJ 1990). No obstante, lo dicho no comporta que tal prohibición sea absoluta, es decir, que, tras demanda, contestación y, en su caso, reconvencción, las partes no puedan realizar ningún tipo de alegaciones. Al contrario, el mismo art.412 prevé en su apdo. 2 que las partes podrán formular alegaciones complementarias en los términos previstos en la LEC.

Atendiendo a esta última previsión, son muchos los casos en los que la LEC recoge la posibilidad de que, con posterioridad a la demanda, a su contestación o, en su caso, a la reconvencción, las partes puedan realizar

alegaciones complementarias, básicamente consistentes en hechos acaecidos con posterioridad o hechos anteriores de los que no se tenía noticia, pudiendo asimismo aquellas realizar variaciones en sus pretensiones iniciales, siempre que no supongan modificaciones sustanciales de estas (sobre este particular, TS 9-3-12, EDJ 66878).

De lo previsto en los dos apartados del citado art.412 puede deducirse que, en definitiva, lo que realmente supone la prohibición del cambio de la demanda no es otra cosa que la de impedir al demandante el **ejercicio de nuevas acciones**, y al demandado el **oponer nuevas excepciones** que pudo haber opuesto en su contestación a la demanda. De lo dicho se deduce claramente que las **finalidades** de este efecto procesal de la litispendencia pueden concretarse en las dos siguientes:

- a) Asegurar la ordenada tramitación del proceso (al establecerse una regla de preclusión a la determinación de su objeto).
- b) Asegurar el derecho de defensa de la parte contraria (puesto que si se pudiera cambiar la demanda libremente se conculcaría tal derecho).

2586 4. El cuarto efecto procesal de la litispendencia se concreta en el aforismo *ut lite pendente nihil innovetur* («**durante la pendencia del proceso nada es innovado**»), máxima que se encuentra recogida en la LEC art.413 (para un análisis detenido del alcance de este efecto, TS 28-6-10, EDJ 152960 ; 26-1-98, EDJ 67). En él se dispone lo siguiente: «No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa» (apdo. 1). Este apartado se complementa con el 2, en el que se añade la previsión de que «cuando las pretensiones hayan quedado privadas de interés legítimo se estará a lo previsto en el art.22 de la LEC», que es el que regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

Con esta regla, lo que se viene a recoger es la obligación de que la sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto deba dictarse atendiendo al **estado fáctico** existente en el momento de la interposición de la demanda, sin tenerse en cuenta por tanto las eventuales alteraciones que aquel pueda sufrir durante la sustanciación del proceso (se trata de una especie de perpetuación similar a la *perpetuatio iurisdictionis* a la que hemos aludido anteriormente, pero esta vez referida al estado de las cosas o de las personas que motivaron la iniciación del proceso).

Sentado esto, lo cierto es que, a efectos prácticos, esta regla tiene más excepciones que aplicaciones. Y es que parece claro que este efecto de la litispendencia no puede suponer que la **justicia** se administre cerrando los ojos a la realidad, lo que ocurriría si se pudieran obviar los hechos que pudieran acontecer desde que se interpuso la demanda hasta el momento en que se dicte sentencia. El legislador, consciente de que durante este lapso temporal pueden acaecer hechos que alteren las bases fácticas respecto de las que el actor interpuso su demanda, ha previsto numerosos preceptos en la LEC con los que se permite a las partes alegar en el proceso hechos que lleven aparejado tal resultado. En concreto, se les permite la alegación tanto de hechos acaecidos con posterioridad a la interposición de la demanda como de aquellos otros que, siendo anteriores a esta, se desconocían por las partes. En definitiva, la regla contenida en la LEC art.413 queda muy desvirtuada en su aplicación práctica por cuanto se ve superada por estas otras reglas que posibilitan la alegación de **hechos** acaecidos o conocidos **con posterioridad a la demanda**, cosa que además corrobora el propio art.413 en el que, tras incluirse la regla de que la sentencia deba dictarse con arreglo al estado fáctico existente en el momento de la interposición de la demanda, prevé sin embargo que, de existir hechos posteriores que den lugar a una privación de interés legítimo a las pretensiones deducidas, el proceso debe terminar por **satisfacción extraprocesal** de la pretensión o por pérdida sobrevenida de su objeto.

2589 Materiales

La presentación de una demanda es un hecho al que el ordenamiento jurídico anuda una serie de consecuencias que van más allá de las estrictamente procesales (nº 2580 s.) y que inciden directamente en el plano del derecho material o sustantivo; así, desde este punto de vista, la litispendencia produce tres importantes **consecuencias**:

1. Tiene que ver con la **prescripción**: la presentación de una demanda interrumpe la prescripción tanto adquisitiva (CC art.1945) como extintiva (CC art.1973).
2. Respecto de los **bienes o derechos** que son objeto del proceso, supone que la litispendencia comporta que estos adquieran la condición de litigiosos (CC art.1535 y 1291.4).
3. La **presentación de una demanda**, en tanto que supone una reclamación judicial por parte de un acreedor al cumplimiento de una obligación a quien se encuentra obligado a realizarla, conlleva que el deudor se constituya en mora (CC art.1100), con los efectos que ello lleva aparejados [sujeción a la indemnización de los daños y perjuicios causados por haber incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y devengo del interés legal de los intereses vencidos desde que son judicialmente reclamados (CC art.1101 y 1109)].

2591	Concepto	2593
	Clases	2595
	Presupuestos para la admisión de la acumulación de acciones	2607
	Tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones	2615

2593 **Concepto**
(LEC art.71 a 73)

La acumulación de acciones supone el ejercicio conjunto en un mismo proceso de dos o más acciones que, unidas por un vínculo material o subjetivo, serán tramitadas en un mismo procedimiento, aunque eso sí, manteniendo cada cual su **autonomía** respecto de las demás, y sobre las que se resolverá en una única sentencia (LEC art.71.1), en la que se contendrán tantos pronunciamientos como acciones se hayan sometido al conocimiento del órgano judicial en cuestión (en virtud de la necesaria congruencia de la sentencia; LEC art.218).

Con la acumulación de acciones, que da lugar en todo caso a un proceso con pluralidad de objetos, se persigue una doble **finalidad** (AP Valencia 15-12-17, EDJ 328989):

1. Favorecer la **economía procesal** (dada la existencia de un solo procedimiento para sustanciar varias acciones en vez de varios).
2. Evitar posibles sentencias con **pronunciamientos o fundamentos contradictorios**, que podrían eventualmente dictarse en cuestiones conexas si cada acción se discutiera en un procedimiento distinto.

2595 **Clases**

La acumulación de acciones que puede suscitarse en el proceso civil, y que lo convierte en todo caso en un proceso con pluralidad de objetos, puede clasificarse atendiendo a varios **criterios**:

- al momento en que se produce (nº 2597);
- a la relación existente entre las acciones que pretenden acumularse (nº 2599 s.);
- al elemento personal (nº 2603 s.).

2597 **Atendiendo al momento en que se produce**

Se ha de distinguir entre:

1. **Acumulación inicial de acciones**: cuando se ejercitan varias acciones desde el principio del proceso, y por tanto cuando el demandante o demandantes que se han unido para demandar deciden ejercitar conjuntamente varias acciones en su demanda que, en abstracto, podían haber dado lugar a distintas demandas.
2. **Acumulación sobrevenida**: se produce cuando la pluralidad de acciones surge con posterioridad al comienzo del proceso. Esto último puede suceder en tres supuestos:

a) En caso de **ampliación de la demanda**, en que se permite al actor, después de presentada aquella, acumular nuevas acciones frente al demandado o dirigir la demanda frente a nuevos demandados siempre que, eso sí, el demandado no haya procedido todavía a contestarla (precisamente por ello la ampliación de la demanda supone que el plazo para contestarla comienza a computarse de nuevo desde que se dé traslado al demandado o demandados de la ampliación) y, por supuesto, siempre que concurren todos los requisitos para la acumulación de acciones y, por lo tanto, solo si, en abstracto, al actor le hubiera sido posible ejercitar desde el inicio todas las acciones de forma simultánea (LEC art.401).

b) Cuando el demandado, al contestar a la demanda, formule **reconvención**, y por tanto ejercite una o varias nuevas acciones frente al actor (LEC art.406).

c) Si se produce una acumulación de procesos, es decir, cuando existan **dos o más procesos incoados separadamente** que acaban uniéndose para sustanciarse en un único procedimiento (LEC art.74 a 98 ; nº 2617 s.).

2599 **Atendiendo a la relación existente entre las acciones que pretenden acumularse**

Cabe diferenciar entre:

1. **Acumulación simple**: supone acumular acciones que son compatibles entre sí, entre las que existe un vínculo subjetivo u objetivo, y que no presentan ningún tipo de relación de dependencia o subordinación entre sí (p.ej., acción de impugnación de un acuerdo de la comunidad de propietarios adoptado por la junta de propietarios en relación con la realización de una obra del edificio, y otra acción relativa a un acuerdo alcanzado por aquella en otra fecha, relacionado con el arrendamiento de elementos comunes que no tienen asignado un uso específico en el inmueble).

Es decir, aunque en este tipo de acumulación de acciones el demandante le solicita al órgano judicial competente la estimación de todas las pretensiones ejercitadas en su demanda, dada la independencia de las unas respecto de las otras, aquel puede estimar o desestimar todas las acciones o bien estimar algunas y desestimar otras.

2. Acumulación accesorio: se produce cuando el demandante ejercita en su demanda dos o más acciones compatibles entre sí, y por tanto susceptibles de ser estimadas de forma simultánea, pero que se encuentran relacionadas entre sí de tal modo que la estimación de una de ellas, la principal, es presupuesto imprescindible para la posible estimación de la otra, dependiente o accesorio (p.ej., acción principal de condena al pago de una cantidad de dinero, y acción accesorio en la que se pidan intereses). En este punto debe destacarse que, en los casos en que el tribunal desestime la acción principal, no deberá pronunciarse sobre la acción accesorio, con lo que se rompe uno de los efectos principales de la acumulación de acciones, cual es el de que todas ellas se resuelven en una sola sentencia (LEC art.71.1).

2601 3. Acumulación eventual: lo que se ejercitan conjuntamente son varias acciones que resultan incompatibles entre sí, y que por tanto no pueden estimarse conjuntamente, pero respecto de las que el demandante dispone un orden de prioridad, de modo que determina cuál debe resolverse con carácter preferente o principal y cuál o cuáles de ellas se ejercitan de forma eventual, debiendo el tribunal pronunciarse sobre esta o estas únicamente en caso de desestimar la preferente o principal (p.ej., el comprador solicita la entrega del bien, pero, en caso de que el tribunal estime la nulidad de la compraventa, solicita subsidiariamente la devolución del precio).

Pese a que la LEC contempla como regla la prohibición de la acumulación de acciones que resulten incompatibles entre sí (LEC art.71.2), entendiéndose por tales aquellas que se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una haga impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras (LEC art.71.3), contempla sin embargo una excepción a tal prohibición, cuyo fundamento radica en **evitar la preclusión**. La permite precisamente en los casos de acumulación eventual, imponiendo al actor, eso sí, la carga de expresar con claridad en su demanda qué acción ejercita como principal y qué otra u otras ejercita para el solo evento de que la principal no sea estimada (LEC art.71.4). Además de este sustento legal de la LEC art.71.4 a la posible acumulación de acciones incompatibles entre sí, habría que añadirle otro, como lo es la LEC art.399.5 que, en relación con la demanda y su objeto, dispone que «Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente».

4. Acumulación de acciones alternativa: con ella el actor ejercita dos o más acciones incompatibles entre sí, persiguiendo la estimación de alguna de ellas, pero sin establecer un orden de prioridad entre ellas, para que sea el órgano jurisdiccional quien, *secundum eventum litis*, elija una de ellas, de modo que el demandante delega en este la decisión de si estima una u otra de las dos o más acciones ejercitadas alternativamente. Esta acumulación de acciones resulta inadmisibles en nuestro Ordenamiento jurídico no solo por la combinación de lo dispuesto en los distintos apartados de la LEC art.71 , sino también y sobre todo porque la LEC art.524 obliga al demandante a fijar en la demanda «con claridad y precisión lo que se pide».

Precisiones

No obstante lo dicho, un determinado sector de la doctrina admite esta clase de acumulación para los casos de obligaciones alternativas recogidas en el CC art.1131 .

2603 Atendiendo al elemento personal

En este punto, cabría distinguir a su vez entre:

1. Acumulación objetiva de acciones (LEC art.71): se produce cuando el demandante ejercita en su demanda dos o más acciones frente a un mismo demandado, resultando irrelevante a estos efectos que aquellas provengan o no de diferentes títulos, siempre que no sean incompatibles entre sí (LEC art.71.2) y, en caso de serlo, siempre que el actor identifique debidamente el **orden de prioridad o preferencia** entre las acciones acumuladas (p.ej., actor ejercita frente al demandado una acción reivindicatoria sobre un bien inmueble a la que le acumula otra de reclamación de rentas indebidamente percibidas).

Así, el rasgo característico de la acumulación objetiva de acciones radica en el hecho de que su elemento subjetivo o personal coincide, al ser los sujetos de tales acciones idénticos, debiendo variar por tanto entre ellas el *petitum* y/o la *causa petendi*; en definitiva, el nexo en este tipo de acumulación de acciones es únicamente subjetivo.

2. Acumulación subjetiva de acciones (LEC art.72): por el contrario, en este caso lo que difiere es precisamente el elemento personal de las acciones que se ejercitan conjuntamente, ya que los sujetos de estas no coinciden en todas ellas (p.ej., tres demandantes distintos deciden unirse para demandar a una agencia de viajes por haber sido esta responsable de la cancelación de sus respectivos viajes).

2605 Conlleva en todo caso un **litisconsorcio voluntario** que puede ser pasivo, lo que se produce cuando un mismo demandante ejercita varias acciones frente a varios demandados; activo, en caso de que varios demandantes ejerciten

cada uno de ellos una acción frente a un solo demandado; y mixto, lo que se da cuando varios demandantes ejercitan varias acciones frente a distintos demandados.

Para que pueda darse la acumulación subjetiva de acciones, resulta preciso que entre las acciones acumuladas exista un nexo por razón del título o *causa petendi* (LEC art.72). La LEC solo exige **conexidad entre las acciones** que se acumulan, pero no la identidad entre ellas, bastando por lo tanto que se funden en hechos comunes, aunque el fundamento fáctico de alguna de ellas o de varias sea más amplio.

2607 Presupuestos para la admisión de la acumulación de acciones

La LEC condiciona la admisión de la acumulación de acciones a la concurrencia de dos tipos de requisitos:

1. **Requisitos de fondo:** atendiendo al contenido de las acciones ejercitadas, se deben comprobar dos extremos:

a) Que las acciones sean **compatibles** entre sí. Este presupuesto, cuya concurrencia solo se exige, por razones evidentes, en los casos de acumulación eventual, implica que no se pueden acumular acciones incompatibles entre sí, es decir, aquellas que se excluyen mutuamente o son contrarias entre sí, de modo que la estimación de una excluye o hace ineficaz el ejercicio de la otra.

b) Que exista una **conexión** por razón del título o *causa petendi*, es decir, que para que la acumulación sea posible resulta necesario que las diversas acciones se funden en un concreto tipo de hechos. Así, esto sucederá cuando se funden:

- en los **mismos hechos**;

- en **hechos comunes** (lo que supone que, además de fundarse en hechos comunes, cada una de ellas se funda también en hechos distintos), o bien finalmente;

- en **hechos homogéneos** (diversos pero estrechamente unidos, fenómeno conocido como «acumulación impropia de acciones»).

Esta conexión por razón del título o *causa petendi* solo se exige en los casos de acumulación subjetiva de acciones y en los de acumulación objetiva de acciones cuando esta se produzca en el marco de un juicio verbal, no siendo exigible por tanto cuando la acumulación objetiva de acciones se dé en el marco de un juicio ordinario.

2. **Presupuestos procesales:** además de los requisitos de fondo a los que acabamos de referirnos, para que pueda producirse el fenómeno de la acumulación de acciones, han de concurrir una serie de presupuestos de carácter procesal, regulados en la LEC art.73 . Se trata de:

a) jurisdicción y competencia objetiva del tribunal (nº 2609).

b) Homogeneidad procedimental (nº 2611 s.).

c) Que no exista una norma que expresamente prohíba la acumulación de acciones en el caso concreto.

2609 Jurisdicción y competencia objetiva del tribunal

Se señala que el tribunal tiene que tener jurisdicción por razón de la materia y competencia objetiva para enjuiciar todas las acciones acumuladas (LEC art.73.1.1º).

Así, por lo que respecta a la **jurisdicción por razón de la materia**, no cabe acumular acciones que deban sustanciarse ante tribunales de diferentes órdenes jurisdiccionales; y, en relación con la **competencia objetiva**, tampoco resultará posible acumular acciones cuyo conocimiento corresponda a algún juzgado especializado (p.ej., los juzgados de familia; los de lo mercantil; etc. Sobre este particular, véase TS 2-3-17, EDJ 12301) o que, **por razón de la cuantía**, la competencia para conocer de aquellas esté atribuida a otros tribunales (p.ej., los juzgados de paz que, como se sabe, conocen de asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros).

Con este presupuesto la LEC viene a exigir que, para que quepa la acumulación de acciones, resulta preciso que el tribunal pudiera, en abstracto, conocer de todas y cada una de las acciones acumuladas en caso de haberse ejercitado de forma individual.

En relación con la **competencia territorial**, al omitir la LEC art.73 cualquier referencia a ella, ha de entenderse que no hace falta que el tribunal la posea para conocer de todas las acciones acumuladas.

Cuando **se ejerciten** en una demanda **varias acciones**, se prevén una serie de fueros para determinar la competencia en caso de acumulación de acciones (LEC art.53, párrafo 1º). Así, cuando se ejerciten varias acciones, será competente el tribunal del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente.

Señala **fueros electivos** para la acumulación subjetiva de acciones cuando, según las reglas anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los tribunales de más de un lugar; en este caso, la demanda podrá presentarse ante el tribunal de cualquiera de esos lugares, a elección del actor, siempre que cualquiera de ellos

estuviera facultado, en abstracto, para conocer a título individual de cualquiera de las acciones acumuladas (LEC art.53, párrafo 2º).

2611 Homogeneidad procedimental

Con este presupuesto procesal se condiciona la admisibilidad de la acumulación de acciones a que estas no deban ventilarse, por razón de su materia, en juicios de diferente tipo (LEC art.73.1.2º). Tal previsión ha de complementarse con lo dispuesto en la LEC art.73.1.1º , en el que se señala que a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal. Combinando ambas previsiones se llega a las siguientes **conclusiones**:

1. Para los casos en que la **acumulación** de acciones se determine **por razón de la cuantía**, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Si esta no supera los 6.000 euros, el juicio procedente es el verbal.

b) Si supera dicha cantidad, el juicio procedente es el ordinario.

c) Si algunas de las acciones superan los 6.000 euros y otras no, la acumulación es posible únicamente si el procedimiento en el que se acumulan es el juicio ordinario, lo que supone que no resultará posible que una acción que por razón de la cuantía deba tramitarse por el juicio ordinario se sustancie por vía de acumulación por los trámites del juicio verbal.

d) Que cabe la acumulación de acciones que por razón de la cuantía deban tramitarse todas ellas como juicios ordinarios o todas ellas como juicios verbales.

2613 2. Por lo que respecta ahora a la imposibilidad de **acumular** acciones **que por razón de su materia** deban ventilarse en juicios de diferente tipo, con ello la LEC viene a impedir la acumulación de acciones en los siguientes supuestos:

a) Cuando se pretenda la acumulación de acciones que según la ley deben conocerse por los procesos ordinarios con las que deban sustanciarse por medio de procesos especiales (todos los del libro cuarto).

b) Cuando se intente acumular una acción declarativa con otra ejecutiva.

c) en caso de que las acciones que se pretenden acumular deban sustanciarse, por razón de la materia, por los cauces del juicio ordinario o por los del juicio verbal, salvando los casos en que todas ellas versen sobre la misma materia.

d) Cuando se intenten acumular acciones que, por razón de la cuantía o de la materia deben sustanciarse por los cauces del juicio ordinario con acciones que, por razón de la materia, han de sustanciarse por los cauces del juicio verbal.

e) Si se pretenden acumular acciones que deban tramitarse por medio de procesos especiales distintos (p.ej., una que deba sustanciarse a través de los cauces del proceso cambiario y la otra a través de los del proceso monitorio), resultando posible, por el contrario, acumular acciones que se tramitan por el mismo proceso especial (por seguir con el ejemplo, sí resulta posible el ejercicio acumulado de varias acciones cambiarias en el mismo proceso cambiario, o de varias acciones monitorias en el mismo proceso monitorio).

f) En casos en que se intenten acumular acciones que se tramitan en procesos declarativos ordinarios de carácter plenario con otras que deban tramitarse en procesos ordinarios que tienen carácter sumario.

2615 Tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones

En los casos en que el actor pretenda ejercitar en su demanda varias acciones sin reunir los presupuestos necesarios para que ello sea posible, es decir, los contenidos en LEC art.71 a 73 , surge un defecto denominado «indebida acumulación de acciones». Ello supone un óbice de naturaleza procesal cuya existencia puede ponerse de manifiesto tanto *ex officio* por el letrado de la Administración de Justicia como a instancia de parte (TS 21-10-15, EDJ 184983).

Por lo que respecta al tratamiento procesal **de oficio**, señala que si el letrado de la Administración de Justicia aprecia en fase de admisión de la demanda que se han acumulado indebidamente acciones, debe requerir al actor antes de proceder a admitirla a trámite para que subsane ese defecto en el plazo de 5 días, manteniendo las acciones cuya acumulación resulte posible y «desacumulando» de estas las que han sido indebidamente agrupadas junto a ellas. En caso de no hacerlo así una vez transcurrido el término dispuesto para ello -o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se pretendieran mantener por el actor-, el letrado de la Administración de Justicia debe dar cuenta al tribunal para que sea este quien resuelva sobre la admisión de la demanda (LEC art.73.3).

En relación con el tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones **a instancia de parte**, se regula esta posibilidad, disponiendo al efecto que si el demandado entiende que se ha producido una defectuosa acumulación de acciones, deberá oponer este defecto de forma motivada en su contestación a la demanda (LEC art.419). Tras ello, el tribunal, oyendo previamente al actor en la audiencia previa, resolverá oralmente sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación, de modo que, si considera que se ha producido una indebida acumulación de acciones, decidirá

qué acción u acciones quedarán apartadas del proceso, debiendo seguirse el curso de este únicamente respecto de la acción o acciones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso.

4. Acumulación de procesos

(LEC art.74 a 98)

2617 También denominada acumulación de autos; con ella se hace referencia a un fenómeno que permite que, estando pendientes dos o más procesos incoados cada cual de forma separada y cada uno con su respectivo objeto, acaben uniéndose todos ellos en un solo proceso de modo que, a partir de ese momento, los distintos objetos se tramitan conjuntamente pasando a resolverse en una única sentencia (LEC art.74).

Dado el objeto de nuestro estudio, y por tanto debiendo dejar al margen de este el análisis tanto la acumulación de procesos de ejecución (LEC art.555), como la acumulación de los procesos que se tramitan bajo la modalidad de juicio verbal (LEC art.80), como, finalmente, la acumulación de procesos singulares a un proceso universal (LEC art.98), centraremos nuestra atención en el fenómeno de la **acumulación de procesos declarativos** cuando por lo menos uno de ellos se tramita por los cauces del juicio ordinario.

2619 Legitimación

La acumulación de procesos puede solicitarse:

1. A **instancia de parte**, y por tanto de quien lo sea en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende; o bien,

2. Acordarse **de oficio** por el tribunal, lo que ocurrirá necesariamente cuando este observe que se da alguno de los supuestos que se indican a continuación (LEC art.75 y 76):

a) Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos perjudiciales en el otro.

b) Cuando entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

c) Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación (conforme a lo que acabamos de señalar en el apartado a), y en la LEC art.77 (al que nos referiremos inmediatamente), cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en LEC art.15 .

d) Cuando el objeto de los procesos a acumular fuera la impugnación de acuerdos sociales adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración (en cuyo caso deberán acumularse todos los procesos incoados en virtud de demandas en las que se soliciten la declaración de nulidad o de anulabilidad de dichos acuerdos, siempre que las mismas hubieran sido presentadas en un periodo de tiempo no superior a 40 días desde la presentación de la primera de las demandas).

e) Cuando se trate de procesos en los que se sustancie la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de un mismo menor, tramitados conforme a la LEC art.780 , siempre que en ninguno de ellos se haya iniciado la vista.

2621 Procedencia de la acumulación de procesos

La acumulación de procesos queda supeditada, de un lado, a la concurrencia de una serie de requisitos; y de otro, a que no existan determinados impedimentos:

1. Requisitos:

a) Solo pueden acumularse procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales, y siempre que concorra alguna de las causas de la LEC art.76 . Se entiende que no hay pérdida de derechos procesales cuando se acuerde la acumulación de un juicio ordinario y un juicio verbal, que proseguirán por los trámites del juicio ordinario, ordenando el Tribunal en el auto por el que acuerde la acumulación, de ser necesario, retrotraer hasta el momento de contestación a la demanda las actuaciones del juicio verbal que hubiere sido acumulado, a fin de que siga los trámites previstos para el juicio ordinario (LEC art.77).

b) Los procesos deben encontrarse en primera instancia, no debiendo haber finalizado el juicio en ninguno de ellos.

c) Cuando los procesos que se pretendan acumular se encuentren pendientes ante distintos tribunales, cabe su acumulación sólo si el tribunal del proceso más antiguo tuviera competencia objetiva por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer del proceso o procesos que se quieran acumular.

2623 2. Impedimentos:

- a) La acumulación de procesos no procede cuando la competencia territorial del tribunal que conoce del proceso más moderno tiene en la LEC carácter inderogable para las partes.
- b) Tampoco procede cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia.
- c) La acumulación de procesos a instancia de parte no resulta posible cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de esta o con la reconvencción, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda.
- d) No procede la acumulación de procesos cuando estos fueron promovidos por el mismo demandante o por demandado reconviniente, solo o en litisconsorcio, salvo que justifique cumplidamente que no pudo promover un único proceso.

Señalar finalmente que lo dicho en los apartados b), c) y d) no es de aplicación a los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconocen a consumidores y usuarios (LEC art.76.2.1º).

2625 Tramitación procedimental del incidente de acumulación

La acumulación de procesos ha de solicitarse siempre al tribunal que conozca del proceso más antiguo (antigüedad que viene determinada por la fecha de la presentación de la demanda y, de coincidir ambas el mismo día, se considerará más antiguo el proceso que se hubiera repartido primero), de modo que, en caso de acordarse, será a este al que se acumularán los procesos más modernos. Igualmente, en caso de ordenarse de oficio la acumulación, corresponde acordarla al tribunal que conozca del proceso más antiguo (LEC art.79).

Sentado lo anterior, y ya para analizar el modo en que deberá procederse a la solicitud de la acumulación de proceso, deben distinguirse dos **supuestos**:

- a) Los casos en que los procesos pendientes cuya acumulación se pretende penden ante el **mismo tribunal** (LEC art.81 a 85).
- b) Aquéllos otros en los que se encuentran pendientes ante **distintos tribunales** (LEC art.86 a 97).

Dado que las normas a las que se encuentra sometida la acumulación de procesos en este último caso, el de procesos pendientes ante distintos tribunales, son muy parecidas a las que se condiciona la acumulación en caso de que los procesos penden ante el mismo tribunal, solo que sometidas en algún punto a determinadas especialidades, procederemos en primer lugar al análisis de las normas que rigen la acumulación cuando los procesos se están tramitando ante el mismo tribunal (nº 2627 s.), dejando para el final las especificidades que se aplican cuando los procesos estén pendientes ante distintos tribunales (nº 2631 s.).

2627 Procesos pendientes ante un mismo tribunal

Reúne las siguientes cuestiones:

1. **Solicitud por escrito:** cuando se inste la acumulación de procesos que se siguen ante el mismo tribunal, la acumulación debe solicitarse por escrito, señalándose con claridad los procesos cuya acumulación se pide, el estado procesal en que se encuentran y las razones que justifican la acumulación (LEC art.81), debiendo acompañarse tal solicitud del documento que acredite la fecha de la presentación de la demanda (LEC art.79.2).
2. **Efectos de la solicitud:** la solicitud de acumulación de procesos no suspende el curso de los procesos que se pretenden acumular, salvo que sea necesario suspender el acto del juicio o de la vista a fin de evitar que su celebración pueda afectar al resultado y desarrollo de las pruebas a practicar en los demás procesos, aunque el tribunal deberá abstenerse de dictar sentencia en cualquiera de ellos hasta que decida sobre la procedencia de la acumulación.
3. **Decisión sobre la solicitud:** el tribunal deberá aceptar por medio de auto la solicitud de acumulación salvo que esta no contenga los datos que le son exigidos o la acumulación no fuere procedente por razón de la clase y tipo de los procesos, de su estado procesal y demás requisitos procesales, en cuyo caso deberá rechazarla también por medio de auto (LEC art.82).

2629 4. Sustanciación y decisión del incidente de acumulación:

solicitada en forma la acumulación de procesos, el letrado de la Administración de Justicia debe dar traslado a las demás partes personadas y a todos los que sean parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende a fin de que, en el plazo común de 10 días, formulen **alegaciones** acerca de la acumulación. Transcurrido dicho plazo, o si, recibidas las alegaciones todas las partes estuvieren conformes con la solicitud, y siempre que el tribunal entienda que concurren los presupuestos necesarios, acordará tal acumulación dentro de los 5 días siguientes.

Si, por el contrario, no existe acuerdo entre las partes o ninguna de ellas formula alegaciones, el tribunal resolverá lo que estime procedente, otorgando o denegando la acumulación solicitada. En los casos en que la acumulación se

promueva de oficio, el tribunal deberá dar audiencia por un plazo común de 10 días a todos los que sean parte en los procesos de cuya acumulación se trate, a fin de que formulen alegaciones.

Señalar finalmente que contra el auto que decida sobre la acumulación solicitada solo cabe recurso de reposición (LEC art.83).

5. Efectos del auto: si se otorga la acumulación, el tribunal ordenará 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 y, en caso de que no estuvieran en la misma fase, deberá suspenderse el que estuviera más avanzado hasta que los otros se hallen en el mismo estado (LEC art.84).

De denegarse la acumulación, los procesos se sustanciarán separadamente, debiendo el tribunal en el **auto denegatorio** de la acumulación condenar al pago de las costas del incidente quien lo hubiere promovido (LEC art.85).

2631 Procesos pendientes ante distintos tribunales

La acumulación de procesos en estos casos se rige por las normas a las que acabamos de aludir, pero presenta una serie de especialidades. Se trata de las siguientes:

1. **Solicitud:** también por escrito, pero en él se deberá indicar el tribunal ante el que penden los otros procesos cuya acumulación se pretende (LEC art.87).

2. **Efectos** de la solicitud:

a) Cuando la acumulación de procesos se haga de oficio, tal solicitud no suspenderá el curso de los **procesos afectados**, salvo desde el momento en que alguno de ellos quede pendiente solo de sentencia, en cuyo caso se suspenderá el plazo para dictarla (no obstante lo dicho, el tribunal podrá acordar la suspensión del acto del juicio o de la vista a fin de evitar que la celebración de dichos actos pueda afectar al resultado y desarrollo de las pruebas a practicar en los demás procesos).

b) Cuando se pida la acumulación, el letrado de la Administración de Justicia debe **dar noticia** de este hecho, por el medio más rápido, al otro tribunal, a fin de que se abstenga de dictar sentencia o pueda decidir sobre la suspensión a la que acabamos de referirnos, hasta que se decida definitivamente sobre la acumulación pretendida (LEC art.88.1, 2 y 3).

3. **Sustanciación y decisión del incidente de acumulación:** el letrado de la Administración de Justicia debe dar traslado a las demás partes personadas de la solicitud de acumulación para que, en el plazo común de 10 días, formulen alegaciones sobre la procedencia de la acumulación, y tras ello resolverá el tribunal en el plazo de 5 días (LEC art.88.4).

4. **Efectos del auto:** cuando la acumulación se deniegue, se comunicará por el letrado de la Administración de Justicia al otro tribunal, que podrá dictar sentencia o, en su caso, proceder a la celebración del juicio o vista. Cuando el tribunal estime procedente la acumulación, mandará en el mismo auto dirigir oficio al que conozca del otro pleito, requiriendo la acumulación y la remisión de los correspondientes procesos. A este oficio acompañará **testimonio de los antecedentes** que el mismo tribunal determine y que sean bastantes para dar a conocer la causa por la que se pretende la acumulación y las alegaciones que, en su caso, hayan formulado las partes distintas del solicitante de la acumulación (LEC art.88.4 y 89).

Recibidos el oficio y el testimonio por el tribunal requerido, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de ellos a los litigantes que hayan comparecido ante el tribunal. Si alguno de los personados ante el tribunal requerido no lo estuviera en el proceso ante el tribunal requirente, dispondrá de un plazo de 5 días para instruirse del oficio y del testimonio en la oficina judicial, y para presentar escrito manifestando lo que convenga a su derecho sobre la acumulación (LEC art.90).

Transcurrido tal plazo, el tribunal dictará auto aceptando o denegando el **requerimiento de acumulación**. Si ninguna de las partes personadas ante el tribunal requerido se opusiere a la acumulación -o si no alegaren datos o argumentos distintos de los alegados ante el tribunal requirente-, el tribunal requerido solo podrá fundar su negativa al requerimiento basándose en que la acumulación debe hacerse a los procesos pendientes ante el tribunal requerido (LEC art.91).

2634 **5. Efectos de la aceptación y de la no aceptación de la acumulación** por el tribunal requerido: aceptado el requerimiento de acumulación, el letrado de la Administración de Justicia lo notificará de inmediato a quienes fueren partes en el proceso seguido ante el tribunal requerido, para que en el plazo de 10 días puedan personarse ante el requirente, al que remitirá los autos, para que, en su caso, sigan su curso ante él. Acordada la acumulación, el letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal, momento en que se efectuará la acumulación (LEC art.92). Si el tribunal requerido no acepta el requerimiento de acumulación -por estimarla improcedente o por creer que la acumulación debe hacerse

a los que penden ante él-, lo comunicará al tribunal requirente y ambos deferirán la decisión al tribunal competente para dirimir la discrepancia, es decir, el tribunal inmediato superior común a requirente y requerido (LEC art.93).

A tales efectos, el tribunal requirente y el requerido remitirán a la mayor brevedad posible al tribunal competente testimonio de lo que, para poder resolver la **discrepancia sobre la acumulación**, obre en sus respectivos tribunales. Ambos tribunales deberán emplazar a las partes para que puedan comparecer en el plazo improrrogable de 5 días ante el tribunal competente y alegar por escrito lo que consideren que conviene a su derecho (LEC art.94). La discrepancia se decidirá por el tribunal competente por medio de auto irrecurrible, en el plazo de 20 días, a la vista de los antecedentes que consten en los autos y de las alegaciones escritas de las partes, si se hubieran presentado.

Si el auto acuerda la acumulación de procesos, el letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal, momento en que se efectuará la acumulación; si se deniega la acumulación, los procesos deben seguir su curso por separado, alzándose, en su caso, por el letrado de la Administración de Justicia la suspensión acordada.

6. Prohibición de un segundo incidente de acumulación: suscitado incidente de acumulación de procesos en un proceso, no se admite solicitud de acumulación de otro juicio ulterior si quien la pide ha sido quien inició el juicio que intenta acumular (en caso de hacerlo, el letrado de la Administración de Justicia deberá rechazar la solicitud formulada mediante decreto). Si a pesar de tal prohibición llegase a sustanciarse el nuevo incidente, tal pronto como le conste tal hecho al tribunal, deberá este declarar la nulidad de lo actuado a causa de la solicitud, con **imposición de las costas** al que la hubiere presentado (LEC art.97).

F. Juicio ordinario: actitudes del demandado ante la demanda. Contestación y reconvenición. Rebeldía

2637 Una vez admitida la demanda, el principio de audiencia exige que se ponga en conocimiento del demandado para que pueda defenderse. En el juicio ordinario, el demandado será emplazado para que pueda contestar a la demanda en un plazo de 20 días. Frente a la demanda son **varias las actitudes** que puede adoptar el demandado:

1. El demandado puede no comparecer y el resultado que de ello se deriva es que será declarado en rebeldía. En esta situación jurídico procesal, el demandado sufrirá una serie de consecuencias en especial en lo que se refiere al **régimen de notificaciones**.

2. El demandado puede comparecer y, en tal caso, puede actuar de distintas maneras:

a) Comparecer y no contestar a la demanda, de manera que no será declarado en rebeldía, pero no lleva a cabo una **defensa activa** y, por tanto, no influirá con sus alegaciones en la decisión del tribunal. Es posible también que el demandado comparezca a los solos efectos de proponer declinatoria.

b) Comparecer y contestar a la demanda de diversas formas, algunas de las cuales pueden combinarse entre sí. Esencialmente el contenido de contestación a la demanda puede consistir en tres conductas distintas:

- **allanarse;**

- **oponerse a la tutela** solicitada por el demandante; o

- **reconvenir**. En este último caso, el demandado no se limita a pedir su absolución sino que ejercita una acción nueva frente al demandante y pide la condena de este.

2641 Rebeldía

(LEC art.496 a 500)

Es la situación jurídica que se crea en el proceso por el hecho de la **incomparecencia** del demandado. En el **juicio ordinario**, el demandado será declarado en rebeldía si no comparece en el plazo de 20 días que se le da para contestar a la demanda.

En el proceso civil, el **principio de audiencia** exige que se le dé al demandado la posibilidad real de ser oído y vencido en juicio, sin que sea necesario que haga uso de la misma. Comparecer en el proceso no es para el demandado un deber sino una carga. No puede ser obligado coercitivamente a comparecer, pero de su incomparecencia se derivarán ciertos efectos negativos.

2643 Requisitos

La rebeldía se produce por el hecho objetivo de la incomparecencia del demandado en el proceso. A efectos de la declaración en rebeldía es indiferente que la incomparecencia sea **voluntaria o involuntaria**, aunque sí se tiene en cuenta a efectos de conceder o no ulteriormente posibilidades de defensa al demandado rebelde. Solo si la rebeldía ha sido involuntaria podrá el rebelde defenderse incluso atacando la sentencia firme que se hubiere dictado.

La rebeldía ha de ser **inicial y total**. Solo será declarado en rebeldía el demandado que no ha comparecido en el proceso desde su inicio. En consecuencia, si el demandado comparece inicialmente y luego no contesta a la

demanda o, incluso, no realiza ninguna actuación procesal, precluirá la facultad de realizar en un momento ulterior esas actuaciones procesales, pero no se le declara en rebeldía. Si el demandado comparece en cualquier fase del proceso deja de estar en rebeldía.

La rebeldía precisa de una **declaración expresa**, que se hace de oficio, normalmente por el letrado de la Administración de Justicia (LEC art.496.1). Esta declaración adopta la forma de:

- **diligencia de ordenación** si la dicta el letrado de la Administración de Justicia; o
- **providencia** si, excepcionalmente, la dicta el juez.

En el juicio ordinario, transcurrido el plazo de 20 días para contestar a la demanda, si el demandado no comparece es declarado en rebeldía.

2645 Efectos de la declaración de rebeldía

No impide la continuación del proceso, que seguirá su curso normal sin la participación del demandado.

El efecto principal de la rebeldía es la **preclusión**, es decir, la imposibilidad de que el demandado pueda realizar posteriormente aquellos actos cuyo plazo de realización ya ha transcurrido (LEC art.499). El demandado puede comparecer en cualquier momento del proceso, pero debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre sin que, como regla, se produzca la **retroacción de las actuaciones**. Como excepción a esta regla, el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, haya comparecido después del momento establecido para proponer prueba en primera instancia, podrá pedir que se practiquen en segunda instancia todos los medios de prueba que convengan a su derecho (LEC art.460.3).

En otros ordenamientos, la rebeldía supone la admisión de los hechos por el demandado o incluso su allanamiento. No sucede así en nuestro ordenamiento. Con carácter general, la rebeldía no releva al actor de la **carga de probar los hechos** en que funda su demanda. Hay, no obstante, **casos excepcionales** en que la rebeldía equivale a:

- una admisión de hechos (LEC art.602 y 618); o
- un allanamiento (LEC art.440.2); o
- similar (LEC art.816.1 y 825).

2647 La declaración de rebeldía da lugar a un **régimen especial de notificaciones de las resoluciones** que se dicten en el proceso:

a) La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por **correo** si su domicilio fuera conocido y, si no, mediante **edictos**.

b) Hecha esta notificación no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la **resolución** que ponga fin al proceso. No obstante, al demandado rebelde que, por carecer de domicilio conocido, hubiera sido citado o emplazado para personarse mediante edictos, se le comunicará la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de parte, en cuanto se tenga noticia del lugar donde pueda llevarse a cabo la notificación.

c) La sentencia o resolución que ponga fin al proceso se notificará al demandado personalmente, en la forma prevista en la LEC art.161 . Si el demandado se hallare en paradero desconocido, la notificación se hará por edicto que se publicará en el **boletín oficial** de la comunidad autónoma o en el BOE. Esta publicación puede ser **sustituida por** la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos conforme a la LOPJ art.236. Lo mismo se hará con las sentencias que se dicten en vía de recurso.

2648 La rebeldía conlleva ciertas **especialidades en el régimen de recursos y otros medios de impugnación**:

a) De un lado, el rebelde puede hacer uso de los **recursos ordinarios** que quepan contra la sentencia que se dicte, siempre que lo haga dentro del plazo legal. El **plazo** para interponer esos recursos inicia su cómputo de distinta manera, según se haya notificado la sentencia personalmente o por edictos:

- si la sentencia se notificó **personalmente**, el plazo para recurrir comienza a correr a partir del día siguiente a la notificación;
- si la sentencia se le notificó **por edictos**, el plazo para recurrir comienza a correr desde el día siguiente a la publicación de la notificación en el BOE o en el boletín oficial de la comunidad autónoma o, en su caso, por los medios telemáticos, informáticos o electrónicos.

b) De otro lado, el rebelde que ha permanecido constantemente en esa situación por fuerza mayor o por desconocimiento de la demanda, puede, en ciertos casos, hacer uso de un **medio extraordinario de rescisión** de sentencia firme: la audiencia al rebelde. Además, algunos casos de rebeldía involuntaria no amparados por la audiencia al rebelde, sí pueden encontrar encaje en otros medios de anulación o rescisión de sentencias firmes como son el llamado incidente de nulidad de actuaciones o el proceso de revisión.

2650 Contestación a la demanda

Una de las alternativas que tiene el demandado ante la demanda es la de personarse y contestar a la demanda: es el acto por el cual el demandado fija su posición frente a la acción o acciones afirmadas por el actor en su demanda.

1. **Contenido:** el demandado puede adoptar diversas actitudes en su contestación a la demanda (LEC art.405 y 406):

a) El demandado puede no oponer resistencia a la petición del demandante y allanarse a la demanda. En tal caso, el tribunal dictará sentencia favorable al actor. El **allanamiento** será analizado en el tema correspondiente a los modos de terminación del proceso distintos de la sentencia.

b) El demandado puede **oponer resistencia** y defenderse frente a la acción ejercitada por el actor y puede optar por varias **posibilidades**:

- hacer alegaciones procesales, es decir, alegar la falta de algún presupuesto o requisito procesal o la concurrencia de algún óbice procesal que impide dictar sentencia de fondo. Estas alegaciones se denominan excepciones procesales;

- negar la existencia de los hechos alegados por el actor como fundamento de la demanda. En tal caso, esos hechos serán controvertidos y recae sobre el actor la carga de probarlos. Hay que tener en cuenta que la LEC art.405.2 dispone que el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales;

- admitir la veracidad de los hechos alegados por el demandante, pero negar la consecuencia jurídica que pretende anudar a los mismos. Entonces, la discrepancia se centrará en una cuestión estrictamente jurídica;

- alegar hechos nuevos con los que pretenda la desestimación de la demanda. Estas alegaciones se denominan excepciones materiales o de fondo.

c) El demandado puede no limitarse a defenderse de la acción ejercitada por el actor sino atacar a este formulando **reconvención**. Con la reconvención el demandado ejercita una acción frente al demandante y pide la condena de este.

Algunas de las conductas que pueden integrar la contestación a la demanda no son incompatibles entre sí. El demandado puede negar ciertos hechos, admitir otros, oponer excepciones y formular reconvención.

2652 2. **Forma:** la contestación a la demanda en el juicio ordinario es un acto escrito que el demandado tiene la carga de presentar dentro de los 20 días siguientes al emplazamiento. El escrito de contestación a la demanda ha de revestir la misma estructura que la demanda (LEC art.405.1).

A la contestación a la demanda se le han de acompañar los mismos **documentos procesales o de fondo** previstos para la demanda (LEC art.264 y 265 , respectivamente).

2654 Excepciones procesales y materiales

En sentido amplio, excepción es cualquier medio de defensa del demandado frente a la demanda con el que pretende conseguir que no se conceda al actor la tutela solicitada. Se distinguen dos **categorías** de excepciones: las excepciones procesales (nº 2656) y las excepciones materiales o de fondo (nº 2658).

2656 Procesales

Son aquellas por las que el demandado pone de manifiesto la ausencia de algún presupuesto procesal, la concurrencia de un óbice procesal o la falta de requisitos de algún acto procesal. Si se estiman, impiden un pronunciamiento en cuanto al fondo.

La LEC contempla dos sistemas para hacer valer la falta de presupuestos procesales por parte del demandado:

a) La **falta de jurisdicción o competencia del tribunal** o la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje o mediación han de hacerse valer por el demandado a través de la declinatoria con carácter previo a la contestación a la demanda.

b) La **falta de cualquier otro presupuesto procesal** o de algún requisito de un acto procesal o la concurrencia de un óbice procesal han de alegarse por el demandado como excepciones procesales en la contestación a la demanda.

Las excepciones procesales, por tanto, pueden referirse a una gran variedad de presupuestos procesales relativos:

- a las partes (así, la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal);

- al objeto del proceso (así, la existencia de litispendencia o de cosa juzgada); o

- al procedimiento (así, la inadecuación de procedimiento, la falta de los requisitos de la demanda o la indebida acumulación de acciones).

Deben ser propuestas por el demandado en la contestación a la demanda y sobre estas excepciones debe pronunciarse el tribunal con carácter previo a entrar en la cuestión de fondo. En el juicio ordinario, el tribunal debe resolver tras oír a las partes en la audiencia previa al juicio. La resolución se realiza, como regla, de forma oral en la

audiencia previa (LEC art.416). En ciertos casos, la LEC permite que, en atención a la **complejidad del asunto**, el tribunal difiera su decisión para días posteriores a la audiencia previa.

Si el defecto alegado por el demandado puede ser subsanado, se debe dar al demandante la oportunidad de subsanarlo. Por tanto, solo si el tribunal estima que la excepción procesal concurre y que el defecto es insubsanable o que, tras el plazo concedido, no se ha subsanado, dictará un **auto de sobreseimiento** que ponga fin al proceso sin resolver sobre el fondo.

2658 Materiales o de fondo

Son aquellas que se fundan en cuestiones de derecho sustantivo y que, de ser estimadas, conducen a la desestimación de la demanda y la absolución del demandado en cuanto al fondo. Por medio de las excepciones materiales el demandado pone de manifiesto que el demandante no tiene derecho a obtener la **tutela solicitada**.

Las excepciones materiales son hechos nuevos y distintos de los alegados por el demandante en su demanda. Los **hechos** que fundan una excepción material no son incompatibles con los hechos constitutivos de la acción afirmada por el demandante sino que pueden ser ciertos ambos, pero la consecuencia jurídica de esos hechos nuevos alegados por el demandado es la desestimación de la demanda. Las excepciones materiales se alegan por el demandado en la contestación a la demanda y, a diferencia de las excepciones procesales, se resuelven en la sentencia.

Las excepciones materiales son algo distinto de la simple negación de los hechos alegados por el demandante, pues el demandado no niega estos sino que añade un hecho nuevo y también se distinguen de la **reconvención** porque con la excepción material el demandado solo persigue su absolución y no la condena del actor.

Los hechos que tienen relevancia en un proceso pueden clasificarse en cuatro **categorías**:

1. Hechos **constitutivos**: son aquellos en los que el actor basa su pretensión; deben concurrir para que pueda estimarse existente la acción afirmada por el actor porque integran la causa de pedir.

Los hechos constitutivos interesan al actor y a él corresponde la carga de alegarlos y probarlos.

2. Hechos **impeditivos**: aquellos que se producen de manera coetánea a los constitutivos e impiden a estos desplegar su eficacia jurídica. A modo de ejemplo, encajan en esta categoría los vicios del consentimiento que determinan la nulidad absoluta de un contrato.

3. Hechos **extintivos**: son aquellos que acaecen con posterioridad a los constitutivos y suprimen o extinguen la eficacia de estos. Encajan en esta categoría el pago o cumplimiento de la obligación, entre otros.

4. Los hechos **excluyentes**: aquellos que acaecen con posterioridad a los constitutivos y otorgan al demandado un contraderecho que el permite enervar, destruir o paralizar la pretensión del demandante. Dentro de esta categoría se pueden incluir la prescripción de la acción o el pacto o promesa de no pedir en un plazo determinado.

Los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes interesan al demandado y a él corresponde la carga de alegarlos y probarlos. Por tanto, toda excepción material consiste en la alegación de un hecho impeditivo, extintivo o excluyente.

Es posible que el demandado tenga dudas sobre la **conurrencia de varias excepciones**. Si estas son compatibles entre sí, podrá alegarlas todas ellas simultáneamente. Ahora bien, si las excepciones son incompatibles entre sí, tendrá que llevar a cabo una acumulación eventual de excepciones, indicando cuál es la excepción que opone como principal y cuál opone solo para el caso de que la primera sea desestimada.

2660 Reconvencción

Es la conducta del demandado por la que no se limita a pedir su absolución sino ejercita una acción frente al demandante y pide la condena de este. Por la reconvencción el demandado inicial pasa a ser también demandante (**reconviniante**) y el demandante inicial pasa a ser también demandado (**reconvenido**). Supone una ampliación de objeto del proceso porque introduce una acción nueva y da lugar a un proceso con pluralidad de objetos.

La reconvencción solo puede admitirse si se cumplen una serie de **requisitos** (LEC art.405 y 406):

a) En lo que se refiere al **momento procesal oportuno** para plantear la reconvencción, esta debe formularse en la contestación a la demanda.

b) Con respecto a la **forma**, la reconvencción debe ser explícita. Se dispone que la reconvencción debe acomodarse a los requisitos de estructura y forma de la demanda, debe expresar con claridad la tutela que se pide y en ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito en que el demandado se limite a pedir su absolución (LEC art.406.3).

c) Por lo que se refiere al **contenido**, se exige que la reconvencción sea conexa. Debe existir conexión entre la acción o acciones ejercitadas por el demandante en la demanda principal y la acción o acciones ejercitadas por el demandado por vía reconvenccional. Al darse por supuesta la conexión subjetiva, esta conexión debe ser objetiva (identidad de *petitum* y/o causa de pedir; LEC art.406.1).

d) En cuanto a los **sujetos**, se permite que la demanda reconvenicional se dirija no solo frente al demandante inicial sino también frente a terceros (LEC art.407.1). El único requisito que impone es que esos terceros puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenicional.

e) Respecto a la **competencia del tribunal**, solo se admitirá la reconvenición si el tribunal que conoce de la acción que dio inicio al proceso tiene competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia y competencia objetiva para conocer de la acción reconvenicional (LEC art.406.2). Sin embargo, dado el silencio de la LEC, no es obstáculo que el tribunal carezca de competencia territorial para conocer de la acción reconvenicional ni siquiera cuando el fuero sea improrrogable.

f) El último requisito es la **homogeneidad del procedimiento**: se dispone por la LEC que no se admitirá la reconvenición cuando la acción que se ejercita deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza (LEC art.406.2). Esta norma debe interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse por **vía reconvenicional en juicio ordinario** las acciones que por razón de la materia deban ejercitarse en juicio verbal, aunque sí las que deban sustanciarse en el juicio verbal por razón de la cuantía.

Asimismo, no pueden ejercitarse en juicio verbal las acciones que, **por razón de la materia o de la cuantía**, deban ejercitarse en juicio ordinario.

Y, por último, no pueden ejercitarse en juicio ordinario o verbal las acciones que deban seguir el **cauce de un proceso especial**.

2662 Si se cumplen los requisitos, el efecto de la reconvenición es que se tramita conjuntamente con la demanda inicial, en un mismo procedimiento y se decide en una misma sentencia. Pero la **acción reconvenicional** conserva su autonomía respecto de la acción inicial tanto en sus presupuestos procesales como de fondo.

En el juicio ordinario, debe darse traslado de la reconvenición a sus destinatarios para que puedan contestarla, en la forma prevista para la contestación a la demanda, es decir, por escrito en un plazo de 20 días.

Por último, debe tenerse en cuenta que, conforme a la LEC art.406.4 , es aplicable a la reconvenición la regla de preclusión del art.400 de la LEC. Por tanto, si el demandado decide reconvenir tendrá la carga de alegar todos los **hechos y fundamentos jurídicos** en que pueda basar su pretensión reconvenicional. Si no lo hace, no podrá ejercitar la acción reconvenicional con posterioridad en un proceso distinto con base en causas de pedir que ya pudo alegar al formular la reconvenición.

2664 Excepciones reconvenicionales

La diferencia entre una excepción material y una reconvenición es clara: en la excepción el demandado se limita a defenderse de la acción ejercitada por el demandante y pide su absolución, mientras que en la reconvenición el demandado ejercita una acción nueva frente al demandante y pide la condena de este.

Hay, no obstante, ciertos hechos que pueden servir de fundamento tanto a una excepción material como a una reconvenición. En tales casos, será el demandado el que determine si quiere utilizar ese hecho para lograr su absolución o si, por el contrario, quiere utilizarlo como fundamento de una acción nueva frente al demandante, es decir, como una reconvenición. Se exige que la reconvenición sea explícita y, por tanto, si el demandado quiere reconvenir no puede limitarse a pedir su absolución respecto de la **tutela solicitada** por el demandante (LEC art.406.3).

Sin embargo, hay dos alegaciones del demandado a las que la LEC ha dado un **tratamiento especial**:

- la compensación; y

- la nulidad del negocio jurídico.

Si el demandado alega la **compensación o la nulidad del negocio jurídico**, se les dará el tratamiento de una reconvenición, aunque el demandado solo pretenda su absolución. A ambas alegaciones se les conoce como excepciones reconvenicionales (LEC art.408).

Si el demandante ha ejercitado una **acción de condena** al pago de una cantidad de dinero y el demandado dispone de un crédito compensable frente al actor, puede formular esta alegación bien como excepción material o bien como reconvenición. Si el crédito del demandado es de cuantía inferior al reclamado por el demandante o, aun siendo superior, no pide la condena de este al pago de la diferencia, nos encontramos ante una mera defensa frente a la pretensión del demandante. Sin embargo, si el crédito del demandado es de cuantía superior al reclamado por el actor y pide la condena de esta al pago de la diferencia, nos encontramos ante una reconvenición.

2666 Pues bien, dispone la LEC que si el demandado en su contestación alega la existencia de un crédito compensable, esa alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevista para la contestación a la reconvenición, aunque el demandado solo pretenda su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. Por tanto, con independencia de la voluntad del demandado de lograr solo su absolución o la condena del actor, este dispondrá de un plazo de 20 días para contestar a la alegación de compensación (LEC art.408.1). Esta previsión legal tiene

su fundamento en que la compensación implica siempre introducir en el debate procesal un **crédito distinto** y, en muchas ocasiones, derivado de una relación jurídica diferente, aunque el demandado solo pida la desestimación de la demanda. Por ello, parece conveniente que el demandante tenga la oportunidad de hacer alegaciones en la forma prevista para la contestación a la reconvencción.

La situación es parecida en el caso de que el demandado alegue que el negocio jurídico en el que se sustenta la acción del demandante es nulo. Las **causas de nulidad** pueden servir de fundamento tanto a una excepción material como a una acción reconvenccional en la que se pida la declaración de nulidad o la anulación del negocio jurídico.

La LEC art.408.2 dispone que si el demandante en la demanda hubiera dado por supuesta la validez del negocio jurídico del que deriva su acción y el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad del mismo, el actor podrá pedir al letrado de la Administración de Justicia contestar a la referida alegación en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción y así lo dispondrá el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. En tales casos, la **alegación de nulidad** implica una ampliación del debate procesal respecto de la que el demandante, que ha dado por supuesta la validez del negocio jurídico, no tenía por qué estar prevenido. Por ello, si el demandante lo solicita, el letrado de la Administración de Justicia le dará un plazo de 20 días para contestar en la forma prevista para la contestación a la reconvencción.

En conclusión, tanto a la alegación de compensación como a la de nulidad del negocio jurídico se les da en el juicio ordinario el tratamiento de una reconvencción, aunque el demandado solo pretenda su absolución. A la primera de oficio y a la segunda si así lo pide el actor.

2668 Alegaciones posteriores a la demanda y a la contestación

La demanda y la contestación son los principales actos en los que las partes delimitan el objeto del proceso mediante sus alegaciones de hecho y de derecho. La prohibición de *mutatio libelli* impide que, tras estos actos, el actor pueda ejercitar nuevas acciones o el demandado reconvenir o plantear nuevas excepciones que habría podido utilizar en la contestación.

Lo anterior no significa que tras la demanda o la contestación las partes no puedan ya realizar ninguna alegación. La LEC les permite en distintos momentos hacer dos **tipos** de alegaciones:

1. Las partes pueden hacer alegaciones **complementarias**, es decir, precisiones o matizaciones de las alegaciones iniciales sin que ello suponga un cambio sustancial de las mismas.

2. Las partes pueden alegar **hechos** que no pudieron aducir en la demanda o contestación:

- por tratarse de hechos nuevos, es decir, **acaecidos con posterioridad**; o bien,

- por tratarse de hechos **de nueva noticia**, esto es, acaecidos con anterioridad a los actos principales de alegación, pero respecto de los que la parte interesada alegue y acredite que no eran conocidos.

En el juicio ordinario, son varios los momentos en que se pueden hacer este tipo de alegaciones. En la audiencia previa al juicio ordinario, la LEC art.426 permite a las partes, en primer lugar, realizar alegaciones complementarias y aclaratorias y formular pretensiones complementarias que no impliquen variaciones sustanciales, y, en segundo lugar, permite a las partes alegar hechos conocidos o acaecidos con posterioridad a la demanda y contestación.

En el **acto del juicio**, la LEC art.433.1 permite alegar hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa.

2670 Tras el juicio, se permite presentar un escrito de **ampliación de hechos** si, habiendo precluido los actos de alegación previstos en la Ley y antes de transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito (siempre que no se hubiera podido alegar en el acto del juicio ordinario; LEC art.286). De ese escrito se dará traslado a la parte contraria para que, en 5 días, diga si reconoce o niega el hecho. Si el hecho resulta controvertido se podrá proponer o practicar prueba sobre el mismo que se llevará a cabo como diligencia final. En todo caso, la parte debe acreditar que el hecho ha acaecido o ha sido conocido con posterioridad. Si no lo hace, se rechazará la alegación mediante providencia y el tribunal podrá imponer una multa de 120 a 600 euros si apreciara mala fe o ánimo dilatorio.

Finalmente, en la segunda instancia, la LEC art.460.2.3ª permite solicitar que se practiquen pruebas relativas a hechos de relevancia para la **decisión del pleito** acaecidos con posterioridad al comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia o antes de dicho momento siempre que la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

G. Audiencia previa al juicio

2673 En el juicio ordinario se celebra una comparecencia oral de las partes ante el juez con posterioridad a la demanda y a la contestación a la demanda, y con carácter previo a la práctica de la prueba en el acto del juicio. A dicha actuación

se la denomina en la Ley audiencia previa al juicio (LEC art.414 a 430). Su **finalidad** es, en términos generales, la depuración de los presupuestos del proceso, la fijación del objeto del debate y, de ser posible también, la búsqueda de un acuerdo que ponga fin al litigio, evitando a las partes llegar a juicio y los costes que ello les depara.

Asimismo, en la audiencia previa se propone y admite la **prueba** que las partes quieren practicar en el acto del juicio, de haber discrepancia sobre la certeza de los hechos del proceso.

La audiencia previa al juicio distingue al juicio ordinario del juicio verbal -en el que las actuaciones previstas en la audiencia previa se celebran al comienzo del acto de la vista (LEC art.443.3 y 4)-; y, asimismo, el sistema es novedoso con relación al existente en la derogada LEC de 1881, si bien la reforma operada en esta última por la L 34/1984 , de 6 de agosto, introdujo en el **juicio de menor cuantía** (entonces, uno de los cuatro procesos declarativos ordinarios, junto con el juicio de mayor cuantía, el juicio de cognición y el juicio verbal) una actuación con ciertas semejanzas a la audiencia previa, denominada **comparecencia previa** (LEC/1881 art.691 s.).

2677 Finalidad

En términos generales, la finalidad de la audiencia previa al juicio no es otra que perfilar lo que es objeto de la controversia, aproximar las pretensiones de las partes a la actividad jurisdiccional decisoria del litigio y depurar el proceso. De este modo, en la audiencia previa se intenta inicialmente un **acuerdo o transacción de las partes**, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales que pueden impedir la prosecución del juicio, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes.

En relación con la **depuración del proceso**, la audiencia previa permite resolver todas las cuestiones relativas a la existencia de defectos u óbices procesales antes de la práctica de la prueba, con excepción de los que se refieren al órgano judicial [que se plantean por medio de declinatoria, dentro de los 10 primeros días de plazo para contestar a la demanda (LEC art.64.1), con el efecto de suspenderse el plazo de 20 previsto para que el demandado se oponga a la pretensión formulada contra él].

En el sistema anterior, tan solo era posible el **control previo de presupuestos** del proceso a instancia de parte en el juicio de mayor cuantía, a través de las denominadas excepciones dilatorias (LEC/1881 art.533) y, con ciertos matices, en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía (LEC/1881 art.693), en un sistema que permitía que muchas cuestiones procesales no fueran resueltas hasta la sentencia, con el riesgo de hacer inútil todo el proceso en el casos de apreciación de una excepción procesal. Con la audiencia previa, todas las **excepciones procesales** se resuelven con anterioridad al juicio.

2679 Convocatoria

La audiencia previa se convoca por el letrado de la administración de Justicia pero se celebra en todo caso ante el juez. La convocatoria se formula dentro del tercer día desde la contestación a la demanda o a la reconvenición, o una vez transcurrido el plazo legal de 20 días previsto para ello (LEC art.414.1 , en relación con la LEC art.404.1 y 407.2). A tal fin, dictará una **diligencia de ordenación** convocando a las partes para que comparezcan en el plazo de 20 días desde la convocatoria.

Las partes han de comparecer en la audiencia asistidas de **abogado**. La representación por **procurador** solo es preceptiva si las partes deciden no concurrir personalmente al acto (LEC art.414). Si no concurrieren personalmente ni acudieran a través del procurador, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

Si no comparece ninguna de las partes, se levantará **acta** haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

A idéntico resultado se llegará si a la audiencia no concurre el demandante ni su abogado, y el demandado no alegare **interés legítimo** en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Por el contrario, si fuere el demandado o su abogado quienes no concurrieren, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente (LEC art.414.3 y 4).

2681 Acuerdo o acto de disposición que evite continuación del proceso

Una de los objetos de la audiencia previa al juicio es la búsqueda de un acuerdo o acto de disposición que evite la continuación del proceso. Cuando no comparezcan por sí mismas las partes, solo será eficaz el acuerdo de las partes alcanzado por procurador con poder especial otorgado para renunciar, allanarse o transigir.

En la propia convocatoria de la audiencia previa, si no se hubiera realizado antes, se debe informar 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 audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma, siempre que el objeto del proceso sea disponible por las partes (LEC art.414). El tribunal 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, párrafo 4º). De acceder estas a intentar la mediación de acuerdo con la

Ley correspondiente, se suspende la audiencia, terminada la mediación, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para su continuación (LEC art.415.3).

Abierto el acto, el tribunal debe comprobar, en primer lugar, si subsiste el litigio. Si las partes 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. Las partes de común acuerdo pueden también en ese momento solicitar la suspensión del proceso (LEC art.19.4), para someterse a **mediación o arbitraje**; en este caso, el tribunal examinará 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.

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 (LEC art.415.2 , en relación con LEC art.517). Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

2683 Cuestiones procesales

De no haber acuerdo, el tribunal debe resolver en la audiencia previa sobre cualesquiera circunstancias alegadas por el actor o por el demandado que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, con la mencionada excepción de las relativas a la **jurisdicción y competencia**, la cuales se resuelven por medio de declinatoria, con anterioridad a la contestación de la demanda (LEC art.63 s.), aunque el tribunal mantiene, como es razonable, su facultad de control de oficio (LEC art.416.2, i. f.).

La ley establece un **tratamiento procesal específico** para alguna de estas alegaciones procesales, si bien no contiene una relación cerrada de todas las posibles. En cuanto al orden de análisis, de alegarse varias circunstancias a la vez, se examina:

- los defectos de capacidad o representación de las partes;
- sobre la admisibilidad de la acumulación de acciones y la alegación de falta de litisconsorcio pasivo;
- por el orden que se indica, las cuestiones relativas a la cosa juzgada y la litispendencia, la inadecuación del procedimiento;
- los defectos en el modo de proponer la demanda; y
- de las demás planteadas no previstas en la ley, cuya resolución se acomodará a las reglas establecidas en estos preceptos para las análogas (LEC art.417 y 425).

Sobre todas ellas se resolverá en un mismo auto, cuando no se hubiera decidido oralmente en la propia audiencia (LEC art.417.2).

2685 Defectos de capacidad o representación

Cuando el demandado haya alegado en la contestación o el actor aduzca en la audiencia defectos de capacidad o representación, que sean **subsanales o susceptibles de corrección**, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a 10 días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia.

Si **no** fueran **subsanales ni corregibles** o no se subsanasen o corrigiesen en el plazo concedido, se dará por concluida la audiencia y se dictará auto poniendo fin al proceso, salvo que el defecto afecte a la personación en forma del demandado, en que se le declarará en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiese llevado a cabo quede constancia en autos.

2687 Acumulación de acciones

Una vez suscitadas y resueltas las cuestiones de capacidad y representación, si el demandado se hubiera opuesto motivadamente en la contestación a la demanda a la acumulación de acciones en su caso intentada por el actor, el tribunal, oyendo previamente al actor en la misma audiencia, resolverá oralmente sobre su **procedencia y admisibilidad**.

La audiencia y el proceso seguirán su curso respecto de la acción o acciones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso.

2689 Falta de litisconsorcio

Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes. El tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia. El demandante, al dirigir la demanda a los litisconsortes, solo podrá añadir a las **alegaciones de la demanda**

inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir.

Ante la **oposición** del actor a la falta de litisconsorcio, el tribunal oír a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto en el plazo de 5 días siguientes a la audiencia. En todo caso, esta deberá proseguir para sus restantes finalidades.

De entenderse procedente el litisconsorcio, el juez concede al actor un plazo máximo de 10 días para constituirlo, que no podrá ser inferior a 10 días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo de 20 días, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones.

Transcurrido el plazo otorgado al actor sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá **fin al proceso** por medio de auto y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

2691 Litispendencia o función negativa de la cosa juzgada

Si **se aprecia**, conforme con la LEC art.222.3 , la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico (litispendencia o función negativa de la cosa juzgada) dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes 5 días, **auto de sobreseimiento** (LEC art.421). No así de tratarse de la función positiva de la cosa juzgada, esto es, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior (LEC art.222.4), que debe ser apreciado por el juez en la sentencia.

Si el tribunal considerare **inexistente** la litispendencia o la cosa juzgada, lo declarará así, motivadamente, en el acto y decidirá que la audiencia prosiga para sus restantes finalidades. Pero si así lo justificase la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas sobre litispendencia o cosa juzgada, se puede también resolver sobre dichas cuestiones mediante auto, dentro de los 5 días siguientes a la audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades.

Si fuese necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho, las actuaciones oportunas, que ordenará el tribunal, se practicarán dentro del plazo antedicho.

2693 Inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía y la materia

En caso de haberse alegado inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía de la demanda, el tribunal 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** (LEC art.422). Si no se diese acuerdo sobre el valor de la cosa litigiosa, el tribunal, en la misma audiencia, decidirá oralmente, de forma motivada, lo que proceda, tomando en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor, que las partes hayan aportado. Si correspondiese seguir los **trámites del juicio verbal** el juez pondrá fin a la audiencia, procediéndose a señalar fecha en el mismo acto para la vista de dicho juicio, salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley. En este caso, el juez declarará sobreseído el proceso.

Si no fuera posible, se fijará la fecha por el letrado de la Administración de Justicia (LEC art.182).

En casos de **inadecuación** de procedimiento **por razón de la materia**, el tribunal, oídas las partes en la audiencia, podrá decidir motivadamente en el acto lo que estime procedente (LEC art.423). Si considera infundada la alegación, la audiencia proseguirá para sus restantes finalidades. El tribunal puede, en caso de asuntos complejos, decidir dentro de los 5 días siguientes a la audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades.

Si el procedimiento adecuado fuese el del juicio verbal, al declararlo así se dispondrá que el letrado de la Administración de Justicia cite a las partes para la vista, salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del **plazo de caducidad** que, por razón de la materia, establezca la ley. En este caso, se declarará igualmente sobreseído el proceso.

También se dispone el sobreseimiento si, al iniciarse la vista, no apareciesen cumplidos los **requisitos especiales** que las leyes exijan, por razón de la materia, para la admisión de la demanda.

2695 Defecto legal en el modo de proponer la demanda

Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión (defecto legal en el modo de proponer la demanda) de esta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvencción, o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas.

En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal solo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o, en su caso, del demandado en la reconvencción, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones (LEC art.424).

2697 Alegaciones complementarias

Las partes pueden también efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, y aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar estas ni sus fundamentos (LEC art.426), pues lo contrario alteraría los términos del debate procesal (*mutatio libelli*). También pueden añadir alguna **petición accesoria** o complementaria de las formuladas en sus escritos: la adición se admitirá si la parte contraria se muestra conforme; si se opusiere, el tribunal solo lo admitirá cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

Se pueden alegar también en la audiencia previa **hechos relevantes** para fundamentar las pretensiones de las partes, posteriores a la demanda o a la contestación, o anteriores de **nueva noticia** (en los términos de la LEC art.286.4), y aportar **documentos y dictámenes** que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos. A la presentación de estos documentos serán de aplicación, según sus clases, la LEC art.267 y 268 .

El tribunal podrá 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 efectuaren, el tribunal les advertirá de que puede tenerlos por conformes con relación a los hechos y argumentos aducidos de contrario, una facultad que se debe usar con prudencia para evitar alterar su imparcialidad.

2699 Impugnación de documentos y dictámenes

Un último bloque de actuaciones dentro de la audiencia previa tiene que ver con la acreditación de los hechos de demanda y contestación a la demanda.

Es en la audiencia previa donde se efectúa el **control procesal de los documentos** aportados por las partes con sus escritos de alegaciones respectivos. Así, cada parte se puede pronunciar sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad (LEC art.427.1).

Lo mismo ocurre en relación con los **dictámenes periciales** de parte (LEC art.336 y concordantes). Si fuere el caso, expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen. También se pronunciarán sobre los **informes de investigadores privados** (LEC art.265.15º).

Si las **alegaciones o pretensiones complementarias** de la LEC art.426 requieren para su acreditación la presentación al proceso de algún dictamen pericial, se deben aportar con al menos 5 días de antelación a la celebración del juicio (LEC art.427.3 , en relación con LEC art.338.2). Las partes que asistieren a la audiencia, en vez de aportar dictamen del perito que libremente designen, pueden solicitar, en la misma audiencia, la designación por el tribunal de un perito que dictamine (LEC art.335 s.).

2701 Fijación de los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad

Antes de concluir la audiencia previa, las partes o sus defensores deben fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes y el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio, según lo dispuesto en la LEC art.415 . Si el acuerdo no se da, pero están conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas, el tribunal dictará sentencia dentro de 20 días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia (LEC art.428.3).

Lo mismo ocurrirá cuando la única **prueba** que resulte **admitida** sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitan la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe (LEC art.429.8).

2702 Proposición y admisión de pruebas

Por el contrario, si no hubiese acuerdo de las partes ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la **proposición y admisión de la prueba**.

Si el tribunal considera que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, puede ponerlo 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 (LEC art.429.1).

2703 Fecha del juicio

Admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se procederá a señalar la fecha del juicio, por el **juez**, si fuera posible en el acto, o por el letrado de la administración de Justicia. La vista deberá celebrarse en el plazo de un mes desde

la conclusión de la audiencia. Cuando toda la prueba o gran parte de ella hubiera de realizarse fuera del lugar en que tenga su sede el tribunal, puede este acordar a instancia de parte que el juicio se señale para su celebración dentro del plazo de 2 meses. Las pruebas que no hayan de practicarse en el acto del juicio se llevarán a cabo con anterioridad a este.

Las partes deberán indicar qué **testigos y peritos** se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal, y qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial. El tribunal 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 fuere necesario, una lista de preguntas. En cualquier caso, la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspenderá el acto del juicio.

No será necesario citar para el juicio a las partes que hayan comparecido a la audiencia previa. Cuando, de manera excepcional y motivada, y por razón de las pruebas admitidas, fuese de prever que el juicio no podrá finalizar en una sola sesión dentro del día señalado, la citación lo expresará así, indicando si la sesión o sesiones ulteriores se llevarán a cabo en el día o días inmediatamente sucesivos o en otros, con expresión en todo caso de la hora en que las sesiones del juicio hayan de dar comienzo.

Si cualquiera de los que hubieren de acudir al acto del juicio no pudiere asistir a este por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad podrá solicitar nuevo señalamiento de juicio (LEC art.430 en relación con la LEC art.183).

H. Prueba civil. Normas generales y medios de prueba

2706	1.	Reglas para la determinación de los hechos	2710
	2.	Prueba: normas generales	2714
	3.	Prueba documental	2740
	4.	Medios de reproducción de imágenes y sonidos y soportes de datos	2763
	5.	Reconocimiento judicial	2772
	6.	Interrogatorio de las partes	2775
	7.	Prueba testifical	2791
	8.	Prueba pericial	2805
	9.	Presunciones	2819

2708 Las **pretensiones** de las partes se fundan en:

- unos hechos (la demanda, en unos hechos constitutivos; las excepciones, en hechos impositivos, extintivos y excluyentes);
- unas normas jurídicas;
- el contenido de la pretensión es (normalmente) la consecuencia jurídica que las normas que se invocan anuda a los hechos que se alegan.

La **sentencia** ha de resolver sobre las pretensiones de las partes, estimándolas o desestimándolas. En el proceso civil se juzga sobre los hechos solo si y en la medida en que sea necesario para decidir sobre la pretensión o pretensiones de la demanda y sobre las excepciones materiales alegadas por el demandado, en su caso. En estos casos, la decisión sobre las pretensiones de las partes **requiere**:

- la fijación de los hechos (de entre los alegados por las partes) que han de considerarse ciertos;
- la subsunción de esos hechos en las normas aplicables (invocadas por las partes);
- la aplicación de las normas a los hechos fijados como ciertos, de la que resultará generalmente la estimación o desestimación de la demanda.

1. Reglas para la determinación de los hechos

2710 La determinación de los hechos de los que ha de partir la sentencia es una operación que realiza el tribunal en el momento de dictar sentencia (es el llamado «juicio de hecho»). Ahora bien, este **«juicio de hecho»** está sujeto a reglas jurídicas y depende con frecuencia de ciertas actividades que han de realizarse previamente en el proceso. En general, conviene retener las siguientes reglas:

1. La sentencia solo puede tener en cuenta hechos que hayan sido alegados oportunamente por las partes: solo esos hechos pueden formar parte del «juicio de hecho» de la sentencia. Se excluye, por tanto, el **conocimiento privado** del juez y los hechos que las partes hayan pretendido introducir en el proceso tardíamente (LEC art.216).
2. La sentencia debe considerar fijados los **hechos admitidos por todas las partes** (LEC art.281.3, 405.2, 428.1 y 443.4).
3. La sentencia puede considerar fijados los hechos que hayan sido alegados por una de las partes cuando la parte a la que esos hechos perjudiquen guarde **silencio** sobre ellos (no los niegue) o responda evasivamente. Este es el efecto de la denominada admisión «tácita» (LEC art.405.2, i.f. y 426.6).
4. La sentencia puede considerar fijados los **hechos controvertidos** (no admitidos) que «gocen de notoriedad absoluta y general» (LEC art.281.4).
5. Los hechos controvertidos, en general, han de ser **objeto de prueba** en el proceso; su fijación como ciertos dependerá del resultado de las pruebas que se hayan practicado sobre ellos. Corresponde a las partes proponer las pruebas que consideren oportunas para determinar la certeza de los hechos en que funden sus pretensiones. Para fijar como ciertos hechos controvertidos, el tribunal ha de atender exclusivamente al resultado de las pruebas que se practiquen en el proceso a instancia de las partes; a falta de pruebas el juez no puede considerar fijados los hechos ni siquiera cuando por conocimiento privado esté seguro de su certeza (LEC art.216).

2712 **6.** El **resultado** de las pruebas puede ser:

- que los hechos objeto de prueba queden fijados como **ciertos**;
- que los hechos objeto de prueba resulten ser **falsos** (certeza negativa);
- que los hechos objeto de prueba permanezcan en la **incertidumbre** (también se puede producir esto último cuando no se haya propuesto ninguna prueba para fijar los hechos controvertidos).

7. En caso de que algún hecho controvertido y relevante, del que dependa el **fallo**, no haya sido objeto de prueba o la prueba practicada no haya despejado la incertidumbre, aún puede ser fijado como cierto:

- mediante presunciones;
- en el juicio ordinario, por medio de una actividad probatoria excepcional que, después del juicio y justo antes de dictar sentencia puede ordenar el tribunal (diligencias finales).

8. Si no se consigue despejar la incertidumbre, el juez aplica las reglas de la **carga de la prueba** de la LEC art.217 :

- la incertidumbre sobre los hechos constitutivos perjudica al demandante (se desestima la demanda);
- si los hechos constitutivos están fijados, la incertidumbre sobre los hechos impositivos, extintivos y excluyentes perjudica al demandado (se estima la demanda).

2. Prueba: normas generales

2714 La prueba es la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que este adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho controvertido o para fijarlo como cierto a los efectos de un proceso.

2716 Objeto

La actividad probatoria puede tener por objeto hechos, máximas de la experiencia y, excepcionalmente, normas jurídicas.

Son objeto de la prueba los **hechos históricos concretos** alegados por las partes como base de sus pretensiones. No deben ser objeto de la actividad probatoria:

- los hechos que no guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso (LEC art.281.1 y 283.1); y
- los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (hechos admitidos); solo pueden ser objeto de prueba los hechos controvertidos (LEC art.281.3, 405.2, 428.1, 443.4).

Por otro lado, hay ciertos hechos que pueden ser objeto de prueba, aunque también pueden quedar fijados a los efectos del proceso por **otras vías**:

1. Los **hechos notorios**; si bien los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general no necesitan prueba (LEC art.281.4), se puede proponer y practicar prueba sobre la existencia o inexistencia de la notoriedad, y prueba para demostrar que el hecho supuestamente notorio es falso.

2. Los **hechos no expresamente admitidos**, pero tampoco negados de manera categórica; el juez puede considerar fijados estos hechos en la sentencia como tácitamente admitidos por la parte a quien perjudican (LEC art.405.2, i.f. y 426.6).

3. Los **hechos favorecidos por una presunción legal**; las presunciones legales facilitan la fijación de los hechos favorecidos por ellas, pero no excluyen por completo la prueba ya que, por un lado, el hecho indicio debe ser probado (LEC art.385.1 y 386.1) y, por otro, cabe, como regla, prueba en contrario del hecho presunto (LEC art.385.2 y 386.2).

2718 Las **máximas de la experiencia** son reglas generales extraídas de la experiencia que en el proceso hay que considerar que forman parte del juicio de hecho. Cuando para el juicio sobre los hechos relevantes sea necesario aplicar máximas de la experiencia pertenecientes a **campos del saber especializados** no jurídicos, esas máximas deben ser objeto de prueba. El medio de prueba idóneo para incorporar al proceso las máximas de la experiencia especializadas no jurídicas es la prueba pericial.

Como regla general la **existencia y vigencia** de las normas jurídicas aplicables al caso no es objeto de prueba. Se parte de la base de que los jueces conocen el derecho y no es preciso dárselo a conocer en el proceso mediante la prueba (*iura novit curia*). Ahora bien, excepcionalmente, sí son objeto de prueba, porque el juez no tiene por qué conocerlos (LEC art.281.2):

- el **derecho extranjero**; debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia; el tribunal puede utilizar cuantos medios estime necesarios para su aplicación (v.gr. pedir, de oficio, un informe a un jurista del país cuyo derecho haya de aplicarse);

- la costumbre o **derecho consuetudinario**; ha de probarse la práctica constante y uniforme y la *opinio iuris seu necessitatis*; no es necesaria la prueba si las partes están conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectan al orden público.

2720 Medios de prueba

Es cada uno de los distintos tipos de actividades procesales previstas y reguladas en la Ley para contrastar la certeza de los hechos, máximas de la experiencia y normas jurídicas cuya fijación requiera prueba.

El medio de prueba es una **actividad procesal**; esa actividad procesal consiste siempre en «llevar» al proceso un determinado objeto o persona que pueda contribuir a esclarecer el hecho controvertido: el objeto o persona a que se refiere un concreto medio de prueba es la «fuente de prueba».

Los medios de prueba de que se podrá hacer **uso en juicio** son (LEC art.299):

- el interrogatorio de las partes;
- la prueba documental;
- la prueba pericial;
- el reconocimiento judicial;
- el interrogatorio de testigos;
- los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen;
- los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas;
- cualquier otro medio que permita obtener certeza sobre hechos relevantes.

La relación de medios de prueba admisibles en el proceso civil español no es, por tanto, *numerus clausus*.

2722 Proposición de los medios de prueba

En el proceso civil, como **regla general**, la actividad probatoria se produce por iniciativa de las partes (LEC art.282). Hay, no obstante algunas **excepciones** a esta regla general como:

- las **diligencias finales** que pueden acordarse de oficio en el juicio ordinario (LEC art.435.2); y
- las pruebas en los procesos sobre **estado civil y familia** (LEC art.752.1).

La proposición de la prueba es el acto de parte en el que se expresan los medios de prueba que pretende que se practiquen en el proceso. Los medios de prueba que se propongan han de expresarse con separación y señalarse los domicilios de las personas (testigos, peritos) que hayan de ser citadas (LEC art.284).

En el **juicio ordinario** la proposición de prueba se hace al final de la audiencia previa al juicio, después de concretar los hechos admitidos y no admitidos (LEC art.429). En el mismo acto el tribunal puede sugerir a las partes medios de prueba que estas no hayan propuesto, pero estas pruebas solo se practicarán si las partes aceptan la sugerencia

del tribunal y proponen los medios de prueba sugeridos por este. No es, por tanto, prueba de oficio (LEC art.429.1, párrafos 2º y 3º).

En el **juicio verbal** la proposición de pruebas se realiza en la vista; también cabe la sugerencia del tribunal (LEC art.443.4).

La prueba se propone de forma verbal, pero las partes deben aportar en el acto escrito detallando los medios de prueba propuestos. El escrito se puede completar durante la audiencia previa o la vista. Si no se presenta en dichos actos, deberá presentarse en el plazo de los 2 días siguientes (LEC art.429.1, párrafo 2º).

2724 Admisión de las pruebas

El tribunal debe decidir sobre la admisión de las pruebas que las partes proponen. La resolución judicial sobre admisión de las pruebas se produce en la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal), inmediatamente después de la proposición de las pruebas por las partes (LEC art.285, 429.2 y 443.4). Se trata de una resolución que se pronuncia oralmente conforme a lo previsto en la LEC art.210 .

Son **causas de inadmisión** de las pruebas propuestas por las partes (LEC art.283):

1. Que se trate de pruebas impertinentes. Son impertinentes las pruebas que no guardan relación con lo que sea objeto del proceso (pruebas sobre hechos no alegados oportunamente por las partes, por ejemplo).
2. Que se trate de pruebas inútiles. Son inútiles las pruebas que «según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos».
3. Que se trate de actividades prohibidas por la ley.

Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión de pruebas cabe **recurso de reposición**; si se desestima, cabe protesta a los efectos de alegar la infracción en la segunda instancia (LEC art.285.2).

2726 Práctica de las pruebas

Como **regla**, todas las pruebas admitidas se practican en **unidad de acto**, esto es, de manera concentrada en una única actuación oral (LEC art.290). En el juicio ordinario las pruebas se practican en el acto del juicio (LEC art.433); en el juicio verbal la práctica de las pruebas se lleva a cabo en la vista (LEC art.443.4).

La regla de la unidad de acto tiene, no obstante, algunas **excepciones**. Hay ciertas actividades probatorias que por su naturaleza o por las circunstancias en que han de llevarse a cabo no pueden practicarse en el juicio o vista: reconocimiento judicial de lugares; declaraciones de partes, testigos o peritos que deban efectuarse en el domicilio del declarante (por enfermedad, v.gr.) o mediante auxilio judicial (por razón de la distancia, etc.). Estas pruebas han de practicarse, como regla, antes del juicio o vista (LEC art.290, párrafo 2º); el tribunal debe señalar el día y la hora y, en su caso, el lugar, con al menos 5 días de antelación; se cita a las partes y a sus abogados (LEC art.291).

Tratándose de juicio ordinario las anteriores previsiones deben cumplirse entre la audiencia previa y el juicio; en el juicio verbal la práctica de pruebas fuera de la vista plantea problemas de difícil respuesta.

Las pruebas se practican contradictoriamente en vista pública. La presencia judicial es imprescindible en las pruebas de **interrogatorio de las partes y testigos**, reconocimiento judicial, reproducción de palabras, imágenes y sonidos y en la ratificación de los peritos (LEC art.289). Las anteriores condiciones (contradicción y presencia judicial) se dan siempre y por definición en las pruebas que se practican en el juicio del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal.

En las pruebas **practicadas separadamente**, fuera de dichos actos, la LEC exige también publicidad o documentación similares (LEC art.289.1 , i.f.), presencia judicial (LEC art.289.2) y contradicción (LEC art.291).

Como regla, las pruebas se practican en el juicio o vista por el siguiente **orden**:

1. Interrogatorio de las partes.
2. Interrogatorio de testigos.
3. Ratificación de peritos.
4. Reconocimiento judicial.
5. Reproducción de imágenes y sonidos.

Este orden se puede alterar por el tribunal cuando lo estime conveniente de oficio o a instancia de parte (LEC art.300).

2728 Prueba anticipada

Consiste en la proposición y práctica de una prueba antes del momento procesal generalmente previsto a tales efectos. La prueba anticipada **se propone** antes de la audiencia previa y se practica antes del juicio; en juicio verbal se propone y se practica antes de la vista.

La prueba anticipada **procede cuando** exista el «temor fundado de que por causa de las personas o por el estado de las cosas» los actos de prueba de que se trate no podrán ser realizados en el momento procesal generalmente previsto (v.gr.: la declaración de un testigo enfermo, o el reconocimiento judicial cuando el lugar que ha de ser su objeto puede verse alterado por el transcurso del tiempo).

La prueba anticipada se puede proponer:

1. **Antes de la presentación de la demanda;** la solicitud se presentará ante el tribunal al que se considere competente para el proceso principal (LEC art.293.2, párrafo 1º); la demanda deberá presentarse en los 2 meses siguientes a la práctica de la prueba (LEC art.295.4);

2. **Después de la presentación de la demanda;** en este caso la prueba se propone ante el tribunal que conozca de la demanda (LEC art.293.2, párrafo 2º) y se practica antes del juicio o vista (LEC art.294.2).

La proposición de la prueba anticipada se realiza en la forma que corresponda al medio de prueba de cuya práctica anticipada se trate, exponiendo las razones que justifiquen la anticipación (LEC art.294.1).

La **admisión** de la prueba anticipada está sujeta a los requisitos generales (pertinencia y utilidad) y además, a la previsible imposibilidad de practicar la prueba en el momento procesal ordinariamente previsto.

La **práctica** de la prueba anticipada ha de ser contradictoria (LEC art.295.1 y 2). Si se propone antes de la demanda, deberá designarse la persona o personas a las que se pretenda demandar, para que sean citadas; si se propone después de la demanda, serán citadas las partes.

La **custodia de la documentación y materiales** de la prueba anticipada corresponde al letrado de la Administración de Justicia; los materiales se unen a las actuaciones del proceso (LEC art.296.1), previa remisión, en su caso, por el tribunal que haya practicado la prueba anticipada al tribunal que en definitiva conozca del proceso (LEC art.296.2). La prueba anticipada puede practicarse de nuevo a instancia de parte en el momento procesal oportuno, si fuera posible (LEC art.295.4).

2730 Aseguramiento de la prueba

El aseguramiento de la prueba no supone adelantamiento de su práctica, pero se toman **medidas** para evitar que la fuente de prueba desaparezca o se altere. Se trata de medidas tendentes a «evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte en su momento imposible practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla» (LEC art.297.1).

Puede adoptarse cualquier tipo de medida, siempre que sean:

- conducentes;
- puedan llevarse a cabo en breve tiempo; y
- no causen perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

En particular, las medidas de aseguramiento pueden consistir en **mandatos de hacer o no hacer** con apercibimiento de delito de desobediencia.

2732 Las medidas de aseguramiento de la prueba **pueden solicitarse** antes de la demanda o en cualquier momento del proceso (LEC art.297.1). Para que proceda la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba han de concurrir los siguientes **presupuestos** (LEC art.298.1):

- a) Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento.
- b) Que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba.
- c) Que la medida que se proponga sea conducente, pueda llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y no cause perjuicios desproporcionados a las personas implicadas o a terceros. El solicitante puede ofrecer y el tribunal aceptar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda ocasionar (LEC art.298.2).

Antes de resolver sobre el aseguramiento de la prueba el tribunal, como regla, oirá a la persona que haya de soportar las medidas y, en su caso, al demandado (LEC art.298.4). No obstante, se puede prescindir de esta **audiencia previa** «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» (LEC art.298.5).

Cuando resulte procedente el aseguramiento de la prueba, el tribunal adoptará alguna de las siguientes **decisiones**:

- acordar las medidas solicitadas;
- acordar otras medidas distintas que con la misma finalidad estime preferibles el tribunal (LEC art.298.1.3º);

- aceptar el ofrecimiento de caución que haga la persona que habría de soportar la medida para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda (LEC art.298.3).

2734 Prueba ilícita

Se establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los **derechos o libertades fundamentales** (LOPJ art.11.1). Esta norma es de aplicación general en todo tipo de procesos y, por tanto, también en el proceso civil.

La LEC permite que la posible ilicitud de las pruebas que hayan sido admitidas se suscite:

- de oficio por el tribunal; o bien,
- mediante alegación de parte, que habrá de hacerse «de inmediato» y con traslado a las demás partes (LEC art.287.1).

Suscitada la cuestión, el **tribunal decidirá** sobre ella:

- en el acto del juicio, cuando se trate de un juicio ordinario; o
- al comienzo de la vista, cuando se trate de juicio verbal.

Antes de resolver se oirá a las partes y se podrá practicar prueba sobre los hechos determinantes de la ilicitud de la prueba (LEC art.287.1, párrafo 2º). La **resolución** sobre ilicitud de la prueba es recurrible en reposición, resolviendo el tribunal en el mismo acto del juicio o vista. Contra la resolución del recurso de reposición, no cabe apelación, pero se podrá reproducir la cuestión al apelar la sentencia definitiva (LEC art.287.2).

2736 Valoración de la prueba

Es la operación mediante la que el tribunal determina el resultado de la prueba y **puede conducir a** que:

- los hechos objeto de prueba queden fijados como positivamente ciertos o como falsos;
- se considere, simplemente, que los hechos no han quedado probados, permaneciendo en la incertidumbre.

En función de la mayor o menor libertad que la Ley deje al juzgador para la valoración de las pruebas, se distinguen dos **sistemas**:

1. **Libre valoración.** Cuando se aplica este sistema el tribunal determina el resultado de las pruebas según su criterio personal, atendiendo a las «reglas de la sana crítica». La libre valoración es la regla general en la LEC, que dispone expresamente su aplicación a las pruebas de testigos (LEC art.376), peritos (LEC art.348), reconocimiento judicial, reproducción de imágenes y sonidos (LEC art.382.3) y soportes de datos (LEC art.384.3).

2. **Prueba legal o tasada.** Este sistema implica que la determinación del resultado de la prueba debe realizarse aplicando ciertas normas legales que obligan al tribunal a considerar probados los hechos cuando en la actividad probatoria o en las fuentes de prueba se dan determinadas circunstancias. En la LEC hay reglas legales de este tipo para la valoración de la prueba documental (LEC art.319) y del interrogatorio de las partes (LEC art.316.1).

2738 Carga de la prueba

Las **reglas** sobre carga de la prueba permiten al tribunal decidir la cuestión litigiosa en caso de que los hechos de los que dependa la decisión permanezcan en la incertidumbre (LEC art.217.1):

- si la incertidumbre afecta a los hechos constitutivos de la pretensión del demandante, se desestimará la demanda;
- si los hechos constitutivos han quedado fijados y la incertidumbre afecta a los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, se estimará la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que el **actor** tiene la carga de probar los hechos constitutivos, puesto que si no consigue probarlos verá rechazadas sus pretensiones (LEC art.217.2); y el **demandado** tiene la carga de probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes en que funde sus excepciones materiales, ya que si no consigue que estos hechos se fijen como ciertos y el actor ha probado los hechos constitutivos, la demanda será estimada (LEC art.217.3).

Entre las disposiciones generales sobre prueba la LEC incluye la regulación del 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). Mediante esta regulación se establecen especialidades a las que se hará referencia más adelante, al examinar los procesos que tienen por objeto pretensiones basadas en infracciones del derecho de la competencia (nº 2968 s.).

3. Prueba documental

2740 Un documento es un objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento humano. La prueba documental es la actividad procesal mediante la que se aportan al proceso documentos con fines probatorios, se

comprueba la autenticidad de esos documentos y se valora por el tribunal el contenido de los documentos a efectos de fijación de los hechos relevantes en el proceso.

2742 Clases de documentos

La LEC regula la prueba documental distinguiendo dos **clases** de documentos:

1. **Públicos** (LEC art.317):

- a) 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.
- b) Los autorizados por notario con arreglo a derecho.
- c) Los intervenidos por notarios y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al libro registro que deben llevar conforme a derecho;
- d) Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.
- e) Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- f) Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las AAPP 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.

También se reconoce el carácter de documentos públicos a los **documentos extranjeros**, que se encuentren en uno de los casos siguientes (LEC art.323):

- aquellos a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la misma fuerza probatoria que a los documentos públicos españoles;

- a falta de tratado o se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

- 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;
- que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

2. **Privados** son todos aquellos a los que la LEC no atribuye el carácter de documentos públicos (LEC art.324).

2744 Aportación de los documentos

El **momento procesal oportuno** para presentar documentos, informes y otros instrumentos probatorios es, como regla general (LEC art.265.1):

- el de la presentación de la demanda, para el demandante;
- el de la contestación para el demandado.

Esta regla afecta a los siguientes **instrumentos probatorios**:

1. Documentos, en sentido estricto, que las partes pretendan aportar como prueba de los hechos en que funden sus pretensiones.
2. Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (grabaciones de audio o vídeo) que las partes quieran utilizar como prueba.
3. Soportes informáticos que contengan datos relevantes.
4. Dictámenes periciales.
5. Informes de investigadores privados.

Los documentos e informes que no se presenten con la demanda y la contestación, como regla general, no serán admitidos y, por tanto, no se tendrán en cuenta para dictar sentencia. Si fueran decisivos para la estimación de las pretensiones, su falta de presentación a tiempo podría determinar que el litigante fuera vencido en el proceso.

Hay dos **casos especiales**:

- los documentos relativos a presupuestos procesales, cuya falta de aportación dará lugar a la concesión de un trámite de subsanación; de no subsanarse el defecto, las consecuencias serán las propias del incumplimiento del presupuesto procesal de que se trate;
- ciertos procesos en que se exige la presentación de determinados documentos como requisito de admisión a trámite de la demanda (LEC art.266), que se refieren a las demandas que tengan por objeto las siguientes pretensiones:

demandas de reclamación de alimentos, demandas de retracto y demandas en que se solicite que se ponga al demandante en posesión de bienes adquiridos por herencia.

2747 **Presentación de documento con posterioridad a la demanda o contestación**

La presentación de documentos e informes en momento posterior a la demanda y a la contestación únicamente se permite en determinados casos excepcionales en que haya sido imposible presentarlos con anterioridad. Los casos en que se admite la presentación posterior de los instrumentos probatorios (a que se refiere la LEC art.265.1), son los siguientes:

1. El demandante puede presentar en la audiencia previa documentos o instrumentos referidos a hechos introducidos en el proceso por el demandado en su **contestación** (LEC art.265.3).

2. Ambas partes pueden presentar en la audiencia previa documentos y dictámenes cuyo interés resulte de las **novedades** introducidas en el proceso por las alegaciones y peticiones complementarias que las partes pueden formular en el dicho acto (LEC art.426.5).

3. Excepcionalmente, se admitirán documentos que se encuentren en alguno de los siguientes casos (LEC art.270):

- documentos que sean de **fecha posterior** a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales;

- documentos, medios o instrumentos **anteriores** a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia;

- documentos, medios o instrumentos que no haya sido posible obtener con anterioridad por **causas que no sean imputables a la parte**, siempre que haya hecho oportunamente la designación del archivo, protocolo, expediente o registro en que se encuentren, conforme a lo dispuesto en el LEC art.265.2 .

2749 **4. En ningún caso se podrán presentar documentos después del juicio o vista (LEC art.271.1), salvo:**

- documentos incorporados mediante diligencias finales en el juicio ordinario (LEC art.435);

- sentencias o resoluciones judiciales o administrativas de fecha o notificación posterior a la finalización del juicio o vista (LEC art.271.2), que se pueden presentar durante el plazo para dictar sentencia, suspendiéndose dicho plazo para que las demás partes puedan formular alegaciones en plazo común de 5 días.

5. Tratándose de **dictámenes periciales**, la presentación con la demanda o la contestación se refiere a los informes encargados por el litigante a perito de su confianza y que se quieran llevar al proceso. Si no se puede conseguir el dictamen antes de la presentación de la demanda o de la contestación, se permite que se presenten posteriormente, siempre que esta presentación posterior se anuncie en los escritos iniciales (LEC art.337).

2751 **Forma de aportación de documentos**

Se contemplan las siguientes posibilidades en cuanto a la forma de aportación de los documentos que el litigante tiene en su poder:

1. Aportación del **documento original**, prevista para documentos públicos (LEC art.318) y privados (LEC art.268.1).

2. Aportación de **copia fehaciente o autenticada por fedatario público**. Se pueden aportar mediante copia fehaciente los documentos públicos notariales, cuyo original se encuentra en poder del notario. Los documentos privados se pueden aportar mediante copia autenticada por fedatario público (LEC art.268.1).

3. Aportación mediante **copia simple**. Se pueden presentar en **soporte papel** (fotocopias), **o** bien en soporte **informático** que contenga las imágenes digitalizadas o escaneadas del documento. Los sujetos obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia deben presentar los documentos mediante copia simple en soporte electrónico a través de imagen digitalizada.

La presentación mediante copia simple se admite para documentos públicos y privados y surte los mismos efectos que el original si la copia simple no es impugnada por la contraparte (LEC art.267 y 268.2). Si se impugna la copia simple:

- tratándose de documentos públicos, podrá llevarse a los autos el original o una copia o certificación fehaciente (LEC art.267);

- si se trata de fotocopia de documentos privados, se compulsará con el original, cuando sea posible y, si no es posible, se valora conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas (LEC art.334.1).

2753 **En caso de documentos que se encuentran en un archivo o registro público al que tenga acceso el litigante y pueda pedir copia de los documentos que en él se custodien, hay que distinguir que:**

1. El demandante debe conseguir el documento y presentarlo junto con la demanda (art.265.2); no se admite, en este caso, que el actor se limite a designar el archivo en que se encuentra el documento.

2. El demandado puede limitarse en la contestación a designar el archivo en que se encuentre en documento, y presentarlo posteriormente.

Tratándose de documentos que se encuentren en un archivo, protocolo o registro del que las partes **no** puedan pedir y obtener **copias**, basta designar en el escrito inicial el archivo en que se encuentre el documento (LEC art.265.2).

En los casos en que se admite la **simple designación del archivo** en que se halla el documento, este se incorpora posteriormente al proceso:

- por la propia parte (LEC art.270.1.3º), si el problema consistía simplemente en que no tuvo tiempo de obtenerlo para aportarlo con su escrito inicial (lo que, en principio, solamente es posible para el demandado);
- previo requerimiento judicial al encargado del archivo o registro, cuando el problema sea que no se trate de archivo o registro que expida copias o certificaciones para particulares (LEC art.332).

2755 Cuando interese con fines probatorios algún documento que se encuentre en poder de la parte contraria, la LEC establece un deber de **exhibición documental** entre partes (LEC art.328 y 329). Cada parte puede solicitar de las demás la exhibición de documentos. La solicitud ha de efectuarse al proponer la prueba. A la solicitud debe acompañarse:

- una copia de los documentos cuya exhibición se solicite, si se dispone de ella, o
- indicación lo más precisa posible del contenido del documento cuya exhibición se pide, si no se dispone de copia.

El tribunal requerirá al litigante que deba exhibir los documentos para que lo haga. En caso de **negativa injustificada** a la exhibición se prevén dos posibles **consecuencias**, entre las que deberá decidir el tribunal, atendidas las circunstancias:

- que el tribunal atribuya **valor probatorio** a la copia de los documentos solicitados presentada por el solicitante o a la versión del contenido del documento que se hubiera realizado en la solicitud; o
- que se requiera de nuevo al litigante que deba exhibir los documentos para que lo haga, bajo **amenaza de responsabilidades penales**.

2757 Autenticidad de los documentos y su impugnación

Documento auténtico es aquel cuyo autor real coincide con el aparente. Si un documento está firmado, su autenticidad está normalmente ligada a la autenticidad de la firma que aparece en él. El valor probatorio de los documentos depende de su autenticidad.

Cada parte tiene la carga de impugnar los documentos públicos o privados que aporten las demás partes, ya que si no los impugnan, se considerarán auténticos, con la consiguiente fuerza probatoria (LEC art.318 y 326.1).

Los documentos han de ser impugnados en cuanto se tenga la primera oportunidad de hacerlo. En función del momento en que los documentos se aporten, el **momento oportuno de impugnación** puede ser:

- la **contestación a la demanda**, para la impugnación por el demandado de los documentos aportados con la demanda;
- la **audiencia previa** al juicio, o la **vista** del juicio verbal, para que el actor impugne los documentos de la contestación, y ambas partes, los que aporte la contraria en la propia audiencia previa o en la vista (LEC art.427.1);
- el **juicio**, para que ambas partes impugnen los que se aporten después de la audiencia previa, en los casos de la LEC art.270 .

2759 Las **consecuencias** de la impugnación son diferentes para los documentos públicos y los privados:

1. Cuando se impugna un **documento público** se practica necesariamente el cotejo o comprobación con el original o con los asientos del Libro registro del notario. El cotejo lo hace el letrado de la Administración de Justicia, en el archivo o local donde se encuentre el original o matriz (LEC art.320.1 y 2). Se lleva a cabo entre la audiencia previa y el juicio, si es posible; si no, como diligencia final.

El resultado del cotejo puede ser:

a) Que documento es **conforme con el original**; en este caso,

- el documento surte plenos efectos probatorios;
- los gastos del cotejo corren a cargo del impugnante; y
- cabe multa (de 120 a 600 euros) si la impugnación es temeraria (LEC art.320.3);

b) Que el documento **no** sea **conforme** con el original; en este caso, se estará al contenido del documento original, con los efectos probatorios de la LEC art.319 .

Cuando el documento público impugnado no es susceptible de cotejo (escrituras antiguas y otros que carezcan de original o registro), la Ley dispone que hace prueba plena en juicio «salvo prueba en contrario y la facultad de pedir el cotejo de letras cuando sea posible» (art.322 LEC). En la práctica la impugnación de estos documentos no susceptibles de cotejo los convierte en documentos de libre valoración.

2. En caso de impugnación de un **documento privado** cabe pedir cotejo de letras (**prueba pericial caligráfica**) u otras pruebas instrumentales para demostrar la autenticidad (LEC art.326.2 y 349 a 351). En todo caso, el documento privado impugnado se valora libremente, según las «reglas de la sana crítica», tanto si se ha practicado prueba sobre la autenticidad (porque estas pruebas son de libre valoración) como si no se han practicado dichas pruebas (LEC art.326.2, párrafo 2º).

2761 Valor probatorio de los documentos (LEC art.319 y 326)

Se atribuye a los documentos auténticos la fuerza probatoria siguiente: 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.

Se consideran auténticos los no impugnados o aquellos cuya autenticidad resulta de las pruebas instrumentales practicadas.

1. Los **documentos impugnados** están sujetos a valoración libre, conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo, en su caso a las pruebas instrumentales que se hubiesen practicado.

2. Para los **documentos públicos administrativos** (LEC art.317.5º y 6º) se dispone que su fuerza probatoria será la que establezcan las leyes que les reconozca el carácter de públicos y, 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.

3. En **materia de usura**, los tribunales pueden formar libremente su convicción sin vinculación a las reglas anteriores (LEC art.319.3).

4. Medios de reproducción de imágenes y sonidos y soportes de datos

2763 Además de los documentos, en sentido estricto, se permite que se aporten al proceso con fines probatorios otros objetos materiales que pueden ser soporte de información relevante mediante imágenes, sonidos, datos, cifras, operaciones matemáticas, etc.

2765 Clases y aportación de los soportes de información

Distingue la LEC dos **clases** de soportes:

a) Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen: se refiere, en particular, a cintas de vídeo y de audio, y a soportes informáticos cuyo contenido sean **archivos de vídeo y audio**.

b) 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; estos instrumentos comprenden todo tipo de **soportes informáticos**.

En cuanto a la **aportación**, se aplican las mismas reglas que para los documentos: como regla general, los medios o instrumentos se aportan con la demanda o contestación (LEC art.265.1.2º); excepcionalmente se pueden aportar con posterioridad en ciertos casos (LEC art.270).

Cuando se trate de medios de **reproducción de la palabra**, la Ley exige que se presente transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.

Junto con los medios o instrumentos, se pueden aportar además dictámenes u otras pruebas complementarias que se consideren convenientes (LEC art.382).

Las demás partes pueden **impugnar** la «autenticidad y exactitud» de lo registrado en el soporte de información de que se trate, aportando los dictámenes y pruebas que consideren oportunos (LEC art.382.2).

2767 Reproducción de imágenes y sonidos

Cuando se aportan medios de reproducción de imágenes y sonidos, se puede pedir que sean reproducidos en el **juicio o vista** (LEC art.382.1 y 300.1.5º). Si no se pueden reproducir en el juicio o vista, la reproducción se practica separadamente según las reglas generales.

La **práctica separada** se debe llevar a cabo:

- entre la audiencia previa y el juicio, en el juicio ordinario;
- en el verbal, con interrupción de la vista.

Las **actuaciones de reproducción** deben documentarse según lo dispuesto en la LEC art.383 .

2769 Examen de soportes de datos

Los soportes de datos deben ser examinados por el tribunal y la demás partes deben tener la oportunidad de examinarlos también. A estos efectos, la LEC dispone que (LEC art.384.1):

1. Los soportes de datos serán examinados por el tribunal por los medios que la **parte proponente** aporte o que el **tribunal** disponga utilizar.

Normalmente el tribunal dispondrá del equipamiento informático adecuado para examinar el contenido de los soportes de datos aportados (CD, DVD, tarjetas de memoria, discos duros externos, etc.). Si no fuera así, la parte que presente el soporte de que se trate tendrá que facilitar al tribunal los medios necesarios para su examen.

2. Debe asegurarse que las **demás partes del proceso** puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.

Para asegurar el conocimiento por las demás partes del contenido de los soportes de datos se debería exigir la presentación de copias, al menos cuando ello sea viable técnicamente y no implique costes desproporcionados. Si no se pueden aportar las **copias** el tribunal debe permitir a las demás partes el acceso a los originales con tiempo suficiente para preparar sus alegaciones.

2770 Valoración

El contenido de los medios e instrumentos, conocido a través de su reproducción o examen, será valorado por el tribunal libremente, conforme a las reglas de la sana crítica (LEC art.382.3 y 384.3).

5. Reconocimiento judicial

2772 Es la actividad procesal mediante la que el juez examina por sí mismo algún lugar objeto o persona, con la **finalidad** de esclarecer y apreciar mejor hechos de relevancia en el proceso (LEC art.353.1).

1. **Proposición:** las partes pueden proponer el reconocimiento judicial según las reglas generales en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. Al proponer la prueba se deben indicar los extremos principales a que el proponente quiere que se extienda el reconocimiento; la parte contraria podrá proponer otros extremos (LEC art.353.2).

2. **Admisión:** el juez debe decidir sobre la admisión del reconocimiento según las reglas generales, atendiendo a la pertinencia y utilidad de la prueba. Al admitir el reconocimiento, el tribunal determinará su amplitud sin estar sujeto a las peticiones de las partes al respecto (LEC art.353.2 i.l.).

3. **Práctica:** la práctica del reconocimiento judicial se llevará a cabo conforme a las siguientes **reglas:**

- a) Se señala el lugar, el día y la hora para la práctica del reconocimiento y se cita a las partes (LEC art.353.3).
- b) Si el objeto o persona que deba ser reconocido puede desplazarse, el reconocimiento se practicará en la sede del tribunal (LEC art.300.1.4º); en otro caso, se llevará a cabo en el lugar que deba ser reconocido o donde se encuentren los objetos o personas que deban ser reconocidos, constituyéndose allí el tribunal.
- c) El tribunal puede ordenar la entrada en un domicilio u otro lugar cerrado en que deba realizarse el reconocimiento (LEC art.354.1).
- d) El reconocimiento se lleva a cabo con intervención de las partes (LEC art.354.2 y 3).
- e) En el mismo acto del reconocimiento judicial cabe la práctica conjunta de reconocimiento pericial y de prueba de testigos o interrogatorio de las partes (LEC art.356 y 357).
- f) El reconocimiento judicial se documenta en acta que consignará «con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal, así como las observaciones hechas por las partes» y demás personas que intervengan en el acto; además del acta, se emplearán medios técnicos de grabación de imagen y sonido para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento y de lo sucedido en el acto (LEC art.358 y 359).
- g) En el reconocimiento de personas se aplican ciertas reglas especiales que miran a la protección de la dignidad e intimidad de la persona reconocida (LEC art.355).

6. Interrogatorio de las partes

2775 Es la actividad procesal probatoria necesaria para obtener, a petición de una parte, que otra parte preste declaración ante el juez sobre hechos relevantes en el proceso.

En esta prueba el **sujeto** que declara ha de ser parte en el proceso. Normalmente será la parte contraria a la que propone la prueba, pero la LEC permite el interrogatorio de un litisconsorte y también, en caso de que alguna de las partes actúe en virtud de legitimación por sustitución, las demás podrán pedir el interrogatorio del sustituido (LEC art.301.1 y 2). La declaración se presta personalmente por el litigante, no mediante su representante procesal.

El interrogatorio **ha de referirse a** hechos o circunstancias conocidos por el declarante y que guarden relación con el objeto del litigio (LEC art.301.1). No es necesario que se trate de hechos «personales» del declarante, si bien la valoración de las declaraciones sigue reglas diferentes en función de que la parte interrogada haya intervenido o no personalmente en los hechos sobre los que declara (LEC art.316).

La **proposición** de la prueba de interrogatorio de las partes se lleva a cabo según las reglas generales en la audiencia previa al juicio o en la vista. Al proponerse la prueba se deben indicar los hechos a los que se va a referir el interrogatorio. Basta la referencia a los hechos, no es necesario que se adelanten las concretas preguntas que se van a formular al interrogado.

2777 Práctica del interrogatorio

El interrogatorio se practica conforme a las reglas generales en el acto del juicio, si se trata de un juicio ordinario, o en la vista, cuando se trata de un juicio verbal.

Las consecuencias de la **incomparecencia injustificada** de la parte citada para el interrogatorio son:

1. Posible admisión tácita o *facta confessio*; el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos personales que sean enteramente perjudiciales al incompareciente (LEC art.304, párrafo 1º).
2. Se impondrá al incompareciente una multa de 180 a 600 euros (LEC art.304 y 292).

El interrogatorio comienza con las **preguntas** que formula la parte que propuso la prueba y que deben reunir las siguientes **características**:

- se realizan oralmente (LEC art.302.1);
- han de formularse en sentido afirmativo, para que puedan responderse con un «sí» o un «no» (es uso extendido iniciar la pregunta con la fórmula «diga ser cierto que...») (LEC art.302.1);
- las preguntas deben ser claras y precisas (LEC art.302.1);
- no deben incluir valoraciones ni calificaciones (LEC art.302.1);
- no deben referirse a hechos distintos de los indicados en la proposición de prueba, sobre los que se haya admitido el interrogatorio (LEC art.302.2).

La parte interrogada y su abogado pueden **impugnar** las preguntas o hacer notar la existencia de valoraciones y calificaciones (LEC art.303). Haya habido o no impugnación, el juez debe comprobar la admisibilidad de las preguntas, rechazando las que no sean admisibles y advirtiendo las valoraciones y calificaciones que sean improcedentes y que han de entenderse por no realizadas (LEC art.302.2).

2779 Las **respuestas** del interrogado deben ajustarse a lo siguiente:

- han de expresarse oralmente;
- no se permite al interrogado utilizar un borrador de respuestas, aunque se pueden consultar documentos, notas o apuntes, para «auxiliar la memoria» (LEC art.305.1);
- las respuestas han de ser afirmativas o negativas y, en todo caso, precisas y concretas, aunque se pueden agregar explicaciones (LEC art.305.2).

Si el interrogado se niega a responder o bien sus respuestas son evasivas o inconcluyentes, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos a que se refieran las preguntas, cuando se trate de hechos personales y perjudiciales para el declarante (LEC art.307).

Después de **concluido** el **interrogatorio** inicial por la **parte que propuso la prueba**, pueden intervenir las demás partes y el juez a los efectos y en el **orden** siguiente:

- preguntas de los abogados de las demás partes (LEC art.306.1);
- preguntas del propio abogado del declarante (LEC art.306.1);

- posible interrogatorio cruzado entre los litigantes directamente, cuando no intervenga abogado (LEC art.306.2);
- preguntas formuladas por el tribunal para obtener «aclaraciones y adiciones» (LEC art.306.1).

2781 Valoración del interrogatorio de las partes

La LEC obliga al tribunal a considerar los **hechos** como **ciertos** cuando concurren las cuatro **circunstancias** siguientes (LEC art.316.1):

- hayan sido reconocidos por el declarante;
- sean personales del declarante;
- sean enteramente perjudiciales para el declarante;
- no resulten contradichos por el resultado de las demás pruebas.

Cuando no se den las circunstancias anteriores, las declaraciones se valoran libremente conforme a las **reglas de la sana crítica** (LEC art.316.2).

2783 Remisión del declarante a lo que conteste un tercero

Cuando se pregunta al declarante sobre **hechos** en que **no** haya **intervenido personalmente**, se abren dos posibilidades (LEC art.308):

1. Que el **declarante responda** a la pregunta según sus conocimientos, valorándose la respuesta conforme a las reglas de la sana crítica.
2. Que el declarante proponga que **responda un tercero** que haya intervenido personalmente en los hechos. En este caso, se abren, a su vez, otras dos posibilidades:
 - que quien propuso la prueba acepte que declare el tercero; en este caso, se interroga al tercero y se valora su declaración como si la hubiese efectuado la parte que se remitió a ella;
 - que quien propuso la prueba no acepte que declare el tercero; en este caso la parte interrogada puede solicitar que el tercero declare como testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

2785 Interrogatorio domiciliario

(LEC art.311 a 313)

Se permite que el interrogatorio se lleve a cabo en el domicilio del declarante cuando este no pueda comparecer en la sede del tribunal por enfermedad o por otra causa. El interrogatorio se realiza ante el juez, que se desplaza al domicilio del declarante.

Pueden intervenir también las **demás partes y sus abogados**, si las circunstancias no lo hicieran imposible o sumamente inconveniente. Cuando no puedan estar presentes las partes, la parte proponente debe entregar el interrogatorio por escrito. La declaración se extiende en acta, que se incorpora a las actuaciones (LEC art.311.2 y 312).

Si el **domicilio** del declarante está **fuera** de la **demarcación del tribunal** y resulta imposible o muy gravoso para el declarante comparecer en la sede este, se practica el interrogatorio mediante auxilio judicial (LEC art.169.4 y 313).

2787 Interrogatorio de personas jurídicas o entes sin personalidad

Cuando se pide el interrogatorio de personas jurídicas o entes sin personalidad, la LEC trata de asegurar que responda la persona física que haya intervenido en nombre de la persona jurídica en los hechos a que se refiera el interrogatorio.

En principio, el interrogatorio se lleva a cabo con la persona física que **represente a la entidad** a los efectos del proceso. Ahora bien, tanto en el momento de la proposición como en el de la práctica de la prueba se puede poner de manifiesto que el representante en juicio no ha tenido intervención en los hechos:

1. Si se pone de manifiesto en la **proposición de la prueba**, el representante en juicio deberá alegarlo en el acto (en la audiencia previa, si se trata de juicio ordinario) y señalar la identidad de la persona física que intervino en los hechos para que sea citada al juicio (LEC art.309.1).
2. Al practicarse el interrogatorio, si se formulan al representante en juicio **preguntas sobre hechos** en que no haya tenido intervención, deberá responder según sus conocimientos y, además, identificar a la persona física que hubiese intervenido, cuyo interrogatorio podrá acordarse si se solicita como diligencia final, al amparo de la LEC art.435.1.2ª (LEC art.309.2).

Tanto en la proposición como en la práctica, si el representante en juicio dice desconocer quién intervino en los hechos en nombre de la entidad, se considera respuesta evasiva a los efectos de *facta confessio* (LEC art.309.3).

2789 Interrogatorio escrito de entes públicos

En los procesos civiles en que sean parte el Estado, una comunidad autónoma, una entidad local u otro organismo público, el interrogatorio de estos entes públicos se efectúa por escrito con sujeción a las siguientes **reglas**:

- a) La parte que pida el interrogatorio debe presentar las preguntas por escrito al proponer la prueba (LEC art.315.1).
- b) Las preguntas que el tribunal declare pertinentes se remiten al ente público interrogado (LEC art.315.1).
- c) El ente público responderá mediante informe escrito que debe remitir al tribunal antes del juicio o vista (LEC art.315.1).
- d) En el juicio o vista se da lectura a las respuestas escritas remitidas por el ente público interrogado (LEC art.315.2).
- e) Se pueden pedir aclaraciones a la representación procesal del ente público (abogado del Estado o letrado del servicio jurídico correspondiente) (LEC art.315.2).
- f) Si la representación procesal del ente justifica que no puede responder a las aclaraciones o preguntas complementarias, se remite nuevo interrogatorio escrito como diligencia final (LEC art.315.2).
- g) Si no se remiten las respuestas por escrito, o son evasivas o inconcluyentes, o se niegan injustificadamente las aclaraciones solicitadas, se puede aplicar la *ficta confessio* (LEC art.315.3 y 307).

7. Prueba testifical

2791 Es la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes.

2793 Testigo

Es siempre un sujeto distinto de las partes y de sus representantes. Para declarar como testigo basta gozar de una **capacidad «natural»** para percibir hechos y dar cuenta de esas percepciones. Pueden ser testigos «todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos» (LEC art.361, párrafo 1º).

No se requiere capacidad de obrar, por lo que pueden ser testigos los menores de edad; tratándose de **menores de 14 años**, antes de admitir su interrogatorio como testigos, el tribunal debe valorar si poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente (LEC art.361, párrafo 2º).

El testigo no tiene por qué ser «imparcial». No obstante, las circunstancias que puedan afectar a su **imparcialidad** deben ser conocidas por el tribunal, a efectos de valoración de la prueba. Estas circunstancias se pueden conocer por dos vías:

- por medio de las preguntas «generales de la ley» (LEC art.367); y
- por medio de las «tachas» (LEC art.377 a 379).

2795 El testigo que haya sido debidamente citado tiene los siguientes **deberes**:

- a) **Comparecer** ante el tribunal el día señalado, bajo amenaza de multa de 180 a 600 euros (LEC art.292).
- b) **Declarar**, respondiendo a las preguntas que se le formulen; de este deber solo puede exonerarse a los testigos con deber de guardar secreto: secreto profesional, materias clasificadas, etc. (LEC art.371).
- c) Prestar **juramento o promesa** de decir verdad, salvo los testigos menores de edad (LEC art.365).

Tienen derecho a una **indemnización** por los gastos y perjuicios que les ocasione su comparecencia ante el tribunal. La indemnización la paga la parte que propuso al testigo, sin perjuicio de su ulterior inclusión en las costas (LEC art.375).

2797 Objeto y proposición de la declaración testifical

Los testigos declaran sobre hechos históricos concretos; no sobre cuestiones jurídicas, ni tampoco sobre máximas de la experiencia (salvo el **testigo-perito** previsto en la LEC art.370.4). La declaración de los testigos se refiere a hechos que el testigo haya percibido a través de sus sentidos (vista, oído; más raramente, tacto o gusto).

La **proposición** de la prueba testifical debe hacer referencia a los siguientes puntos:

1. La identificación del testigo o testigos cuya declaración se solicita (LEC art.362).
2. La indicación de si la parte se compromete a llevar al testigo al juicio o vista o si debe ser citado por el tribunal, indicando en este último caso, el domicilio o lugar en que se pueda efectuar la citación (LEC art.429.5).

Si se proponen **varios testigos** declararán en el orden en que se hayan propuesto (LEC art.366.1). Cuando se propongan más de 3 testigos para declarar sobre un mismo hecho, los gastos de los que excedan de 3 serán de cuenta del proponente, sin posibilidad de incluirlos luego en las costas (LEC art.363).

2799 Práctica de la prueba testifical (LEC art.360 a 370)

Como regla, la prueba testifical se practica en el juicio o en la vista después del interrogatorio de las partes; cada testigo declara separadamente, comenzando por los propuestos por el actor; antes de declarar, los testigos no pueden comunicarse con los demás, ni presenciar la declaración de los otros (LEC art.370.1 y 366.2).

El **desarrollo del interrogatorio** se acomoda a las siguientes **reglas**:

1. El testigo debe prestar **juramento o promesa** de decir verdad (LEC art.365).
2. Se formulan al testigo las **preguntas generales** de la ley, que se refieren a circunstancias que pueden afectar a la imparcialidad del testigo (LEC art.367).
3. Siguen las **preguntas de la parte** que propuso la prueba sobre los hechos objeto del proceso, que se formulan (LEC art.368):
 - oralmente;
 - en sentido afirmativo;
 - con claridad y precisión; y
 - sin incluir en ellas valoraciones ni calificaciones.
4. El juez decide sobre la **admisión de las preguntas**. No se deben admitir las preguntas inútiles o impertinentes, ni las que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo. Las demás partes pueden impugnar la admisión de las preguntas (LEC art.368.2 y 369).

2800 5. Las **respuestas** del testigo han de ser:

- de palabra;
- sin borrador de respuestas, aunque podrá consultar cuentas, libros o documentos; y
- expresando la «razón de ciencia». El testigo-perito puede añadir manifestaciones derivadas de sus conocimientos especializados (LEC art.370).

6. A continuación pueden interrogar al testigo los **abogados** de las demás partes (LEC art.372.1).

7. Finalmente, el tribunal puede pedir al testigo **aclaraciones y adiciones** (LEC art.372.2).

2801 Valoración de la prueba testifical

La valoración de la prueba testifical es libre, conforme a las reglas de la sana crítica; son elementos importantes a tener en cuenta en la valoración de las declaraciones de testigos (LEC art.376):

- la razón de ciencia expresada por el testigo;
- las circunstancias de los testigos, conocidas a través de las preguntas generales de la ley;
- las tachas formuladas por las demás partes y los resultados de la prueba sobre las mismas.

2802 Careos (LEC art.373)

La LEC permite los careos entre testigos o entre partes y testigos que incurran en graves contradicciones al declarar sobre los mismos hechos. El careo debe solicitarse al final del interrogatorio que haya puesto de manifiesto las contradicciones.

2803 Interrogatorio sobre informes de investigadores privados (LEC art.265.1.5º y 380)

Los informes escritos de investigadores privados se aportan con la demanda o la contestación. Si los hechos relatados en el informe no son reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudieren perjudicar se interroga como testigo al investigador privado autor del informe.

2804 Informes escritos de personas jurídicas que no sean parte en el proceso

Se pueden pedir informes escritos de personas jurídicas cuando interese la prueba de hechos relevantes para el proceso que se refieran a la actividad de la persona jurídica de que se trate, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese.

8. Prueba pericial

2805 Es la actividad procesal en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a este el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso.

2807 Peritos

Son personas con conocimientos especializados no jurídicos. La Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere, a título indicativo, a conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (LEC art.335.1).

1. Peritos **titulados y no titulados**: se exige que los peritos sean titulados cuando el dictamen se refiera a conocimientos especializados respecto de los que exista título oficial, académico o profesional (conocimientos médicos, químicos, valoración de inmuebles, por ejemplo).

Si no existe título académico o profesional en la materia a que se refiera el dictamen puede ser perito cualquier **persona «entendida»** en la materia de que se trate (por ejemplo, un filatélico para valorar una colección de sellos) (LEC art.340.1).

2. Peritos **individuales o corporativos**: los llamados peritos «corporativos» son academias, instituciones culturales o científicas y, en general, personas jurídicas legalmente habilitadas (por ejemplo, sociedades de tasación de inmuebles). La academia, institución o persona jurídica a quien se confíe la pericia debe señalar la concreta persona física que realizará el dictamen, a efectos de juramento o promesa, recusaciones y tachas (art.340.2 LEC).

3. **Designación de los peritos**. La LEC admite dos posibilidades:

- que las partes encarguen directamente a un perito la elaboración de un informe, para acompañarlo a sus alegaciones (LEC art.336 a 338);

- que las partes pidan al tribunal que designe un perito para que informe sobre determinadas cuestiones (LEC art.339 a 342 y 346).

2809 4. **Juramento o promesa**: los peritos deben prestar juramento o promesa de actuar «con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes» (LEC art.335.2).

5. **Imparcialidad**. Hay que distinguir:

a) Peritos que elaboran los informes **aportados por las partes**: la LEC no exige que sean imparciales, pero se permite que, mediante tachas, se pongan de manifiesto las circunstancias que pueden afectar a su imparcialidad, para que sean tenidas en cuenta por el tribunal en la valoración del dictamen (LEC art.343 y 344).

b) Peritos **nombrados por el tribunal**, a instancia de las partes: deben ser imparciales y han de abstenerse de aceptar el encargo o pueden ser recusados si concurren en ellos circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad (LEC art.124 a 128 y 343.1).

2811 Dictamen pericial

Es el documento en que el perito plasma los conocimientos especializados que posee sobre las cuestiones que se hayan sometido a su consideración, así como, en su caso, las conclusiones a las que ha llegado mediante la aplicación de esos conocimientos a determinados hechos u objetos concretos. En cualquier caso, lo que el perito aporta al proceso son sus conocimientos sobre máximas de la experiencia pertenecientes a campos especializados del saber, aplicados o no a hechos o circunstancias concretas.

El dictamen siempre ha de presentarse **por escrito**, sin perjuicio de que los peritos puedan comparecer en el juicio o vista para ser interrogados oralmente (LEC art.336.2 y 346).

En cuanto a la **incorporación** del dictamen **al proceso**, la ley contempla dos posibilidades:

- que las partes, privadamente, encarguen un dictamen pericial para aportarlo al proceso en apoyo de sus alegaciones (nº 2813); y

- que las partes pidan al tribunal que nombre un perito para que elabore un dictamen (nº 2815 s.).

A la vista del dictamen, las partes pueden solicitar que el perito **comparezca en el juicio o vista** y el tribunal de oficio puede disponer la presencia del perito en el juicio o vista para comprender y valorar mejor el dictamen (LEC art.337.2, 338.2 y 346).

Comparecido el perito en el juicio o vista, las partes pueden pedir (LEC art.347.1):

- exposición completa del dictamen;
- explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba;
- respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen;
- respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos;
- crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria (también se pueden formular las tachas que pudieren afectar al perito de la parte contraria).

En el mismo acto el tribunal puede formular preguntas y requerir explicaciones al perito, sin ampliar el objeto del dictamen (LEC art.347.2).

La **valoración** de los dictámenes periciales es libre, según las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta, en su caso, las tachas que se hubieran formulado respecto de los peritos libremente designados por las partes (LEC art.348).

2813 Dictámenes periciales aportados por las partes

Como **regla general**, los dictámenes que quieran aportar las partes, elaborados por peritos de su libre elección, deben presentarse con la demanda o con la contestación (LEC art.265.1.4º y 336.1).

No obstante, se pueden presentar después en determinados **casos especiales**:

1. Cuando sea imposible obtener el dictamen con antelación suficiente para presentarlo con la demanda o contestación, se pueden anunciar los dictámenes en la demanda o contestación y aportarlos después, antes de iniciarse la audiencia previa al juicio o la vista del juicio verbal (LEC art.336.3 y 4 y 337).

2. Los dictámenes cuya necesidad se ponga de manifiesto a la vista de las alegaciones de la parte contraria:

- se pueden aportar en la audiencia previa al juicio (LEC art.426.5); o
- anunciarlos en dicho acto y aportarlos después, con 5 días de antelación al señalado para el juicio (LEC art.427.3 y 338).

3. Los dictámenes del demandado en juicio verbal se aportan en el acto de la vista (LEC art.265.4).

2815 Práctica de la prueba pericial por peritos designados por el tribunal

(LEC art.339)

La **regla general** es que la solicitud de designación de perito se efectúe en la demanda o contestación (LEC art.339.1 y 2). Por **excepción**, si la necesidad de la pericial se pone de manifiesto a la vista de las alegaciones de la contraparte se puede pedir la designación en la audiencia previa al juicio o en la vista del juicio verbal (LEC art.339.3 y 427.4).

La **designación** del perito debe hacerse dentro del plazo de 5 días desde la contestación (LEC art.339.2, párrafo 3º). La designación ha de recaer en:

1. El perito que las partes indiquen de común acuerdo (LEC art.339.4).
2. A falta de acuerdo, el que resulte según las listas de peritos que ha de tener el tribunal conforme a lo dispuesto en la LEC art.341 .

La designación se comunicará al perito designado, que puede:

a) Rechazar el encargo:

- alegando justa causa; en este caso se designa al siguiente perito de la lista (LEC art.342.1 y 2);
- si las partes no hacen la provisión de fondos que solicite el perito; en este caso no se designa otro perito (LEC art.342.3).

b) **Aceptar el encargo**, en tal caso, se efectuará el nombramiento y el perito hará el juramento o promesa (LEC art.342.1 y 335.2).

2817 Cuando sea necesario para emitir el **dictamen**, el perito llevará a cabo el reconocimiento de lugares, objetos o personas u operaciones análogas, con intervención de las partes (LEC art.345).

El dictamen se realizará por escrito y deberá ser entregado al tribunal en el plazo que se haya señalado al perito. Como regla, los dictámenes escritos se aportan al proceso antes del juicio o vista (LEC art.336, 265.1.4º y 346).

2819 Son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho (el hecho indicio o base). Estas operaciones se fundan en un **juicio de probabilidad cualificada**, según el cual, si el hecho indicio es cierto existe una altísima probabilidad de que el hecho presunto lo sea también. El juicio de probabilidad se basa, a su vez, en máximas de la experiencia.

En toda presunción cabe distinguir los siguientes **elementos**:

1. **Hecho indicio**: es el hecho de que se parte para establecer la presunción: debe estar fijado como cierto por medio de admisión o de prueba (LEC art.385.1, párrafo 2º).
2. **Hecho presunto**: es el hecho que se fija mediante la presunción.
3. **Enlace** entre el hecho indicio y el hecho presunto, que permite considerar fijado este una vez que aquel ha quedado probado o ha sido admitido.

2821 Clases

En función de cómo se establece el enlace entre el hecho indicio y el hecho presunto se distinguen dos clases de presunciones:

- a) **Legales**: el enlace se establece directamente por la ley (LEC art.385).
- b) **Judiciales**: el enlace se establece por el juez. Las permite la LEC, al disponer que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá 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» (LEC art.386.1).

2823 Presunciones y prueba
(LEC art.385)

Las presunciones permiten fijar un hecho (el hecho presunto) sin necesidad de prueba sobre ese hecho. No obstante, las presunciones no excluyen por completo la actividad probatoria, ya que:

1. El hecho indicio debe ser objeto de prueba (salvo que haya sido admitido).
2. Cabe la prueba en contrario del hecho presunto, esto es, la prueba de que el hecho presunto no existe, si bien hay que distinguir:
 - a) Presunciones **legales** (LEC art.385.3): como regla general, se admite la prueba en contrario (presunciones legales *iuris tantum*); por excepción, para casos concretos, la ley puede prohibir expresamente la prueba en contrario (presunciones legales *iuris et de iure*).
 - b) Presunciones **judiciales** (LEC art.386.2): cabe siempre la prueba en contrario.
3. Cabe también la prueba de que no existe, en el caso de que se trate, el enlace entre el hecho indicio y el hecho presunto, tanto para las presunciones legales como para las presunciones judiciales (LEC art.385.2).

En relación con la **carga de la prueba**, las presunciones legales operan así:

- facilitan a la parte favorecida por un hecho levantar esa carga, probando el hecho indicio o el hecho presunto;
- hacen surgir en la parte contraria una carga eventual de la contraprueba del hecho presunto (eventual porque esa carga solo existe en la medida en que la parte contraria consiga probar el hecho indicio).

Ahora bien, si finalmente el hecho presunto permanece en la incertidumbre, esa **incertidumbre** perjudica al actor, si el hecho es constitutivo y al demandado, si es impeditivo, extintivo o excluyente, por lo que la presunción legal no invierte la carga de la prueba.

I. Juicio ordinario: conclusiones y sentencia

2826	1. Actividades previas a la sentencia	2828
	2. Finalización del proceso civil: forma normal y anormal	2841
	3. Sentencia de fondo	2844
	4. Requisitos internos de la sentencia	2847
	5. Motivación de la sentencia	2868
	6. Supuestos especiales de sentencia sobre el fondo	2870

2828	Conclusiones orales	2830
	Informes	2834
	Diligencias finales	2836

2830 Conclusiones orales

Como bien nos advierte la propia Ley, una vez practicadas las pruebas en el juicio, se formularán las conclusiones sobre estas (LEC art.431). La **finalidad** perseguida por estas conclusiones no es otra que la de servir de instrumento a través del cual, poder llevar a cabo el resumen y la valoración del resultado de la prueba practicada en el juicio por cada uno de los litigantes, en relación con los hechos que han considerado relevantes para el proceso.

No debe incurrirse en el error de considerar a las conclusiones como una nueva posibilidad, que nos brinda la Ley, para poder introducir en la dinámica procesal nuevos hechos. Las conclusiones solo nos permiten, llevar a cabo una nueva alegación de aquellos hechos, no solo ya aportados, sino incluso ya probados. Nuestra Ley procesal tan solo admite, tras los escritos de alegación inicial, introducir nuevos hechos en casos excepcionales y tasados en el propio texto legal (v.gr. LEC art.286).

Nada obsta, todo lo contrario, para que las partes hagan uso de este escrito con la finalidad de perfilar con más detalle las **alegaciones fácticas** realizadas al inicio del proceso. En este sentido, podrán como resultado de la práctica probatoria, resaltar determinados detalles y pormenores de aquellos hechos. Siendo factible que, valiéndose de los resultados obtenidos en la práctica probatoria, aquellos hechos sean descritos y presentados de forma distinta a la inicialmente utilizada, con la finalidad de apoyar más firmemente las diferentes pretensiones ejercitadas en el proceso.

Con arreglo a lo anterior, una vez practica la prueba, se dará la palabra a las partes para que expongan oralmente y de forma clara y concisa, que hechos controvertidos y relevantes, a su juicio, deben considerarse admitidos o, por el contrario, probados o inciertos (LEC art.433.2, párrafo 1º).

2832 Diseña el legislador la forma que deben presentar estas conclusiones, así (LEC art.433.2, párrafo 2º):

- Se deberá realizar un breve **resumen** de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos objeto de prueba, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio.
- Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de **presunción**, lo manifestarán así, fundamentando su criterio.
- Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los **hechos** que reputen **dudosos**.

Cada parte iniciará sus conclusiones analizando el resultado de la prueba practicada, así como la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, en relación con los hechos por ella introducidos en el **debate procesal** en apoyo de sus pretensiones, prosiguiendo, una vez concluya, con igual análisis respecto de aquellos hechos alegados por la parte contraria (LEC art.433.2 párrafo 3º).

Si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones planteadas por las partes, podrá concederles la palabra cuantas veces estime necesario, con la finalidad de solicitarles información sobre las dudas que se le susciten (LEC art.433.4, párrafo 3º).

Su implementación en el **proceso verbal** se prevé en el LEC art.447.1, párrafo 1º1º .

2834 Informes

Una vez las partes han hecho uso de su derecho, exponiendo sus respectivas conclusiones sobre los hechos controvertidos, será el momento en el que podrán informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones pero, eso sí, tampoco les será posible, valiéndose de estos informes, alterar aquellas (LEC art.433.3).

Esta facultad que se pone a disposición de las partes les faculta para, una vez conclusa la práctica probatoria, poder perfilar con mayor precisión aquellas **pretensiones esgrimidas** con anterioridad en el proceso, una vez fijados como ciertos o falsos, aquellos hechos que hayan sido objeto de prueba. Al igual que las partes no pueden hacer uso de las conclusiones para introducir nuevos hechos en el debate procesal, tampoco será posible aprovechar sus informes para alterar las diferentes pretensiones esgrimidas y, mucho menos, para plantear nuevas peticiones.

Igual facultad que en el caso de las conclusiones, concede la Ley al juzgador, pudiendo solicitar a las partes, tras sus informes, las aclaraciones que entienda necesarias para considerarse suficientemente ilustrado sobre el caso (LEC art.433.4).

No faculta la Ley a las partes para suscitar estos informes en el curso del **proceso verbal**.

2836 Diligencias finales

Antes de la sentencia, en el juicio ordinario, se prevé la posibilidad de practicar posibles diligencias finales, que vienen a sustituir a las diligencias para mejor proveer de la LEC. Estas últimas solo debían utilizarse para adquirir certeza acerca de hechos alegados que, pese a haberse intentado la prueba de su certeza positiva, diligentemente por la parte gravada con la carga de probarlos, permaneciesen dudosos.

La vigente Ley Procesal Civil establece que quedará en suspenso el plazo para dictar sentencia si se acordaren diligencias finales, dentro del plazo para dictar sentencia (LEC art.434.2).

Según se prevé, solo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de **actuaciones de prueba**, conforme a las siguientes reglas (LEC art.435.1):

1. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas aquellas aconsejadas por el tribunal al hacer uso de la prerrogativa prevista en la LEC art.429.1 .
2. Podrá ordenarse su práctica cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.
3. También se admitirán y practicarán como diligencias finales las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, ocurridos una vez precluidos los actos de alegación ordinaria (posibilidad prevista en LEC art.286).

2838 Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, 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, así como los fundamentos que pueden hacer creer el éxito de su nueva práctica (LEC art.435.2).

De ser ordenada la práctica de concretas diligencias finales, deberán practicarse en el **plazo** de 20 días, en la forma prevista en la Ley para la práctica de las pruebas de que se trate, pudiendo las partes, en los 5 días siguientes, presentar escrito en el que resuman y valoren su resultado. Tras el transcurso de este plazo, volverá a computarse el plazo de 20 días para dictar sentencia (LEC art.436).

Precisiones

Discutido resulta el tema de acceder a la práctica de estas diligencias en el curso del proceso verbal, **argumentos a favor y en contra** podemos encontrar; a modo de ejemplo ver:

- a favor: TS 12-11-08, EDJ 209709, FJ 2 ;
- en contra: TS 30-11-10, EDJ 284948, FJ 3 .

Sin embargo, parece más razonable inclinarse a favor de la tesis que considera que la permisión de la práctica de diligencias finales en el proceso verbal, no solo parece más alejada a las previsiones establecidas en la Ley (v.gr. LEC art.435, 436, 447.1), sino que, además, iría claramente en contra de la propia filosofía que presidió la **construcción de este proceso**, en el que, no olvidemos, deben regir los principios de celeridad, concentración e intermediación.

2. Finalización del proceso civil: forma normal y anormal

2841 De los diferentes modos o formas en las que puede ponerse fin a un concreto proceso civil será, sin duda, la **sentencia definitiva sobre el fondo** la más habitual, tanto cuantitativa como cualitativamente, lo primero por su número y lo segundo por ser la manera de finalizar un proceso que todo justiciable persigue cuando ejercita su derecho al proceso. Quizás debamos ver en esta realidad la razón por la que esta forma de finalización suele denominarse «Terminación normal del proceso».

Pero debe recordarse, la posibilidad de que se ponga fin al proceso civil mediante **otro tipo de eventualidades** distintas a esa sentencia sobre el fondo. Todo proceso civil puede concluir, además de mediante esa sentencia sobre el fondo que se pronunciará tras la previa contradicción entre las partes, y que tras su firmeza alcanzará fuerza de cosa juzgada, por medio de una serie de fenómenos que, también, llevarán a la finalización del proceso civil:

- bien sin que exista esa sentencia formalmente (desistimiento, transacción y caducidad);
- bien con sentencia, pero sin que previamente se constatare contradicción alguna entre las partes (renuncia, allanamiento); o

- incluso, porque existiendo esa sentencia final, sin embargo, no contenga pronunciamiento sobre el objeto del proceso (caducidad de la instancia en primera instancia, desistimiento).

Todas estas eventualidades, junto con alguna más (sobreseimiento, archivo), suelen englobarse en el grupo de la denominada «**terminación anormal del proceso**».

Nos referiremos en las próximas páginas a la forma en la que, normalmente, finaliza el proceso civil, esto es, con sentencia definitiva sobre el fondo, tras contradicción entre las partes.

Dejando a un lado todo aquello relativo a la formación externa de la sentencia, regulado en los LEC art.208 y 209 , nos fijaremos en el proceso lógico de su formación, así como en los conceptos de **exhaustividad**, **congruencia** y **motivación**, elementos que, conjuntamente, conforman el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la Const art.24.2 .

3. Sentencia de fondo

2844 El concepto de sentencia se nos presenta por el legislador tipificándola como aquella resolución que pone fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley, resolviéndose, también, con una sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes (LEC art.206.1, 3.ª).

El órgano judicial al momento de dictar su sentencia, esto es, aquella resolución en la que se pronuncia sobre las **pretensiones** y la **acción o acciones** afirmadas por las partes, otorgando o denegando, de forma total o parcial, la tutela solicitada, sigue un determinado iter lógico.

Puede afirmarse que la sentencia no es más que el resultado de un silogismo, en el que la premisa mayor está constituida por las **normas jurídicas**, mientras que la menor, por los hechos alegados por las partes y subsumibles en aquella, resultado su conclusión el fallo de la misma.

Ese **debate interno del juez**, que se desarrolla hasta que dicta la sentencia, hará que el juzgador efectúe una serie de procesos lógicos, de manera sucesiva, y que como consecuencia de ellos brotará su sentencia. Entre ellos destacan:

- si el efecto jurídico pretendido tiene, en general, base en el derecho;
- si existe la norma alegada y si de ella, o de otra aplicable sin incurrir en incongruencia, se deriva el efecto jurídico pretendido;
- si los hechos alegados son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma aplicable;
- si los hechos alegados pueden considerarse como ciertos, positiva o negativamente, o si son dudosos;
- reiterar la subsunción de los hechos, no simplemente alegados e hipotéticos, sino los ciertos y dudosos, en el supuesto de hecho de las normas aplicables.

4. Requisitos internos de la sentencia

2847 Atendiendo a lo previsto en la LEC art.218.1 , «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

Del contenido de este precepto es posible extraer el conjunto de requisitos internos que toda sentencia ha de cumplir, con la **finalidad** de adecuarse a nuestro sistema jurisdiccional: claridad (nº 2849), precisión (nº 2849), exhaustividad (nº 2851 s.), congruencia (nº 2855 s.) y motivación (nº 2868 s.).

2849 Claridad y precisión

La primera de las características que se debe exigir a una sentencia es la de su claridad. Faltaría a su obligación principal, decir y hacer lo jurídico ante el caso concreto, si su dicción, por su falta de claridad, requiriese de una compleja **labor interpretativa** para lograr su efectividad. Unido a lo anterior, la sentencia ha de evitar que sus pronunciamientos puedan ser acogidos de forma contradictoria.

Por otra parte, no olvidemos que las sentencias judiciales han de fijar los elementos necesarios para poder ser ejecutadas, esa determinación habrá de ser lo suficientemente precisa como para permitirlo.

2851 Exhaustividad de la sentencia

Señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, que «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que

aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate» (LEC art.218.1).

Este artículo exige que las sentencias sean exhaustivas, resolviendo todos aquellos puntos que han sido objeto de debate en el proceso, habiendo sido con carácter previo alegados por las partes, esto es, el conjunto de pretensiones esgrimido por aquellas:

1. La **omisión de pronunciamiento**: cuando no hay exhaustividad en la sentencia, el tribunal falta a la, quizás, mayor responsabilidad que asume la Administración de Justicia, resolver de forma pacífica aquellos conflictos sustanciados entre los ciudadanos, huyendo de la justicia privada.

No deben confundirse aquellos supuestos en los que el órgano judicial no se pronuncia sobre todas, y cada una, de las pretensiones planteadas por las partes, con aquellos otros en los que el juzgador, pronunciándose sobre ellas, lo hace de forma incompleta. En el primer caso, estaremos en presencia de una violación del derecho a la **tutela judicial efectiva**, encontrándonos, en el segundo, ante una flagrante infracción de los **principios dispositivo y de aportación** de parte.

De lo anterior se desprende que, para poder apreciar la existencia de una omisión de pronunciamiento, la falta de resolución debe ser parcial, nunca total. El órgano debe haber omitido alguna de las declaraciones exigidas por las diversas pretensiones esgrimidas por las partes. De no resolver el órgano judicial ninguna de las peticiones planteadas por las partes, estaríamos en presencia del delito de denegación de justicia o prevaricación (CP art.448).

A diferencia de lo que acontece con los supuestos de incongruencia, insubsanables, las omisiones de pronunciamiento, sin perjuicio de su control jurisdiccional (recursos ordinarios o extraordinarios), recibe un **trato especial** en nuestro sistema jurisdiccional, permitiendo la LEC art.215 que aquellas omisiones de las que pudieran adolecer las sentencias y que fuere preciso remediar para lograr su plena eficacia podrán ser subsanadas, mediante auto, en los plazos y por el procedimiento de aclaración y corrección.

2853 2. La **desestimación tácita de pretensiones**: no hay en la sentencia omisión de pronunciamiento sobre las pretensiones de una de las partes, allí donde se desestiman silenciosamente.

«Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos» (LEC art.218.3), además, «el fallo (...) contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos» (LEC art.209.4º).

Atendiendo a lo anterior, no incurrirá en omisión de pronunciamiento aquella sentencia que desestime expresamente una **concreta pretensión**, limitándose exclusivamente a ello en la parte dispositiva de la sentencia, cuando de los fundamentos jurídicos de la resolución dictada se deduzca dicha desestimación.

2855 Congruencia de la sentencia

Cuando de congruencia hablamos, nos referimos a la concreta relación que debe existir entre los fundamentos de la resolución judicial y las pretensiones esgrimidas por las partes.

Nuestro Tribunal Supremo es claro al precisar que «el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no están sustancialmente alterados en su configuración lógico-jurídica» (TS 3-11-15, EDJ 205562, FJ 3 ; en idénticos términos, TS 11-2-10, EDJ 37583, FJ 9º ; 18-7-11, EDJ 204903, FJ 3 ; 18-2-13, EDJ 119040, FJ 3).

La congruencia debe entenderse como un importante requisito interno de la sentencia. No siéndolas aquellas sentencias que incurran en alguno de los **tipos** o clases **de incongruencia**:

- incongruencia por *ultra petitum* o exceso (nº 2857);
- presunta incongruencia por *infra o citra petitum* (nº 2859);
- incongruencia por *extra petitum* (nº 2861 s.).

2857 Incongruencia por «ultra petitum» o exceso

Este tipo de incongruencia por exceso exige no otorgar más de lo pedido.

No estamos en presencia del reverso de la exhaustividad de la sentencia, una **sentencia** puede ser exhaustiva y no incurrir en el vicio de incongruencia por exceso (puede resolver todas las pretensiones esgrimidas por las partes, y no otorgar más de lo pedido), o una **resolución judicial** puede ser no exhaustiva e incurrir en el defecto de otorgar más de lo pedido por las partes (puede no resolver todas las pretensiones y en las pocas resueltas otorgar más de lo pedido).

Dos precisiones deben tenerse presentes:

a) Un **presupuesto fundamental** de la incongruencia por *ultra petitum* es que en ella se conceda todo lo que se pidió. Si no es así, no puede hablarse en rigor de otorgar más de lo pedido.

b) Para entender que existe este vicio, será necesario que en la sentencia se otorgue **más de lo pedido** a cualquiera de las partes del proceso.

2859 Presunta incongruencia por infra o «citra petitum»

Una sentencia que concede menos de lo pedido no es, por este simple hecho, incongruente. Un tribunal está obligado a resolver las pretensiones esgrimidas por las partes, pero no a concederlas inexcusablemente (puede que el actor solicite 100, pero tras negar el demandado esta pretensión, y el juzgador haber analizado las diferentes argumentaciones esgrimidas por las partes, puede otorgar 50).

Dar menos de lo pedido no aboca, necesariamente, a una situación de incongruencia, si el tribunal ha analizado convenientemente las diferentes argumentaciones planteadas por las partes.

2861 Incongruencia por «extra petitum»

Podremos sostener que estamos en presencia de una resolución que incurre en este defecto, cuando aquella si bien no omite ninguno de los pronunciamientos exigidos por los litigantes, ni otorga más de lo pedido, resuelve sobre algo que no es ni se corresponde con las pretensiones deducidas por los litigantes.

En los procesos regidos por el principio dispositivo, la sentencia no es congruente cuando, de modo distinto a la omisión de pronunciamiento o al otorgamiento de más de lo pedido, no versa sobre el objeto del proceso determinado por las pretensiones de las partes (v.gr. sentencia de condena frente a quien no es parte).

Esta afirmación provoca ciertas **consecuencias** tanto sobre los hechos, como sobre los fundamentos de derecho alegados por las partes:

1. Respecto a los hechos: atendiendo a una vieja máxima *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*, la LEC art.216 declara que los tribunales adoptarán su decisión en atención a las aportaciones de hecho, pruebas y pretensiones realizadas por las partes. Es por esta razón por lo que toda sentencia que resuelva alejándose de la declaración anterior, deberemos entender que incurre en el vicio de incongruencia.

Cierto es que el tribunal, so pena de incurrir en incongruencia, ha de fallar según lo alegado por las partes, pero únicamente cuando se trate de hechos que integren el supuesto de hecho de la norma en que se basa la **tutela solicitada**, esto es: hechos relevantes.

El tribunal, además, si puede tener en cuenta, aunque no se aleguen expresamente, los hechos accesorios que vengan al proceso en virtud de su notoriedad, los juicios de carácter fáctico que son las máximas de la experiencia, los hechos accesorios que se averigüen a consecuencia del ejercicio de las facultades judiciales en la práctica de pruebas, o como resultado de la labor deductiva que realice el juzgador al analizar los diversos **dictámenes periciales** aportados.

Finalmente, es incongruente la sentencia que no parte de hechos admitidos que sean fundamentales, constitutivos de la acción o directamente subsumibles en el supuesto legal de las excepciones planteadas.

2863 2. Respecto a las **alegaciones de derechos**: la sentencia no puede, sin incurrir en incongruencia, condenar o absolver con fundamento distinto de la causa de pedir aducida por la parte correspondiente, ya a favor o en contra de la condena o, en su caso, absolución.

No obstante, las alegaciones jurídicas de las partes, es decir, los fundamentos de derecho de la demanda y de la contestación y las explicaciones jurídicas que se ofrezcan en otros momentos (informes), no vinculan, en sus propios términos, al tribunal. El tribunal debe aplicar **normas de orden público** que vengan al caso, aunque no hayan sido alegadas por las partes, además, el tribunal no está vinculado por el modo y la forma en que fundamentan las partes sus pretensiones. El tribunal está vinculado por el fundamento, no por la fundamentación.

Así, la LEC art.218.1, párrafo 2º, establece que: «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

Rige en nuestro ordenamiento jurídico la **regla iura novit curia**, que significa:

a) Que el derecho no tiene que ser probado (excepto el extranjero y la costumbre).

b) Que el tribunal puede y hasta debe aplicar el derecho que conoce, como estime más acertado, siempre que se atenga a la causa de pedir, es decir, al genuino fundamento de la pretensión, siempre que no prescinda de la *causa petendi*.

El **presupuesto de correcta aplicación** de esta regla es doble:

- que el tribunal respete el por qué fundamental de la pretensión del litigante;

- que los demás litigantes hayan podido, lo mismo que el tribunal, conocer y afrontar el genuino fundamento de la pretensión.

De todo lo anterior, se desprende que el órgano judicial no incurrirá en incongruencia si sustituye las **normas, principios o negocio jurídico** alegado por las partes, en defensa de sus pretensiones, por otros distintos.

2865 Términos de la comparación para discernir la congruencia

Si abrazásemos una visión simplista del concepto de congruencia, sería suficiente con afirmar que una sentencia lo es, cuando los elementos que integran la parte dispositiva de la misma (el fallo), coincide con las diversas peticiones que las partes han planteado a lo largo del proceso que finaliza con la misma (alegaciones iniciales, complementarias, etc.).

No obstante, siendo cierto que en un elevado número de ocasiones es suficiente con realizar una simple comparación entre ambos elementos, súplica y fallo, no debemos olvidar que existirán supuestos en los que será preciso aumentar el **campo de comparación**, añadiendo a ambos términos de la comparación elementos adicionales que podremos encontrar en los diversos componentes que conforman la propia resolución dictada (antecedentes y fundamentos).

De lo anterior se desprende que, para determinar la existencia, o no, de congruencia en la sentencia dictada, habremos de considerar:

a) Actividad de las partes:

- **actor**: las pretensiones ejercitadas en la demanda (*petitum*, causa de pedir y hechos constitutivos), la posible ampliación de la misma, así como, de suscitarse, las sucesivas transformaciones de la misma;

- **demandado**: las excepciones materiales opuestas por este a la demanda suscitada frente a él;

- **ambas partes**: actos de disposición del objeto del proceso (desistimiento en fase de recurso, renuncia, allanamiento, transacción).

b) **Actividad del juez**: atenderemos al contenido de la sentencia dictada en su conjunto. En consecuencia, no habremos de fijarnos, en exclusiva, en su parte dispositiva o fallo, sino que en muchos casos será preciso acudir a sus antecedentes de hecho o de derecho, para poder descubrir cuáles son las razones de su sentido.

5. Motivación de la sentencia

(LEC art.209 y 218.2)

2868 La Constitución Española en su art.120.3 impone que las sentencias sean siempre motivadas. Esta previsión se recoge en la LEC art.209 y 218.2 y en los tribunales. Respecto de estos últimos sirva como ejemplo la sentencia TS 4-2-16, EDJ 5932 , cuando en su FJ 2 nos señala que la Const art.120.3 «No exige la argumentación pormenorizada de cada uno de los puntos -hechos y alegaciones- que han surgido en el proceso, sino la fundamentación del fallo de la sentencia, quedando justificado este por la exposición, dando a las partes las razones de la decisión, lejos del arbitrio judicial. En este sentido, (...) la motivación de las sentencias (...), constituye además de un deber constitucional de los Jueces, un derecho de quienes intervienen en el proceso, protegido por la Constitución Española. (...) la exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de derecho (Const art.1.1) y con el carácter vinculante que, para jueces y magistrados, tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (Const art.117.3), ya que hay que dar razón del derecho judicialmente interpretado y aplicado, con lo que se cumple tanto la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de derecho, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución por medio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento. (...) el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.». Esta resolución resume, perfectamente, la **doctrina** emanada tanto del **Tribunal Supremo** (TS 25-2-11, EDJ 13863, FJ 6º ; 17-3-11, EDJ 34628, FJ 3), como del propio **Tribunal Constitucional** (TCo 60/2008 ; 114/2009, FJ 4 ; 102/2014, FJ 3).

Las sentencias deben tener unos antecedentes de hecho, que incluyan, en su caso, la **expresión de los hechos probados**. Además, en párrafos separados y numerados, deben contener unos fundamentos de derecho, que han de expresar «los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso» (LEC art.209.3).

Por su parte, el art.218.2 de la LEC , establece que: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Atendiendo al contenido de ambos preceptos, toda sentencia que pretenda adecuarse a las exigencias derivadas de nuestro **texto constitucional**, deberá contener la correspondiente motivación:

a) Por una parte, reseñando los **elementos jurídicos** de la misma, siendo incorporados estos en los fundamentos de derecho de la resolución.

b) Mientras que, por otro lado, también deberá constar de la necesaria motivación de los **elementos fácticos** en los que se fundamente la decisión, contenidos en los fundamentos de hecho de la sentencia. La exigencia legal de motivación no puede considerarse realmente satisfecha con una mera enunciación de los hechos probados desprovista de justificación alguna. Su contenido fundamental será el que aparezca como útil y relevante a los efectos de una posible impugnación de la sentencia.

6. Supuestos especiales de sentencia sobre el fondo

2870 Una vez concluido el análisis, aún somero, de los requisitos que deben cumplimentarse para lograr una sentencia que sea respetuosa con nuestro sistema constitucional, será preciso hacer referencia a tres concretas especialidades que nuestra ley procesal presenta:

- sentencia de condena dineraria líquida (nº 2872);
- condenas de futuro (nº 2874);
- sentencias favorables a asociaciones de consumidores y usuarios (nº 2876).

2872 Sentencia de condena dineraria ilíquida (LEC art.219)

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula las denominadas «sentencias con reserva de liquidación». No caben las sentencias meramente declarativas del derecho a percibir una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase. No es posible plantear una demanda con semejante **suplico**. Tampoco caben las sentencias de condena con reserva de liquidación, que generen un prolongado incidente de liquidación, en ejecución de sentencia.

Cuando la pretensión consista en obtener esos bienes, ha de formularse una demanda de condena con **cuantificación del importe** o, cuando menos, con fijación de unas bases de liquidación lo suficientemente precisas y concretas como para que la liquidación consista en una simple operación matemática, que no precise acudir al procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas (LEC art.712 s.).

2874 Condenas de futuro (LEC art.220)

De forma excepcional se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se deje para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades (condenas de futuro).

En estos supuestos, el tribunal deberá dictar una sentencia en la que se incluya la condena a satisfacer los **intereses o prestaciones** que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte (LEC art.220.1).

Prevé el legislador el concreto supuesto de 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 hubiere interesado expresamente en su escrito de demanda. En estos casos, la sentencia que se dicte deberá incluir 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.220.2).

2876 Sentencias favorables a asociaciones de consumidores y usuarios

Finalmente, respecto de las sentencias dictadas en procesos incoados por consumidores y usuarios, haciendo uso de la legitimación que les otorga la LEC art.11 , se prevén las siguientes **especialidades** (LEC art.221):

1. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios **beneficiados**, o de no ser posible establecerá los datos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2. Si la sentencia declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada **actividad o conducta**, precisará si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3. Si se hubieren personado **consumidores o usuarios determinados**, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

Termina este precepto otorgando al tribunal la facultad de publicar, si lo estima procedente, la sentencia o una declaración rectificadora a cargo del condenado, en los procesos de cesación en defensa de los intereses y colectivos, o difusos de consumidores y usuarios.

J. Otros modos de terminación del proceso

2879	Formas de terminación «anormal» del proceso	2881
	Renuncia	2885
	Desistimiento	2889
	Allanamiento	2893
	Transacción	2897
	Sobreseimiento del proceso	2901
	Caducidad de la instancia	2905
	Desaparición del interés legítimo por satisfacción extraprocésal	2907

2881 Formas de terminación «anormal» del proceso

De acuerdo con lo expuesto hasta este momento, se considera «normal», como sinónimo de ordinario y habitual, que el proceso concluya, una vez se ha producido un debate contradictorio entre las partes, con una sentencia que se pronuncie sobre su objeto, susceptible de alcanzar fuerza de cosa juzgada formal y material. Sin embargo, es posible que, en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias, el proceso termine:

- sin una sentencia;
- con una sentencia pronunciada sin la previa contradicción entre las partes; o
- con una resolución final que no entre a conocer sobre el fondo del asunto.

En la medida en que estos desenlaces constituyen la **excepcionalidad** frente a la habitualidad, hablamos entonces de formas de terminación «anormal» del proceso.

La mayor parte de estos modos de terminación del juicio se regulan en la LEC art.19 s. y su fundamento se encuentra en el **poder de disposición** que tienen los **litigantes** sobre el proceso y sobre sus pretensiones. Así, con base en el propio carácter privado y disponible de los derechos e intereses que se tutelan en el proceso civil, el primero de tales preceptos permite a las partes renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del pleito, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. El legislador no solo no considera perturbadoras estas formas de finalización del proceso que implican un acuerdo entre las partes, sino que, con el fin de fomentarlas, autoriza a intentar tales conductas en **cualquier momento del pleito**, incluso después de dictada la sentencia.

2883 A estas primeras formas de conclusión del proceso que son consecuencia directa de actos protagonizados por la voluntad de las partes (renuncia, desistimiento, allanamiento y transacción), se suma también la derivada de la inactividad procesal de los litigantes durante determinado transcurso de tiempo (caducidad en la instancia) y otros dos modos que encuentran su fundamento en circunstancias diversas:

- la **ausencia de un presupuesto o la concurrencia de un óbice procesal** que conduce a la finalización del proceso con una resolución que deja imprejuizado su objeto (sobreseimiento, y consiguiente archivo de las actuaciones); y,
- la **aparición de unos hechos o comportamientos sobrevenidos de carácter extrajudicial** que conducen a la no necesidad del propio proceso (desaparición del interés legítimo por satisfacción extraprocésal o por otras razones).

Como criterio para discriminar y agrupar las diferentes formas de conclusión del proceso se acude frecuentemente a considerar los caracteres de la decisión que les pone fin. Así, en atención a la naturaleza de las circunstancias que concurren y que determinan esta finalización, la resolución judicial puede adoptar la forma de **auto** (transacción, desistimiento, carencia de interés por satisfacción extraprocésal y sobreseimiento) o la de **sentencia** (renuncia y allanamiento), y puede producir el efecto de **cosa juzgada** sobre el objeto sometido a juicio (renuncia, allanamiento y transacción judicial) o no entrar a conocer sobre el **fondo del asunto**, dejando abierta la posibilidad de comenzar otro proceso con el mismo objeto (desistimiento, caducidad de la primera instancia y sobreseimiento).

2885 Renuncia

Una de las formas de terminación del proceso caracterizada por la ausencia de controversia entre las partes es la renuncia. Se trata de un acto a través del cual el actor manifiesta su voluntad de no mantener la solicitud de tutela

que ha formulado con su demanda. Como consecuencia de ello el tribunal dictará inmediatamente una sentencia absolviendo al demandado en cuanto al fondo del asunto.

Por tratarse de una sentencia desestimatoria de la pretensión del actor, que resulta beneficiosa para el demandado, esta resolución adquiere inmediatamente **fuerza de cosa juzgada material**, no pudiendo el demandante, sin ir en contra de sus propios actos, entablar un proceso posterior con el mismo objeto.

Esta facultad concedida al demandante, coherente con el principio de la libre renunciabilidad a los derechos (CC art.6.2), tiene su excepción en el caso de que la renuncia sea legalmente inadmisibles. Así, por ejemplo, un supuesto en que se excluye de forma expresa es el de los procesos sobre **capacidad, filiación, matrimonio y menores**, cuya materia resulta indisponible para las partes (LEC art.751.1). En estos y en todos los casos en que la renuncia del actor contraría el interés o el orden público o perjudique a terceros (CC art.6.2 y LEC art.19.1), el juez, en lugar de dictar una sentencia absolviendo al demandado, mandará seguir adelante con el proceso (LEC art.20.1).

2887 En atención a su **trascendencia de la renuncia**, esta ha de formularse a través de un acto expreso e inequívoco del actor, para lo cual la ley exige estar en posesión de un poder especial (LEC art.25.2.1º y 414.2). Puesto que mediante la renuncia el demandante dispone de los derechos e intereses cuya tutela hubo solicitado en un principio, esta manifestación podrá realizarse en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de la sentencia (LEC art.19.3).

En referencia al **objeto de la renuncia**, la LEC art.20.1 alude a la posibilidad de renunciar «a la acción ejercitada o al derecho en que (el actor) funde su pretensión». Aunque en ambos casos el efecto es similar respecto de la terminación del proceso, cabe advertir (con *De La Oliva*) que la extensión y las consecuencias prácticas de una y otra renuncia son distintas. Así, si el demandante renuncia al derecho subjetivo privado que fundamenta la pretensión -así, por ejemplo, al derecho de dominio sobre un bien-, está renunciando también a la obtención de la tutela jurisdiccional pretendida en el proceso -por ejemplo a la acción reivindicatoria que se ejercita-, cosa que no sucede en el supuesto contrario.

La renuncia puede ser **total o parcial**, con la consiguiente absolución total o parcial del demandado. En el segundo de los dos casos, la renuncia está ligada a los supuestos de pluralidad de objetos procesales, si bien la doctrina se ha planteado también la posibilidad de renuncia parcial en aquellos procesos con unidad de objeto en que la pretensión única tenga dimensiones cuantitativas.

2889 Desistimiento

Es la declaración del actor a través de la cual manifiesta su voluntad de abandonar el proceso iniciado por él, pero reservándose la posibilidad de comenzar de nuevo más adelante. A diferencia de la renuncia, no se trata de que el demandante prescinda de la tutela que pretendía, sino de no querer obtenerla en el proceso por él iniciado. Como resultado, la resolución que pone término al proceso no se pronuncia sobre su objeto y, en consecuencia, no produce el efecto de cosa juzgada.

Puesto que esta forma de terminación anormal del proceso no resulta enteramente beneficiosa para el demandado (que puede preferir seguir adelante con el pleito actual, en lugar de verse expuesto a otro posterior), el desistimiento no será siempre eficaz por la sola decisión del demandante. En concreto, la ley solo admite el **desistimiento unilateral** si se produce antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o en cualquier momento del juicio si este permanece **en rebeldía** (LEC art.20.2). A partir de su emplazamiento, se exige que el demandado preste su conformidad a la iniciativa del demandante (**bilateralidad** del desistimiento), por lo que se le dará traslado del escrito presentado por el actor por un plazo de 10 días.

Si el demandado presta su conformidad al desistimiento o no se opone a él dentro del referido plazo, el **letrado de la Administración de Justicia** dictará decreto acordando el sobreseimiento, y permitiendo al actor promover posteriormente un juicio sobre el mismo objeto. Si, por el contrario, el demandado formula su oposición, el juez habrá de resolver lo que estime procedente (LEC art.20.3).

2891 El desistimiento requiere **poder especial** (LEC art.25.2.1º) y, al igual que la conformidad manifestada por el demandado, solo afecta al litigante que así lo declara. De esta forma, para que el desistimiento pueda producir efecto en los casos de litisconsorcio activo y/o pasivo es preciso, según el supuesto, que se declare por todos los demandantes y/o que todos los demandados se muestren conformes con él.

Por lo que se refiere a las **costas**, cuando el desistimiento no haya de ser consentido por el demandado, el actor tendrá que pagarlas. Si, por el contrario, el desistimiento se produce con la conformidad de la parte pasiva de la relación procesal no habrá condena en costas (LEC art.396).

La **finalización** del proceso sin sentencia, a través de una resolución que deja imprejuzgada la acción y permite comenzar un proceso posterior con el mismo objeto, se ha de anudar a la decisión del actor de separarse del juicio que se encuentra en primera instancia. Sin embargo, esta misma consecuencia no se puede mantener cuando el desistimiento tenga lugar durante el desarrollo de la segunda instancia o de los recursos extraordinarios. En

tales casos, lo que manifiesta el recurrente -coincidente o no con actor inicial- es su intención de no seguir con la impugnación de la resolución recurrida.

El **resultado** es la firmeza de la sentencia de primera o de segunda instancia, que adquiere por este hecho fuerza de cosa juzgada. En aplicación de la **teoría del vencimiento**, el desistimiento en los recursos lleva aparejada la condena en costas del recurrente que ha desistido.

2893 Allanamiento

Se trata de una **declaración de voluntad** a través de la cual, como caso inverso al ya expuesto de la renuncia, el demandado manifiesta su conformidad con la pretensión del actor. De acuerdo con el principio dispositivo que inspira el proceso civil, la parte pasiva de la relación procesal acepta así la tutela jurídica solicitada por el demandante y muestra su conformidad con que la sentencia que se dicte sea estimatoria de la pretensión.

El allanamiento no supone, ni tiene que ser confundido, con el reconocimiento y la admisión por el demandado de los hechos constitutivos y los argumentos jurídicos en que el actor funda su demanda. Esto es, no se trata en este caso de que el demandado deje de formular objeciones a los fundamentos fácticos y de derecho en que se basa la pretensión (actitud que, por otro lado, no siempre ha de conducir a una sentencia condenatoria), sino de que exprese su voluntad conforme con que se otorgue al demandante la **tutela** que este pretende.

Como acto de disposición que es, el allanamiento precisa de un poder especial para su realización (LEC art.25.2.1) y tiene los mismos **límites** ya señalados respecto de la **renuncia**. Así, si la declaración se hace en fraude de ley o supone una renuncia contra el interés general o en perjuicio de tercero deberá dictarse un auto rechazando el allanamiento y mandando la continuación del proceso (LEC art.21.1). Con el mismo fundamento en la indisponibilidad de la materia, el allanamiento tampoco ha de surtir efecto en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (LEC art.751.1.).

2895 El allanamiento puede ser:

1. **Total**: la manifestación de voluntad se produce respecto de la única o de todas las pretensiones sostenidas por el actor. La declaración de voluntad realizada por el demandado produce el efecto de vincular al órgano judicial, el cual sin más trámites dictará una sentencia condenatoria con fuerza de cosa juzgada (LEC art.21.1). El tribunal que no acoja el allanamiento total, como acto de disposición que es, incurrirá en un supuesto de incongruencia, al infringirse las normas relativas a la sentencia.

2. **Parcial**: se regula para aquellos supuestos en que, existiendo varias pretensiones acumuladas, la declaración de voluntad del demandado afecta a alguna o algunas de ellas. En tales casos el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar un auto de inmediato que acoja las pretensiones objeto de allanamiento con fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo. Ahora bien, esto no será posible cuando este pronunciamiento prejuzgue el resto de pretensiones sobre las que no se produce el allanamiento y respecto de las cuales ha de continuar el proceso (LEC art.21.2 y 517.2.9º).

Idéntica conclusión debe sostenerse en relación a aquellos supuestos de **acumulación subjetiva de acciones o litisconsorcio pasivo** en los que solo alguno de los demandados manifiesta su voluntad de allanarse. El allanamiento subjetivamente parcial y la correspondiente condena de un único litisconsorte pasivo necesario solo será posible cuando esta no prejuzgue de una forma desfavorable la decisión sobre aquellas pretensiones relativas a los restantes litisconsortes.

La Ley no se ocupa del allanamiento parcial cuando la pretensión sea única. Sin embargo, al igual que sucedía con la renuncia, la doctrina se ha mostrado favorable a la admisión del allanamiento parcial cuando la **tutela** solicitada por el actor pueda ser medida en términos cuantitativos y pueda caber la disposición del demandado sobre parte de lo reclamado por el actor.

Por lo que se refiere a la **condena en costas**, esta se hace depender del momento procesal en que se produzca el allanamiento del demandado y de la buena o la mala fe que se deduzca de su actuación. Así, si el allanamiento tiene lugar después de la contestación a la demanda, se sigue la regla general de imposición de las costas al demandado. En cambio, si el allanamiento se produce antes de dicha contestación no procede la imposición de costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Esto sucederá, según concreta la ley, cuando, con carácter previo al proceso, se haya dirigido al demandado requerimiento fehaciente de pago, intento de mediación o solicitud de conciliación y este haya desatendido estas peticiones (LEC art.395).

2897 Transacción

En palabras del CC art.1809 , la transacción es aquel contrato por medio del cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan un pleito o ponen término a uno ya iniciado. Se trata así de un acuerdo entre las partes, que puede alcanzarse a presencia judicial, pero al que puede llegarse también fuera del propio proceso, a veces como resultado de la celebración de un procedimiento de mediación o de un acto de conciliación.

Más allá de la letra del precepto, doctrinalmente la diferencia existente entre una **transacción extrajudicial** y una transacción **judicial** no se hace depender del momento en que se produce respecto del comienzo del proceso, sino de si el acuerdo alcanzado en ella se procede a someterlo al órgano judicial. De esta forma, mientras en el primero de los dos casos una transacción negociada y concluida fuera del proceso solo puede afectar a este indirectamente, pudiendo traducirse en otro modo de terminación del pleito ya comenzado (renuncia, desistimiento, allanamiento, caducidad de la instancia o falta de interés legítimo derivada de satisfacción extraprocésal), la segunda supone ya la existencia de un acuerdo presentado formalmente al tribunal para su homologación judicial; y ello aun cuando este solo sea el resultado de alguno de los actos de disposición que se acaban de señalar.

La LEC art.19.2 se ocupa del régimen procesal de la **transacción lite pendente**. En él, además de establecerse los límites a este acto de disposición (prohibición legal y limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero), se exige la homologación por el tribunal del acuerdo o convenio alcanzado por las partes. La resolución que homologa este resultado reviste la forma de auto (LEC art.206.1.2ª), pone término al proceso y constituye título ejecutivo para llevar a efecto lo acordado por los litigantes (LEC art.517.2.3º).

2899 Pese a que el CC art.1816 lo señala de forma expresa, parte de la doctrina (*De la Oliva*) ha puesto en duda que el auto que homologa una transacción judicial produzca, en puridad de conceptos, el **efecto de cosa juzgada**. Ciertamente, existe la imposibilidad de llevar a cabo un nuevo proceso sobre aquello que fue objeto de transacción, si bien ello no deriva de la cosa juzgada propiamente dicha, sino de una suerte de *exceptio pacti*; una excepción que se basa en el pacto convenido por ambas partes.

Al igual que sucede con la renuncia y el allanamiento, la transacción exige poder especial y puede tener lugar en cualquier momento de la primera o la segunda instancia, así como durante el transcurso de los recursos extraordinarios o la ejecución de la sentencia (LEC art.25.2.1º). No obstante, el legislador se ha ocupado especialmente de fomentar el acuerdo entre las partes en el marco del juicio ordinario en el trámite de la audiencia previa al juicio. En concreto, el tribunal exhorta a los **litigantes** para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio en dos momentos: al inicio de la audiencia previa (LEC art.415.1) y casi a su conclusión, una vez ha quedado fijado el objeto de la controversia (LEC art.428.2).

En ambos casos el tribunal se encarga de examinar previamente la concurrencia de los requisitos de **capacidad jurídica y poder de disposición** de las partes o de sus representantes asistentes al acto. Una vez alcanzado y homologado judicialmente, el acuerdo surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a cabo por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios aprobados judicialmente (LEC art.415.2).

2901 Sobreseimiento del proceso

La LEC utiliza el término «sobreseimiento» del proceso, hasta ahora más propio del ámbito procesal penal, para referirse a aquellos supuestos en que, por apreciarse de oficio o a instancia de parte la falta de un requisito procesal, el pleito concluye sin que exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. El proceso se sobresee; esto es, finaliza con una resolución judicial con forma de auto que no entra a resolver sobre el objeto procesal planteado.

Si bien el fenómeno del desistimiento y el de la **caducidad** en primera instancia conducen al mismo modo de finalización del proceso, la LEC anuda esta idea de sobreseimiento -y también, en ocasiones, la de «archivo» de la documentación del proceso consecuencia de dicho sobreseimiento- a la ausencia de un presupuesto procesal o la concurrencia de un óbice de la misma naturaleza. Así sucede, por ejemplo, cuando el tribunal entiende que carece de **jurisdicción internacional** o que no debe conocer por haber sido sometido el asunto a arbitraje o a mediación (LEC art.65.2).

Igualmente, deben sobreseerse el proceso y **archivarse las actuaciones** cuando en el juicio ordinario ninguna de las partes comparece a la audiencia previa o cuando, faltando el abogado del demandante o solo concurriendo el demandado, este último no alegue la existencia de interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto (LEC art.414.3 y 4).

2903 Idéntica consecuencia se prevé también:

- para los casos en que el tribunal estime la **excepción de litispendencia** o la de cosa juzgada (LEC art.421);
- los supuestos de **inadecuación de procedimiento** en que proceda seguir los trámites del juicio verbal pero se aprecie caducidad de la acción (LEC art.422.2 y 423.3, párrafo 1º); y
- aquellos en que se estimen incumplidos **requisitos especiales de admisibilidad** de la demanda o esta sea gravemente defectuosa (LEC art.423.3, párrafo 2º y 424.2).

A pesar de que el legislador no lo haya señalado de forma expresa, procederá dictar asimismo auto de sobreseimiento en los casos en que el tribunal aprecie la concurrencia de **defectos de capacidad o de representación** de las partes que no resulten subsanables ni corregibles o que no se subsanen o corrijan en el plazo concedido para ello y en aquellos en que estime la falta del debido litisconsorcio cuando el actor no proceda a la integración de la litis en el plazo que se le otorga al efecto (LEC art.418.2 y 420.4).

La concurrencia de todas las circunstancias expuestas lleva consigo, como ya se ha señalado, la conclusión del proceso con un auto que deja la cuestión litigiosa sin resolver, y que por tanto permite, en aquellos casos en que el óbice lo posibilita -no así, por ejemplo, en los supuestos de litispendencia o de cosa juzgada-, una vez se hayan corregido los defectos que han obstaculizado la prosecución del litigio, comenzar un **nuevo proceso** sobre el mismo objeto.

2905 Caducidad de la instancia

Pese a que en el proceso civil rige el impulso procesal de oficio de las actuaciones y el proceso avanza al margen de la voluntad de los litigantes, lo cierto es que su terminación también puede producirse por el mero transcurso de determinados periodos de tiempo sin que se registre ninguna actividad procesal de las partes (LEC art.236). Hablamos entonces de la «caducidad de la instancia», como fenómeno consistente en el abandono de instancias y de recursos (LEC art.237 a 240).

La caducidad de la instancia guarda relación directa con la posibilidad que tienen las partes de solicitar, de común acuerdo, la **suspensión del proceso** por un plazo limitado a los sesenta días (LEC art.19.4). Si transcurrido este plazo, nadie pide la reanudación del proceso en los 5 días siguientes, se archivan los autos provisionalmente y se mantienen así mientras no se solicite la continuación o se produzca la caducidad de la instancia (LEC art.179.2). En consecuencia, fuera de otras paralizaciones de hecho, la caducidad puede producirse por la inactividad de las partes, posterior a una suspensión solicitada por ellas mismas.

Se produce la **caducidad en primera instancia**, cuando transcurren 2 años sin actividad procesal, mientras que en segunda instancia o en la tramitación de un recurso extraordinario esto sucede cuando las actuaciones se paralizan durante un año (LEC art.237.1). La caducidad se excluye por el contrario cuando esta paralización del proceso se haya debido a fuerza mayor o a causas no imputables a las partes (LEC art.238). Lo mismo sucede en el caso del proceso de ejecución, el cual solo finalizará con la plena satisfacción del acreedor ejecutante (LEC art.239 y 570).

Los **efectos** de la caducidad varían según la fase procesal en que esta se produzca. Así, en el caso de caducidad en la primera instancia, se entiende producido el desistimiento y el objeto del proceso queda imprejuizado, de tal forma que, sin perjuicio de la caducidad de la acción, podrá interponerse **nueva demanda** (LEC art.240.2). En cambio, si la caducidad tiene lugar en la segunda instancia o en los recursos extraordinarios, se tendrá por desistida la apelación o los recursos y por firme la resolución recurrida, devolviéndose las actuaciones al tribunal del que procedan (LEC art.240.1).

Toda caducidad se acuerda por decreto del **letrado de la Administración de Justicia**, frente al que solo podrá interponerse recurso de revisión. La declaración de caducidad no contiene condena en costas, sino que cada parte habrá de pagar las suyas y las comunes por mitad (LEC art.240.3).

2907 Desaparición del interés legítimo por satisfacción extraprocésal

(LEC art.22)

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge un último supuesto según el cual es posible que, por circunstancias posteriores a la demanda y a la reconvención, el actor deje de tener interés legítimo en obtener la **tutela judicial** pretendida. Ello puede deberse a varias razones:

- es posible que desaparezca el interés porque el derecho subjetivo material se haya visto satisfecho fuera del proceso. Este es el caso, por ejemplo, de que el demandado o reconvenido pague la deuda que se le reclama en juicio;
- la desaparición del interés legítimo puede producirse «por cualquier otra causa», lo que incluye cualquier otra circunstancia sobrevenida -v. gr. la pérdida o destrucción absoluta de la cosa reivindicada, el fallecimiento del demandado en procesos de incapacidad o matrimoniales o la consecución por otros motivos de un resultado similar al que se pretendía judicialmente- que deje sin objeto al citado proceso.

Ante el **cambio de circunstancias**, la manera de proceder varía según las partes se muestren o no conformes en la existencia de satisfacción extraprocésal. Así, si ambos litigantes están de acuerdo en que ha desaparecido el interés en la tutela judicial solicitada, lo pondrán de manifiesto al órgano judicial y el letrado de la Administración de Justicia dictará un decreto, dando por terminado el proceso sin que proceda la condena en costas (LEC art.22.1). Ahora bien, si alguna de las partes manifiesta la subsistencia de **interés legítimo** en continuar el proceso, negando motivadamente que se haya dado la satisfacción, el citado letrado convocará a las partes a una comparecencia ante el tribunal. Al término de esta comparecencia el tribunal decidirá, mediante resolución con forma de auto, si procede o no la continuación del proceso, imponiendo las costas de estas actuaciones a quien vea rechazada su pretensión (LEC art.22.2).

Dado que el interés legítimo es una cuestión de fondo, el auto que aprecia su desaparición y ordena la conclusión del proceso es una resolución judicial sobre el fondo del asunto, y como tal produce el efecto de cosa juzgada material.

Contra el auto que ordena la **terminación del proceso** cabe recurso de apelación, mientras que contra el que acuerda su continuación no procede recurso alguno (LEC art.22.3).

K. Juicio verbal

2910	1. Procedimiento del juicio verbal	2916
	2. Referencia al proceso europeo de escasa cuantía	2935

2912 Es el proceso declarativo ordinario previsto por la Ley para enjuiciar demandas de reclamación de cantidad en cuantía no superior a 6.000 euros (siempre que no se refieran a ninguna de las materias propias del juicio ordinario) y también, cualquiera que sea su cuantía, demandas relativas a las materias que enumera, en sus trece ordinales, la LEC art.250.1 -redacc L 5/2018-: desahucio de una finca por impago de rentas, expiración del plazo o precario; «interdictos» de adquirir, retener o recobrar la posesión, de obra nueva o ruinosas; efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad; solicitud de alimentos; etc (tal como se ha expuesto en nº 2440 s.).

En su **regulación original**, el juicio verbal era un proceso regido casi íntegramente por los principios de oralidad, concentración de actos (que, además, era máxima en este caso, lo que comportaba una gran celeridad) e inmediatez judicial, cuyos sencillos trámites -dice la Exposición de Motivos, ap. X, de la L 1/2000 - permiten solventar con rapidez «aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico» (500.000 pesetas -3.000 euros- fue el tope que estableció inicialmente la LEC para la procedencia de este juicio en atención a la cuantía). Actualmente, sin embargo, ni el **interés económico** de los litigios que han de seguir el cauce del juicio verbal es tan pequeño (hasta 6.000 euros a partir de la L 13/2009) ni, sobre todo, el predominio del principio de oralidad (principal nota característica del juicio verbal y de la que proviene su denominación) es tan claro, puesto que, como se verá, la L 42/2015 generaliza la contestación escrita en este juicio, a fin de reforzar el derecho de defensa.

Frente a los cerca de 40 artículos que la LEC dedica al procedimiento del juicio ordinario, los trámites a través de los que se desarrolla el juicio verbal están previstos en unos pocos -11- artículos (LEC art.437 s.). Antes de la reforma de la LEC por la ya mencionada L 42/2015 , la **estructura procedimental** del juicio verbal era bien simple, en consonancia con la simplicidad de los litigios reservados para este juicio, y se componía esencialmente de los siguientes trámites: demanda sucinta, seguida de citación inmediata para la vista; acto de la vista; y sentencia. Por tanto, en comparación con el esquema del juicio ordinario, se prescindía en el del verbal de la contestación a la demanda por escrito, así como de la audiencia previa al juicio.

2914 Pero era tan simple la estructura del juicio verbal que en opinión de algunos resultaba por ello «defectuosa... con un notable déficit de seguridad jurídica», «un procedimiento que presenta notables carencias de seguridad jurídica y del derecho de defensa... en el que demasiadas cosas quedan en el aire» (*Ibarra Sánchez*); habiéndose llegado a decir incluso que, por ser «un proceso con un elevado déficit de garantías,... requiere importantes modificaciones o, en otro caso, su simple derogación» (*Magro Servet*). Como puede observarse, la configuración legal del juicio verbal, a diferencia de la del juicio ordinario, no gozaba en la doctrina de una total aceptación.

Éstas y otras críticas parecidas han llevado al legislador de la L 42/2015 de reforma de la LEC (en vigor, con carácter general, desde el 7 de octubre de 2015) a introducir **mejoras** en la **tramitación del juicio verbal**: «se aprovecha la presente reforma -señala el ap. IV del Preámbulo de dicha L 42/2015 - para introducir modificaciones en la regulación del juicio verbal con la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos».

La L 42/2015 , en efecto, ha operado diversas modificaciones en la tramitación del juicio verbal, entre las que debe destacarse la introducción de la contestación escrita a la demanda, de tal modo que la estructura de este juicio es ahora, básicamente, la siguiente: demanda y contestación a la misma, ambas, como regla, con la forma y contenido propios de las alegaciones iniciales del juicio ordinario; citación para la vista; acto de la vista; y sentencia (así pues, comparando esta estructura procedimental con la del juicio ordinario, se prescinde aquí solo de la audiencia previa).

A continuación, se va a explicar, en términos generales, cada uno de esos trámites de que se compone en la actualidad el juicio verbal, con la advertencia de que esta explicación irá referida exclusivamente al desarrollo normal o estándar del mismo (las especialidades procedimentales del juicio verbal se expondrán más adelante, en nº 2954 s.).

Precisiones

Al final de este apartado se hará una breve referencia al proceso europeo de escasa cuantía, ya que viene a ser una especie de juicio verbal regulado por normas comunitarias -el Reglamento CE/861/2007 y otras disposiciones de la UE a las que se remite dicho Reglamento-, aunque también por normas procesales de los **Estados miembros**, y

reservado para litigios en **asuntos civiles y mercantiles de carácter «transfronterizo»** y de cuantía poco elevada (en un principio hasta 2.000 euros; hasta 5.000 euros desde mediados de julio de 2017, como consecuencia de la reforma operada en este proceso europeo por el Reglamento UE 2015/2421).

1. Procedimiento del juicio verbal

(LEC art.437 a 447 redacc L 5/2018)

2916 El procedimiento previsto para el juicio verbal consta de los **trámites** siguientes:

- demanda y contestación ordinarias (nº 2918 s. y nº 2922 s.);
- citación para la vista (nº 2926);
- vista (nº 2928 s.); y
- sentencia y recursos (nº 2932).

2918 Demanda

Por regla general, el juicio verbal comienza ahora (a partir de la L 42/2015) mediante demanda ordinaria, esto es, una demanda con la misma forma y contenido que la que se prevé en la LEC art.399 para el juicio ordinario (LEC art.437.1 ; nº 2532 s.).

Ahora bien, si la acción que se ejercita en el juicio verbal es de reclamación de una cantidad que no exceda de 2.000 euros (reclamación para la que, como es sabido, no es preceptiva la intervención de abogado y procurador), podrá presentarse por el actor una «demanda sucinta» o abreviada, en la que se expresarán los datos y circunstancias de identificación de las partes y los domicilios donde pueden ser citadas, se fijará con claridad y precisión lo que se pida, y se concretarán los hechos fundamentales en que se basa el *petitum* (LEC art.437.2 párr. 1º).

Así pues, esta demanda no ha de contener **fundamentos de hecho y de derecho** en los términos que establece la LEC art.399.3 y 4 (aquí estriba la diferencia con una demanda ordinaria). Como se ha señalado, **demanda sucinta** significa que no resulta necesaria una exposición detallada de hechos y fundamentos jurídicos; pero «aunque sea sucintamente, el actor tiene la carga de exponer [en su demanda] los elementos indispensables para que quede determinado el objeto del proceso. Es necesario, por tanto, que el demandado pueda saber a través de la lectura de la demanda qué es lo que se pretende contra él, pero también el porqué» (I. Díez-Picazo Giménez).

El actor podrá formular la demanda sucinta cumplimentando un «impreso normalizado» que estará a su disposición en el tribunal correspondiente (LEC art.437.2 párr. 2º). Este impreso se aprobó por la Instrucción 1/2002 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 5-11-2002, y ha sido modificado por el Acuerdo 28-9-2011 del mismo órgano.

Ha de quedar muy claro que presentar una demanda sucinta en los juicios verbales en que no sea necesario actuar con **abogado y procurador** es una facultad que se concede al demandante (este «podrá formular una demanda sucinta», dice la LEC), de manera que nada le impide iniciar un juicio verbal por cuantía que no supere los 2.000 euros mediante una demanda ordinaria (y en la práctica forense esto no es infrecuente).

2920 Por la sencillez de los trámites del juicio verbal y el deseo del legislador de que este procedimiento se sustancie en el menor tiempo posible (**principio de celeridad**), el actor solo podrá acumular acciones objetivamente en unos pocos casos excepcionales que prevé la Ley. En cambio, se admite sin restricciones en el juicio verbal la **acumulación subjetiva de acciones**, esto es, que se acumulen varias acciones porque sean varios los sujetos demandantes o demandados (litisconsorcio), siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los art.72 y 73.1 de la Ley (LEC art.437.5).

La **acumulación objetiva de acciones** (LEC art.71) no se admite en el juicio verbal, salvo en los siguientes casos:

- cuando las acciones se basen en unos mismos hechos y deban tramitarse por este juicio;
- cuando se ejercite la acción de resarcimiento de daños y perjuicios junto a otra acción que sea prejudicial de ella;
- cuando en juicios de desahucio de una finca por falta de pago o por expiración del plazo se reclamen también rentas o cantidades análogas vencidas, cualquiera que sea su cuantía; y
- cuando en procesos matrimoniales uno de los cónyuges ejercite simultáneamente la acción de división de cosa común (LEC art.437.4).

Con la demanda (sea ordinaria o sucinta) deben aportarse los **documentos**:

- **procesales** que se enumeran en la LEC art.264 ;
- **relativos al fondo del asunto** enumerados en la LEC art.265.1 (con la salvedad que ahora hace su apartado 3); así como

- los que en casos especiales se exigen como **requisito de admisibilidad** de la demanda por la LEC art.266 .

La demanda, acompañada de esos documentos, se presentará ante el órgano jurisdiccional que corresponda según las normas sobre competencia en el orden civil (con carácter general, ante un juzgado de primera instancia: LEC art.45.1).

No obstante, más adelante se verá que si la demanda versa sobre **reclamación de cantidad** o sobre **desahucio de finca urbana** por expiración del plazo o por falta de pago de rentas y, en su caso, reclamación de estas rentas, cabe la posibilidad de que el juicio verbal se tramite como juicio rápido civil (LEC disp.adic.5ª), en cuyo supuesto habrá de presentarse la demanda ante una oficina de señalamiento inmediato del partido judicial correspondiente (nº 2954 s.).

2922 Contestación a la demanda. Reconvención

Presentada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia la examinará, y dictará decreto admitiéndola si concurren todos los requisitos procesales necesarios para ello. En caso contrario, dará cuenta al tribunal para que resuelva lo que proceda sobre la admisión de la misma.

Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de ella al demandado para que, en el plazo de 10 días, la conteste por escrito conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario (nº 2637 s.). No obstante, en los juicios verbales en que la **intervención de abogado y procurador** no sea preceptiva (aquellos cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y esta no supere los 2.000 euros), el letrado de la Administración de Justicia indicará al demandado que puede contestar a la demanda empleando un impreso normalizado que se halla a su disposición en el tribunal (LEC art.438.1).

La introducción de la **contestación escrita a la demanda** es, sin duda, la modificación más relevante efectuada por la L 42/2015 en la regulación del juicio verbal; una modificación que con razón se ha objetado que «desnaturaliza» en buena medida este juicio (al ir claramente en perjuicio de su principal rasgo caracterizador, el dominio casi absoluto de la oralidad), pero que el legislador de la L 42/2015 ha considerado necesaria en aras a reforzar el derecho de defensa del demandante, puesto que este comparecerá ahora al acto de la vista conociendo los **motivos de oposición** del demandado y, por consiguiente, podrá articular la prueba que estime oportuna con arreglo a ello.

2924 Antes de contestar a la demanda, el demandando podrá denunciar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal para conocer del asunto que se le ha sometido por el actor. A tal fin, el demandado habrá de proponer la **declinatoria** «dentro de los 10 primeros días del plazo para contestar a la demanda», suspendiéndose, hasta que sea resuelta, el cómputo del plazo para contestar y el curso del procedimiento principal (LEC art.64.1).

Nótese que este precepto, que ha sido redactado de nuevo por la L 42/2015 , concede al demandado en todo caso -ya se trate de un juicio ordinario o de un verbal- 10 días para la proposición de la declinatoria, lo que no parece lógico con respecto al juicio verbal, ya que es exactamente el mismo plazo (10 días) de que dispone aquel para contestar a la demanda.

En su escrito de contestación a la demanda podrá el demandado reconvenir, siempre que no se trate de un juicio verbal que deba terminar según la ley por sentencia **sin efectos de cosa juzgada** (LEC art.447.2, 3 y 4), y que esta reconvención cumpla los requisitos de la LEC art.438.2 .

El demandado también podrá en su contestación alegar la excepción de compensación, esto es, oponer un **crédito compensable** frente a la pretensión del demandante. Tal alegación del demandado (excepción reconvencional) solo se admitirá si la cuantía del crédito compensable no es superior a la que determina la procedencia del juicio verbal (LEC art.438.3).

La **reconvención** y la excepción de compensación se sustanciarán con arreglo a lo previsto en el juicio ordinario, salvo el plazo para que el actor conteste a ellas, que será de 10 días.

Al igual que con la demanda, con la contestación -sea ordinaria o sucinta- deberán aportarse los documentos procesales y los relativos al fondo que se enumeran en la LEC art.264 y 265.1 , respectivamente.

2926 Citación para la vista

Otra reforma de relevancia operada en la regulación del juicio verbal por la L 42/2015 es la **posibilidad** que se otorga a las partes **de renunciar** a la celebración de la vista, siempre que el tribunal lo estime adecuado. En este sentido, la LEC prevé ahora en sus art.438.4 y 440 párrafo 1º que las partes (el demandado en su escrito de contestación, y el demandante en el plazo de 3 días desde el traslado de dicho escrito) deberán pronunciarse sobre la pertinencia de que se celebre la vista; y que si ninguna de ellas lo solicitara y el tribunal no considerase procedente su celebración, se dictará sentencia sin más trámites.

Así pues, contestada la demanda (y, en su caso, la reconvención) o transcurrido el plazo correspondiente, si al menos una de las partes ha solicitado el **trámite de vista**, el letrado de la Administración de Justicia, dentro de los 5 días siguientes, citará a aquellas para su celebración, con señalamiento de día y hora a tal efecto.

Dicha citación para la vista habrá de contener una serie de **informaciones y advertencias legales** dirigidas a las partes, que se relacionan en la LEC art.440, párrafos 2º, 3º y 4º y que son las siguientes:

- que las partes pueden recurrir a una negociación o mediación para intentar solucionar el conflicto, en cuyo caso indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma;
- que la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandado, y que la inasistencia de las partes a este acto tendrá las consecuencias previstas en la LEC art.442 (luego las veremos);
- que las partes han de concurrir a la vista con los medios de prueba de que intenten valerse;
- que podrá tenerse por confesa (conforme con los hechos del interrogatorio) a la parte que no asista a la vista, si se propone y admite su declaración;
- que las partes, dentro de los 5 días siguientes a recibir la citación, deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, habrán de ser citadas por el letrado de la Administración de Justicia para que declaren en la vista en calidad de partes, testigos o peritos.

2928 Vista

Ha de celebrarse dentro del **plazo** máximo de un mes desde la citación para la misma (LEC art.440.1 párr. 1º i.f.); y es -sigue siendo, pese a la introducción de la contestación escrita a la demanda- el acto fundamental del juicio verbal: en él, de forma oral, concentrada y en presencia del juez, se desarrolla la mayor parte de este juicio: alegaciones aclaratorias, prueba y, en su caso, conclusiones.

Llegado el día y hora que fijó el letrado de la Administración de Justicia para la celebración de la vista, los litigantes han de acudir a ella:

- **personalmente**, en el caso de que no sea preceptiva la postulación; o
- **mediante procurador y abogado**, si la intervención de dichos profesionales es preceptiva (en este último caso, el litigante deberá acudir personalmente solo cuando haya recibido una citación para ser interrogado).

Si el actor no asistiese a la vista, la consecuencia es que se le tendrá por desistido tácitamente de su demanda y terminará el proceso (decreto de sobreseimiento del letrado de la Administración de Justicia), imponiéndosele las costas causadas y, en su caso, el pago de **otros daños y perjuicios** que haya podido irrogar al demandado (a menos que este alegue un interés legítimo en que el juicio prosiga y concluya con una sentencia sobre el fondo). Y si fuese el demandado quien no compareciera a la vista, la consecuencia es que el juicio seguirá su curso normal, procediéndose a la celebración de este acto (LEC art.442).

Precisiones

La Ley no dice qué ocurrirá en caso de inasistencia de ambas partes a la vista, pero -como apunta *I. Díez-Picazo Giménez*- lo lógico en este caso es aplicar analógicamente el art.414.3, párrafo 1º y que el tribunal dicte resolución de **sobreseimiento del proceso** y ordene el archivo de las actuaciones.

2930 Comparecidas las partes, la vista se desarrollará conforme a lo previsto en la LEC art.443 a 447 . Así, empezará la vista con la comprobación por el tribunal de si subsiste el conflicto entre las partes, es decir, si estas han llegado a un acuerdo o se muestran dispuestas a concluirlo de inmediato, en cuyo caso podrán desistir del proceso o pedir al tribunal que homologue lo acordado.

Si el conflicto subsiste, el tribunal resolverá lo que proceda sobre las cuestiones relativas a los requisitos y presupuestos procesales. A continuación (y suponiendo que no se hayan suscitado cuestiones procesales o que, suscitadas, el tribunal haya decidido rechazarlas y, por tanto, la vista continúe), demandante y demandado podrán realizar **«aclaraciones»** (expresión introducida en la LEC art.443.3 por la L 42/2015) y habrán de fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad.

Cabe suponer que con esa expresión («se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones...») el legislador de la L 42/2015 se refiere a unas posibles alegaciones de las partes semejantes a las alegaciones aclaratorias previstas en el art.426.2 de la LEC para la audiencia previa del juicio ordinario, con el mismo contenido y alcance que este precepto establece para dichas alegaciones.

Si no existe conformidad sobre todos los hechos, es decir, habiendo hechos controvertidos, las partes propondrán las pruebas que consideren necesarias; y admitidas por el tribunal las que sean pertinentes y útiles, se practicarán acto seguido, con arreglo a las reglas generales de la Ley en esta materia. Contra las resoluciones del tribunal sobre admisión o inadmisión de pruebas cabe ahora -según LEC art.446 , modificado por la L 42/2015- «recuso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia» (antes solo cabía aquí la protesta). Así pues, la

L 42/2015 establece un **régimen de recursos** frente a las resoluciones sobre prueba más garantista, introduciendo, al igual que en el juicio ordinario, el recurso de reposición.

Una vez practicadas las **pruebas**, cabe la posibilidad de acordar un trámite de conclusiones (LEC art.447.1 i.l.), pudiendo de este modo las partes formular, al término de la vista, las alegaciones finales que estimen oportunas acerca de los hechos controvertidos y las pruebas que se hayan practicado sobre ellos.

Precisiones

Se trata de otra importante novedad introducida por la L 42/2015 , ya que antes no preveía la LEC que en el acto de la vista de los juicios verbales las partes pudieran formular conclusiones (y aunque la LEC tampoco las prohibía expresamente, en la práctica judicial no se solían admitir tales alegaciones finales de las partes). Pero nótese que, a diferencia de lo que ocurre en el acto del juicio de los juicios ordinarios (LEC art.443.2 i.l.), en este caso la Ley prevé que «el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente sus conclusiones», es decir, parece claro que se faculta al tribunal para que, únicamente si este lo considera necesario, conceda la palabra a las partes para que le ilustren sobre el resultado que, a juicio de cada una de ellas, han arrojado las pruebas practicadas.

2932 Sentencia. Recursos

Finalizada la vista, el tribunal dictará sentencia -como regla- dentro de los 10 días siguientes (LEC art.447.1); sentencia que en determinados casos no producirá efectos de cosa juzgada (LEC art.447.2, 3 y 4).

No especifica la Ley si entre la vista y la sentencia pueden mediar las **diligencias finales** previstas en la LEC art.435 y 436 . Entendemos que, estando reguladas en sede del juicio ordinario y al no mencionarlas para nada la Ley en el juicio verbal, no será posible la práctica de dichas diligencias en este proceso (en la práctica, así lo entienden también muchos juzgados: «en el juicio verbal no cabe acordar diligencias finales», dice el acuerdo de unificación de criterios en el orden jurisdiccional civil adoptado por los juzgados de primera instancia de Valencia el 18 de enero de 2010).

Y puesto que no caben aquí diligencias finales, adviértase que en caso de que una prueba no pueda practicarse en la vista, no quedará más remedio que acordar la suspensión o, mejor, la interrupción de la misma para llevar a cabo esa prueba (LEC art.188 y 193).

Hay que señalar, por último, que la articulación de los recursos que caben después de la primera instancia de un juicio verbal difiere de la que es propia de un juicio ordinario en los extremos siguientes:

1. Contra las sentencias dictadas en primera instancia por los **juzgados de paz** o los **juzgados de primera instancia** en los juicios verbales seguidos por razón de la materia cabe recurso de apelación en todo caso. En cambio, las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía solo serán apelables cuando esta supere los 3.000 euros; o lo que es lo mismo, las reclamaciones pecuniarias de hasta 3.000 euros se ventilarán en un juicio verbal de única instancia (LEC art.455.1).

2. En los **juicios verbales** por razón de la cuantía (siempre que sea superior a 3.000 euros), las apelaciones frente a resoluciones de los juzgados de primera instancia se decidirán por un solo magistrado de la Audiencia Provincial, designado mediante un turno de reparto entre los tres integrantes de este tribunal (LOPJ art.82.2.1º, párrafo 2º).

3. Finalmente -y mientras subsista el actual régimen provisional de los recursos extraordinarios-, contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los juicios verbales (ya se hayan tramitado por razón de la materia o por razón de la cuantía, siempre que esta supere los 3.000 euros) será posible, si concurren los demás **requisitos legales de admisión**, interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación por la vía del «interés casacional» (LEC art.477.2 3º), pero nunca, como es obvio, por la vía de la cuantía litigiosa superior a 600.000 euros.

Precisiones

Sobre este punto (régimen de recursos de las sentencias dictadas en primera instancia en los juicios verbales), con mayor amplitud nº 3024 s.

2. Referencia al proceso europeo de escasa cuantía

2935 Desde 1-1-2009 es aplicable en la generalidad de los Estados miembros de la UE -todos salvo Dinamarca- el Reglamento CE/861/2007 , del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC, publicado en el DOUE L 199 31-7-2007). Se trata -en palabras de H.P. Mayer, el eurodiputado que fue ponente de este Reglamento- de un «procedimiento civil novedoso y próximo a los ciudadanos,

que será el mismo en toda Europa» y que es, además, «económico, expeditivo, simple y de fácil uso para los ciudadanos».

En efecto, la principal finalidad perseguida por el legislador comunitario con la creación del proceso europeo de escasa cuantía (PEEC) es, según consta en el propio Rgto CE/861/2007, garantizar y facilitar el acceso a la justicia de los **litigios de «escasa cuantía» en asuntos «transfronterizos»** (luego veremos qué se entiende por tales). En este tipo de litigios, los obstáculos para la obtención de una decisión judicial rápida y poco costosa aumentan exageradamente; de ahí la necesidad de establecer para ellos un proceso europeo simplificado, rápido y de costes reducidos (Rgto CE/861/2007 art.1, párrafo 1º y cdo.7 de la Exposición de Motivos).

El **ámbito de adecuación** del PEEC se determina por el Rgto CE/861/2007 art.2 y 3, con base en tres criterios concurrentes:

1. **Cualitativo:** controversias en materia civil y mercantil (aunque se excluyen expresamente ciertos asuntos de derecho privado: RPEEC art.2.2).
2. **Cuantitativo:** reclamaciones, sean o no dinerarias (pero susceptibles en todo caso de valoración económica), que no superen los 5.000 euros, excluidos los intereses, gastos y costas.
3. **Territorial:** asuntos de carácter «transfronterizo», esto es, ha de tratarse de litigios en los que al menos una de las partes tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el tribunal competente (advértase que este último criterio impide aplicar el PEEC a los litigios puramente internos, es decir, cuando ambas partes están domiciliadas en el Estado del tribunal que ha de conocer del asunto).

Precisiones

El **límite máximo** del PEEC, en relación con la cuantía de la demanda, era inicialmente de 2.000 euros. El Rgto UE/2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 (DOUE L 341 de 24-12-2015), ha elevado este límite hasta 5.000 euros.

2937 Características esenciales del PEEC

Los rasgos más importantes de este proceso europeo son los siguientes:

1. **Alternatividad respecto de los procesos nacionales:** el proceso establecido en el Rgto CE/861/2007 es un instrumento opcional que se añade a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros, cuya vigencia y aplicación no resultan alteradas por la entrada en vigor de aquel (Rgto CE/861/2007 Exp.Motivos cdo. 8 y art.1, párrafo 1º inciso 2º).

Dicho de otro modo: la persona que quiera reclamar un **crédito transfronterizo de escasa cuantía** tiene la alternativa de hacerlo a través bien del PEEC o bien del proceso previsto en el derecho interno del Estado miembro que resulte competente (en el caso español, a través del juicio verbal o del proceso monitorio).

2. **Procedimiento de carácter incompleto:** el PEEC es un procedimiento diseñado por el legislador comunitario solo en sus trámites básicos -un mero «marco procedimental»- y, por tanto, las legislaciones procesales nacionales habrán de complementar y desarrollar aquellos aspectos del mismo que el Reglamento no regule o regule de manera fragmentaria (RPEEC art.19). En este sentido, nuestras Cortes aprobaron la L 4/2011, de modificación de la LEC, para facilitar la aplicación en España del PEEC (y, también, del proceso monitorio europeo).

En lo que aquí interesa, dicha L 4/2011 introdujo en nuestra LEC dos nuevas disposiciones finales, la 24ª y 25ª. La primera de ellas se dedica a precisar y aclarar aquellos aspectos del RPEEC que lo requieren para su plena aplicación por los tribunales españoles y, en concreto, los temas de **competencia judicial**, tipo de resoluciones a adoptar por el juez o el letrado de la Administración de Justicia y su enlace con el formulario del Reglamento que corresponda al trámite de que se trate, los **recursos procedentes** con arreglo a nuestro derecho, y las normas procesales supletorias (sobre esto se dispone que las cuestiones procesales no reguladas en el RPEEC se registrarán por lo previsto en la LEC para el juicio verbal).

2939 3. **Postulación no preceptiva:** no resulta obligatorio en el PEEC que las partes estén defendidas por un abogado ni representadas por este u otro profesional del derecho -en el caso español, un procurador de los tribunales (RPEEC art.10).

4. **Procedimiento escrito y a base de formularios estandarizados:** la demanda y la contestación a ella han de ponerse por escrito y empleando unos formularios establecidos en el propio Reglamento (RPEEC art.4, 5 y 11). Además, si el PEEC concluye mediante sentencia (siempre escrita) y esta es favorable al demandante, el tribunal expedirá un certificado relativo a dicha sentencia utilizando también un formulario estándar (el formulario D incluido como anexo IV del Reglamento), a los efectos de su reconocimiento y ejecución automáticos -sin necesidad de exequátur- en cualquier otro Estado miembro (RPEEC art.20.2).

No obstante, el Reglamento hace alguna concesión a la **oralidad**: el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la celebración de una vista para la práctica de los medios de prueba (RPEEC art.5.1, 7.1.c y 8). Esta vista oral, sin embargo, se prevé como un trámite excepcional, ya que el Reglamento parte de la base de que el procedimiento se desarrolle íntegramente por escrito (RPEEC art.5.1 i.l. es muy claro en este sentido).

5. Amplísimas facultades del tribunal: el Reglamento otorga al juez que conoce de un PECC amplísimas facultades en la dirección de este proceso, tanto de carácter estrictamente procesal, que se refieren al procedimiento (así, por ej., acordar de oficio la celebración de una vista: art.5.1, informar a las partes sobre las cuestiones procesales: art.12.2, prorrogar los plazos: art.14.2), como, en algún caso, también de carácter material, que afectan al objeto litigioso (solicitar información complementaria a las partes, necesaria para dictar sentencia: art.7.1.a).

6. Respeto a los derechos fundamentales y a las garantías procesales: el Rgto CE/861/2007 regula el PEEC tratando de promover los derechos fundamentales y teniendo en cuenta, en concreto, los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 364 de 18-12-2000). Significa esto que el tribunal que conozca del PEEC deberá respetar el derecho a un juicio justo y el principio contradictorio del proceso (RPEEC Exp.Motivos cdo. 9).

2942 Aspectos fundamentales de la tramitación del PEEC

Desde el punto de vista procedimental, el PEEC sigue básicamente los siguientes **pasos**:

- demanda (nº 2944);
- contestación a la demanda (nº 2946);
- en su caso, celebración de vista oral (nº 2948);
- sentencia (nº 2950);
- posibles recursos contra la sentencia (nº 2952).

2944 Demanda

(RPEEC art.4.1, 6.1 y 12.1)

El proceso se inicia con la presentación de un formulario de demanda (Rgto CE/861/2007 anexo I formulario A) en el que el actor ha de consignar, fundamentalmente, los datos de las partes, el objeto de su demanda y los motivos de la misma (relatando los hechos en que se basa, sin necesidad de hacer referencia a ninguna norma jurídica), los elementos probatorios que desea presentar para apoyarla, si quiere o no que se celebre una vista oral, y la fecha y firma.

La demanda, acompañada de todo **documento justificativo pertinente**, deberá presentarse ante el tribunal competente para conocer de la misma de conformidad con las normas del Rgto UE/1215/2012 , e irá redactada en la **lengua empleada por dicho tribunal**. Se podrá presentar por el demandante directamente ante el tribunal competente o enviarse por correo postal o por cualquier otro medio de comunicación (fax, correo electrónico, etc.) admitido por el Estado miembro en que se inicie el PEEC.

Cuando el tribunal considere que la demanda no está incluida en el ámbito del PEEC, informará de ello al actor; y si este no desiste de su demanda, el tribunal la tramitará de acuerdo con la legislación procesal aplicable en el Estado miembro en que se siga el pleito.

2946 Contestación a la demanda

(RPEEC art.5.2 a 5)

Recibida por el tribunal la demanda y admitida a trámite (lo que sucederá siempre que esté incluida en el ámbito del PEEC, no sea manifiestamente infundada ni incompleta y no concurren en ella otros defectos de naturaleza procesal), se procede a su **notificación** al demandado -por correo con acuse de recibo, en principio- junto con los documentos aportados por el actor y el formulario de contestación (Rgto CE/861/2007 anexo III formulario C). El demandado dispone de un **plazo** de 30 días, a partir de la fecha de recepción de la demanda, para contestar a la misma (si no contesta en este plazo, el tribunal dictará sentencia inmediatamente).

En su contestación el demandado puede alegar, ante todo, que la demanda queda fuera del ámbito de aplicación del PEEC (porque, por ej., la cuantía que el actor le reclama supera el límite fijado para este proceso). Aparte de esta u otras cuestiones procesales que quiera suscitar, el demandado ha de manifestar -por lo que se refiere ya al fondo- si se allana o no a la demanda, y en caso negativo indicar los motivos que tiene para oponerse a ella, así como los elementos probatorios que desea presentar en apoyo de su oposición. La contestación podrá contener la solicitud de una vista oral y ha de llevar, por último, la fecha y firma del demandado.

Al igual que la demanda, la contestación basta que contenga **alegaciones fácticas** (no se exigen alegaciones jurídicas); tiene que ir redactada en la lengua del tribunal; y puede presentarse directamente ante dicho tribunal

o enviarse por correo postal o por cualquier otro medio de comunicación admitido por el Estado miembro al que pertenezca aquel.

Recibida la contestación del demandado, el tribunal enviará (dentro de los 14 días siguientes) una copia de la misma (y, en su caso, de los documentos justificativos aportados con ella) al actor.

El demandado puede **reconvenir**. Para ello, debe indicarlo en su contestación y cumplimentar y adjuntar a esta un formulario de demanda (formulario A). El actor dispondrá de 30 días, desde el momento en que se le notifique la reconvencción, para contestar a ella. En el supuesto de que la reconvencción supere el límite cuantitativo del PEEC, ni la demanda originaria ni la reconvenccional se tramitarán con arreglo a este proceso europeo, sino por el cauce que corresponda según el derecho procesal del Estado miembro en el que se esté siguiendo el pleito.

2948 Celebración de vista oral

(RPEEC art.5.1 y 8)

Si se ha solicitado por una de las partes (o por ambas) la celebración de vista oral para la práctica de pruebas, el tribunal resolverá lo que estime procedente, pudiendo desestimar dicha solicitud si considera innecesaria esa vista para el correcto desarrollo del proceso. De estimar la solicitud o, también, si el tribunal, de oficio, entiende que es necesario celebrar una vista oral, esta se llevará a cabo (en la medida de lo posible, por videoconferencia u otros sistemas de comunicación similares) en el plazo de 30 días, a partir de la fecha de recepción por las partes de la correspondiente citación.

2950 Sentencia

(RPEEC art.7)

Una vez que las partes han efectuado sus alegaciones y, en su caso, celebrada una vista para la práctica de **medios de prueba**, el tribunal dictará sentencia en el plazo de 30 días tras la vista oral o, si no ha acordado la celebración de vista, tras la recepción de la contestación a la demanda.

Pero el RPEEC contempla además la posibilidad de que el tribunal, antes de dictar sentencia y dentro de un plazo no superior a 30 días, solicite a las partes **información complementaria** en relación con la demanda, la contestación o los documentos que acompañen a ambos escritos, si a la vista de dichos escritos y documentos considera que no dispone de «toda la información necesaria para dictar sentencia».

La sentencia se notificará a las partes de acuerdo con lo dispuesto en el art.13 del RPEEC, es decir, generalmente por correo certificado con acuse de recibo.

2952 Posibles recursos contra la sentencia

(RPEEC art.17 y 18)

En principio, el Reglamento no establece un determinado régimen de recursos frente a la sentencia dictada en un PEEC, sino que la decisión sobre la posibilidad o no de recurrir dicha sentencia se deja en manos de cada uno de los Estados miembros.

En el caso de **España**, la LEC disp.final 24ª dispone a este respecto que «contra la sentencia que ponga fin al proceso europeo de escasa cuantía podrá interponerse el recurso que corresponda de acuerdo con esta Ley» (apartado 6), y más concretamente de acuerdo con lo previsto en la LEC para el juicio verbal, cuyas normas son de aplicación al PECC en defecto de disposiciones en el RPEEC (LEC disp.final 24ª.2). Pues bien, como consecuencia de la reforma introducida en el art.455.1 de la LEC por la L 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal (limitación del recurso de apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía a los casos en que esta supere los 3.000 euros), desde entonces y hasta el 14-7-2017 (fecha de aplicabilidad del Reglamento UE/2015/2421, por el que se modifica el PEEC) la sentencia que ponía fin a un PEEC sustanciado en nuestro país no era apelable, dado que la cuantía máxima del procedimiento eran 2.000 euros. Pero a partir del 14-7-2017, en que esta cuantía máxima se ha elevado hasta 5.000 euros, cabe recurso de apelación siempre que se enjuicien en el PEEC demandas de reclamación de cantidad en cuantía superior a 3.000 euros.

Por otro lado y con carácter excepcional, el RPEEC art.18 contempla la posibilidad de que el demandado solicite, en el plazo de 30 días la «**revisión**» de la **sentencia** (firme) cuando haya permanecido de forma involuntaria en rebeldía durante la tramitación del PEEC o bien, por alguna causa que no le sea imputable, no haya podido defenderse en él. Si el tribunal competente (un tribunal del Estado en que se dictó la sentencia que puso fin al PEEC) estima esta revisión, la sentencia será declarada nula.

2953 Principales cambios introducidos en el PEEC por el Rgto UE/2015/2421

Determinados aspectos del PEEC han sido modificados por el ya citado Rgto UE/2015/2421 , aplicable en general desde 14-7-2017. Los principales cambios son:

1. Se eleva el límite de la **cuantía** de la **demanda** del PEEC hasta 5.000 euros, a fin de que más consumidores y empresas (en especial, las PYMES) puedan beneficiarse de este proceso europeo simplificado y acelerado.
2. Se impulsa la utilización en el PEEC de las **tecnologías de la comunicación**, para ayudar a superar las distancias geográficas y sus negativas consecuencias en la duración y costes del proceso: en la medida de lo posible, se potencia el uso de la notificación electrónica, y en todas las demás comunicaciones escritas entre las partes u otras personas y el tribunal se da preferencia al empleo de medios electrónicos.
3. Se acentúa el carácter excepcional de las **vistas orales** y se refuerza, en los casos en que la celebración de dichas vistas sea necesaria, la utilización de cualquier medio de comunicación a distancia adecuado a disposición de los tribunales (entre ellos, la videoconferencia especialmente).
4. Se garantiza el acceso efectivo a la justicia en el contexto del PEEC mediante la concesión de la **justicia gratuita** (de acuerdo con la Directiva 2003/8/CE del Consejo) y la exigencia de tasas judiciales proporcionadas en relación con la demanda y no superiores a las nacionales.
5. Se aclara que una **transacción judicial homologada** por un órgano jurisdiccional o celebrada ante este en el curso del PEEC tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia dictada en dicho proceso.
6. Se facilita el acceso al **formulario normalizado de demanda**, que, además de estar disponible en los tribunales competentes para conocer del PEEC, debe ser accesible a través de sitios web nacionales adecuados; se precisan las informaciones que deben contener los formularios normalizados que se emplean en este proceso; se refuerza el deber de los Estados miembros de proporcionar información general acerca del PEEC y asistencia práctica a las partes en la cumplimentación de los formularios normalizados.

L. Procesos ordinarios con especialidades

2954	Tutela judicial civil de derechos fundamentales	2958
	Impugnación de acuerdos de sociedades	2960
	Competencia desleal	2962
	Defensa de la competencia	2968
	Propiedad industrial	2970
	Propiedad intelectual	2972
	Publicidad	2976
	Condiciones generales de la contratación	2978
	Retracto	2982
	Propiedad horizontal	2984
	Alimentos	2986
	Derecho de rectificación	2988
	Daños derivados de la circulación de vehículos a motor	2990
	Desahucio por falta de pago	2992
	Tutela sumaria de la posesión	2998
	Tutela judicial sumaria en casos de obra nueva y obra ruinosa	3000
	Protección de derechos reales inscritos	3002
	Venta de bienes muebles a plazos y arrendamiento financiero	3004
	Defensa de los consumidores y usuarios	3010
	Juicios rápidos civiles	3018

2956 Para numerosas materias, la LEC no establece procesos especiales, pero sí ciertas reglas especiales que hay que observar en los procesos declarativos ordinarios que tengan por objeto pretensiones relativas a dichas materias. Estas previsiones legales determinan la existencia de juicios ordinarios con especialidades y de juicios verbales con especialidades.

2958 Procesos de tutela judicial civil de derechos fundamentales

Los procesos que tengan por objeto la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como los que se refieran a la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo el derecho de rectificación, siguen los **trámites del juicio ordinario** (LEC art.249.1.2º), con las **especialidades** que se indican a continuación:

1. Competencia territorial imperativa: corresponde al tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, al tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (LEC art.52.1.6º).
2. Es siempre parte el Ministerio Fiscal (LEC art.249.1.2º).
3. Tramitación preferente (LEC art.249.1.2º).

2960 Procesos de impugnación de acuerdos de sociedades

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 siguen los **trámites del juicio ordinario** (LEC art.249.1.3º) con las **especialidades** que se indican a continuación:

1. **Competencia objetiva** de los juzgados de lo mercantil (LOPJ art.86 ter.2.a).
2. **Competencia territorial imperativa**: será tribunal competente el del lugar del domicilio social (LEC art.52.1.10º).
3. **Acumulación** de oficio de todos los procesos que tengan por objeto la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se promuevan dentro de los 40 días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera demanda (LEC art.76.2.2º).
4. **Cosa juzgada**: las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado (LEC art.222.3, párrafo 3º).

2962 Procesos sobre competencia desleal

(LCD art.4 s., 19 s. y 32)

Son procesos en que se ejercitan las acciones previstas en la LCD frente a los actos de competencia desleal o frente a las prácticas comerciales desleales con los **consumidores**.

Los actos de competencia desleal, pueden ser de confusión, de engaño, de denigración, explotación de la reputación ajena, venta a pérdida, entre otras modalidades (LCD art.4 s.).

Las **prácticas comerciales desleales** con los consumidores incluyen, entre otras, el engaño a los consumidores sobre la adhesión a códigos de conducta, uso no autorizado de distintivos de calidad, prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, prácticas de venta piramidal o prácticas agresivas (LCD art.19 s.).

Frente a estos actos y prácticas se pueden ejercitar por los sujetos perjudicados las **acciones** siguientes (LCD art.32):

- declarativa de la deslealtad;
- de cesación de la conducta desleal, o de prohibición de su reiteración futura;
- de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal;
- de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal; y
- de enriquecimiento injusto.

2964 En los procesos que tengan por objeto las anteriores acciones se aplican las **especialidades** que se indican a continuación:

1. Las acciones se pueden ejercitar por los sujetos a quienes atribuye **legitimación activa** la LCD art.33 , y frente a los sujetos **pasivamente legitimados** conforme a LCD art.34 .
2. Como regla general, siguen los **trámites del juicio ordinario**; pero cuando su objeto sea exclusivamente una reclamación de cantidad, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda por razón de la cuantía (LEC art.249.1.4º).
3. **Competencia objetiva** de los juzgados de lo mercantil (LOPJ art.86 ter.2.a).
4. **Competencia territorial imperativa**: será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante (LEC art.52.1.12º).
5. **Carga de la prueba**: en los procesos sobre competencia desleal (especialmente frente a actos de engaño o denigración) corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas (LEC art.217.4).

6. Caben unas **diligencias preliminares especiales** «para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio». La sustanciación de estas diligencias se realizará conforme a lo previsto en la Ley de Patentes, que contempla también este tipo de diligencias de comprobación (LCD art.36).

2968 Procesos en materia de defensa de la competencia

En los procesos sobre la aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea art.101 y 102 o la LDC art.1 y 2 hay que tener en cuenta las siguientes **especialidades**:

1. Como regla general, siguen los **trámites del juicio ordinario**; pero cuando su objeto sea exclusivamente una reclamación de cantidad, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda por razón de la cuantía (LEC art.249.1.4º).

2. **Traslado** de la resolución de admisión de la demanda a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LEC art.404.3).

3. **Posible intervención** de la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y los órganos competentes de las CCAA, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, para aportar información o presentar observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea art.101 y 102 o la LDC art.1 y 2 en los términos previstos en la LEC art.15 bis .

4. Posible **suspensión del plazo** para dictar la sentencia de primera instancia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o los órganos competentes de las CCAA y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal. Contra el auto de suspensión del proceso solo se dará recurso de reposición (LEC art.434.3).

5. **Comunicación de la sentencia** de primera instancia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LEC art.212.3).

6. Traslado del **escrito de interposición** del recurso de apelación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LEC art.461.5).

7. Posible **suspensión del plazo** para dictar la sentencia de apelación cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o los órganos competentes de las CCAA y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal. Contra el auto de suspensión del proceso solo se dará recurso de reposición (LEC art.465.6).

2969 Procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia

Mención especial merecen las **especialidades** que establece la LEC art.283 bis.a a 283 bis.k en materia de acceso a las **fuentes de prueba** en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

La regulación incluye una relación ejemplificativa de datos cuya averiguación puede justificar los **requerimientos** a la parte contraria para que exhiba las pruebas pertinentes. Se establecen los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba y se regulan la ejecución de estas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad.

Con estas especialidades en materia probatoria se permite que los litigantes en procesos sobre daños causados por las infracciones del derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos probatorios relevantes para fundamentar sus pretensiones. La **solicitud** de las medidas que facilitan el conocimiento de estos elementos puede realizarse antes de la demanda, con esta, o después de ella, si bien una vez conocidas las fuentes de prueba que puedan resultar útiles y pertinentes, estas deben ser introducidas en el proceso a través de los medios de prueba ordinarios, que deben proponerse y practicarse en el momento procesal oportuno, conforme a las reglas generales.

Se regula de manera especial el acceso a fuentes de prueba que se encuentren en un expediente de una autoridad de la competencia, estableciéndose un régimen más restrictivo que, entre otras cosas, prohíbe que se ordene a las partes y a terceros la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco de un programa de clemencia, o las solicitudes de transacción.

Y a fin de asegurar la **efectividad del acceso**, se establecen determinadas medidas que se pueden solicitar al juez en caso de que actitudes obstruccionistas de quien tuviera que realizar la exhibición de las fuentes de prueba. Entre estas medidas se contempla que se consideren admitidos los hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían, que se tenga al demandado por allanado, que se desestimen en todo o en parte las excepciones materiales

alegadas por el demandado y la imposición de multas coercitivas por cada día de retraso en el cumplimiento de la medida acordada por el juez.

Con el objetivo de asegurar la efectiva realización del acceso, y frente a supuestos de obstrucción de dicho acceso, la norma recoge una serie de consecuencias sobre los efectos de la prueba en el proceso en cuestión, dejando a salvo la responsabilidad penal en que pudiera incurrir quien así actuara.

2970 Procesos sobre propiedad industrial

Las **especialidades** que se indican a continuación afectan a los procesos civiles que tengan por objeto demandas que se basen en las disposiciones de las siguientes leyes:

- L 24/2015 , de Patentes (en adelante, LP), en vigor a partir de 1-4-2017;

- L 17/2001 , de Marcas; y

- L 20/2003 , de Protección Jurídica del Diseño Industrial, así como las basadas en el derecho de la UE en materia de propiedad industrial.

1. Como regla general, siguen los **trámites del juicio ordinario**; pero cuando su objeto sea exclusivamente una reclamación de cantidad, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda por razón de la cuantía (LEC art.249.1.4º).

2. **Competencia objetiva** de los juzgados de lo mercantil especializados en materia de patentes. La decisión de especializar corresponde al CGPJ y debe recaer sobre juzgados de lo mercantil radicados en ciudades que sean sede de Tribunales Superiores de Justicia (LOPJ art.86 ter.2.a ; LP art.118.2).

Cuando se trate de litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos de la UE sobre **Marca Comunitaria y Dibujos y Modelos Comunitarios**, la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil de Alicante que a estos solos efectos se denominan «Juzgados de Marca Comunitaria» (LOPJ art.86 bis, apartado 4).

3. **Competencia territorial imperativa**: será competente el juzgado del lugar del domicilio del demandado o de la residencia del representante autorizado en España para actuar en nombre del titular; en el caso de acciones por violación del derecho de patente también será competente, a elección del demandante, el juzgado del lugar donde se hubiera realizado la violación o se hubieran producido sus efectos. No obstante, si en la comunidad autónoma correspondiente a esos lugares no hubiese juzgado de lo mercantil especializado en patentes, será competente cualquiera de los juzgados especializados radicados en otras CCAA (LEC art.52.1.13º ; LP art.118.3 y 4).

4. Diligencias preliminares especiales:

a) Diligencias «para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente» reguladas en la LP art.123 a 126 .

b) Diligencias de «obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial», reguladas en la LEC art.256.1.7 .

c) 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 de una infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial (LEC art.256.1.8).

d) Identificación del prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial (LEC art.256.1.10).

5. **Medidas cautelares**: hay normas especiales en la LP art.127 a 132 .

2971 6. **Medidas de aseguramiento de la prueba**: 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 podrán 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 (LEC art.297.2, párrafo 2º).

7. **Deber de exhibición documental entre partes**: en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá

atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial (LEC art.328.3).

8. **Cosa juzgada:** la sentencia que declara la nulidad de una patente, marca o diseño industrial tiene fuerza de cosa juzgada frente a todos (LP art.104.4 ; L 17/2001 art.61.2 ; L 20/2003 art.68.3).

2972 Procesos sobre propiedad intelectual

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto demandas en materia de propiedad intelectual, en particular las demandas basadas en las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) (RDLeg 1/1996 redacc RDL 2/2018).

1. Como regla general, siguen los **trámites del juicio ordinario**; pero cuando su objeto sea exclusivamente una reclamación de cantidad, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda por razón de la cuantía (LEC art.249.1.4º).

2. **Competencia objetiva** de los juzgados de lo mercantil (LOPJ art.86 ter, apartado 2.a).

3. **Competencia territorial imperativa:** en los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante (LEC art.52.1.11º).

4. Diligencias preliminares especiales:

a) Diligencias de «obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial», reguladas en la LEC art.256.1.7 .

b) 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 de una infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial (LEC art.256.1.8).

c) Identificación del 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 sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial (LEC art.256.1.10).

d) Requerimiento a un prestador de servicios de la sociedad de la información para que aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual (LEC art.256.1.11).

2974 5. **Medidas de aseguramiento de la prueba:** 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 podrán 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 (LEC art.297.2, párrafo 2º).

6. Deber de **exhibición documental entre partes:** en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial (LEC art.328.3).

2976 Procesos sobre publicidad

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto demandas en materia de publicidad, en particular las demandas en que se ejerciten las acciones frente a la publicidad ilícita a que se refiere el art.6 de la L 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGPU), que remite a las acciones derivadas de la competencia desleal reguladas en el capítulo IV de la L 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD). Estos procesos están sujetos a las siguientes especialidades:

1. Como regla general, siguen los **trámites del juicio ordinario**; pero cuando su objeto sea exclusivamente una reclamación de cantidad, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda por razón de la cuantía. Si se trata de acciones de cesación de publicidad ilícita ejercitadas en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, se seguirán los trámites del juicio verbal (LEC art.249.1.4º i.f. y 250.1.12º).

2. **Competencia objetiva** de los juzgados de lo mercantil (LOPJ art.86 ter.2.a).
3. Se aplica la regla de **competencia territorial imperativa** de las acciones de competencia desleal (LEC art.52.1.12º).
4. La **legitimación** para el ejercicio de acciones frente a la **publicidad ilícita** por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la **imagen de la mujer** se atribuye a (LGP art.6.2):
 - la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género;
 - el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico;
 - las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; y
 - el Ministerio Fiscal.
5. **Carga de la prueba:** en los procesos sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de los datos materiales que la publicidad exprese (LEC art.217.4).
6. Se aplican las **diligencias preliminares** de los procesos sobre competencia desleal (LCD art.36).

2978 Procesos sobre condiciones generales de la contratación

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia; en especial, las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa previstas en el art.12 de la L 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC):

1. Como regla general, siguen los **trámites del juicio ordinario**; pero cuando se trate de acciones de cesación ejercitadas en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, se seguirán los trámites del juicio verbal (LEC art.249.1.5º i.f. y 250.1.12º).

2. **Competencia objetiva** de los juzgados de lo mercantil (LOPJ art.86 ter, apartado 2.d).

3. **Competencia territorial imperativa:** 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 la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión (LEC art.52.1.14º).

2980 4. La **legitimación** para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa se atribuye a (LCGC art.16):

- asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros;
- Cámaras de Comercio, Industria y Navegación;
- asociaciones de consumidores y usuarios;
- Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las CCAA y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores;
- colegios profesionales legalmente constituidos;
- Ministerio Fiscal; y
- entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores.

5. **Publicidad de las sentencias:** el fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia, o en ambos medios (LCGC art.21); la sentencia que **estime una acción colectiva** o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales se inscribirá en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC art.22).

2982 Procesos sobre retracto (LEC art.266 s.)

Los procesos que tengan por objeto demandas que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo siguen los **trámites del juicio ordinario**, con las **especialidades** que se indican a continuación:

1. Con la demanda **han de aportarse** los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funde (LEC art.266.2º).

2. Cuando la consignación del precio **se exija por ley o por contrato**, ha de aportarse también con la demanda el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere (LEC art.266.2º).

La aportación de los anteriores documentos es **requisito de admisibilidad** de las demandas de retracto (LEC art.269.2 y 403.3).

2984 Procesos sobre propiedad horizontal

(L 49/1960)

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto demandas en que se ejerciten las acciones que otorga a las juntas de propietarios y a estos la Ley de Propiedad Horizontal L 49/1960 (LPH):

1. Como regla general, siguen los trámites del juicio ordinario; pero cuando su objeto sea exclusivamente una **reclamación de cantidad**, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda por razón de la cuantía (LEC art.249.1.8º). Aunque hay pretensiones en materia de propiedad horizontal que pueden o deben tramitarse a través de **cauces procesales diferentes**:

- reclamación de cuotas impagadas en proceso monitorio (LEC art.812.2.2º y LPH art.21);
- adopción judicial de acuerdos (LPH art.17.7, párrafo 2º); y
- nombramiento y remoción de Presidente (LPH art.13.2).

2. **Competencia territorial imperativa**: en los juicios en materia de propiedad horizontal, será competente el tribunal del lugar en que radique la finca (LEC art.52.1.8º).

3. **Depósito del importe** de la condena para recurrir: en los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos, no se admitirá al condenado el recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al interponerlos, no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria (LEC art.449.4).

4. La LPH contiene **disposiciones especiales** para:

- procesos en que se ejercite la acción de **cesación de actividades prohibidas** (LPH art.7.2); y
- procesos de impugnación de **acuerdos de la junta de propietarios** (LPH art.18).

2986 Procesos sobre alimentos

(LEC art.250.1.8º)

Los procesos que tengan por objeto demandas que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título siguen los trámites del juicio verbal, con la **especialidad** consistente en que se exige, como requisito de admisibilidad de la demanda, que con ella se aporten los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos (LEC art.266.2º y 269.2).

2988 Procesos sobre derecho de rectificación

(LO 2/1984 art.5 s.)

Siguen los **trámites del juicio verbal**, con las **especialidades** que se indican a continuación, los procesos que tengan por objeto demandas que reclamen la rectificación de noticias inexactas y perjudiciales para el demandante, tras haber ejercitado sin éxito el derecho de rectificación mediante reclamación al director del medio de comunicación en los términos previstos en la LO 2/1984 , de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación art.2 y 3 (LEC art.250.1.9º):

1. **Competencia territorial imperativa**: el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho (LEC art.52.1.6º).
2. No es necesaria la intervención de **abogado y procurador** (LO 2/1984 art.5, párrafo 1º).
3. El tribunal puede **inadmitir la demanda** si estima la rectificación manifiestamente improcedente. Se trata de un caso excepcional de inadmisión de demanda por razones de fondo (LO 2/1984 art.5, párrafo 2º).
4. Con la demanda ha de aportarse la rectificación y la justificación de que se remitió en el plazo establecido en la Ley, y se presentará también la **información rectificada** si se difundió por escrito o reproducción o descripción de la misma tan fiel como sea posible, si se difundió por otro medio (LO 2/1984 art.5, párrafo 1º).

5. Admitida la demanda, el tribunal convocará al rectificante, al director del medio de comunicación o a sus representantes a la vista del juicio verbal; la **convocatoria** se hará telegráficamente, sin perjuicio de la urgente remisión, por cualquier otro medio, de la copia de la demanda a la parte demandada (LO 2/1984 art.5, párrafo 2º).
6. La **vista** debe celebrarse en los 7 días siguientes a la presentación de la demanda (LO 2/1984 art.5, párrafo 2º).
7. El juez puede **reclamar de oficio** que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita (LO 2/1984 art.6).
8. Solo se admitirán las **pruebas** que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto (LO 2/1984 art.6).
9. La **sentencia** se dictará en el mismo o al siguiente día del juicio (LO 2/1984 art.6).
10. El **auto de no admisión** de la demanda y la **sentencia** son **apelables**. La apelación contra el auto de no admisión se sustanciará sin audiencia del demandado (LO 2/1984 art.8). Las demás resoluciones que se dicten en estos procesos son irrecurribles.

2990 Procesos sobre daños derivados de la circulación de vehículos a motor

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto demandas en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor:

1. Se sigue el **procedimiento** que corresponda por razón de la cuantía de la demanda.
2. **Competencia territorial imperativa:** en los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños (LEC art.52.1.9º).
3. **Depósito para recurrir:** en los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, si, al interponerlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto (LEC art.449.3).

2992 Procesos sobre desahucio por falta de pago

Se deciden en **juicio verbal**, con importantes **especialidades** que se indican a continuación, las demandas siguientes, basadas en contratos de arrendamiento o aparcería (LEC art.250.1.1º):

1. Las que versen sobre **reclamación de cantidades** por impago de rentas y cantidades debidas, cualquiera que sea el importe reclamado.
2. Las demandas que pretendan la **recuperación de la posesión** de una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca, cuando la pretensión se base en el **impago de la renta o cantidades debidas** por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente.

Las especialidades de estos procesos son las siguientes:

- a) **Competencia territorial.** En los juicios de desahucio, es competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca (LEC art.52.1.7º).
- b) **Enervación del desahucio de finca urbana.** Los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario 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. **No** es posible la **enervación** en los siguientes casos:
 - cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior;
 - cuando el arrendador hubiese 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 hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación (LEC art.22.4).
- c) **Actos de comunicación.** Los actos de comunicación con el demandado se llevan a cabo en la vivienda o local arrendado, salvo que las partes hubiesen señalado en el contrato de arrendamiento un domicilio diferente para los actos de comunicación (LEC art.155.3). Si el demandado no es hallado y no pudiera efectuarse la comunicación en dichos domicilios se procede sin más trámites a la citación por edictos, mediante cédula expuesta en el tablón de anuncios de la oficina judicial (LEC art.164, párrafo 4º).
- d) **Demanda.** Respecto al contenido de la demanda, hay que tener en cuenta las siguientes especialidades:

- las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario deben indicar las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio; la omisión de estas indicaciones es causa de inadmisión de la demanda (LEC art.439.3);

- el demandante puede anunciar en la demanda que asume el compromiso de condonar al arrendatario toda 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, que no podrá ser inferior a 15 días desde que se notifique la demanda (LEC art.437.3).

2994 e) Requerimiento de desalojo y pago. Cuando la acción ejercitada sea de desahucio por falta de pago, el letrado de la Administración de Justicia, al admitir la demanda, requerirá al demandado para que, en el plazo de 15 días, lleve a cabo alguna de las siguientes **actuaciones**:

- desaloje el inmueble y pague al actor (LEC art.440.3, párrafo 1º). Si el demandante expresó el compromiso de condonación de la deuda en caso de desalojo, el demandado podrá aceptar dicho compromiso en su respuesta al requerimiento (LEC art.440.3, párrafo 2º);

- en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición del actor 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 (LEC art.440.3, párrafo 1º);

- comparezca ante el tribunal 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 (LEC art.440.3, párrafo 1º);

- apercibimiento al demandado de que, de no realizar ninguna de las actuaciones anteriores, se procederá a su inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior (LEC art.440.3, párrafo 5º).

2996 El requerimiento **expresará también**:

- el día y la hora señalado para la **eventual vista**, para la que servirá de citación (LEC art.440.3, párrafo 3º);

- el día y la hora señalado para la **práctica del lanzamiento**, que se fijará 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 (LEC art.440.3, párrafo 3º y 4);

- que en caso de solicitar **asistencia jurídica gratuita** el demandado, deberá hacerlo en los 3 días siguientes a la práctica del requerimiento (LEC art.440.3, párrafo 3º);

- apercibimiento sobre las consecuencias de la **no comparecencia** del demandado en la vista (LEC art.440.3, párrafo 5º y 4).

El requerimiento se lleva a cabo mediante **entrega de cédula** al destinatario en la sede del tribunal o en el domicilio de aquel, conforme a lo previsto en el LEC art.161 (LEC art.440.3, párrafo 5º).

f) Consecuencias de la falta de respuesta al requerimiento. Si el demandado no atiende el requerimiento y no comparece para oponerse o allanarse, el letrado de la Administración de Justicia pone fin al proceso mediante decreto, y se procederá al lanzamiento en la fecha fijada (LEC art.440.3, párrafo 5º). Si el demandado **desaloja la finca** pero no paga las cantidades que se le reclaman, se pondrá también fin al procedimiento mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia que dejará sin efecto el lanzamiento y permitirá al demandante solicitar el despacho de la ejecución en cuanto a la cantidad reclamada (LEC art.440.3, párrafo 6º).

g) Celebración de la vista. La vista tendrá lugar el día señalado solo cuando:

- el demandado haya respondido al requerimiento formulando oposición a la reclamación, o bien;

- cuando el demandado pretenda la enervación y el arrendador se oponga (LEC art.22.4). En la vista hay que tener en cuenta las siguientes particularidades:

1. Desahucio inmediato en caso de rebeldía del demandado: de no comparecer el demandado a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites (LEC art.440.4).

2. Limitación de las alegaciones del demandado: cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada solo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (LEC art.444.1).

h) Sentencia. Ausencia de cosa juzgada. La sentencia firme que ponga fin al proceso no tiene fuerza de cosa juzgada material (LEC art.447.2).

i) Depósito para recurrir. 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 prepararlos, no manifiesta, acreditándolo

por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas (LEC art.449.1).

j) **Lanzamiento**. En caso de que la sentencia sea condenatoria y no se recurra, se procederá al lanzamiento en la fecha señalada anticipadamente en el requerimiento de desalojo y pago, sin necesidad de notificación posterior (LEC art.440.3).

k) **Posible tramitación como «juicios rápidos civiles»**. Estos procesos se tramitarán como «juicios rápidos civiles» en aquellos partidos judiciales en que existan Oficinas de Señalamiento Inmediato (LEC disp.adic.5º.2.b).

2998 Procesos sobre tutela sumaria de la posesión

Siguen los **trámites del juicio verbal**, con las **especialidades** que se indican a continuación, las demandas 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 (LEC art.250.1.4º redacc L 5/2018).

1. No se admiten las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo (LEC art.439.1).

2. La sentencia firme que ponga fin al proceso no tiene fuerza de cosa juzgada material (LEC art.447.2).

2999 Procedimiento para la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda

La pretensión de tutela sumaria de la posesión puede tener por **objeto** la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella. En este caso, como principal especialidad, la Ley permite que, al presentar la demanda, se solicite la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, que puede acordarse mediante auto, tras la sustanciación de un breve incidente, sin necesidad de esperar a la finalización del proceso mediante sentencia.

Esta tutela jurisdiccional particularmente expeditiva está **reservada a** los casos de ocupación ilegal de viviendas y no puede utilizarse, por tanto, si el inmueble ilegalmente ocupado no es una vivienda. Por otro lado, el instrumento procesal que nos ocupa se pone a disposición solo de ciertas clases de poseedores, cuando se hayan visto privados, sin su consentimiento, de la posesión de la vivienda. Concretamente, los **sujetos** que pueden utilizar este cauce procesal:

a) La persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título.

b) Las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer la vivienda.

c) Las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social (LEC art.250.1.4º, párrafo 2º).

Los poseedores de viviendas ocupadas ilegalmente que no se encuentren en los casos anteriores (particularmente, las entidades con ánimo de lucro) no tienen a su disposición esta modalidad de tutela jurisdiccional, debiendo acudir a otros cauces procesales para recuperar la posesión (acción de desahucio por precario, tutela jurisdiccional de los derechos reales inscritos o tutela sumaria de la posesión, pero sin posibilidad de obtener la entrega inmediata, entre otros).

En los procesos para la inmediata recuperación de una vivienda se aplican las **especialidades** propias de los procesos sobre tutela sumaria de la posesión (plazo de un año para el ejercicio de la acción y ausencia de cosa juzgada), si bien la especialidad más importante, como se ha indicado, es la posibilidad de solicitar al presentar la **demand**a la inmediata entrega de la posesión de la vivienda. Cuando se solicite esta medida, en el decreto de admisión de la demanda se requiere a los ocupantes para que aporten, en el plazo de 5 días, título que justifique su situación posesoria. Si no se aporta justificación suficiente, el tribunal debe ordenar mediante **auto** la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se haya acompañado a la demanda sea bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra este auto no cabe **recurso** alguno y se lleva a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encuentren en ese momento en la vivienda. Se establece, asimismo, que el desalojo de los ocupantes se comunique 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, párrafo 2º y 3º).

Con independencia de que se solicite y se acuerde o no la entrega inmediata en los términos indicados, tras la presentación de la demanda se siguen los **trámites del juicio verbal** con las siguientes **especialidades**:

a) La **demand**a puede dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma. A la demanda debe acompañarse el título en que el actor funde su derecho a poseer (LEC art.437.3 bis).

b) La **notificación** de la demanda se debe hacer a quien se encuentre habitando la vivienda cuya recuperación se pretenda. A efectos de identificar al receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Cuando sean identificados el receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados (LEC art.441.1 bis, párrafo 1º).

c) Si el demandado o demandados no contesta a la demanda en el plazo legalmente previsto, se procede de inmediato a dictar **sentencia** (LEC art.444.1 bis).

d) La **oposición** del demandado podrá 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 (LEC art.444.1 bis).

e) Se puede pedir la **ejecución** de la sentencia estimatoria de la pretensión sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en la LEC art.548 (LEC art.444.1 bis).

3000 Procesos de tutela judicial sumaria en casos de obra nueva y obra ruinosa

Siguen los **trámites del juicio verbal**, con las **especialidades** que se indican a continuación,

1. Las demandas que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la **suspensión de una obra nueva** (LEC art.250.1.5º); y

2. Las demandas 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 (LEC art.250.1.6º).

Las especialidades a que están sujetas estas **demandas** son las siguientes:

- siguen los trámites del **juicio verbal**, sin que la sentencia firme que ponga fin al proceso tenga fuerza de cosa juzgada material (LEC art.447.2);

- cuando la demanda tenga por objeto la **suspensión de una obra nueva** el tribunal, antes incluso del traslado para contestación a la demanda, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado (LEC art.441.2);

- el tribunal puede disponer que se lleve a cabo **reconocimiento judicial**, pericial o conjunto, antes de la vista (LEC art.441.2).

3002 Procesos sobre protección de derechos reales inscritos

Siguen los **trámites del juicio verbal**, con las **especialidades** que se indican a continuación, las demandas presentadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, reclamando la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación (LEC art.250.1.7º):

1. **Competencia territorial imperativa**: en los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles el tribunal competente es el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será el tribunal competente es el de cualquiera de estas, a elección del demandante (LEC art.52.1.1º).

2. Requisitos especiales de la **demandada** (LEC art.439.2):

- se deben expresar las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere;

- se debe señalar la caución que ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio; si no se señala caución se entiende que el demandante renuncia a ella. El demandado no podrá oponerse a la demanda si no presta la caución determinada por el tribunal (LEC art.444.2);

- se debe acompañar a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante.

3. **Medidas de aseguramiento**: el tribunal, tan pronto admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere (LEC art.441.3).

4. **Estimación** de la demanda si el demandado no comparece o no presta caución (LEC art.440.2).

5. **Oposición del demandado**: la oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

- falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada;

- poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito;

- que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción;

- no ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado (LEC art.444.2).

6. La **sentencia firme** que ponga fin al proceso no tiene fuerza de cosa juzgada material (LEC art.447.3).

3004 Procesos sobre venta de bienes muebles a plazos y arrendamiento financiero

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto las siguientes demandas:

a) Demandas 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 (LEC art.250.1.10º).

b) Demandas 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 (LEC art.250.1.11º).

3006 Estos procesos siguen los **trámites del juicio verbal**, con las siguientes especialidades:

1. **Competencia territorial imperativa.** Cuando no sea aplicable ninguna de las reglas de la LEC art.52.1 , para los litigios en materia de ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación será competente el tribunal del domicilio del comprador o el del domicilio del demandado, a elección del demandante (LEC art.52.2).

2. **Requisitos de admisión de la demanda.** Las demandas por **incumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles a plazos** no se admitirán si no se acompañan:

- acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el art.16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles; y

- 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).

Las **demandas por incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o de bienes muebles** no se admitirán si no se acompaña 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 el apartado tercero de la disposición adicional primera de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LEC art.439.4).

3. **Medidas de aseguramiento.** En los procesos por **incumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles a plazos**, el tribunal, al admitir la demanda, ordenará:

- la exhibición de los bienes a su poseedor, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a la autoridad judicial; y

- el inmediato embargo preventivo de los bienes, que se asegurará mediante depósito.

En los **procesos por incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, arrendamiento de bienes muebles o contrato de venta a plazos con reserva de dominio**, el tribunal ordenará, al admitir la demanda el depósito del bien cuya entrega se reclame.

Disposiciones comunes a los dos casos anteriores:

- no se exigirá caución al demandante para la adopción de las medidas cautelares mencionadas;

- no se admitirá oposición del demandado a las mismas; y

- tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución (LEC art.441.4, párrafo 1º).

3008 4. **Emplazamiento del demandado para contestar.** Al admitir la demanda se emplazará al demandado por 5 días para que se persone en las actuaciones, por medio de procurador, al objeto de contestar a la demanda por alguna de las causas previstas en el art.444.3 de la LEC. Si el demandado dejare transcurrir el plazo sin contestar a la demanda, o si fundara esta en causa no comprendida en el art.444.3, se dictará, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del actor (LEC art.441.4, párrafo 2º).

La oposición del demandado solo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

- 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 (LEC art.444.3).

Cuando el demandado conteste a la demanda, se citará a las partes para la vista (LEC art.441.4, párrafo 3º).

5. **Vista.** Si el demandado no asistiera a la vista sin concurrir justa causa o asistiera, pero no formulara oposición o pretendiera fundar esta en causa no comprendida en la LEC art.444.3 , se dictará, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del actor. En estos casos el demandado, además, será sancionado con multa de hasta la quinta parte del valor de la reclamación, con un mínimo de 180 euros (LEC art.441.4, párrafo 3º).

6. **Sentencia.** La sentencia firme que ponga fin al proceso no tiene fuerza de cosa juzgada material (LEC art.447.2). Contra la sentencia que se dicte en los casos de ausencia de oposición o inasistencia injustificada del demandado a la vista no se dará recurso alguno (LEC art.441.4, párrafo 5º).

3010 Procesos para la defensa de los consumidores y usuarios

Las **especialidades** que se indican a continuación se aplican en los procesos civiles que tengan por objeto las siguientes demandas:

- a) Demandas frente a **hechos dañosos** que perjudiquen a un **grupo de consumidores** o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (intereses colectivos).
- b) Demandas frente a **hechos dañosos** que perjudiquen a una **pluralidad de consumidores** o usuarios indeterminada o de difícil determinación (intereses difusos).
- c) Demandas en que se ejerciten acciones de **cesación de conductas lesivas** de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios (cláusulas abusivas en condiciones generales, publicidad ilícita, conductas contrarias a disposiciones protectoras de los consumidores de determinadas leyes especiales: viajes combinados, multipropiedad, medicamento y otras).

En los procesos que tengan por objeto estas demandas se aplican las siguientes especialidades:

1. **Procedimiento.** Como regla, se seguirá el que corresponda por razón de la materia o de la cuantía; pero si se trata de acciones de cesación de conductas lesivas de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios se seguirán en todo caso los trámites del juicio verbal (LEC art.250.1.12º).
2. **Competencia territorial.** En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como 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 (LEC art.52.1.16º).

3012 3. Legitimación activa. Hay que distinguir dos casos:

- a) Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un **grupo de consumidores** o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados (LEC art.11.2).
- b) Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una **pluralidad de consumidores** o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas (art.11.3 LEC).

Con **carácter general**, además:

- el Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (LEC art.11.5.); y
- las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (LEC art.11.4).

4. **Diligencias preliminares.** Quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios puede pedir como diligencia preliminar, que el tribunal adopte las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo de afectados por el hecho dañoso cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. Se podrán adoptar las medidas que resulten apropiadas según las circunstancias del caso

y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación (LEC art.256.1.6º).

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 (LEC art.261.5ª).

3014 5. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. En todos los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se publicará la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses; la publicación servirá de llamamiento al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual (LEC art.15.1, párrafo 1º).

El tribunal que conozca de alguno de estos procesos debe comunicar su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación. El Ministerio Fiscal debe personarse como parte cuando el interés social lo justifique (LEC art.15.1, párrafo 2º).

Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán comunicar previamente la presentación de la demanda a todos los interesados (LEC art.15.2).

Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, tras la publicación se suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de 2 meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados; el proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior (LEC art.15.3).

Las reglas anteriores no se aplican en los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (LEC art.15.4).

6. Acumulación de procesos. Como excepción a las reglas generales en materia de acumulación, se admite en estos casos la acumulación de procesos con objeto idéntico y la acumulación de procesos que se hubiera podido evitar mediante acumulación de acciones o reconvención (LEC art.78.4).

3016 7. Sujetos afectados por la sentencia. Las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios estarán sujetas a las siguientes reglas:

a) Si se hubiere pretendido una **condena dineraria**, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena; cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

b) Si, como presupuesto de la condena o como **pronunciamiento principal o único**, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

c) Si se hubieren personado **consumidores o usuarios determinados**, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones (LEC art.221.1).

8. Publicación de las sentencias estimatorias de una acción de cesación. El tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora (LEC art.221.2).

3018 Juicios rápidos civiles

Son procesos civiles a los que se aplican ciertas medidas de agilización previstas en la LEC disp.adic.5ª , añadida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre. Estas medidas solo pueden aplicarse en los partidos judiciales en que existan los servicios comunes denominados «Oficinas de Señalamiento Inmediato».

3020 Procesos en que se pueden aplicar las medidas de la LEC disp.adic.5ª

Las medidas de agilización que nos ocupan se pueden aplicar en los siguientes procesos:

- a) Reclamaciones de cantidad que no excedan de 6000 euros.
- b) Desahucios de finca urbana por expiración legal o contractual del plazo o por falta de pago de rentas o cantidades debidas y, en su caso, reclamaciones de estas rentas o cantidades cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio.
- c) Medidas cautelares previas o simultáneas a la demanda, en procesos sobre guarda y custodia o alimentos de hijos menores.
- d) Medidas provisionales de nulidad, separación o divorcio, previas o simultáneas a la demanda, previstas en la LEC art.771 y 773.1 .
- e) Demandas de nulidad, separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo, o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

3022 Tramitación

Las demandas y solicitudes a que se refiere la LEC disp.adic.5ª se presentarán ante las oficinas de señalamiento inmediato y se tramitarán conforme a las normas de la LEC, con las siguientes **especialidades**:

1. Con **carácter previo** a su admisión a trámite, las Oficinas de Señalamiento Inmediato, en una misma diligencia:
 - registrarán aquellas demandas o solicitudes previstas en el apartado anterior que ante ellas se presenten;
 - acordarán su reparto al juzgado que corresponda y señalarán directamente la vista o comparecencia que corresponda;
 - ordenarán, librándolos al efecto, la práctica de las correspondientes citaciones y oficios;
 - requerirán al demandante, de ser necesario, para la subsanación de los defectos procesales de la demanda o solicitud, en un plazo máximo de 3 días; y
 - remitirán inmediatamente la demanda o solicitud presentada al juzgado que corresponda.
2. Las **Oficinas de Señalamiento Inmediato** realizarán los señalamientos ante el juzgado de primera instancia que por turno corresponda de acuerdo con un sistema programado de señalamientos, en el día y hora hábiles disponibles más próximos posibles, dentro de ciertos plazos, más breves que los previstos con carácter general.
3. Recibida la demanda o solicitud, el juzgado acordará lo procedente sobre su admisión a trámite. En el supuesto en que se **admite la demanda**, se estará al señalamiento realizado. Si no fuera admitida a trámite, se dejará sin efecto el señalamiento, comunicando el juzgado esta circunstancia a quienes ya hubieren sido citados.
4. Cuando alguna de las partes solicite el reconocimiento del derecho a la **asistencia jurídica gratuita** o la designación de abogado y procurador de oficio, se requerirá en la misma resolución de admisión de la demanda, si para entonces ya se conoce dicha solicitud o, en caso contrario, en decreto posterior, la inmediata designación de los profesionales de conformidad a lo establecido en la LEC art.33.3 . En este caso, la **designación** se efectuará a favor de los profesionales asignados para la fecha en que haya de celebrarse la vista o comparecencia señalada, de acuerdo con un turno especial de asistencia establecido al efecto por los colegios de abogados y procuradores.
5. En las actuaciones realizadas en el ámbito de esta disposición adicional, los **procuradores** de las partes personadas podrán practicar, si así lo solicitan y a costa de la parte que representen, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, por cualquiera de los medios admitidos con carácter general en la LEC.

Se tendrán por válidamente realizados estos **actos de comunicación** cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario. A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad personal, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice. En las comunicaciones por medio de entrega de copia de la resolución o cédula en el domicilio del destinatario, se estará a lo dispuesto en la LEC art.161 en lo que sea aplicable, debiendo el procurador acreditar la concurrencia de las circunstancias contempladas en dicho precepto, para lo que podrá auxiliarse de dos testigos o de cualquier otro medio idóneo.

M. Recursos ordinarios y extraordinarios

3024	1.	Requisitos de los recursos	3030
	2.	Precisiones conceptuales que distinguen el recurso de otras figuras	3040
	3.	Clasificación de los recursos	3042
	4.	Recursos contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia (secretario judicial)	3044
	5.	Recursos contra resoluciones judiciales	3046

3026 Un recurso es el acto del proceso por el que una parte solicita la revisión de una resolución del órgano judicial, ya sea para su revocación y anulación, ya sea para su sustitución por otra que le sea más favorable. Encuentra su **fundamento** en la falibilidad del juez como ser humano: en ocasiones, el fallo deriva de la indebida aplicación o interpretación de la norma legal (lo que conduce a un error de derecho) o por una indebida apreciación o valoración de los hechos (error de hecho) que tiene como consecuencia la selección de una consecuencia jurídica menos favorable a los intereses de la parte que recurre.

La posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales (especialmente, la sentencia, como resolución definitiva del proceso), forma parte de las características típicas del proceso inquisitivo, como medio para contrapesar los excesivos poderes del juez inquisidor con respecto a la parte del proceso, hecho favorecido por el predominio de la escritura en las actuaciones, que favorece un segundo enjuiciamiento de lo actuado y decidido por la resolución impugnada. El proceso contradictorio, en su estado puro, se caracteriza, por el contrario, por proveer un enjuiciamiento en instancia única, esto es, sin posibilidad de revocación posterior en el proceso, por el mismo o por otro órgano judicial.

Sin embargo, se trata de un acto de parte, que vincula objetivamente al órgano judicial encargado de decidir, cuya decisión no puede exceder de los términos de congruencia marcados por los escritos de interposición y oposición, y en el que se prohíbe la *reformatio in peius*, es decir, el tribunal decisor del recurso no puede otorgar al recurrente menos de lo que ya obtuvo en la resolución recurrida, salvo que la contraparte la haya impugnado también. La parte recurrente puede desistir del recurso durante su tramitación, antes de que recaiga resolución, con el efecto de obtenerse la firmeza de la resolución impugnada; de desistir solo alguno o algunos de los recurrentes, la resolución recurrida no será firme en virtud del desistimiento, pero se tendrán por abandonadas las pretensiones de impugnación que fueren exclusivas de quienes hubieren desistido (LEC art.450).

Precisiones

La doctrina constitucional entiende que el derecho a los recursos es de **configuración legal**: «es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan» (TCo 120/2009). Lo cual significa que «No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador» (TCo 37/1995) (ver, más recientemente, entre otras, la TCo 149/2015).

La **única excepción** es la posibilidad de recurrir la sentencia penal de condena ante un tribunal superior, establecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art.14.5, que sí entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva.

3028 Ventajas e inconvenientes de los recursos

La posibilidad de revisión a través del recurso tiene ventajas e inconvenientes. Entre los **inconvenientes**, se encuentra la demora en efectividad de la resolución impugnada, que deberá esperar hasta que la segunda decisión se produzca.

Con todo, las **ventajas** compensan sobradamente los inconvenientes: en primer lugar, el recurso favorece una revisión de lo decidido, lo que añade un ingrediente de prudencia a la decisión final del órgano judicial y a priori da más garantías de acierto; asimismo, la expectativa del recurso, cuando el competente es otro órgano judicial, constituye una sana constricción al primer tribunal para resolver conforme a derecho sin extralimitaciones ni abusos; por último, la decisión del recurso puede servir de criterio de interpretación de la ley, favorecedor de ulteriores decisiones uniformes en supuestos idénticos y, con ello, de la seguridad jurídica.

1. Requisitos de los recursos

3030 Los recursos deben cumplir unos:

- requisitos generales (nº 3032);
- requisitos en atención a razones de política legislativa o conveniencia (nº 3034); y
- requisitos específicos (nº 3036).

3032 Requisitos generales, determinantes de su admisibilidad y controlables de oficio por el órgano judicial

a) La resolución que se recurre debe **ser recurrible**. En principio, en el proceso civil son recurribles todas las resoluciones judiciales, salvo que expresamente la ley diga otra cosa (p. ej., no son recurribles los autos que resuelven el recurso de reposición contra providencia, según dispone la LEC art.454 ; tampoco lo son las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando la cuantía no supere 3.000 euros, conforme con la LEC art.455.1); **excepcionalmente**, la

regla es la no recurribilidad: así ocurre, p. ej., con el recurso de apelación contra autos dictados en el proceso de ejecución forzosa, que solo procede en los casos expresamente previstos por la ley (LEC art.562).

b) **No debe haber transcurrido el plazo** para recurrir al tiempo de la interposición. El plazo varía, según la ley, de unos a otros tipos de recurso. El *dies a quo* del plazo para recurrir se cuenta desde el día siguiente a la notificación de la resolución recurrida (LEC art.448.2), o desde el de la decisión del incidente de aclaración/corrección. La falta de previsión de recurso o el transcurso del plazo para recurrir implican la firmeza o cosa juzgada formal de la resolución, hecho determinante, en aras de la seguridad jurídica, de la imposibilidad de modificación de la parte dispositiva o fallo de la resolución con posterioridad.

c) La parte que recurre ha de tener **interés en recurrir**, lo que existe normalmente en quien fue perjudicado por la resolución impugnada: de este modo, el órgano judicial inadmitirá a trámite el recurso si quien lo interpone es la parte vencedora o a la que beneficia la resolución, salvo que sea capaz de justificar el interés (p. ej., si entiende que la motivación de lo decidido es arbitraria o manifiestamente irrazonable y pretende su sustitución por otra racional).

3034 Otros requisitos generales

El legislador puede establecer otros que pueden igualmente erigirse en óbices de admisibilidad del recurso, en atención a razones de política legislativa o conveniencia. Es el caso, p. ej., en el derecho español, del deber de abonar el **depósito para recurrir**, impuesto al recurrente por la LOPJ disp.adic.15ª (introducida por la LO 1/2009), con cuantías que difieren según el tipo de recurso, entre los 30 y los 50 euros; o de la **tasa judicial**, de acuerdo con lo previsto por 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.

Ambas cantidades deben ser **satisfechas por la parte recurrente** antes de interponer el recurso, y se debe justificar su ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial, a riesgo de la no admisión a trámite: el defecto es, en todo caso, subsanable, aunque en plazos diferentes: la falta de depósito se ha de subsanar en el plazo de 2 días (LOPJ disp.adic.15ª, 7), mientras que la tasa, en el de 10 días (L 10/2012 art.8.2). De vencerse en el recurso, tales cantidades deberán ser devueltas al recurrente.

3036 Requisitos específicos

Las leyes procesales establecen requisitos específicos para cada clase de recurso, en los términos que seguidamente se expone. Existen, además, para ciertos tipos de procesos, requisitos especiales de admisibilidad del recurso devolutivo, sea apelación, extraordinario por infracción procesal o casación.

Así, cuando el demandado interponga los recursos anteriores en procesos que lleven aparejado el **lanzamiento** (LEC art.449.1), se exige que el recurrente justifique por escrito tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

Si el recurso es interpuesto por el condenado a pagar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor (LEC art.449.3), es preciso haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles (lo que no impide la ejecución provisional de la sentencia impugnada). Si se trata del pago de **cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos**, el condenado al pago debe tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria (LEC art.449.4).

En estos casos, el incumplimiento del requisito depara la inadmisión del recurso y, en el primero de ellos, si se deja de pagar las rentas que vayan venciendo sobrevenidamente, se declarará desierto el recurso. El **pago puede hacerse** mediante «aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento» emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad.

3038 Control de la inadmisibilidad de los recursos

El órgano judicial controla el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad del recurso *a limine*, más, por tratarse de una materia de orden público, es posible también su control a la hora de resolverse el recurso, de manera que el auto o sentencia que lo ponga fin puede ser desestimatorio por causa de inadmisión.

Precisiones

La doctrina constitucional es menos exigente en estos casos que cuando está en juego el acceso al proceso. Por ese motivo, el principio *pro actione* solo juega cuando la decisión que se haya de tomar prive absolutamente al justiciable de obtener una respuesta judicial en cuanto al fondo de lo pedido. Tratándose de recursos, el Tribunal Constitucional entiende que el control de la decisión de acceso pertenece al terreno de la legalidad ordinaria, y avala una interpretación más restrictiva de los presupuestos de admisibilidad a medida que se asciende en el edificio jurisdiccional y especialmente cuando se trata de recursos extraordinarios. Ver, sobre el particular, la ya citada y clave TCo 37/1995, cuya doctrina se mantiene grosso modo hasta el momento presente.

3040 Es necesario realizar algunas precisiones conceptuales para distinguir el recurso de otras instituciones con las que puede confundirse en la práctica procesal, pero que formalmente no son recursos. Como **cuestión previa**, debe aclararse que el recurso no da lugar a un nuevo proceso, diferente de aquel en el que se dictó la resolución recurrida, sino, a lo sumo -y no en todos los casos- a una nueva instancia o grado jurisdiccional, dentro del mismo proceso.

No son recursos, aunque en el lenguaje jurídico cotidiano, o en las propias normas, puedan recibir esa denominación:

- los llamados **medios de rescisión de sentencias firmes**, tales como la revisión de sentencias firmes (LEC art.509 a 516) o la audiencia al condenado en rebeldía (LEC art.501 a 508), expedientes procesales que, excepcionalmente, permiten rescindir una cosa juzgada, por razones de justicia material amparadas en causas tasadas por la ley, que priman sobre la seguridad jurídica que deriva de la firmeza de la sentencia;

- el **incidente de nulidad de actuaciones** (LOPJ art.241 y LEC 228) y que, por definición, solo cabe contra resoluciones judiciales firmes cuando no hay recurso procedente en el que poder hacer valer la causa de la nulidad. En los casos señalados, nos encontramos ante nuevos procesos, posteriores a aquel cuya rescisión se pretende, si bien con conexión objetiva con este;

- los **incidentes de aclaración y corrección** (LEC art.214) y de **subsanción y complemento** (LEC art.215) **de autos y sentencias**, en esencia porque en ellos no se pretende la revocación del fallo, sino la corrección del mismo en términos que no alteren sustancialmente lo decidido.

3. Clasificación de los recursos

3042 Criterios de clasificación

Los recursos se pueden clasificar conforme diferentes criterios:

- según quién deba resolver;
- según qué pueda ser objeto del recurso;
- según a quién corresponde la decisión del recurso.

1. Según **quién deba resolver** el recurso, se puede hablar de:

a) **Recursos devolutivos**, que son los que resuelve un órgano diferente al que dictó la resolución recurrida (recurso de apelación, recurso de casación, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de queja).

b) **Recursos no devolutivos**, que son los que resuelve el mismo órgano judicial que dictó la resolución (recurso de reposición).

Todos los recursos, sean de una u otra categoría, **se interponen** como regla ante el mismo tribunal que dictó la resolución impugnada (órgano *a quo*): ante ese órgano se sigue la fase de admisión y, si es no devolutivo, también la fase decisoria.

Si es un recurso devolutivo, se remite el recurso admitido al órgano decisorio (tribunal *ad quem*). Eso quiere decir que en la tramitación de los recursos devolutivos intervienen siempre **dos órganos judiciales**:

- uno, encargado de admitirlo; y
- otro al que se atribuye la decisión; con la sola excepción del recurso de queja.

3043 2. Según qué pueda ser **objeto del recurso**, podemos distinguir:

a) **Recursos ordinarios**, permiten al recurrente basar la impugnación en cualquier motivo de hecho o de derecho. De acuerdo con este criterio, son ordinarios todos los recursos menos el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal.

b) **Recursos extraordinarios**, solo se pueden basar en motivos tasados en la ley, lo que limita la libertad del recurrente. Son extraordinarios, el recurso de **casación**, cuyos motivos se enumeran en la LEC art.477 . Se basan, en esencia, en la infracción de norma legal o de un derecho fundamental distinto de los previstos en la Const art.24 o de la jurisprudencia, o en la existencia de interés casacional) y el recurso **extraordinario por infracción procesal** (LEC art.467), cuyos motivos se corresponden a errores *in procedendo* o a defectos de la sentencia. Por ser extraordinario, en casación y en infracción procesal no se va someter a control el juicio sobre los hechos, es decir, la prueba practicada y valorada la sentencia, sino tan solo como aplicó el tribunal *a quo* la ley, salvo que la defectuosa interpretación de la prueba infrinja el canon constitucional de motivación, con vulneración de la Const art.24.1 CE. Es decir, se admite

un control externo de la motivación, pero sin entrar a emitir una nueva valoración de la prueba practicada, cuestión para la que es soberano el juez de instancia.

3. Según a **quién corresponde la decisión del recurso**, dentro del órgano. Desde el año 2009 ha de tenerse en cuenta que las resoluciones de carácter procesal no definitivas son dictadas no por el juez sino por el letrado de la Administración de Justicia (secretario judicial), y que estas resoluciones tienen un régimen de recursos propio, por lo que podemos hablar de:

a) Recursos **contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia**/secretario judicial (resoluciones procesales). Se encuentran así, los recursos de reposición y de revisión directa, el primero no devolutivo y el segundo devolutivo ante el juez o ante el tribunal (LEC art.451 y 454 bis).

b) Recursos **contra resoluciones de los jueces y magistrados** (resoluciones judiciales). El resto señalados anteriormente.

Precisiones

La ley hace depender la **procedencia de un determinado recurso**, con carácter general, de la clase de resolución recurrida, del órgano e instancia o grado en que se dictó, o de si nos encontramos en el proceso de declaración o de ejecución.

4. Recursos contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia (secretario judicial)

3044 Caben:

- recurso de reposición; y
- recurso de revisión.

1. **Recurso de reposición** (LEC art.451.1). No devolutivo y es procedente contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos.

Se interpone en el plazo de 5 días, en un escrito que expresa la infracción en que la resolución ha incurrido, a juicio del recurrente. De no ser admitido a trámite, contra el decreto de **inadmisión** cabe recurso de revisión (LEC art.452.2 i. f.). Admitido, se concede un plazo de 5 días a las demás partes personadas para que formulen alegaciones, trascurrido el cual se resuelve por decreto (LEC art.453).

2. **Recurso de revisión directa** (LEC art.454 bis). Es procedente contra los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación El decreto que resuelve el recurso de revisión no es recurrible, sin perjuicio de reproducir la cuestión necesariamente en la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no es posible, por escrito antes de que se dicte la resolución definitiva.

Es resuelto por el tribunal en el que se dictó la resolución impugnada. El plazo de **interposición** es también de 5 días; admitido a trámite, se concede a las demás partes personadas un plazo común de 5 días para impugnarlo, si lo estiman conveniente, y se decide en forma de auto (LEC art.454 bis), contra el que solo cabrá recurso de apelación si pone fin al proceso o impide su continuación. Contra las decisiones de **inadmisión** del recurso no cabe recurso alguno.

5. Recursos contra resoluciones judiciales

3046 Dentro de este grupo diferenciamos:

- reposición;
- apelación;
- extraordinario por infracción procesal;
- casación; y
- queja.

3048 **Recurso de reposición**

(LEC art.451)

Procede contra providencias y autos no definitivos y, como recurso no devolutivo, lo resuelve el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida. Su tramitación se acomoda al plazo (5 días) y a los trámites ya señalados en referencia al recurso de reposición contra diligencias de ordenación. Contra el auto que lo resuelve no cabe recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir la resolución definitiva (LEC art.454).

3050 Recurso de apelación

(LEC art.455 a 467)

Procede contra las sentencias y dictadas en toda clase de juicios por el juez -siempre que la cuantía del proceso supere los 3.000 euros (LEC art.455.1)-, autos definitivos y aquellas resoluciones en que expresamente así se prevea. Se trata del recurso devolutivo ordinario por excelencia, y es resuelto por la Audiencia Provincial, que es un genuino tribunal de apelación, en materia civil. Son de **tramitación preferente** las apelaciones contra autos que inadmitan demandas por falta de requisitos que la Ley entiende especiales (LEC art.455.3), contra los que deniegan la ejecución provisional (LEC art.527.4) y contra los que deniegan una medida cautelar (LEC art.736.1).

La apelación es una **solicitud de revocación** de un auto o sentencia para que en su lugar se dicte otra u otro favorable, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de primera instancia (LEC art.456), lo que requiere un nuevo examen de las actuaciones y nueva práctica de la prueba ante el tribunal *ad quem*. En cuanto a sus efectos, cuando se trata de sentencias desestimatorias o de autos que ponen fin al proceso, el recurso de apelación no suspende lo que se hubiese resuelto (LEC art.456). En el caso de la apelación contra la sentencia estimatoria, esta es provisionalmente ejecutable, en los términos previstos por el libro III de la LEC.

El recurso de apelación es el cauce que abre la **segunda instancia**, aunque no toda apelación da lugar a una segunda instancia. Sólo cabe entender que nos encontramos ante una segunda instancia cuando la resolución apelada es la que puso fin a la primera, decidiendo el fondo y permitiendo, por ello, un segundo enjuiciamiento del asunto.

- 3052 El recurso de apelación **se interpone** dentro de los 20 días del emplazamiento ante el juez que dictó la resolución apelada. Si no se presenta, se declara desierto el recurso (LEC art.458). Se interpone por escrito en el que se exponen las alegaciones en que se basa la impugnación. Si se basa en infracción de normas procesales, se debe indicar la norma infringida y, en su caso, la indefensión sufrida. Se pueden acompañar al escrito documentos que no se pudieron alegar en primera instancia, si son posteriores a la demanda o anteriores desconocidos, o no se pudieron obtener por causa no imputable al que pretende hacerlos valer (art.460.1 en relación con el art.270).

Si el tribunal entiende que se **cumplen los requisitos de admisión**, dicta providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dicta auto declarando la inadmisión. Contra este auto solo podrá interponerse recurso de 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 (LEC art.458.3 i. f.)

En el escrito de apelación se pueden **proponer pruebas** (LEC art.460): las indebidamente negadas en primera instancia, las admitidas que no se pudieron practicar y las que se refieran a hechos relevantes del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia o anteriores a dicho término, desconocidos. También puede proponer toda la prueba que le convenga el demandado en rebeldía por causa no imputable a él, cuando comparece en apelación (LEC art.460.3).

Recibidos los autos por el tribunal *ad quem*, este acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de 10 días. Si hubiere de practicarse prueba, el letrado de la Administración de Justicia señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (LEC art.464.1). Contra el auto que deniega la prueba propuesta cabe recurso de reposición.

- 3054 **Admitido a trámite el recurso**, se da plazo de 10 días a las demás partes del proceso para que, en su caso y por escrito, se opongan al mismo o impugnen la resolución apelada ante el juez *a quo*, en lo que les fuera desfavorable, si no lo hubieran hecho ya: en este supuesto, se dará traslado al apelante, para que a su vez se oponga frente a esta impugnación por idéntico plazo (LEC art.461). Tanto el escrito de impugnación como el de oposición pueden ir acompañados de documentos y proponer pruebas, en los términos señalados, y formular alegaciones sobre la admisibilidad de las propuestas por el apelante. Transcurrido el plazo, con o sin oposición o impugnación, remite las actuaciones a la Audiencia Provincial y emplaza a las partes para que comparezcan en el plazo de 10 días. De no hacerlo el apelante, se le tiene por desistido y por firme la resolución apelada. El juez *a quo* mantiene en su caso competencia para tramitar la ejecución provisional, para lo que quedará ante él un testimonio de las actuaciones (LEC art.462 y 463).

Recibidas las actuaciones y personado al menos el apelante, la Audiencia resuelve en forma de auto o de sentencia, según cuál sea la forma de la resolución apelada, sin necesidad de vista, salvo que se haya admitido **prueba personal**

o que alguna parte lo haya solicitado y el tribunal lo estime necesario (LEC art.464). En ese caso, se señala vista para el mes siguiente, que se celebrará por los cauces del juicio verbal.

El auto o sentencia que estimen el recurso, revocan la resolución apelada y resuelven el fondo, incluso cuando se funde el recurso en una **infracción procesal** producida en la sentencia, salvo que la estimación determine la nulidad de actuaciones, en que se habrá de ordenar la retroacción de las actuaciones al momento oportuno (LEC art.465). La resolución se pronunciará solo sobre los puntos objeto de debate.

3056 En caso de que sean de aplicación los art.81 y 82 del **Tratado de la Comunidad Europea** o los art.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, se dará traslado del recurso a la Comisión Nacional de la Competencia del escrito de interposición del recurso de apelación, y se suspende por auto, previa audiencia de las partes, el plazo para dictar sentencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las CCAA y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. La suspensión se comunica al órgano administrativo, que a su vez comunicará la resolución del recurso al tribunal.

3058 Recurso extraordinario por infracción procesal (REIP)

(LEC art.468 a 476)

Ocupa el lugar que tradicionalmente correspondía a la antigua casación por quebrantamiento de forma. Se trata, por tanto, de un recurso extraordinario para revisar la aplicación de las normas procesales en primera y en segunda instancia, esto es, cuando la parte considere que se ha producido un error *in procedendo*, en los términos que establece la ley pues, siendo un recurso extraordinario, está sujeto a **motivos tasados** (LEC art.469):

- infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional;
- infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (congruencia, motivación, etc.);
- infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; y
- vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en la Const art.24 .

La **competencia funcional** para conocer del REIP corresponde en la actualidad a la sala de lo civil del Tribunal Supremo. La LEC atribuye dicha competencia a la sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA (LEC art.468), pero la norma no entró en vigor al tiempo de aprobación de la LEC por no alcanzarse entonces mayoría suficiente en las Cortes para reformar el art.73 de la LOPJ.

Por esa razón, **desde el año 2001** se viene aplicando la LEC disp.trans.16ª , que encomienda el conocimiento del REIP, como decimos, a la sala primera del Tribunal Supremo, hasta tanto no se dé eficacia al mandato original de la ley. De acuerdo con la disposición transitoria, el Tribunal Supremo no solo asume la competencia para conocer de los recursos de casación y del REIP, sino que este segundo es tributario del primero, lo que quiere decir que el REIP solo será admitido a trámite en caso de que la resolución impugnada sea recurrible en casación; ello conduce a controlar, en la fase de admisión, en primer lugar, si se da alguno de los supuestos de la LEC art.477 , lo que en ocasiones exige valorar la concurrencia de interés casacional (LEC art.477.3.3º), a efectos de admitir el REIP.

En estos **casos concretos** (procesos por razón de la materia u ordinarios, cuando no alcanzan la cuantía de 600.000 euros), si no va acompañado de un recurso de casación, el REIP indefectiblemente será inadmitido a trámite, puesto que no es posible valorar la existencia de interés casacional si no se recurre en casación; en los primeros, es decir, cuando la cuantía rebasa los 600.000 euros o se trate de un proceso para la tutela civil de derechos fundamentales diferentes de los de la Const art.24 (LEC art.477.1, 1º y 2º), no es necesario que también se recurra en casación para admitir el REIP a trámite, sino tan solo que se trate de una resolución recurrible. Cuando se exige la interposición de los dos recursos, ello afecta a la obligación de pagar el depósito para recurrir (LOPJ disp.adic.15ª), pues se debe depositar la cantidad equivalente a la interposición de los dos.

Además, para la **admisión del recurso** se requiere que la lesión invocada haya sido denunciada desde el momento en que se produjo y, en su caso, reproducida en segunda instancia y que, de ser ello posible, se haya pedido su subsanación, con el fin de preservar la subsidiariedad del REIP (LEC art.469.2).

3060 El plazo de interposición es de 20 días, ante la Audiencia Provincial, por escrito (LEC art.470.1), en el que se expone razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso. También se podrá solicitar la práctica de alguna prueba imprescindible (LEC art.471). El letrado de la administración de Justicia (secretario judicial) tendrá por interpuesto el recurso siempre que la resolución sea recurrible se alegue alguno de los motivos previstos en el art.469 y, en su caso, se hubiera procedido con arreglo a lo dispuesto en la LEC art.469.2 . En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso. La admisión a trámite se acuerda por providencia, y la inadmisión por auto contra el

que cabe recurso de queja (LEC art.470). La providencia de admisión no es recurrible, pero las partes recurridas pueden oponerse a la misma ante el tribunal *ad quem*, una vez remitidas las actuaciones (LEC art.470.2 i. f.).

Presentado el escrito de interposición, se remitirán todos los autos originales a la sala primera del Tribunal Supremo, y se emplaza a las partes por término de 30 días, para que comparezcan ante este. Se decide, en primer lugar, sobre la **admisión a trámite**, que se denegará si el recurso carece de los requisitos de la LEC art.469, 470 y 471 o si carece de fundamento manifiestamente. Cuando se recurra también en casación, se analizará en primer lugar sobre la procedencia de este recurso. 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 (LEC art.473.2, párrafo 3º). Contra el auto de inadmisión no cabe recurso alguno.

Admitido a trámite, 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. El escrito de oposición puede expresar las **causas de inadmisibilidad** del recurso que se considere existentes y que no hayan sido ya rechazadas, solicitar pruebas imprescindibles y pedir la celebración de vista oral (LEC art.474 y 475).

Transcurrido el plazo con o sin oposición, la sala señala dentro de los 30 días siguientes día y hora para la vista o para la votación y fallo, en su caso. La **vista** se celebra si el tribunal lo considera conveniente, de oficio o a instancia de parte o si se hubiera admitido alguna prueba. Comienza con informe del recurrente y luego del recurrido; si hay varios recurrentes, se está al orden de los recursos y si hay varios recurridos, al orden de las comparecencias. La prueba se rige por las reglas de la vista de los juicios verbales.

Contra la sentencia que decide el REIP no cabe **recurso** alguno (LEC art.476.4). En cuanto a su contenido, si se hubiera denunciado la falta de jurisdicción o de competencia objetiva y se estimare el recurso, la Sala casará la resolución impugnada, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere (LEC art.476.2, párrafo 2º), salvo que se revoque la sentencia que erróneamente apreció la falta de jurisdicción, en que se entrará en el fondo del asunto. Desestimado este motivo, se entra en los restantes, si los hubiera. En estos 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 hubiere incurrido en la infracción o vulneración.

Devueltas las actuaciones al órgano a quo, no es posible plantear un segundo REIP por los mismos motivos que fundaron el primero (LEC art.467).

3062 Recurso de casación

El recurso de casación **se reserva a** la impugnación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de la infracción de normas aplicables para resolver el proceso (errores *in iudicando*). Solo **son recurribles** en casación las sentencias dictadas por las Audiencia Provinciales en segunda instancia, lo que excluye del ámbito del recurso los autos dictados por las Audiencia Provinciales en el proceso de ejecución, p. ej., o las sentencias que dicta la sala de lo civil y penal del TSJ en primera instancia (p. ej., en demandas de responsabilidad civil contra aforados o en el recurso de anulación del laudo arbitral); tampoco son recurribles en casación las sentencias dictadas en casación por los TSJ que tienen atribuida la competencia casacional en materia de derecho foral o especial de la propia comunidad autónoma.

De acuerdo con la restrictiva doctrina constitucional, tampoco son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencia Provinciales cuando, según la ley, se constituyen con un solo magistrado, por entender la Sala de lo Civil del TS, tras la reforma operada por la L 37/2011 (Avalada por TCo auto 300/2014), que no era voluntad del legislador que llegaran a casación recursos contra sentencias dictadas por tribunales no colegiados (TS auto 26-2-13, EDJ 18610 ; 4-6-13, EDJ 122850 ; 25-6-13, EDJ 127312 y 17-9-13, EDJ 180716 entre otros).

Además, es preciso que la **sentencia de segunda instancia** se haya dictado en un procedimiento para la tutela civil de derechos fundamentales, salvo los de la Const art.24 (p. ej., derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, de la Const art.18) o que, si se trataba de un proceso por razón de la cuantía, esta exceda de 600.000 euros (LEC art.477.1.1º y 2º). Cuando el proceso se tramite por razón de la materia (LEC art.249.1 y 250.1 ; procedimientos del libro IV de la LEC) o cuando la cuantía no alcance la cantidad señalada, solo cabe recurso de casación si se acredita por el recurrente la existencia de un interés casacional (LEC art.477.1.3º). La propia LEC da una noción de interés casacional (LEC art.477.3): «[...] 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».

3064 El recurso de casación **se interpone ante** el órgano que dictó la sentencia impugnada, dentro de los 20 días desde su notificación (LEC art.479), por escrito motivado en el que cada motivo debe ir encabezado, según la jurisprudencia de la Sala, con la expresión de la norma o doctrina legal que se considera infringida o que es contradictoria, a riesgo de la inadmisión a trámite del motivo. También se puede pedir justificadamente la celebración de vista. El escrito

debe aportar certificación de la resolución recurrida y el texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional (LEC art.481.2). El auto de la Audiencia por el que no se tiene por interpuesto el recurso de casación es recurrible en queja ante la sala de lo civil del Tribunal Supremo, pero el que lo admite no es recurrible, sin perjuicio de que se puedan hacer valer los posibles motivos de inadmisión a oponerse al recurso las partes personadas (LEC art.479.3).

La Audiencia **admitirá el recurso**, si se trata de una resolución recurrible y se interpuso dentro de plazo. En la providencia se acuerda emplazar a las demás partes por plazo de 30 días, para que comparezcan; si no lo hace el recurrente, se declara desierto el recurso y la firmeza de la sentencia (LEC art.482.1).

Recibidas las actuaciones, la sala primera examina si el recurso es admisible o no. En caso negativo, se da trámite de audiencia por 10 días a las partes para que aleguen lo pertinente sobre la posible existencia de causa de inadmisión y se resuelve por auto, en caso de inadmitirse a trámite el recurso. Son **causas de inadmisión** en este momento (LEC art.483.2):

1. Que la sentencia no sea recurrible o incurra en otro defecto no subsanable.
2. Que el escrito de interposición no cumpla con los requisitos que establece la ley.
3. Por no alcanzarse la cuantía o carecerse de interés casacional.
4. Que el recurso carece manifiestamente de fundamento o se hubiesen resuelto ya en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

Contra el auto que acuerda la inadmisión a trámite no cabe recurso alguno. De admitirse a trámite, se da traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañan a la parte recurrida, quien dispone de 20 días para presentar **oposición**, alegar en su caso otras posibles causas de inadmisibilidad, y manifestar si considera necesaria la celebración de vista (LEC art.485).

Transcurrido el plazo anterior, se dicta sentencia dentro de los 20 días siguientes, salvo que se hubiera celebrado vista, en que se cuenta el plazo desde su celebración (LEC art.487): esta procederá si lo piden todas las partes, o cuando el tribunal lo considere conveniente (LEC art.486). La **sentencia estimatoria** casa la sentencia impugnada, en todo o en parte (LEC art.487.2), pero si se fundó en el interés casacional además resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia (LEC art.487.3).

3066 Recurso de casación foral o autonómico

El recurso de casación se puede fundar también en la infracción del derecho foral o autonómico especial propio de la comunidad autónoma. En este caso el competente para resolverlo es la sala de lo civil y penal del TSJ CA, cuando tenga atribuida la competencia por su Estatuto de Autonomía (Cataluña, Valencia, Aragón, Navarra, País Vasco y Galicia) y siempre que la sentencia la hubiera dictado una Audiencia con sede en la propia comunidad autónoma; de no ser el caso o, siéndolo, si el recurso se funda también en la infracción de precepto constitucional (LOPJ art.5.4, i. f.), la competencia se mantiene en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (LEC art.478.1, párrafo 2º).

En estos casos, la **infracción de precepto autonómico** tiene *vis atractiva* sobre el conjunto de los motivos del recurso, aunque coexista el motivo con otros de infracción del derecho común. Cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.

A efectos de admisión a trámite del recurso se tiene que tener en cuenta las **especialidades procesales** que en su caso se establezcan por ley autonómica (p. ej., la L 5/2005 , de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia; la L 4/2012 , de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña; o la L 4/2005 , de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa).

3068 En caso de **concurriencia de recurso de casación** y del **REIP** interpuestos por diferentes litigantes de un mismo proceso (LEC art.488) el que se funde en infracción procesal se sustancia con preferencia al de casación, cuya tramitación, sin embargo, será iniciada y continuará hasta que se decida su admisión, quedando después en suspenso. Si la sentencia es totalmente desestimatoria del REIP, se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, se alzarán de inmediato su suspensión y se tramitará el recurso con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo. Si se estimare el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación presentado quedará sin efecto.

Cuando la opción anterior sea entre el REIP y la casación por vulneración de las normas de derecho civil foral o especial propio de una comunidad autónoma, ambos recursos se sustanciarán y decidirán acumulados en una sola pieza, resolviendo la Sala en una sola sentencia teniendo en cuenta que solo podrá pronunciarse sobre el recurso de casación si no estimare el extraordinario por infracción procesal (LEC art.489).

3070 Recurso de queja

(LEC art.494 y 495)

Procede contra las decisiones de inadmisión del recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación dictadas por el órgano judicial *a quo*, que impiden acceder al tribunal *ad quem*. Por el contrario, no procede el recurso de queja en los procesos de desahucios de finca urbana y rústica, cuando la sentencia que procediera dictar en su caso no tuviese la consideración de cosa juzgada. Como excepción a la regla general, se interpone directamente ante el órgano decisor (una novedad con respecto a la LEC de 1881 que agiliza su tramitación) en el plazo de 10 días, por escrito con copia de la resolución que se impugna. Contra el auto que resuelve el recurso no cabe recurso alguno.

3072 Recurso extraordinario en interés de ley

(LEC art.490 a 493)

Conoce la sala primera del Tribunal Supremo para unidad de la doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan REIP, cuando las salas de los TSJ mantengan criterios discrepantes sobre la interpretación de las normas procesales. Su naturaleza jurídica como recurso es discutible, toda vez que lo que en él se decida no afecta a las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas (es decir, no tiene como efecto la revocación de las sentencias), sino que tiene efectos *ex nunc*, a partir de la publicación del fallo en el BOE. En todo caso, la vigencia de este recurso está en suspenso por la LEC disp.final16ª, hasta la atribución a los TSJ del conocimiento de los REIP.

La **legitimación activa** corresponde al Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas de derecho público que por las actividades o funciones que desempeñen acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre estas cuestiones. Su **plazo de interposición** es de un año desde que se dictó la sentencia más moderna.

N. Cosa juzgada

3074	1. Nociones generales	3076
	2. Cosa juzgada formal	3078
	3. Cosa juzgada material	3079
	4. Ámbito de la cosa juzgada material	3082
	5. Tratamiento procesal de la cosa juzgada	3088
	6. Rescisión y nulidad de sentencias firmes	3090

1. Nociones generales

3076 Con el nombre de cosa juzgada se designa el conjunto de efectos que producen las resoluciones judiciales cuando son firmes, es decir, cuando frente a ellas no se prevé ningún recurso por el legislador, así como cuando no se ha interpuesto frente a ellas el recurso legalmente previsto. Estos efectos de las resoluciones judiciales firmes que se engloban bajo la expresión «cosa juzgada» se pueden producir en dos **ámbitos diversos**:

- de un lado, las resoluciones firmes producen efectos de cosa juzgada en el marco del propio proceso en que se han dictado: se habla entonces de cosa **juzgada formal** (nº 3078);
- de otro lado, las resoluciones firmes también proyectan sus efectos sobre procesos distintos de aquel en que se han dictado: se trata de la cosa **juzgada material** (nº 3079).

Los **efectos de cosa juzgada** no son los únicos que pueden producir las resoluciones judiciales: así, las sentencias condenatorias tienen efectos ejecutivos, gracias a los cuales, en caso de incumplimiento por el demandado, podrá solicitarse la apertura del correspondiente proceso de ejecución forzosa; las sentencias estimatorias de una acción constitutiva, una vez que son firmes, producen precisamente el efecto constitutivo, esto es, se opera el cambio jurídico pretendido por el actor en su demanda.

2. Cosa juzgada formal

(LEC art.207.3 y 4)

3078 La cosa juzgada formal designa el conjunto de efectos que producen las resoluciones judiciales firmes dentro del proceso en que se dictan, efectos que consisten en una especial vinculación del tribunal y de las partes a lo acordado

en dichas resoluciones. La cosa juzgada formal es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales firmes, sean providencias, autos o sentencias. Cabe distinguir dos **vertientes o aspectos** de la cosa juzgada formal:

1. De un lado, una eficacia o **vinculación negativa**: cuando una resolución es firme, se dice que pasa en autoridad de cosa juzgada formal y eso significa que es invariable e inimpugnable; el tribunal no puede ya revocarla y sustituirla por otra distinta.

2. De otro, una eficacia o **vinculación positiva**: además de lo anterior, el tribunal ha de «respetar» sus decisiones firmes, es decir, ha de atenerse a lo resuelto en ellas, no le está permitido en momentos posteriores del proceso proveer de forma distinta o contraria.

Ejemplo

a) En la audiencia previa al juicio, el tribunal admite que se practique en el juicio el interrogatorio del testigo A. El auto del tribunal admitiendo esta prueba no es recurrido, de modo que pasa a ser firme. En consecuencia, el tribunal está obligado a permitir la declaración del testigo en el juicio y, si hace falta, a citarle para que acuda al acto del juicio.

b) El demandado trató de introducir en la audiencia previa al juicio un documento que podría haber aportado junto con su contestación a la demanda. El tribunal lo rechaza por medio de resolución que adquiere firmeza. En consecuencia, el tribunal ya no podrá admitir la aportación de ese documento en un momento ulterior del proceso.

3. Cosa juzgada material

3079 Por cosa juzgada material se han de entender los efectos vinculantes que ciertas resoluciones firmes producen sobre procesos distintos y posteriores a aquel en que aquellas se dictaron o, con más precisión, sobre los órganos jurisdiccionales que conozcan de dichos procesos. La cosa juzgada material de una resolución presupone la cosa juzgada formal, esto es, su firmeza. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con la cosa juzgada formal, no todas las resoluciones judiciales firmes producen efectos de cosa juzgada material, sino solo algunas de ellas.

La cosa juzgada material presenta, a su vez, dos **vertientes o funciones**: una, negativa o excluyente; y otra, positiva o prejudicial.

1. **Función negativa o excluyente.** Cuando se inicia un (segundo) proceso con el mismo objeto que el ya decidido por sentencia firme sobre el fondo en un proceso anterior, la vinculación de la cosa juzgada material obliga al tribunal del segundo proceso a ponerle fin a la mayor brevedad posible y a no dictar una nueva resolución sobre el mismo objeto (LEC art.222.1). Se trata, por tanto, de una manifestación del principio *non bis in idem*: un mismo objeto procesal no puede ser enjuiciado dos veces, de modo que la primera sentencia firme tiene la eficacia de obligar al tribunal que conozca del segundo proceso a ponerle fin de inmediato y le impide dictar sentencia sobre el fondo.

Por eso mismo, la función negativa de la cosa juzgada material funciona como un **óbice procesal**, que impide que el segundo proceso se desarrolle válidamente y concluya por sentencia sobre el fondo. Ésta es la razón de que esta eficacia de la sentencia se haga valer a través de la excepción (procesal) de cosa juzgada.

La función negativa o excluyente de la cosa juzgada opera en el caso de **identidad de objetos procesales**, es decir, cuando los sujetos son jurídicamente los mismos (son físicamente los mismos o se les extiende la cosa juzgada), el *petitum* es el mismo y la causa de pedir es la misma.

3080 2. **Función positiva o prejudicial.** Si se incoa un segundo proceso de cuyo objeto formen parte cuestiones ya decididas en una anterior sentencia firme, el juzgador del segundo proceso estará vinculado por ella, de modo que deberá atenerse en los puntos comunes a lo ya decidido en aquella sentencia y no puede resolverlos en sentido contrario o diferente (LEC art.222.4). En este caso, el objeto de ambos procesos no es idéntico, sino conexo: el objeto de uno de ellos (el primero, resuelto por sentencia firme) forma parte del objeto (más amplio) del segundo de ellos, es antecedente lógico de lo que se ha de decidir en él. Para que opere la cosa juzgada material en esta función positiva o prejudicial es imprescindible que las partes de ambos procesos sean las mismas.

Ejemplo

A y B celebraron un contrato, que A considera nulo. Por eso, A ejercita en un primer proceso una acción pidiendo al tribunal que declare la nulidad de ese contrato. Este proceso concluye por sentencia firme en la que se desestima la pretensión de nulidad. Con posterioridad, y tras comprobar que A no realiza la prestación a que se obligó en virtud del contrato, B interpone demanda frente a ella solicitando que sea condenada a su cumplimiento. En su contestación a la demanda, A interpone la excepción de nulidad del contrato. Los objetos de ambos procesos son distintos, pero conexos: el objeto del primero lo constituye una acción de nulidad de un contrato, el objeto del segundo es una acción

de condena al cumplimiento de ese contrato. Ahora bien, una parte de lo que ha de ser enjuiciado en el segundo proceso (si el contrato es o no nulo, como alega el demandado A en su excepción material) ya ha sido resuelto por sentencia firme en el primer proceso: en consecuencia, el tribunal del segundo proceso está vinculado por la sentencia del primero, de modo que habrá de considerar forzosamente que el contrato no es nulo, lo que conducirá a que deba desestimar en todo caso la excepción de nulidad del demandado. Ello se debe a la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada material de la primera sentencia, habida cuenta de que las partes en ambos procesos son las mismas.

- 3081 La función positiva o prejudicial entra en juego, por tanto, cuando **exista conexión** entre el objeto de un proceso y el objeto del otro proceso concluido con resolución firme sobre el fondo. No basta cualquier conexión: se requiere, ante todo, identidad jurídica de sujetos y que lo decidido en sentencia firme forme parte de lo que se ha de decidir en el segundo proceso (generalmente por prejudicialidad).

Precisiones

La cosa juzgada material, en sus dos funciones (negativa y positiva), es una institución al servicio de la paz y de la seguridad jurídicas: sería contrario a estas exigencias que pudieran desarrollarse varios procesos, de modo sucesivo, sobre el mismo objeto, pues entonces las controversias nunca llegarían a estar definitivamente zanjadas (*non bis in idem*); e igual de contraproducente sería también que, respecto de una misma cuestión, pudiera haber pronunciamientos diversos, incluso contradictorios, aunque se emitan en procesos distintos.

4. Ámbito de la cosa juzgada material

- 3082 La cosa juzgada material conlleva una vinculación especialmente intensa sobre otros tribunales en el marco de otros procesos. Por eso, su ámbito no es absoluto: no todas las resoluciones firmes pueden producir esta eficacia que, además, está sujeta a ciertos límites.

3083 Resoluciones que pueden producir cosa juzgada material

La cosa juzgada material solo la producen las sentencias firmes que se pronuncien sobre el fondo del litigio, siempre que se dicten en un proceso plenario.

1. **Sentencias:** la regla general es la de que solo pueden producir efectos de cosa juzgada material las sentencias firmes, pero no las providencias o los autos. En el caso de los autos, no obstante, sí que producirán estos efectos en los casos en que la Ley expresamente lo prevea.

2. Los **procesos sumarios:** solo producen efectos de cosa juzgada las sentencias dictadas en procesos penarios: en consecuencia, no producen estos efectos las sentencias dictadas en procesos sumarios. Éstos se han previsto por el legislador para la tutela de ciertas parcelas del ordenamiento jurídico en las que considera que es especialmente conveniente que el proceso pueda desarrollarse de forma rápida y sin obstáculos. Para conseguir esta rapidez, en los procesos sumarios están limitadas las posibilidades de alegación y prueba de las partes: no se puede ejercitar en ellos cualquier pretensión, ni se puede el demandado defender con cualquier excepción, y puede que ni siquiera se admita cierto tipo de pruebas. En un proceso sumario, por tanto, el **debate sobre la relación controvertida** no es pleno: se limita a ciertas cuestiones, como forma de que el proceso sea sencillo y pueda ser más rápido. Como compensación por la sumariedad y la limitación de las posibilidades de defender en plenitud la posición jurídica de las partes (en especial, la del demandado), la sentencia que pone fin a un proceso sumario no tiene eficacia de cosa juzgada material: en consecuencia, puede acudir a un posterior proceso plenario, con plenas posibilidades de alegación y prueba, en el que se decida de forma definitiva sobre la cuestión litigiosa, sin que el juez esté vinculado por la decisión recaída en el proceso sumario.

3. Los **pronunciamientos sobre cuestiones procesales:** como regla, las resoluciones que ponen fin al proceso sin entrar en el fondo por apreciar la ausencia de un presupuesto procesal o la concurrencia de un óbice procesal no tienen fuerza de cosa juzgada material: v.g., el auto que estima la declinatoria y pone fin al proceso por falta de competencia; o el auto que, en la audiencia previa al juicio, estima la excepción procesal de falta de representación legal de la parte demandante. Tampoco producen estos efectos las demás resoluciones que, sin poner fin al proceso, decidan sobre cuestiones procesales.

3084 Los llamados «límites» de la cosa juzgada material

La aptitud de una sentencia firme sobre el fondo dictada en un proceso plenario para producir efectos de cosa juzgada material está sujeta a una serie de límites, que fijan, en definitiva, el ámbito o entorno en que se despliega esta especial eficacia vinculante. Es habitual señalar que la cosa juzgada material está sujeta a límites:

- subjetivos (nº 3085);
- objetivos (nº 3086); y

- temporales (nº 3087).

3085 Límites subjetivos de la cosa juzgada material

Como regla, la vinculación negativa o positiva en qué consiste la cosa juzgada material solo opera si las partes de los distintos procesos son las mismas: *res iudicata inter partes*. Esto significa que los efectos de cosa juzgada solo se proyectan sobre quienes han sido parte en el proceso en que se dictó la sentencia firme: por exigencia del principio de audiencia debe evitarse que una resolución judicial afecte directamente a sujetos que no han tenido oportunidad de participar en el proceso correspondiente.

No obstante, existen **casos excepcionales** en los que la cosa juzgada alcanza a sujetos distintos de los que litigaron en el proceso en que se dictó la resolución con fuerza de cosa juzgada (LEC art.222.3):

1. La cosa juzgada afecta, además de a las partes, también a sus **herederos y causahabientes**, debido a la sucesión en la situación jurídica. Se aceptan unos resultados procesales, pese a no haber intervenido en el proceso, por la misma razón que los sucesores aceptan unos resultados económicos, pese a no haber intervenido en los negocios correspondientes.

2. La cosa juzgada afecta también a «los **sujetos no litigantes**, titulares de derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art.11 de esta Ley»: en los procesos en que ciertas entidades (como las asociaciones de consumidores, o la Agencia española de Consumo, Seguridad alimentaria y Nutrición) ejercitan acciones colectivas para la tutela de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, la cosa juzgada se puede extender a todos los consumidores y usuarios, aunque no hayan participado en el proceso.

a) Producen **efectos de cosa juzgada** frente a todos las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, maternidad, paternidad, incapacitación y reintegración de la capacidad, a partir de su inscripción en el Registro Civil. La razón para establecer en estos casos una cosa juzgada *erga omnes* es el singular interés público inherente a los pronunciamientos sobre estas cuestiones.

b) Las sentencias sobre **impugnación de acuerdos societarios** afectan a todos los socios, aunque no hubieran litigado: no es necesario que en el proceso participen todos los socios, aunque todos tienen la posibilidad de intervenir; ahora bien, intervengan o no, la sentencia les afectará.

3086 Límites objetivos de la cosa juzgada material

Con los límites objetivos de la cosa juzgada material se alude a aquellos elementos de la sentencia firme que despliegan la especial vinculación en que la cosa juzgada consiste. Como **regla general**, se dice que la cosa juzgada se proyecta justamente sobre «lo juzgado», es decir, sobre aquello que ha sido objeto de enjuiciamiento en el proceso. En consecuencia:

a) Producen efectos de cosa juzgada los pronunciamientos de la sentencia sobre la **acción afirmada** por el actor como pretensión, o sobre las varias acciones (en casos de proceso con pluralidad de objetos), así como los pronunciamientos sobre las pretensiones ejercitadas por el demandado en la reconvencción.

b) La cosa juzgada comprende también lo que está **implícita pero necesariamente negado** por la afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia y lo que está implícita pero necesariamente afirmado por la negación contenida en la parte dispositiva de la sentencia.

Ejemplo

A demanda a B pidiendo que se declare su propiedad exclusiva sobre la finca X. El juez dicta sentencia firme declarativa del dominio de A, lo que supone que implícitamente está negando el dominio de B. Si la cosa juzgada no incluyera lo implícitamente negado, B podría demandar a A para que se declare la propiedad sobre la misma finca, con el argumento absurdo de que la sentencia ha dicho que A es propietario, pero no ha dicho expresamente que B no lo sea.

c) La cosa juzgada también afecta a los **fundamentos jurídicos** del fallo.

Ejemplo

A pide que se condene a B a pagar el precio de una compraventa. Antecedente lógico para que el juez pueda condenar será la existencia y validez del contrato, aunque expresamente no se haya pedido un pronunciamiento sobre esa validez, que se da por supuesta en la demanda y en la sentencia. Si la sentencia es estimatoria y gana firmeza, la existencia y validez del contrato, que es fundamento del fallo, es cuestión que queda abarcada por la cosa juzgada porque el juez tendrá que analizarla y, aunque no se pronuncie expresamente, para condenar tendrá que partir de la

validez del contrato. En consecuencia, si B interpone posteriormente demanda frente a A solicitando la nulidad del contrato, ese segundo proceso se verá afectado por la cosa juzgada del primero.

d) La cosa juzgada **no** afecta a las **cuestiones prejudiciales** no civiles que tienen carácter no devolutivo.

Ejemplo

Si un trabajador demanda ante los tribunales civiles a un empresario para pedir una indemnización por daños y perjuicios, el tribunal civil tendrá que partir de la existencia de un contrato de trabajo (cuestión prejudicial laboral) para decidir si procede o no la indemnización pedida. Pero la cosa juzgada no afecta a esa cuestión porque el tribunal no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre ella a título principal, sino que se examina a los solos efectos de entrar a resolver el asunto civil objeto del proceso.

e) La cosa juzgada **no** cubre los pronunciamientos sobre **excepciones procesales**, por las mismas razones por las que no producen cosa juzgada las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre cuestiones procesales.

f) En cambio, la cosa juzgada **sí** que se predica de los pronunciamientos sobre las **excepciones materiales**.

Ejemplo

En el proceso 1, A demanda a B el cumplimiento de un contrato. B opone la excepción de nulidad, pero el tribunal la desestima y le condena al cumplimiento. En el proceso 2, B demanda a A solicitando que se declare la nulidad del contrato: este segundo proceso se ve afectado por la cosa juzgada del pronunciamiento desestimatorio de la excepción de nulidad recaído en el primer proceso.

3087 Límites temporales de la cosa juzgada

En principio, los efectos de cosa juzgada no están sujetos a plazo alguno de duración máxima: la solución que en las sentencias se ofrece a los conflictos tiene vocación de duración indefinida en el tiempo. Lo que ocurre es que las decisiones jurisdiccionales resuelven situaciones jurídicas a la luz de las circunstancias concurrentes en el momento en que se desarrolla el proceso, pero esas circunstancias pueden variar a lo largo del tiempo, por la concurrencia de hechos modificativos.

Por eso, puede suceder que una determinada relación jurídica fuera enjuiciada por sentencia firme y que, posteriormente, se hayan producido unos hechos que la hayan alterado (hechos, en todo caso, que no pudieron tenerse en cuenta al resolver el proceso): si, tras la modificación, surge una controversia y se solicita de los tribunales una nueva decisión sobre la relación jurídica en cuestión, la sentencia dictada en el primer proceso no producirá efectos de cosa juzgada, porque como consecuencia del cambio, lo que se había juzgado en el primer proceso es distinto de lo que se pretende juzgar después, en el segundo.

Esta inoperancia de la cosa juzgada de la primera sentencia no se debe al simple transcurso del tiempo, sino a la **conurrencia de hechos nuevos** (que, claro está, solo pueden producirse con el paso del tiempo).

Por eso, interesa fijar el momento a partir del cual unos hechos nuevos pueden considerarse modificativos de la situación enjuiciada y no comprendidos por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia:

- los hechos que se hayan producido **con anterioridad** a ese momento, se hayan alegado o no en el primer proceso, quedan cubiertos por la cosa juzgada de la sentencia y no podrán utilizarse válidamente como fundamento de una pretensión ulterior;

- los hechos producidos en un **momento posterior**, en cambio, escapan a la cosa juzgada y podrán determinar válidamente el objeto de un segundo proceso, que no se verá afectado por la cosa juzgada de la sentencia que puso fin al primero.

La regla básica en este punto la establece la LEC art.222.2, que consideran **hechos nuevos y distintos** los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso. Esta regla de preclusión se completa con la establecida en la LEC art.400: que arroja sobre el actor la carga de alegar en su demanda todos los hechos o fundamentos o títulos jurídicos conocidos y que puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior, pues a efectos de cosa juzgada se considerarán los mismos que los alegados en el juicio anterior.

3088 Tratamiento procesal de la función negativa de la cosa juzgada material

La existencia de sentencia firme dictada en proceso anterior constituye un óbice procesal que se proyecta sobre el proceso posterior que pretendiera entablarse sobre el mismo objeto (*non bis in idem*). La eficacia excluyente de este óbice puede hacerse valer tanto de oficio, como a instancia de parte:

1. De oficio: la función negativa de la cosa juzgada material es cuestión de orden público, que el tribunal del segundo proceso puede apreciar de oficio en cualquier momento. Cuando así suceda, el tribunal dará audiencia a las partes y después sobreeserá el proceso, sin resolver sobre el fondo. Se trata, sin embargo, de algo escasamente probable, a no ser que el tribunal ante quien se interponga el segundo proceso tenga conocimiento directo de la sentencia firme dictada en el proceso (v.g., porque la dictó él).

2. A instancia de parte: el óbice procesal en que se traduce la función negativa de la cosa juzgada material integra una genuina excepción procesal, que el demandado tendrá la carga de alegar en el segundo proceso, en su contestación a la demanda. La estimación de la excepción de cosa juzgada determinará el sobreseimiento del proceso.

El tratamiento de la cosa juzgada en su función negativa se completa con la posibilidad de **recurrir en apelación** la sentencia que, en el segundo proceso, haya resuelto de nuevo el fondo de la controversia (y por ese mismo cabrá interponer ulteriormente, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal).

3089 Tratamiento procesal de la función positiva de la cosa juzgada material

La alegación de la eficacia positiva de la cosa juzgada material puede interesar tanto al demandante como al demandado. En consecuencia, ambos podrán hacerla valer en sus respectivos escritos de alegaciones (acompañando la sentencia en que se funda la prejudicialidad, como documento público relativo al fondo).

Será en la **sentencia de fondo** donde, en su caso, el tribunal hará operativa la función positiva de la cosa juzgada material. Cabe recurrir en apelación la sentencia que haya infringido las normas relativas a la eficacia positiva de la cosa juzgada material (y, eventualmente, cabrá un posterior recurso extraordinario por infracción procesal).

6. Rescisión y nulidad de sentencias firmes

3090	a.	Revisión de sentencias firmes	3091
	b.	Audiencia al demandado condenado en rebeldía	3094
	c.	Incidente de nulidad de actuaciones	3098

a. Revisión de sentencias firmes

3091 La cosa juzgada se funda en exigencias de seguridad jurídica; en aras de la seguridad jurídica, la **regla general** es que las sentencias firmes de fondo son inatacables, aunque ello suponga tener que aceptar que las eventuales injusticias o errores cometidos en las sentencias judiciales firmes no puedan ser reparados. En **circunstancias excepcionales**, sin embargo, el ordenamiento jurídico hace prevalecer las consideraciones de justicia del caso concreto sobre las de seguridad jurídica y permite que las sentencias firmes de fondo sean impugnadas.

La revisión de sentencias firmes **permite** pedir y obtener la rescisión de sentencias con efectos de cosa juzgada material (firmes, de fondo y dictadas en procesos plenarios), sobre la base de ciertos motivos tasados. El **efecto** de la revisión es, simplemente, la rescisión de la sentencia firme impugnada: el asunto litigioso decidido por esa sentencia queda imprejuizado y las partes, si les conviene, podrán plantearlo de nuevo ante los tribunales civiles.

3092 Motivos de revisión

(LEC art.510)

La revisión de sentencias firmes solo procede por los siguientes motivos tasados:

1. Cuando con posterioridad a la sentencia firme de cuya revisión se trate, se recobraren u obtuvieren **documentos decisivos**, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia.

2. Cuando lo decidido en la sentencia firme se base en **documentos** que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados **falsos** en un proceso penal, o cuya falsedad se declare después penalmente.

3. Cuando lo decidido en la sentencia firme se base prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por **falso testimonio** dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4. Cuando la sentencia firme se haya dictado injustamente en virtud de **cohecho, violencia o maquinación fraudulenta**.

5. Cuando el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** haya declarado que la resolución cuya revisión se pretende ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH 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 la revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

3093 Tramitación de la revisión

(LEC art.509 a 516)

La **competencia** para conocer las demandas de revisión corresponde, como regla, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No obstante, son competentes las salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia para la revisión de las sentencias firmes en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma (LEC art.509 ; LOPJ art.73.1.b).

La **legitimación activa** para solicitar la revisión corresponde a cualquiera que hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada (LEC art.511). Para pedir la revisión con base en una sentencia del TEDH únicamente está legitimado quien hubiera sido demandante ante dicho tribunal.

La revisión está sujeta a un doble **plazo**:

1. Debe solicitarse en el plazo de 3 meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad (LEC art.512.2).

2. No se admitirá ninguna solicitud que se presente pasados 5 años desde la publicación de la sentencia (LEC art.512.1).

Si la revisión se pide con base en una sentencia del TEDH el plazo para solicitarla es de un año desde la firmeza de la sentencia del TEDH.

La **solicitud de revisión** se formula mediante demanda, debiendo realizarse un depósito previo de 300 euros que serán devueltos si la revisión prospera (LEC art.513). Como regla general, la demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia, si bien puede acordarse excepcionalmente la suspensión por el tribunal de la ejecución, previa prestación de caución suficiente por quien la solicite (LEC art.515 y 566).

Se emplaza por 20 días para contestar a todos los que hubieran sido parte en el proceso en que se dictó la sentencia firme cuya revisión se solicita, y continúa el procedimiento por los trámites del **juicio verbal** (LEC art.514.1 y 2). El Ministerio Fiscal debe informar preceptivamente sobre la procedencia de la revisión solicitada (LEC art.514.3). La **sentencia** que decida sobre la demanda de revisión puede tener uno de los dos contenidos siguientes:

1. **Estimar** la revisión, en cuyo caso rescindiré la sentencia impugnada y devolverá los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente (LEC art.516.1).

2. **Desestimar** la revisión, con imposición de las costas al solicitante (LEC art.516.2).

La sentencia que resuelve sobre la demanda de revisión es irrecurrible (LEC art.516.3).

b. Audiencia al demandado condenado en rebeldía

3094 El demandado que ha permanecido en rebeldía durante todo el proceso y que ha sido condenado en la sentencia puede pedir la rescisión de esta siempre que se cumplan ciertos requisitos. Rescindida la sentencia, se reabre la primera instancia para que el demandado pueda efectuar alegaciones y proponer pruebas, dictándose nueva sentencia de fondo.

Para que sea procedente la audiencia al demandado condenado en rebeldía deben cumplirse los siguientes **requisitos**:

1. Que la **sentencia** tenga fuerza de cosa juzgada (LEC art.503).

2. Que el **demandado** haya permanecido constantemente en rebeldía, desde el inicio del proceso hasta la sentencia firme (LEC art.5.2).

3. Que la rebeldía se haya producido por alguna de las siguientes **causas**:

a) Fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito (LEC art.501.1º).

b) Desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando se deba a una de las siguientes causas:

- que la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, pero esta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable (LEC art.501.2º);

- que el 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 (LEC art.501.3º).

4. Que la petición de rescisión se produzca dentro de los siguientes **plazos** (LEC art.502):

- si la sentencia se notificó personalmente al demandado: 20 días desde la notificación o, en su caso, desde que cese la fuerza mayor que impida la comparecencia del demandado;

- si la sentencia se notificó al demandado por edictos: 4 meses desde la publicación del edicto o, en su caso, desde que cese la fuerza mayor que impida la comparecencia del demandado;

- no se admitirá la demanda de rescisión pasados 16 meses desde la notificación de la sentencia.

3095 Tramitación

El procedimiento de la audiencia al demandado condenado en rebeldía se divide en dos **fases**:

- rescisión de la sentencia firme que puso fin al proceso; y

- reapertura del proceso y audiencia del demandado.

3096 Rescisión de la sentencia firme

El procedimiento se inicia mediante **demanda**, en la que se solicitará la rescisión de la sentencia firme que puso fin al proceso. La **competencia** corresponde al tribunal que dictó la sentencia cuya rescisión se pide (LEC art.501).

Como regla, la demanda de rescisión **no suspende** la ejecución de la sentencia (LEC art.504.1). No obstante, se puede solicitar la suspensión al tribunal de la ejecución, conforme a lo dispuesto en la LEC art.566 .

La demanda de rescisión se sustancia por los **trámites** del juicio ordinario (LEC art.504.2 y 505.1).

La **sentencia** que estime la demanda acordará la rescisión de la sentencia firme, sin condena en costas salvo que el tribunal aprecie temeridad en alguno de los litigantes (LEC art.506.2). Rescindida la sentencia, el tribunal de la ejecución deberá acordar la suspensión de esta, si lo solicita el ejecutado (LEC art.505.2). la sentencia que desestime la demanda de rescisión impondrá las **costas** al solicitante (LEC art.506.1).

3097 Audiencia al demandado condenado en rebeldía

El procedimiento **se sigue ante** el tribunal que conoció del proceso en primera instancia (LEC art.507.1). Si la sentencia de rescisión se ha dictado por otro tribunal (el de apelación o el del recurso extraordinario), dicha sentencia se comunicará, mediante certificación, al tribunal que conoció del proceso en primera instancia (LEC art.507.1 y 2).

La audiencia al demandado se realiza mediante los siguientes **trámites**:

1. Entrega de los autos al demandado, que dispondrá de un plazo de 10 días para formular alegaciones conforme a lo establecido para la contestación a la demanda (LEC art.507.1.1ª). Si el demandado no presenta alegaciones se dictará sentencia en los mismos términos que la rescindida (LEC art.508).

2. Traslado al demandante de la contestación y documentos presentados por el demandado (LEC art.507.1.2ª).

3. Continuación del proceso por los trámites del juicio declarativo que corresponda. La sentencia decidirá sobre las pretensiones de la demanda y se podrán interponer contra ella los recursos previstos en la LEC (LEC art.507.1.3ª).

c. Incidente de nulidad de actuaciones

(LEC art.228; LOPJ art.241)

3098 Permite a quienes han sido parte en un proceso finalizado con sentencia firme pedir y obtener la declaración de nulidad de la sentencia por **vulneración** de un **derecho fundamental** de los referidos en el art.53.2 de la Const , siempre que dicha vulneración no haya podido ser alegada en el proceso de declaración antes de dictarse la sentencia firme.

Para que proceda la declaración de nulidad de actuaciones una vez finalizado el proceso por sentencia firme deben concurrir los siguientes **requisitos**:

1. Que la sentencia que haya puesto fin al proceso **no** sea susceptible de **recurso**, ya que, si lo fuera, la nulidad tendría que hacerse valer mediante la interposición del recurso procedente (LEC art.227.1 y 228.1 ; LOPJ art.240.1 y 241.1).

2. Que en la **tramitación** del procedimiento se haya producido vulneración de un derecho fundamental de los comprendidos en la Const art.14 a 30 (LEC art.228.1 ; LOPJ art.241.1).

3. Que **no** haya sido posible **denunciar** la vulneración causante de la nulidad **antes** de recaer la resolución que ponga fin al proceso (LEC art.228.1 ; LOPJ art.241.1).

4. Que la declaración de nulidad se pida dentro de los **plazos** siguientes:

- 20 días desde que se notificó la resolución firme que puso fin al proceso, o desde que se conoció el defecto causante de indefensión;

- no se admitirán solicitudes de nulidad de actuaciones pasados 5 años desde la notificación de la resolución firme que puso fin al proceso (LEC art.228.1, párrafo 2º ; LOPJ art.241.1, párrafo 2º).

3099 Procedimiento

Están **legitimados** para solicitar la declaración de nulidad de actuaciones quienes hayan sido parte legítima o hubieran debido serlo en el proceso finalizado por sentencia firme (LEC art.228.1, párrafo 1º ; LOPJ art.241.1, párrafo 1º).

La **competencia** corresponde al tribunal que haya dictado la resolución firme por la que se pone fin al proceso (LEC art.228.1 párrafo 2º ; LOPJ art.241.1, párrafo 2º).

La **solicitud** debe formularse por escrito acompañando los documentos que el solicitante estime procedentes (LEC art.228.1, párrafo 1º ; LOPJ art.241.1, párrafo 1º).

El tribunal acordará la **inadmisión a trámite** del incidente, cuando se pretendan suscitar en él cuestiones ajenas a lo que constituye su objeto conforme a la Ley (vulneración de derechos fundamentales). La inadmisión se acordará mediante providencia sucintamente motivada, que no es recurrible (LEC art.228.1, párrafo 3º ; LOPJ art.241.1, párrafo 3º).

La **admisión a trámite** del incidente, como regla, no suspende la ejecución y eficacia de la resolución firme que puso fin al proceso; pero el tribunal que conoce del incidente puede acordar dicha suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad (LEC art.228.1, párrafo 1º ; LOPJ art.241.1, párrafo 1º).

El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud y documentos presentados con ella a las demás partes, que tendrán un plazo de 5 días para presentar **alegaciones** y aportar documentos (LEC art.228.2, párrafo 1º ; LOPJ art.241.2, párrafo 1º).

El incidente se resuelve por medio de **auto**, que estimará o desestimará la nulidad solicitada. El auto que decide el incidente de nulidad de actuaciones no es recurrible (LEC art.228.2, párrafo 3º ; LOPJ art.241.2, párrafo 3º).

- si se **estima** la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido (LEC art.228.2, párrafo 2º ; LOPJ art.241.2, párrafo 2º);

- si se **desestima** la nulidad se condenará al solicitante a pagar las costas del incidente y se le podrá imponer además una multa de 90 a 600 euros cuando el tribunal aprecie que el incidente se promovió con temeridad (LEC art.228.2, párrafo 2º ; LOPJ art.241.2, párrafo 2º).

Ñ. Procesos sobre la capacidad de las personas. Procesos matrimoniales y de menores

3400	1.	Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores: normas generales	3402
	2.	Procesos sobre capacidad de las personas	3412
	3.	Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad	3434
	4.	Procesos matrimoniales y de menores	3442
	5.	Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado	3490
	6.	Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos	3492
	7.	Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores	3494
	8.	Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional	3496
	9.	Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores	3500
	10.	Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción	3504

3402	Procesos en materia de derecho de la persona y de familia regulados en la LEC	3404
	Normas generales aplicables a los procesos en materia de derecho de la persona y de familia	3406
3404	Procesos en materia de derecho de la persona y de familia regulados en la LEC (LEC art.748)	

El Título I del Libro IV regula los siguientes procesos civiles especiales:

1. Los que versen sobre la **capacidad** de las **personas** y los de declaración de prodigalidad.
2. Los de **filiación, paternidad y maternidad**.
3. Los de nulidad del **matrimonio, separación y divorcio**, y los de modificación de las medidas adoptadas en ellos.
4. Los que versen exclusivamente sobre **guarda y custodia** de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
5. Los de reconocimiento de eficacia civil de **resoluciones o decisiones eclesiásticas** en materia matrimonial.
6. Los que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de **sustracción internacional**.
7. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de **protección de menores**.
8. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la **adopción**.

3406 Normas generales aplicables a los procesos en materia de derecho de la persona y de familia
(LEC art.749 a 755)

Característica común a todos estos procesos es la presencia en las materias que constituyen su objeto de intereses públicos protegidos por normas imperativas y la consecuente limitación del poder de disposición de los sujetos jurídicos afectados. De esta característica común derivan unas exigencias que son también comunes a estos procesos y que pueden resumirse en que en ellos no rige en su plenitud el principio dispositivo, sino, en mayor o menor medida, el opuesto principio de oficialidad. Esas notas comunes a todos los procesos que nos ocupan se plasman en un conjunto de «disposiciones generales» que preceden a la regulación de las particularidades de cada uno de los procesos.

1. **Intervención del Ministerio Fiscal** (LEC art.749) Se contempla la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos que nos ocupan, siendo preciso distinguir:

- a) Procesos de **incapacitación, nulidad matrimonial, sustracción internacional de menores y filiación**: el Ministerio Fiscal es siempre parte para defender la legalidad y el interés público.
- b) Procesos de **separación y divorcio**: solo es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, para defender los intereses de los menores, incapacitados o ausentes.

3408 2. **Indisponibilidad del objeto del proceso** En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores hay que distinguir entre materias indisponibles (las pretensiones de incapacitación, de declaración de filiación o de separación matrimonial, por ejemplo) y pretensiones disponibles (las pretensiones sobre pensiones en procesos matrimoniales, por ejemplo):

a) Respecto de las **pretensiones disponibles** rigen las reglas generales en materia de allanamiento, renuncia, transacción y desistimiento (LEC art.751.3 , que remite a los art.19 a 21).

b) Respecto de las **materias indisponibles**:

- no surten efecto el allanamiento, la renuncia y la transacción (LEC art.751.1);
- el desistimiento requiere, como regla, la conformidad del Ministerio Fiscal. Por excepción, no es necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal cuando el desistimiento se refiere a las siguientes acciones:
- acciones de prodigalidad y filiación, salvo que existan menores, incapacitados o ausentes interesados;
- acciones de nulidad matrimonial por menor edad (cuando la acción la ejercite el contrayente menor, después de llegar a la mayoría de edad), o por error, coacción o miedo grave;
- acciones de separación y divorcio (LEC art.751.2).

3. **Alegación y prueba.** También hay que distinguir entre materias indisponibles y pretensiones disponibles:

a) **Pretensiones disponibles:** rigen las normas generales sobre carga de la alegación, prohibición de introducción extemporánea de hechos fundamentales; admisión de hechos; prueba a instancia de parte; carga de la prueba y congruencia (LEC art.752.4).

b) **Pretensiones no disponibles:**

- la decisión judicial se funda en los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados. No se exige que hayan sido alegados por las partes; basta que haya habido efectiva contradicción (debate) sobre ellos, para evitar la indefensión (LEC art.752.1);

- el tribunal puede acordar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes (LEC art.752.1, párrafo 2º);

- la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal (LEC art.752.2);

- no rigen las normas legales sobre valoración de determinadas pruebas (interrogatorio de las partes y documentos) (LEC art.752.2.i.f.).

4. **Acceso de las sentencias a Registros públicos** La comunicación de las sentencias y demás resoluciones al Registro Civil, cuando proceda, se hace de oficio; los mandamientos dirigidos a otros registros se expiden a instancia de parte (LEC art.755).

3410 5. **Procedimiento** En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se aplican las siguientes reglas generales en materia de procedimiento, salvo que en la regulación especial de cada uno de ellos se disponga otra cosa:

a) Se siguen los trámites del **juicio verbal**, con demanda ordinaria (no sucinta) y con contestación escrita, en el plazo de 20 días (LEC art.753.1).

b) Se **emplaza de oficio** para contestar a todos los que, conforme a la Ley deban ser parte, hayan sido o no demandados (LEC art.753.1).

c) **Representación y defensa** de las partes. Las partes deben actuar con abogado y procurador (LEC art.750.1). En los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo ambas partes pueden actuar con una única representación y defensa (LEC art.750.2).

d) **Publicidad de las actuaciones.** Teóricamente, la publicidad de las actuaciones se puede limitar sin sujeción a los criterios generales de la LEC art.138.2 y 140.3 ; en la práctica, estos criterios generales tienen suficiente amplitud («cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes lo exijan»; «cuando por las concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia») como para que la «especialidad» de la LEC art.754 no tenga excesiva virtualidad.

e) **Tramitación preferente.** Los procesos en que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal deben ser tramitados con preferencia (LEC art.753.3).

2. Procesos sobre capacidad de las personas

3412	Proceso de incapacitación	3416
	Proceso de declaración de prodigalidad	3422
	Proceso de reintegración de la capacidad o de modificación del alcance de la incapacitación	3424
	Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico	3426

3414 Se tratan a continuación los procesos que tengan por **objeto** (LEC art.756 a 763):

- la incapacitación por enfermedad o deficiencia persistente y grave (CC art.200) (nº 3416);

- la declaración de prodigalidad (nº 3422);

- la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación; (nº 3424);

- el procedimiento para obtener la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (nº 3426).

3416 Proceso de incapacitación

La **competencia** corresponde al juzgado de primera instancia del lugar en que resida la persona cuya incapacitación se pretenda (LEC art.756).

Están **legitimados activamente** para promover el proceso de incapacitación:

1. El **presunto incapaz**, así como su cónyuge (o quien esté en «situación de hecho asimilable»), y sus ascendientes, descendientes o hermanos (LEC art.757.1).

2. El **Ministerio Fiscal**, en ausencia de los anteriores o si estos no promueven la incapacitación (LEC art.757.2); si la promueven, el Ministerio Fiscal será parte en todo caso, asumiendo o no la defensa del presunto incapaz. El Ministerio Fiscal puede recibir «denuncias» de cualquier persona; las autoridades y funcionarios que por razón de sus cargos conozcan la posible causa de incapacitación tienen el deber de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (LEC art.757.3); incluido el juez (LEC art.762.1).

3. Cuando se trata de la **incapacitación de menores de edad**, solamente están legitimados para pedirla quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (LEC art.757.4). Se trata del caso previsto en el CC art.201 , de incapacitación de menores de edad «cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad».

3418 Personación del demandado. Caben tres posibilidades:

- que el presunto incapaz comparezca con su propia defensa y representación; si no lo hace
- que sea defendido por el Ministerio Fiscal (cuando el Ministerio Fiscal no sea el promotor de la incapacitación);
- que se le nombre defensor judicial (cuando el Ministerio Fiscal haya promovido la incapacitación) (LEC art.758).

Procedimiento. Se siguen los trámites del juicio verbal con demanda ordinaria y contestación escrita en el plazo de 20 días, con arreglo a la norma general de la LEC art.753 .

Pruebas y audiencias preceptivas. Conforme a la norma general de la LEC art.752 en los procesos de incapacitación se practican:

- las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio Fiscal que sean útiles y pertinentes;
- las acordadas de oficio por el tribunal.

En todo caso, **deben practicarse** preceptivamente las siguientes pruebas y audiencias:

- audiencia de los parientes más próximos;
- examen del presunto incapaz;
- al menos un dictamen pericial médico acordado por el tribunal (LEC art.759.1).

Si se pidió **nombramiento de tutor o curador**, sobre este extremo se dará audiencia:

- a los parientes más próximos;
- al presunto incapaz, si tuviera suficiente juicio;
- «a las demás personas que el tribunal considere oportuno» (LEC art.759.2).

En **segunda instancia** deberán practicarse de nuevo las pruebas preceptivas anteriores (LEC art.759.3).

3420 Sentencia. La sentencia debe tener el siguiente **contenido**:

1. La decisión sobre la incapacitación (se declara o no se declara).
2. La determinación de la extensión y límites de la incapacitación y régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.
3. La decisión sobre la necesidad de internamiento, en su caso (art.760.1 LEC).
4. Nombramiento de la persona o personas que hayan de representar o asistir al incapacitado, si se hubiera solicitado en la demanda (LEC art.760.2).

Congruencia. Conforme a la norma de la LEC art.752 , en materia de congruencia de la sentencia sobre incapacitación hay que tener en cuenta las siguientes **especialidades**:

- el juez no está vinculado a la concreta causa de incapacitación invocada en la demanda: se puede incapacitar por causa (enfermedad) distinta, siempre que haya sido debatida en el proceso y probada;
- tampoco está vinculado el juez a las peticiones concretas de la demanda sobre extensión de la incapacitación y régimen de protección procedente;
- no existe tampoco en estos procesos vinculación del juez a la admisión de hechos;
- se excluye la *ficta confessio*;
- no operan las reglas legales sobre valor probatorio del interrogatorio de las partes y de los documentos.

3421 Medidas cautelares. En los procesos de incapacitación se contempla la adopción de medidas cautelares, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. **Contenido** de las medidas. Se pueden adoptar las medidas que el juez estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz (el nombramiento provisional de tutor o curador o el internamiento, por ejemplo) o de su patrimonio (nombramiento de administrador, por ejemplo) (LEC art.762.1).

2. **Medidas previas a la demanda.** Las medidas anteriores se adoptan antes de la presentación de la demanda, bien porque así lo acuerde el juez de oficio en cuanto «tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación» (al mismo tiempo, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que promueva la incapacitación, si lo estima procedente), bien porque se solicite la adopción de medidas por el Ministerio Fiscal, antes de presentar la demanda (LEC art.762.1 y 2).

3. **Medidas durante la pendencia del proceso.** Las medidas se pueden adoptar también «de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación» (LEC art.762.2, párrafo 2º).

4. **Procedimiento.** La regla general es la adopción de las medidas previa audiencia de la persona afectada, por el procedimiento previsto en la LEC art.734, 735 y 736 . Por excepción, implícitamente se admite la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia, cuando concurren razones de urgencia (LEC art.733.2). En este caso debe admitirse la oposición prevista en la LEC art.739 s. (LEC art.762.3).

3422 Proceso de declaración de prodigalidad

Se aplica el mismo régimen de la incapacitación, salvo:

1. **Legitimación.** Se atribuye exclusivamente al cónyuge, descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o estén en situación de reclamárselos; si alguno fuera menor o incapacitado, podrán ejercitar la acción el representante legal o el Ministerio Fiscal (LEC art.757.5).

2. **Sentencia.** La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (el curador a que se refiere el CC art.286.3º) (LEC art.760.3).

3424 Proceso de reintegración de la capacidad o de modificación del alcance de la incapacitación

Se aplica el mismo régimen de la incapacitación, con las siguientes particularidades:

1. **Objeto.** El objeto de estos procesos es una pretensión dirigida a dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida; la pretensión ha de basarse en nuevas circunstancias sobrevenidas (LEC art.761.1).

2. **Legitimación.** La legitimación activa para pedir la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación corresponde:

- al cónyuge y parientes legitimados para pedir la incapacitación;

- al tutor o curador del incapacitado;

- al Ministerio Fiscal;

- al propio incapacitado (si no tiene capacidad para comparecer en juicio debe solicitar expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo) (LEC art.761.2).

3. **Pruebas y audiencias preceptivas.** Han de practicarse las mismas pruebas y audiencias preceptivas que en el proceso de incapacitación, tanto en primera como en segunda instancia (LEC art.761.3, párrafo 1º).

4. **Sentencia.** La sentencia se pronunciará sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de esta (LEC art.761.3, párrafo 2º).

3426 Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

Para que proceda el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico deben concurrir las dos **circunstancias** siguientes:

1. Que el afectado sufra un trastorno psíquico que requiera internamiento en establecimiento de salud mental (para su tratamiento o para la seguridad del propio afectado o de terceros).

2. Que el afectado no esté en condiciones de decidir el internamiento por sí mismo.

Concurriendo estas circunstancias, la adopción de la medida requiere autorización judicial. Como regla general la autorización debe ser previa al internamiento. Se admite, no obstante, la ratificación por el juez a posteriori de internamientos que, por razones de urgencia, no hayan podido ser autorizados con carácter previo (LEC art.763.1).

El Tribunal Constitucional ha **declarado inconstitucionales** los incisos del art.763.1 de la LEC que se refieren, por un lado, a que «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial» y, por otro, a que

«la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida».

La declaración de inconstitucionalidad se basa en que para dar cobertura legal a la **privación de libertad** es precisa norma con rango de ley orgánica, rango que no tiene el art.763 de la LEC (TCo 132/2010).

No obstante, el TCo dispone que la declaración de inconstitucionalidad **no** lleva a aparejada, en este caso, la **nulidad del precepto**, por lo que los indicados incisos siguen siendo aplicables hasta que el legislador regule esta materia mediante ley orgánica (AP Valencia 30-5-11; AP 10-6-11).

3428 Internamiento y proceso de incapacitación. El internamiento puede acordarse como medida cautelar o en la sentencia de un proceso de incapacitación; pero también cabe un internamiento independiente de un proceso de incapacitación: el internado ya está incapacitado o no procede la incapacitación por no tratarse de trastorno psíquico persistente, por ejemplo.

Competencia. Para la autorización previa del internamiento es competente el Juzgado de primera instancia del lugar en que resida la persona de cuyo internamiento se trate (LEC art.763.1, párrafo 1º).

Para la ratificación de un internamiento por **razones de urgencia** la competencia corresponde al juzgado de primera instancia del lugar en que radique el centro en que se haya efectuado el internamiento urgente (LEC art.763.1, párrafo 3º).

Solicitud del internamiento. La autorización previa se puede solicitar por cualquier persona que tenga a su cargo al afectado; también cabe la «denuncia» al Ministerio Fiscal para que este solicite la medida.

La ratificación de un internamiento ya efectuado por razones de urgencia **debe solicitarse** por el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento, quien debe dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas (LEC art.763.1, párrafo 2º).

Actuaciones previas a la decisión judicial. Antes de resolver sobre la autorización previa o sobre la ratificación del internamiento se deben llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- audiencia de la persona afectada;
- audiencia del Ministerio Fiscal;
- audiencia de cualquier otra persona cuya comparecencia estime el juez conveniente o le sea solicitada por el afectado;
- examen del afectado;
- dictamen de un facultativo designado por el juez (LEC art.763.3);
- informe de los servicios de asistencia al menor, en su caso (LEC art.763.2).

3430 Intervención del afectado en las actuaciones. La persona afectada puede intervenir por cualquiera de las vías que contempla la LEC art.758 :

- con su propia defensa y representación;
- defendido por el Ministerio Fiscal; o
- mediante defensor judicial, si el Ministerio Fiscal solicitó el internamiento (LEC art.763.3, i.f.).

Resolución. El tribunal resolverá, según los casos, sobre la autorización previa o sobre la ratificación. La resolución de ratificación (o denegación de la ratificación) ha de dictarse en el plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (LEC art.763.1, párrafo 2º).

La resolución sobre **autorización o ratificación** del internamiento es susceptible de recurso de apelación (LEC art.763.3, párrafo 2º).

3432 Control del internamiento. El internamiento es controlado por el tribunal conforme a las siguientes **reglas**:

1. Se exigen informes periódicos de los facultativos sobre la necesidad de mantener la medida (cada 6 meses, si la resolución judicial no señala un plazo inferior) (LEC art.763.4, párrafos 1º y 2º).
2. El tribunal puede requerir otros informes siempre que lo estime pertinente (LEC art.763.4, párrafo 1º).
3. El tribunal debe resolver sobre la continuación o no del internamiento, a la vista de los informes y previa práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles (LEC art.763.4 párrafo 3º).
4. Se contempla también la terminación del internamiento por alta médica que debe ser comunicada inmediatamente al tribunal (LEC art.763.4, párrafo 4º).

3434 Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad pueden tener por **objeto** las siguientes acciones:

1. Acciones de **determinación legal** de la filiación (CC art.131 a 134)

- declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado, a petición de cualquier persona con interés legítimo (CC art.131);

- declaración de la filiación matrimonial, faltando posesión de estado, a petición del padre, de la madre o del hijo (CC art.132);

- declaración de filiación no matrimonial, faltando posesión de estado, a petición del hijo (CC art.133).

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el párrafo 1º del art.133 del CC , en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado (TCo 273/2005 ; 52/2006).

2. Acciones de **impugnación** de la filiación legalmente determinada (CC art.136 a 141):

a) Impugnación de **filiación matrimonial**:

- impugnación de la paternidad por el marido (CC art.136); y por el hijo; si el hijo es menor o incapacitado, pueden ejercitar la acción la madre o el Ministerio Fiscal, en interés del hijo (CC art.137);

- impugnación de la maternidad por la mujer, por suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo (CC art.139).

El Tribunal Constitucional ha **declarado inconstitucional** el párrafo 1º del art.136 del CC, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil (TCo 138/200; 156/2005).

b) Impugnación de **filiación no matrimonial** (CC art.140):

- con posesión de estado, por el hijo o progenitor y por los afectados en su calidad de herederos forzosos;

- sin posesión de estado, por aquellos a quien perjudique la filiación impugnada.

c) Impugnación de filiación **matrimonial o no matrimonial**, determinada por reconocimiento, por el que hubiera otorgado el reconocimiento por error, violencia o intimidación (CC art.138 y 141).

3438 **Procedimiento**

(LEC art.753)

Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad siguen los trámites del juicio verbal con demanda ordinaria y contestación escrita, con las particularidades que se indican a continuación.

1. **Demandados**: cuando se pida la determinación de la filiación, la demanda se dirigirá contra las personas, distintas de quien haya interpuesto la demanda, a quienes en esta se atribuya la condición de progenitor o progenitores y de hijo, o contra sus herederos; cuando se impugne la filiación la demanda se dirigirá contra quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, o contra sus herederos (LEC art.766).

2. **Principio de prueba**: con la demanda debe aportarse un principio de prueba de los hechos en que se funde, como requisito de admisibilidad (LEC art.767.1).

3. **Inadmisibilidad** de pretensiones incompatibles con una filiación declarada por sentencia firme: no se admitirán las demandas con pretensiones incompatibles con una filiación declarada por sentencia firme; si el proceso está pendiente, se archivará de plano en cuanto se acredite la existencia de la sentencia firme que declare una filiación incompatible con las pretensiones de la demanda (LEC art.764.2).

4. **Determinación de los hechos**:

- se admiten toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, para la investigación de la paternidad y la maternidad (LEC art.767.2);

- se admiten las presunciones, disponiéndose que «aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo» (LEC art.767.3);

- se atribuye valor indiciario a la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica al disponerse que «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación

reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenido por otros medios» (LEC art.767.4).

3440 5. Medidas cautelares. Medidas que se pueden adoptar:

- en procesos de impugnación de la filiación se pueden adoptar «medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor» (LEC art.768.1);

- en procesos de reclamación de la filiación se puede acordar la prestación de alimentos provisionales a cargo del demandado y medidas de protección personales y patrimoniales (LEC art.768.2).

Procedimiento para la **adopción de las medidas cautelares**;

- como **regla general**, las medidas se adoptan con audiencia previa de las personas que pudieran resultar afectadas, por el procedimiento de la LEC art.734 a 736 (LEC art.768.3, párrafo 1º);

- por **excepción**, es posible la adopción de las medidas «sin más trámites» cuando sea necesario por «razones de urgencia», con comparecencia en los 10 días siguientes y resolución por medio de auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas urgentes adoptadas (LEC art.768.3, párrafo 2º).

4. Procesos matrimoniales y de menores

3442	a.	Proceso matrimonial con oposición	3446
	b.	Medidas provisionales	3458
	c.	Procedimiento consensual	3470
	d.	Proceso de modificación de medidas definitivas	3482

3444 Los procesos matrimoniales y de menores son los que tienen por objeto alguna de las siguientes **pretensiones**:

- demandas de separación y divorcio (LEC art.770);

- demandas de nulidad del matrimonio (LEC art.770);

- otras que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del CC («Del Matrimonio») (LEC art.770);

- demandas sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores (LEC art.769.3 y 770.6ª); y

- demandas de modificación de medidas adoptadas en un proceso anterior (LEC art.775).

Se regulan dos **procedimientos** que pueden servir de cauce a las anteriores pretensiones:

1. **Procedimiento consensual** (LEC art.777). A través de este procedimiento se pueden tramitar:

- las demandas de separación y divorcio (LEC art.777.1);

- las demandas de modificación de medidas (LEC art.777.9); y

- quizá también las demandas sobre guarda y custodia y alimentos de hijos menores, cuando haya acuerdo entre los progenitores.

2. **Proceso matrimonial con oposición** (LEC art.770 a 774). Se seguirá este procedimiento en todos los casos indicados arriba, cuando no haya acuerdo entre los cónyuges o los progenitores.

a. Proceso matrimonial con oposición

3446 Competencia (LEC art.769.1)

1. **Procesos matrimoniales**. Se aplican las siguientes reglas para determinar la competencia territorial:

- como regla, es competente el juzgado de primera instancia del lugar del domicilio conyugal;

- en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado;

- los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante; y

- si tampoco pudiese determinarse así la competencia, corresponderá esta al tribunal del domicilio del actor.

3448 2. Procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos menores. La competencia territorial se determina según las siguientes reglas (LEC art.769.3):

- como regla, es competente el juzgado de primera instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores;
- en el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

Las anteriores reglas de competencia territorial son de carácter imperativo. El tribunal debe **examinar de oficio** su competencia y son nulos los pactos que se opongan a las normas de competencia territorial (LEC art.769.4).

3450 Procedimiento
(LEC art.753 y 770 s.)

Se siguen los **trámites del juicio verbal** con demanda ordinaria y contestación escrita, con las **especialidades** que se indican a continuación:

1. **Demanda.** Pueden formularse en estos procesos

- pretensiones de nulidad separación o divorcio; y
- pretensiones de adopción de medidas definitivas.

En caso de procesos sobre **guarda y custodia y alimentos de hijos menores**, solo pretensiones de adopción de medidas relativas a estas cuestiones.

Deben acompañarse a la demanda los siguientes **documentos**:

- a) Certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil.
- b) Los documentos en que el cónyuge funde su derecho (sobre procedencia de la separación o divorcio).
- c) Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales (LEC art.770.1ª).

3452 2. La reconversión solo se admite

- cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio;
- cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio;
- cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación; y
- cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio (LEC art.770.2ª).

3454 3. La asistencia a la vista es obligatoria para los cónyuges y sus abogados. La incomparecencia injustificada de alguno de los cónyuges «podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial» (LEC art.770.3ª).

4. Las **pruebas** que no puedan practicarse en la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de 30 días. Durante dicho plazo, el tribunal podrá acordar de oficio:

- a) Las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio.
- b) Las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados.
- c) Audiencia de los hijos menores o incapacitados, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años; esta audiencia de los hijos menores solamente se acordará si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesaria de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor.

Por otro lado, en las exploraciones de menores se debe garantizar por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario (LEC art.770.4ª).

5. En cualquier momento, a solicitud de las partes el proceso puede continuar por los cauces del **procedimiento consensual** del art.777 de la LEC , si se cumplen los requisitos exigidos en dicho precepto (LEC art.770.5ª).

Si las partes lo solicitan de común acuerdo el proceso se suspenderá para **someter el litigio a mediación** (LEC art.770.7ª).

3456 6. La **sentencia debe resolver** (LEC art.774.3 y 4):

- sobre la nulidad, separación o divorcio; y
- sobre las medidas definitivas.

7. Los **recursos** que se interpongan frente a la sentencia (LEC art.774.5):

- no suspenden la eficacia de las medidas definitivas; y
- si solo se recurre frente a las medidas, se declara la firmeza del pronunciamiento sobre nulidad, separación o divorcio.

8. La **ejecución de los pronunciamientos** de la sentencia relativos a las medidas definitivas se lleva a cabo conforme a las normas generales de la LEC en materia de ejecución forzosa, contenidas en el Libro III, con las siguientes **especialidades**:

a) Se pueden imponer multas coercitivas para el cónyuge que incumpla de manera reiterada sus obligaciones de pago de cantidad (LEC art.776.1ª).

b) Se pueden mantener indefinidamente las multas coercitivas en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no operando el plazo máximo de un año previsto en el art.709 de la LEC (LEC art.776.2ª).

c) Posible modificación de régimen de guarda y visitas, cuando sea incumplido de manera reiterada por parte de cualquiera de los progenitores (LEC art.776.3ª).

d) Se contempla la posibilidad de que la ejecución se extienda a la reclamación de gastos extraordinarios no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales. Cuando así se pretenda, se deberá pedir la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de «gasto extraordinario», solicitud sobre la que el tribunal decidirá por medio de auto tras la celebración de una vista. Hecha la declaración solicitada se podrá solicitar el despacho de la ejecución LEC (LEC art.776.4ª).

b. Medidas provisionales

3458	Medidas provisionales previas a la demanda	3462
	Medidas provisionales en trámite de admisión de la demanda	3464
	Medidas provisionales solicitadas por el demandado	3466

3462 **Medidas provisionales previas a la demanda**
(LEC art.771)

La adopción de medidas provisionales previstas en los art.102 y 103 del Código civil con carácter previo a la demanda se lleva a cabo con arreglo al siguiente procedimiento:

1. **Solicitud** del cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio; no requiere abogado ni procurador (LEC art.771.1).

2. **Adopción inmediata**, si la urgencia del caso lo requiere, de las medidas urgentes del CC art.102 (cese de la convivencia y revocación de consentimientos y poderes) y de las medidas relativas a guarda y custodia de los hijos y uso de la vivienda familiar (LEC art.771.2, párrafo 2º).

3. Citación a una **comparecencia** a los cónyuges y, si hubiera **hijos menores o incapacitados**, al Ministerio Fiscal (LEC art.771.2). Se debe advertir de que la inasistencia injustificada de alguno de los cónyuges puede determinar admisión de los hechos alegados por el cónyuge asistente sobre medidas patrimoniales (LEC art.771.3, párrafo 2º).

4. **Comparecencia**, en la que puede ocurrir:

- que haya acuerdo de los cónyuges y lo apruebe el tribunal;
- si no hay acuerdo o no se aprueba, se oyen las alegaciones de las partes y se practican las pruebas admitidas y las que el tribunal acuerde de oficio (LEC art.771.3, párrafo 1º).

5. Acto para la **práctica de la prueba** que no se hubiera podido realizar en la comparecencia, que deberá celebrarse en los 10 días siguientes (LEC art.771.3, párrafo 1º).

6. **Resolución** sobre las medidas provisionales mediante auto no recurrible (LEC art.771.4).

7. Las **medidas** quedan **sin efecto** cuando no se presenta la demanda en los 30 días siguientes a su adopción (LEC art.771.5).

3464 **Medidas provisionales en trámite de admisión de la demanda**

Es preciso distinguir:

1. Si se acordaron **medidas previas** a la demanda:

- las actuaciones sobre medidas previas se unen a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio (LEC art.772.1); y
- el tribunal puede completar o modificar de oficio las medidas adoptadas; no cabe modificación a instancia de parte; la modificación se acuerda por medio de auto irrecurrible, previa comparecencia con idénticos trámites que en el caso de las medidas previas (LEC art.772.2).

2. Si **no** se acordaron **medidas previas**:

- el demandante puede solicitar medidas provisionales en la demanda (LEC art.773.1);
- las partes pueden someter al tribunal el acuerdo a que hubieran llegado sobre medidas provisionales (LEC art.773.1);
- el juez debe adoptar de oficio las medidas que procedan conforme al CC art.103 , si no se hubieran solicitado (LEC art.773.2);
- en cualquiera de los casos, antes de decidir mediante auto irrecurrible, se convoca comparecencia con idénticos trámites que para las medidas previas (LEC art.773.3).

3466 Medidas provisionales solicitadas por el demandado
(LEC art.773.4)

La adopción de medidas provisionales a instancia del demandado está sujeta a las siguientes reglas:

1. Solo proceden cuando no se hubieran acordado medidas previas y el actor no hubiera solicitado medidas en la demanda (LEC art.773.4, párrafo 1º).
2. El demandado las pide en la contestación (LEC art.773.4, párrafo 1º).
3. La solicitud se sustancia:
 - en la vista principal, cuando esta se señale dentro de los 10 días siguientes a la contestación; se decide mediante auto, cuando la sentencia no pueda dictarse inmediatamente después de la vista (LEC art.773.4, párrafo 1º); o
 - en comparecencia (idéntica a la de medidas previas), si la vista principal no puede señalarse dentro de los 10 días siguientes a la contestación (LEC art.773.4, párrafo 2º).

3468 Duración de las medidas provisionales
(LEC art.773.5)

Se mantienen hasta:

- que sean sustituidas por las definitivas que acuerde la sentencia; o bien
- que se ponga fin al procedimiento de otro modo.

c. Procedimiento consensual

3470	Competencia	3472
	Procedimiento	3474

3472 Competencia

La competencia para conocer del procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo corresponde al juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes (LEC art.769.2).

Cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, la decisión sobre el convenio regulador y la declaración de la separación o el divorcio corresponde al letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional (LEC art.777.10).

3474 Procedimiento

En el procedimiento consensual **se puede pedir**:

- la separación o el divorcio (LEC art.777.1);

- la modificación del convenio regulador o de las medidas definitivas (LEC art.777.9 y 775.2);
- quizá también, pretensiones sobre guarda y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales;
- no pueden ser objeto de este proceso pretensiones de nulidad del matrimonio.

La **solicitud** ha de presentarse de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (LEC art.777.1). Deben **acompañarse** los siguientes **documentos**:

1. Certificaciones de la inscripción de matrimonio y las de nacimiento de los hijos.
2. Documentos relativos a la causa de separación o divorcio.
3. Propuesta de convenio regulador (ajustada a lo dispuesto en CC art.90).
4. Acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar, en su caso (LEC art.777.2).

En la misma solicitud se hará la **proposición de pruebas** sobre procedencia de la separación y el divorcio y sobre procedencia de aprobar el convenio regulador (LEC art.777.2 i.f.).

Para la presentación de la petición se requiere **abogado y procurador**, pero ambos cónyuges pueden valerse de una sola defensa y representación. En este caso se aplican las siguientes reglas:

- cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el tribunal, se requerirá a las partes a fin de que en el plazo de 5 días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación; y
- cuando una de las partes pida la ejecución judicial del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el tribunal, se requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente (LEC art.750.2).

Tras la presentación de la solicitud se **cita a los cónyuges** para que se ratifiquen por separado, personalmente o mediante representante con poder especial (en los 3 días siguientes a la admisión de la petición); si alguno de los cónyuges no se ratifica, se archivan las actuaciones (LEC art.777.3).

3476 Pruebas, informes y audiencias. Tras la ratificación, se abre un **plazo** de 10 días cuando sea necesario para:

1. Completar la documentación, si la aportada con la petición fuera insuficiente (LEC art.777.4).
2. Práctica de las pruebas propuestas por los cónyuges (LEC art.777.4).
3. Práctica de la prueba acordada de oficio por el juez sobre la procedencia de la separación o divorcio y sobre la procedencia de aprobar el convenio regulador (LEC art.777.4).
4. Informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos (LEC art.777.5).
5. Audiencia de los hijos, si tuvieren suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Las dos últimas actuaciones se practican en el plazo de 5 días, si no se abrió el de 10 días para completar documentos y practicar pruebas (LEC art.777.5).

3478 La **sentencia** debe pronunciarse sobre los siguientes puntos:

- si concede o deniega la separación o el divorcio;
- si aprueba o no aprueba, en todo o en parte, el convenio regulador (LEC art.777.6); el criterio al que debe atender el tribunal es que el convenio no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (CC art.90).

Si la sentencia no aprueba el convenio, en todo o en parte, se concede a los cónyuges un plazo de 10 días para presentar **nuevo convenio**; transcurrido el plazo, el tribunal decide por medio de auto (LEC art.777.7).

En cuanto a los **recursos**, son apelables:

- la sentencia que deniegue la separación o el divorcio;
- el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges; la apelación contra este auto no suspende la eficacia de las medidas acordadas, ni afecta a la firmeza de la sentencia de separación o divorcio (LEC art.777.8, párrafo 1º).

La resolución que apruebe en su totalidad la propuesta de convenio solo puede ser apelada por el Ministerio Fiscal en interés de los hijos menores o incapacitados (LEC art.777.8, párrafo 2º).

3480 Cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, la decisión sobre el convenio regulador y la declaración de la separación o el divorcio corresponden al **letrado de la Administración de Justicia** del órgano jurisdiccional competente.

El letrado de la Administración de Justicia resuelve mediante **decreto**, que se dicta inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges:

- si aprueba el convenio, en la misma resolución declarará la separación o divorcio de los cónyuges;
- si considerase que alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento.

El decreto que pone **fin al procedimiento** sin aprobación del convenio no es recurrible, pero los cónyuges pueden acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (LEC art.777.10).

d. Proceso de modificación de medidas definitivas

3482	Objeto	3484
	Legitimación	3486
	Procedimientos	3488

3484 Objeto

El proceso de modificación de medidas definitivas tiene por objeto las **pretensiones** siguientes:

1. Modificación de medidas definitivas adoptadas en un proceso matrimonial con oposición;
2. Modificación de medidas acordadas en proceso matrimonial consensual; y
3. Modificación de medidas sobre guarda y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales.

La causa de pedir de estas pretensiones ha de ser una **variación sustancial** de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la adopción de las medidas cuya modificación se solicita (LEC art.775.1).

3486 Legitimación

Pueden solicitar la modificación de las medidas definitivas:

- los cónyuges (o ex cónyuges);
- el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados, solo respecto de las medidas que afecten a estos.

3488 Procedimientos

Las pretensiones de modificación de las medidas definitivas se pueden sustanciar por el procedimiento:

1. **Consensual** (LEC art.777) Si la modificación se pide por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, acompañando propuesta de convenio regulador (LEC art.775.2).
2. **Con oposición** (LEC art.770) Cuando no exista acuerdo entre los cónyuges para la modificación pretendida (LEC art.775.2).

Se puede solicitar la **modificación provisional de las medidas** en la demanda o en la contestación del proceso principal de modificación de medidas (LEC art.775.3).

La petición de modificación provisional se tramita según lo previsto en la LEC art.773 para la adopción de medidas provisionales solicitadas en la demanda o en la contestación a la demanda.

5. Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado

3490 Las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente (CC art.80). Este precepto responde a lo dispuesto en el VI del Acuerdo del Estado español con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3-1-1979.

El **procedimiento** para obtener la declaración de eficacia civil a que se refiere el CC art.80 varía en función de que se pida o no la adopción o modificación de medidas:

1. Si **no se pide adopción o modificación de medidas**, se da audiencia por 10 días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y se resuelve por medio de auto (LEC art.778.1). La resolución deberá valorar el ajuste de la decisión del tribunal eclesiástico al derecho del Estado. El art.80 del Código Civil concreta esta valoración en la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el LEC/1881 art.954 . Derogado este último precepto por la L 29/2015 , de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, se ha de entender que el control del ajuste al

derecho del Estado ha de realizarse de acuerdo con lo dispuesto en los art.46 y 48 de dicha Ley, verificando que no se da ninguna de las causas de denegación del reconocimiento previstas en el primero y respetando la prohibición de la revisión de fondo establecida por el segundo.

2. Si con la solicitud de eficacia civil **se pide también adopción o modificación de medidas**, se siguen los trámites del proceso matrimonial con oposición del art.770 de la LEC o del proceso matrimonial consensual del art.777 de la LEC, según que la adopción o modificación de las medidas se pida o no previo acuerdo y con propuesta de convenio regulador (LEC art.778.2).

6. Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos

3492 Entre las medidas de protección específicas para menores con problemas de conducta que estén en situación de guarda o tutela de entidades públicas (LO 1/199, de Protección Jurídica del Menor), se contempla el ingreso del menor en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales. Esta medida está reservada para casos de **menores diagnosticados** con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros.

Como regla, el ingreso ha de ser autorizado con carácter previo por el juez a instancia de la entidad pública, que ostente la tutela o guarda del menor o del Ministerio Fiscal. No obstante, por **razones de urgencia** puede adoptarse la medida inmediatamente, comunicándose por la entidad pública o el Ministerio Fiscal al juez, quien debe decidir sobre la ratificación o alzamiento de la medida. Autorizado o ratificado el ingreso, el mantenimiento de la medida debe ser revisado periódicamente (LEC art.778 bis).

7. Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores

3494 Cuando sea necesario entrar en un domicilio, o en otro lugar cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por una entidad pública para la protección de un menor, la entidad debe solicitar autorización judicial.

La solicitud se dirigirá por escrito al juzgado de primera instancia del lugar en que radique la Entidad solicitante. Como **regla general**, antes de resolver se oír al titular u ocupante del domicilio o edificio sobre la procedencia de conceder la autorización. **Excepcionalmente**, si concurren razones de urgencia para acordar la entrada, bien porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor, o bien porque exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales, el juez podrá acordarla mediante auto dictado de forma inmediata, sin previa audiencia del titular u ocupante.

Una vez autorizada, la entrada en el domicilio será practicada por el letrado de la Administración de Justicia con auxilio de la **fuerza pública**, si fuera preciso, y siendo acompañado de la entidad pública solicitante (LEC art.778 ter).

8. Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional

3496 Cuando respecto de un menor que se encuentre en España se suscite una pretensión de restitución o de retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito, y la pretensión se base en un convenio internacional o en las disposiciones de la UE, se seguirá el procedimiento regulado en la LEC art.778 quáter y art.778 quinquies .

Es un proceso jurisdiccional contencioso especialmente acelerado, disponiéndose que su **duración total** incluyendo las dos instancias no puede exceder de 6 semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud (LEC art.778 quáter.5).

La **competencia** corresponde al juzgado de primera instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor a quien se refiera la pretensión (LEC art.778 quáter.2).

3498 Procedimiento

La demanda se puede presentar por la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de esta, la persona que designe dicha autoridad (LEC art.778 quáter.3).

Al **admitir la demanda**, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a la persona a quien se impute la sustracción o retención ilícita del menor para que comparezca con el menor y manifieste si accede a su restitución o

retorno, o se opone a ello por alguna de las causas previstas en el convenio o norma internacional aplicable (LEC art.778 quinquies.2). Si el requerido compareciere y accediere a la restitución del menor o a su retorno al lugar de procedencia el juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la restitución o el retorno del menor (LEC art.778 quinquies.4). Si el requerido no comparece o lo hace y formula oposición se celebra una vista, a la que son citadas las partes y el Ministerio Fiscal y en la que se practicarán las pruebas que procedan (LEC art.778 quinquies.7). El juez, en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo (LEC art.778 quinquies.8).

Tras la vista, el juez **dictará sentencia** en la que se pronunciará sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia. La sentencia es apelable, con efectos suspensivos, tramitándose el recurso con especial celeridad, conforme a las previsiones del art.778 quinquies.11 de la LEC.

Se prevé también que en cualquier momento, ambas partes puedan solicitar la **suspensión del proceso**, para someterse a mediación (LEC art.778 quinquies.12).

Cuando se trate de **menores con residencia habitual en España** que hayan sido objeto de un traslado o retención ilícito fuera de España, se prevé la posibilidad de solicitar al juez español competente que dicte una resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos (LEC art.778 sexies).

9. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

3500 Las entidades públicas encargadas de la protección de los menores, cuando aprecian que un menor se encuentra en situación de desamparo, deben asumir la **tutela del menor**, con suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria y someter al menor a un régimen de protección que puede ser el acogimiento familiar o el acogimiento residencial (CC art.172 a 174). Las resoluciones de las citadas entidades en que se acuerdan estas medidas respecto a los menores en situación de desamparo «serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa» (CC art.172.6).

La **competencia** para conocer de las pretensiones de oposición a las resoluciones de las entidades de protección de menores corresponde al Juzgado de primera instancia del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto o en los supuestos del CC art.179 y 180 , al tribunal del domicilio del adoptante (LEC art.779).

3502 Procedimiento

La oposición a las resoluciones de las entidades de protección de menores se acomoda a las siguientes **reglas**:

1. No es necesaria reclamación administrativa previa (CC art.780.1 ; LEC art.172.6).
2. El plazo para formular la oposición es de 2 meses, desde la notificación de la resolución administrativa (LEC art.780.1).
3. Están legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores:
 - los menores afectados;
 - los progenitores, tutores, acogedores, guardadores;
 - el Ministerio Fiscal; y
 - aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación.
4. Los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso.
5. El procedimiento se promueve mediante un escrito inicial expresando sucintamente la pretensión y la resolución respecto de la que se formula la oposición (LEC art.780.2).
6. El letrado de la Administración de Justicia reclama el expediente a la entidad protectora, que deberá remitirlo al tribunal en el plazo de 20 días (LEC art.780.3).
7. Recibido el expediente, se da vista al actor, quien debe presentar la demanda en el plazo de 20 días (LEC art.780.4).
8. Presentada la demanda, se sigue la tramitación del art.753 de la LEC (juicio verbal con contestación escrita).
9. Los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tienen carácter preferente (LEC art.779, párrafo 1º).
10. Cuando se tenga conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, se acordará, incluso de oficio, la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo, conforme a lo previsto en el art.780.5 de la LEC .

3504 En los expedientes de adopción es necesario, como regla, que presten asentimiento a la adopción los padres del adoptando (CC art.177.2.2º). Excepcionalmente, se **prescinde de este asentimiento** cuando:

1. Los padres estuvieran **privados de la patria potestad** por sentencia firme.
2. Los padres se encuentren **imposibilitados para prestar el asentimiento**, imposibilidad que debe apreciarse motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.
3. Los padres, aunque no privados de la patria potestad por sentencia firme, se encuentren **incursos en causa legal** de privación de la patria potestad (esta situación solo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio).

A los padres, no privados de la patria potestad, cuyo **asentimiento no sea necesario**, se les cita en el expediente solo para ser oídos (CC art.177.3.1º). Estos padres pueden pretender que no basta la mera citación «para ser oídos», sino que es necesario su «asentimiento». Esta es la pretensión del procedimiento que nos ocupa.

3506 Procedimiento

Comprende las siguientes **actuaciones**:

1. Comparecencia de los padres ante el juez que conoce del expediente de adopción para manifestar que consideran necesario su asentimiento (LEC art.781.1).
2. Suspensión del expediente de adopción (LEC art.781.1).
3. Emplazamiento por 15 días para la presentación de la demanda (LEC art.781.1).
4. Si se presenta la demanda, se dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y se acordará la tramitación de la demanda como juicio verbal con contestación escrita conforme al art.753 de la LEC (LEC art.781.1).
5. Si no se presenta la demanda dentro del plazo señalado, el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto dando por finalizado el procedimiento y alzando la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria; el decreto es directamente recurrible en revisión ante el tribunal y, una vez firme, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento (LEC art.781.2).

O. Procesos de división de patrimonios

3508	1. Proceso de división de la herencia	3510
	2. Intervención judicial del caudal hereditario	3523
	3. Régimen de la administración del caudal hereditario	3530
	4. Procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial	3532
	5. Particularidades en caso de liquidación de un régimen de participación	3536

1. Proceso de división de la herencia

3510	Objeto y sujetos	3512
	Solicitud	3514
	Convocatoria de la junta para designar contador y peritos	3516
	Aprobación de las operaciones divisorias	3520

3512 Objeto y sujetos

El objeto de este proceso es la acción que la legislación civil concede a todo coheredero para pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia (CC art.1052).

La **competencia** objetiva para conocer del proceso de división judicial de la herencia corresponde a los juzgados de primera instancia.

En cuanto a la **competencia territorial**, se atribuye al juzgado del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante (LEC art.52.1.4º). Es una norma de carácter imperativo, que excluye la

sumisión expresa o tácita y que impone al tribunal la vigilancia de oficio de su propia competencia territorial (LEC art.54.1 y 58).

Son **parte en el procedimiento** de división de la herencia los coherederos, los legatarios de parte alícuota y el cónyuge sobreviviente.

Ni los acreedores del causante, ni los de los coherederos pueden instar la división de la herencia, si bien la LEC concede a los acreedores ciertas facultades para la defensa de sus derechos.

3514 Solicitud

La puede formular cualquier coheredero o legatario de parte alícuota y deberá acompañarse:

- el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate; y
- el documento que acredite la condición de heredero o legatario del solicitante (testamento o declaración de herederos) (LEC art.782.1 y 2).

Si al formular la solicitud de división judicial de la herencia se pide también la **intervención del caudal hereditario**, se practicarán las actuaciones previstas en los art.792 y siguientes y solo después de practicadas estas actuaciones se convocará la junta para designar contador y peritos.

3516 Convocatoria de la junta para designar contador y peritos

La junta se debe celebrar dentro de los 10 días siguientes a la convocatoria y serán convocados los herederos, los legatarios de parte alícuota y el cónyuge sobreviviente (LEC art.783.2). También se convocará al Ministerio Fiscal cuando alguno de los sujetos anteriores sea menor de edad o incapacitado y no tenga representante legal o cuando alguno de ellos se encuentre ausente y se ignore su paradero (LEC art.783.4).

Los **acreedores de los coherederos** serán convocados a la junta cuando estuvieren personados en el procedimiento (LEC art.782.5 y 783.5).

En la junta, que será presidida por el letrado de la Administración de Justicia, se intentará primero que las partes y acreedores que concurran se pongan de acuerdo sobre el **nombramiento de un contador** que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el **nombramiento del perito** o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes (LEC art.784.1 y 2). Si los asistentes no llegaran a un acuerdo, el contador y los peritos se designarán por sorteo (LEC art.784.3).

Aceptados los cargos de contador y peritos, se entregarán los autos al primero y se pondrán a disposición de este y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para realizar las operaciones divisorias (LEC art.785.1).

3518 Entre las obligaciones del contador y de los peritos están:

- practicar el inventario, cuando este no hubiere sido hecho (lo hará el contador);
- el avalúo de los bienes (los peritos); y
- la liquidación y la división del caudal hereditario (nuevamente el contador).

El **resultado de las operaciones** divisorias se plasma en un escrito que debe presentar el contador al tribunal con el contenido siguiente:

1. La relación de los bienes que formen el caudal partible.
2. El avalúo de los comprendidos en esa relación.
3. La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes (LEC art.786.2).

3520 Aprobación de las operaciones divisorias

Del escrito presentado por el contador expresando el resultado de las operaciones divisorias se da traslado a las partes, emplazándolas por 10 días para que formulen oposición (LEC art.787.1). A partir de aquí, hay que distinguir:

1. Las **partes no se oponen o expresan su conformidad** con las operaciones divisorias.

El letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas (LEC art.787.2). Realizado esto, se procede a la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero conforme a lo dispuesto en el art.788 de la LEC.

2. **Alguna de las partes formula oposición** a las operaciones divisorias.

La oposición debe formularse por escrito, expresando los puntos de las operaciones divisorias a que se refiere y las razones en que se funda (LEC art.787.1, párrafo 2º). Presentado el escrito de oposición, el letrado de la Administración de Justicia convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el tribunal, que se celebrará dentro de los 10 días siguientes (LEC art.787.3). Si en la comparecencia se alcanzare la conformidad de todos los

interesados respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas, que serán aprobadas por el tribunal (LEC art.787.4).

Si no hubiere conformidad, el tribunal oír a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. El tribunal resolverá mediante sentencia y se procederá a la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero, según lo resuelto en aquella. No obstante, la sentencia no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (LEC art.787.5).

Aprobadas definitivamente las particiones, se procederá a entregar a los herederos los bienes que en ellas le hayan sido adjudicados y los títulos de propiedad, se protocolizarán las operaciones divisorias, y se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos (LEC art.788.1 y 2).

3522 Terminación del proceso por acuerdo entre los coherederos (LEC art.789)

En cualquier estado del juicio, los interesados pueden separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes y cuando lo soliciten de común acuerdo, el letrado de la Administración de Justicia debe sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos.

2. Intervención judicial del caudal hereditario

3523 La intervención del caudal hereditario comprende un conjunto de actuaciones cuya **finalidad** es conservar los bienes de la herencia, en interés de los herederos o de las personas que puedan llegar a serlo, o en interés de los acreedores del causante.

3526 Supuestos en los que procede la intervención judicial de la herencia

Son según la LEC, los siguientes:

1. **Acordada de oficio.** Procede cuando el tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes o cónyuge del finado o persona que se halle en una situación de hecho asimilable, ni de colaterales dentro del cuarto grado, o cuando estas personas estuvieren ausentes o alguna de ellas sea menor de edad o tenga capacidad modificada judicialmente y no tenga representante legal (LEC art.790.1).

2. **A instancia de los acreedores de la herencia.** La LEC permite solicitar la intervención del caudal hereditario a los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y a los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo (LEC art.792.2). Estos acreedores pueden, además, oponerse a que cese la intervención judicial (sea cual fuere la vía por la que se hubiera acordado) hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (LEC art.796.3).

3. **Durante la tramitación de la declaración de herederos.** En los casos de sucesión intestada, la intervención del caudal hereditario puede ser solicitada por el cónyuge o cualquiera de los parientes que se crea con derecho a la sucesión, siempre que acrediten haber promovido la declaración de herederos abintestato ante Notario (LEC art.792.1.1º). La intervención cesará cuando se efectúe la declaración de herederos, a no ser que alguno de ellos pida la división judicial de la herencia, en cuyo caso podrá subsistir la intervención, si así se solicita, hasta que se haga entrega a cada heredero de los bienes que les hayan sido adjudicados (LEC art.796.1).

4. **Durante la tramitación de la división de la herencia.** Si no se hubiera acordado antes, también podrá pedir la intervención judicial de la herencia el coheredero o legatario de parte alícuota que promueva el procedimiento de división, salvo que la intervención hubiera sido expresamente prohibida por disposición testamentaria (LEC art.783.1 y 792.1.2º). En este caso, la intervención durará, como regla, hasta que se adjudiquen los bienes a los coherederos (LEC art.796.1).

5. **A instancia de la Administración Pública** que haya iniciado un procedimiento para su declaración como heredero abintestato (LEC art.792.1.3º).

3528 Contenido de la intervención judicial

La intervención judicial del caudal hereditario comprende las siguientes actuaciones:

1. **Aseguramiento de los bienes de la herencia.** Se trata de actuaciones urgentes, cuya finalidad es evitar que los bienes de la herencia desaparezcan y, al mismo tiempo, preparar la formación del inventario (LEC art.790.1, 791.2 y 793.1).

2. **Formación del inventario.** La formación del inventario se produce en una comparecencia que se celebra ante el letrado de la Administración de Justicia (LEC art.794.3). El inventario se hará mediante acuerdo de los asistentes. Si se suscita controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario se citará a los interesados a una vista y continuará la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (LEC art.794.4).

El inventario deberá contener la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren y ajustarse, en su caso, a las reglas especiales que se hubieran establecido por disposición testamentaria para el inventario de los bienes de la herencia (LEC art.794.1 y 2).

3. **Resolución sobre la administración, custodia y conservación del caudal hereditario.** Hecho el inventario, el tribunal decidirá, por medio de auto, lo que según las circunstancias corresponda sobre la administración del caudal, su custodia y conservación. En relación con estas cuestiones, se debe respetar, en su caso, lo que hubiese dispuesto el testador (LEC art.795).

4. **Actuaciones en caso de procedimiento administrativo para la declaración de heredero abintestato de la Administración.** Cuando resulte haber fallecido el causante sin testar y sin parientes llamados por la ley a la sucesión, el tribunal ordenará de oficio la comunicación a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración de heredero abintestato a favor del Estado. Cuando se comunique al Tribunal que la Administración General del Estado o la Administración de una comunidad autónoma ha iniciado un procedimiento para su declaración como heredero abintestato, se acordará que recaiga sobre dicha administración la designación para la administración de los bienes (LEC art.791.3).

3. Régimen de la administración del caudal hereditario

3530 Al administrador le corresponde la representación de la herencia; mientras no haya sido aceptada por los herederos (durante la tramitación de la declaración de herederos, por ejemplo), el administrador representa a la herencia en todos los pleitos que se promuevan; una vez aceptada la herencia, la representación del administrador se limita a lo que se refiere directamente a la administración del caudal, su custodia y conservación (LEC art.798).

Aparte de la representación, en los términos señalados, la **obligación principal del administrador** es conservar sin menoscabo los bienes de la herencia, y procurar que den las rentas, productos o utilidades que corresponda (LEC art.801.1).

Como **regla general**, el administrador no puede enajenar ni gravar los bienes inventariados. No obstante, la LEC permite la venta de ciertos bienes que deberá acordarse por el tribunal a propuesta del administrador y previa audiencia de los interesados (LEC art.803).

El administrador debe **rendir cuentas periódicamente**, en los plazos que el tribunal señale (LEC art.799), y presentar una rendición final de cuentas cuando cese en el desempeño de su cargo (LEC art.800).

4. Procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial

3532 El procedimiento se aplica a la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones (LEC art.806).

Se atribuye la **competencia** al juzgado de primera instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil (LEC art.807).

3534 Procedimiento

La LEC divide el procedimiento liquidatorio en dos **fases**:

1. **Inventario.** El inventario se puede solicitar antes de que se haya dictado la resolución judicial que acuerde la disolución del régimen matrimonial (LEC art.808.1).

La solicitud de inventario se puede formular por cualquiera de los cónyuges y deberá acompañarse de una propuesta en que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil (LEC art.808.2).

El inventario se formará en una **comparecencia** a la que serán citados los cónyuges y que puede tener los siguientes resultados:

a) **Comparecen los dos cónyuges y llegan a un acuerdo** sobre el inventario. En este caso, el acuerdo alcanzado se consigna en acta y se da por finalizado el acto (LEC art.809.1, párrafo 3º).

b) **Alguno de los cónyuges no comparece**, sin mediar causa justificada. Al cónyuge que no haya comparecido se le tiene por conforme con la propuesta de inventario que formule el que sí haya comparecido. Esta propuesta se consigna en el acta y finaliza la comparecencia (LEC art.809.1, párrafo 3º).

c) **Comparecen los dos cónyuges y se suscita controversia** sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas. En este caso, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. El tribunal resolverá en la sentencia sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (LEC art.809.2).

3535 2. **Liquidación**. La liquidación solo puede solicitarse, previa conclusión del inventario, una vez que sea firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial (LEC art.810.1).

La solicitud podrá efectuarse por cualquiera de los cónyuges, acompañando una propuesta de liquidación. Igual que el inventario, la liquidación se sustancia en una **comparecencia** ante el letrado de la Administración de Justicia cuyos resultados pueden ser los siguientes:

a) Los **cónyuges llegan a un acuerdo** sobre la liquidación: se consigna en el acta el acuerdo alcanzado y se da por concluido el acto (LEC art.810.4).

b) **Alguno de los cónyuges no comparece**, sin mediar causa justificada: al cónyuge que no comparezca se le tiene por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. Esta propuesta se consigna en el acta y termina la comparecencia (LEC art.810.4).

c) **Comparecen ambos cónyuges y no llegan a un acuerdo** sobre la liquidación: sigue la comparecencia para la designación de contador y peritos y, a partir de aquí, continúa la tramitación como en el procedimiento de división judicial de la herencia (LEC art.810.5).

5. Particularidades en caso de liquidación de un régimen de participación

3536 Para la liquidación del régimen económico matrimonial de participación el art.811 de la LEC establece un **procedimiento** con las siguientes particularidades:

1. No se efectúa **inventario**; se solicita directamente la liquidación una vez disuelto el régimen de participación.

2. El cónyuge que solicite la liquidación debe presentar propuesta consistente en una estimación del **patrimonio inicial y final** de cada cónyuge, expresando la cantidad resultante a pagar por el cónyuge que haya experimentado un mayor incremento patrimonial.

3. Se cita a los cónyuges a una comparecencia, que puede tener los siguientes **resultados**:

a) Los **cónyuges llegan a un acuerdo** sobre la liquidación: se consigna en el acta el acuerdo alcanzado y se da por concluido el acto (LEC art.811.4).

b) Alguno de los cónyuges **no comparece**, sin mediar causa justificada: al cónyuge que no comparezca se le tiene por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. Esta propuesta se consigna en el acta y termina la comparecencia (LEC art.811.4).

c) Cuando **asisten** a la comparecencia ambos cónyuges y **no llegan a un acuerdo**, se cita a los cónyuges a una vista, y continúa la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (LEC art.811.5).

P. Proceso monitorio y juicio cambiario

3538	1. Proceso monitorio	3540
	2. Juicio cambiario	3562

1. Proceso monitorio

3540	Concepto y finalidad del proceso monitorio. La técnica monitoria	3542
	Ámbito de aplicación	3544
	Competencia	3548
	Petición inicial, trámite de admisión y requerimiento de pago	3550
	Posibles conductas del deudor	3554

3542 Concepto y finalidad del proceso monitorio. La técnica monitoria

Los procesos monitorio y cambiario son procedimientos declarativos especiales establecidos para la tutela del crédito. En concreto, el proceso monitorio puede definirse como aquel cauce procesal que permite el cobro rápido de créditos no impugnados, esto es, en aquellos casos en el deudor permanezca inactivo y no se oponga a la reclamación. Se trata, por tanto, de un proceso especial de declaración, que tiene como finalidad la rápida obtención de un título ejecutivo, mediante el recurso a la denominada técnica monitoria.

Teniendo en cuenta la experiencia de que muchos de los procesos civiles se desarrollan sin la participación del demandado (que realmente no discute la deuda, sino que simplemente no paga), el **proceso monitorio** permite obtener al acreedor, ante la ausencia de oposición del deudor, un título ejecutivo de manera sencilla y rápida, que le permita acceder a la ejecución y cobrar su crédito. Y para ello se utiliza la técnica monitoria, invirtiendo la iniciativa en la instauración de la contradicción, que se traslada al demandado. Es decir, en vez de seguir la tramitación, más larga y compleja, de un proceso declarativo ordinario, con trámites simétricos de alegación y prueba para demandante y demandado, el letrado de la Administración de Justicia, a instancia del acreedor y sin audiencia del deudor, emite un requerimiento de pago, y si el deudor no paga ni se opone en plazo, el requerimiento adquiere fuerza ejecutiva.

En cambio, la **oposición del deudor** al requerimiento de pago introduce la contradicción en el proceso, de manera que la deuda pasa a ser controvertida y deberá resolverse sobre la misma por el procedimiento declarativo ordinario que corresponda. Puede objetarse que antes del inicio del proceso no se sabe si el deudor discutirá o no el crédito, pero precisamente la técnica monitoria sirve para discernir en una fase procesal temprana si el crédito reclamado es controvertido o no. Es asimismo característica propia de la técnica monitoria que la falta de oposición del deudor no solo abre la vía de la ejecución, sino que también conlleva la resolución definitiva sobre el crédito reclamado (cosa juzgada), sobre el que no podrá volver a discutirse posteriormente.

En definitiva, con el proceso monitorio se ofrece un cauce procesal adecuado para reclamar los créditos no impugnados, especialmente útil para particulares y pequeños empresarios, que pueden preferir renunciar al cobro de sus deudas o llegar a un acuerdo extrajudicial desfavorable, antes que reclamarlas por medio de un largo y costoso proceso declarativo ordinario.

Analizamos a continuación la regulación del proceso monitorio, contenida en los art.812 a 818 de la LEC. Pero ha de recordarse que el proceso monitorio de la LEC **coexiste** en nuestro ordenamiento procesal civil con **otros procesos monitorios**, como el procedimiento monitorio para reclamar deudas de las comunidades de propietarios del art.21 de la LPH, que puede considerarse como una especialidad del anterior; o el proceso monitorio europeo, con ámbito de aplicación (asuntos transfronterizos) y características (sin acreditación documental) distintos (establecido por el Rgto UE/1896/2006 , y cuyas normas de tramitación en España se contienen en la LEC disp.final 23ª).

3544 Ámbito de aplicación

Pueden reclamarse a través del proceso monitorio deudas dinerarias de cualquier importe, líquidas, determinadas, vencidas y exigibles, acreditadas por medio de alguna de las clases de documentos que el propio precepto prevé (LEC art.812).

En primer lugar, debe de tratarse de **deudas dinerarias líquidas y determinadas**. La deuda dineraria puede tener tanto origen contractual como extracontractual (son extracontractuales, por ejemplo, las deudas por gastos comunes de las comunidades de propietarios de inmuebles urbanos, expresamente previstas en el art.812.2.2º), aunque por lo general se tratará de deudas contractuales, pues las extracontractuales normalmente no cumplirán el requisito de la liquidez. La exigencia de que se trate de una deuda dineraria de importe determinado y líquida es redundante, porque es líquida precisamente toda cantidad de dinero determinada (LEC art.572 , para el despacho de la ejecución), aunque también lo es aquella cantidad de dinero cuya cuantificación pueda realizarse a través de una simple operación aritmética (LEC art.219). Esto excluye la posibilidad de reclamar deudas dinerarias, para cuya cuantificación o determinación sea preciso realizar valoraciones fácticas o jurídicas (por ejemplo, para la cuantificación de daños y perjuicios). En este caso, la deuda no es líquida y la liquidación no puede realizarla unilateralmente el acreedor, siendo necesaria la audiencia del deudor en el incidente de liquidación. Pero lo característico de la técnica monitoria es que el requerimiento de pago se emita sin audiencia del deudor y de ahí la exigencia de liquidez de la deuda.

Además, la deuda debe **haber vencido y ser exigible**. En realidad, el vencimiento es una de las condiciones de la exigibilidad, de modo que no pueden reclamarse, por no haber vencido todavía, deudas en las que no haya transcurrido el plazo de cumplimiento (CC art.1125). Tampoco son exigibles las deudas sometidas a condición suspensiva (CC art.1113), ni las que dependan de una contraprestación aún no realizada (CC art.1100). No obstante, salvo que la falta de vencimiento o exigibilidad se deduzca de la documentación acreditativa de la deuda, este es un requisito que no podrá controlar el letrado de la Administración de Justicia al examinar la petición inicial del proceso monitorio, sino que será el deudor el que haga valer dicha falta de vencimiento o exigibilidad en su escrito de oposición al requerimiento de pago.

A través del proceso monitorio pueden reclamarse deudas dinerarias, con las condiciones expuestas, **cualquiera que sea su importe o cuantía**.

Originariamente, a través del proceso monitorio solo podían reclamarse deudas dinerarias no superiores a 30.000 euros, porque el legislador de la LEC de 2000 entendió que, introduciéndose *ex novo* la técnica monitoria en nuestro sistema procesal civil, resultaba más prudente establecer un límite de cuantía para este procedimiento (Exposición de Motivos de la LEC, apartado XIX). Posteriormente, y atendiendo al razonable funcionamiento del proceso monitorio y al éxito de su aplicación práctica, dicho límite de cuantía se elevó a 250.000 euros (en virtud de la L 13/2009 , de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial), eliminándose finalmente (L 37/2011 , de medidas de agilización procesal), para equiparar, en este aspecto, el proceso monitorio de la LEC con el proceso monitorio europeo, que no tiene límite de cuantía. Y es que la fijación de un límite de cuantía reduce la funcionalidad del proceso monitorio, en el que el carácter controvertido o no de la deuda no depende de su importe, sino de la conducta del deudor ante la notificación del requerimiento de pago.

3546 Acreditación documental de la deuda

La admisión de la petición inicial del proceso monitorio y la emisión del requerimiento de pago se condicionan a la acreditación documental de la deuda, por medio de alguna de las siguientes clases de documentos:

1. 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 (LEC art.812.1.1ª).
2. 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 (LEC art.812.1.2ª).
3. Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten **documentos comerciales** que acrediten una relación anterior duradera (LEC art.812.2.1º).
4. Cuando la deuda se acredite mediante **certificaciones de impago** de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos (LEC art.812.2.2º).

En cuanto a la **suficiencia de la acreditación documental**, lo relevante es que el documento presentado tenga encaje en alguna de las cuatro categorías de documentos descritas. Ahora bien, es distinto el alcance probatorio de las diferentes categorías. Así, mientras que los documentos de las categorías tercera y cuarta dan lugar, directamente, a la emisión del requerimiento de pago, los documentos de las dos primeras requieren que el letrado de la Administración de Justicia considere que constituyen un principio de prueba del derecho del acreedor (LEC art.815.1). No obstante, ha de entenderse que la exigencia de acreditación documental de la deuda es, ante todo, un requisito de admisibilidad de la petición monitoria, de manera que lo que se requiere es una justificación inicial y escrita de la deuda, que permite al acreedor obtener un requerimiento de pago, que solo adquirirá fuerza ejecutiva, en virtud de la técnica monitoria, cuando el deudor ni pague ni se oponga. Así pues, la presentación de un documento encuadrable en algunas de las dos primeras categorías debe servir, como regla, para el inicio del proceso monitorio y para la emisión del requerimiento de pago. Téngase en cuenta que la acreditación documental del crédito reclamado no viene exigida por la técnica monitoria; de hecho, como hemos señalado ya, el proceso monitorio de la LEC coexiste en nuestro ordenamiento con el proceso monitorio europeo, que es un proceso monitorio puro, esto es, sin acreditación documental de la deuda, en el que el requerimiento de pago se expide con base en la mera afirmación del acreedor de la existencia y cuantía de aquella.

La **apertura directa del proceso monitorio** en los casos de los documentos de las categorías tercera y cuarta resulta lógica, atendiendo a los supuestos que contemplan: documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera entre acreedor y deudor, además del documento en que conste la deuda; y certificaciones de deudas por gastos comunes de comunidades de propietarios. Esta última certificación permite reclamar estas deudas por el procedimiento monitorio del art.21 de la LPH, que contiene una serie de especialidades con respecto de la regulación general contenida en los art.812 a 818 de la LEC, además de otras reglas especiales aplicables a estas reclamaciones, contenidas en estos mismos preceptos.

3548 Competencia (LEC art.813)

La competencia objetiva y territorial se atribuye con carácter exclusivo al juzgado de primera instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueran conocidos, del lugar en el que el deudor pudiera ser hallado a fin de realizarle el requerimiento de pago.

En cuanto a la **competencia objetiva**, la jurisprudencia de diversas Audiencias Provinciales considera que el art.86 ter de la LOPJ ha modificado tácitamente la norma del art.813 de la LEC, de modo que la competencia objetiva para

el proceso monitorio corresponde, con carácter general, a los juzgados de primera instancia, y a los juzgados de lo mercantil para las reclamaciones dinerarias relativas a las materias de la LOPJ art.86 ter.2.

En cuanto a la **competencia territorial**, precisamente porque esta se atribuye con carácter exclusivo, se excluye la aplicación de la sumisión expresa o tácita en el proceso monitorio. Cuando se trate de reclamaciones de deudas por gastos comunes de comunidades de propietarios, es también territorialmente competente el juzgado de primera instancia del lugar donde se halle la finca, pudiendo elegir el acreedor entre este o el que corresponda según la regla general de competencia territorial del proceso monitorio. Esta regla especial de competencia territorial del proceso monitorio de la LPH resulta coherente con la obligación que tienen los propietarios de designar un domicilio en España a efectos de citaciones y comunicaciones, estableciéndose que, en defecto de dicha designación, estas podrán realizarse en el piso o local de la comunidad de propietarios (LPH art.9.1.h y LEC art.815.2).

Precisiones

La regla de competencia territorial del proceso monitorio resulta completamente lógica, puesto que es pieza clave de la técnica monitoria asegurar la **efectividad de la notificación** del requerimiento de pago al deudor, de manera que si esta no puede realizarse, el proceso monitorio no podrá cumplir su finalidad y debe terminar. Por ello mismo, el párrafo 3º del art.813 de la LEC establece que si las averiguaciones del letrado de la Administración de Justicia sobre el domicilio o residencia del deudor son infructuosas o el deudor es localizado en otro partido judicial, el juez dictará auto dando por terminado el proceso, reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el monitorio ante el Juzgado competente.

Con esta **regla**, que **no es aplicable** al proceso monitorio de la LPH (que tiene su propio régimen de localización del deudor y notificación del requerimiento de pago, conforme a la LEC art.815.2), se pretende poner fin a las numerosas cuestiones de competencia territorial a que daba lugar la tramitación del proceso monitorio, pues resultaba práctica habitual que el Juzgado que hubiese emitido el requerimiento de pago, al no encontrar al deudor al intentar realizar la notificación, se inhibiese en favor del juzgado de otro partido en el que consideraba posible dicha notificación, dando lugar a sucesivos traslados de un juzgado a otro intentando averiguar el domicilio o residencia del deudor [regla introducida por la L 4/2011 de modificación de la LEC para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, y que recoge la doctrina del Tribunal Supremo, que ya había zanjado la cuestión (TS auto 5-1-10, EDJ 4857)].

Recientemente, el TS ha fijado doctrina jurisprudencial conforme a la cual, la regla de competencia territorial de la LEC art.813 debe interpretarse de acuerdo con lo previsto en el art.51.1 de la LEC , de manera que en el proceso monitorio las personas jurídicas también pueden ser demandadas en el lugar donde la relación o situación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan **establecimiento abierto al público o representante** autorizado para actuar en nombre de la entidad (TS auto 11-2-16, EDJ 4519).

3550 **Petición inicial, trámite de admisión y requerimiento de pago** (LEC art.814)

El proceso monitorio comienza con la presentación de la petición inicial del acreedor, en la que se expresarán la identidad del deudor (y la del acreedor, aunque el precepto no lo diga), el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, a la que se debe adjuntar el documento o documentos que acrediten la deuda.

Dada su simplicidad, para la **presentación de la petición inicial** del monitorio no es preceptiva la intervención de procurador y abogado (LEC art.814.2, 23.2.1º y 31.2.1º). Por ello, puede formularse en un impreso o formulario normalizado que debe encontrarse a disposición de los interesados que lo soliciten en el Tribunal correspondiente (vid. el Acuerdo 22-12-2015, de la Comisión Permanente del CGPJ, por el que se aprueban los modelos normalizados previstos en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de Jurisdicción Voluntaria, BOE 28-1-16).

Presentada la petición inicial, el letrado de la Administración de Justicia la admitirá cuando se cumplan los requisitos de admisibilidad del procedimiento, esto es, siempre que se trate de una deuda dineraria líquida, vencida y exigible y se aporte la justificación documental. En cuanto a esta última, recuérdese, que los documentos del art.812.2 de la LEC dan lugar a la **admisión directa** de la petición monitoria, mientras que en el caso de los del 812.1 será preciso que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia, constituyan un principio de prueba del crédito reclamado.

Admitida la petición, el letrado de la Administración de Justicia requerirá al deudor para que, en el plazo de 20 días, pague al acreedor o presente escrito de oposición ante el tribunal, en el que alegue, de forma fundada y motivada, las razones por las que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, advirtiéndole de que, de no hacer una cosa ni otra, se despachará ejecución contra él. Cuando el letrado de la Administración de Justicia entienda que la petición inicial es inadmisibile, dará cuanta al juez para que resuelva sobre la admisión, ya que la **inadmisión de las demandas** está reservada, conforme a las normas generales (LEC art.404.2 y 206.1.2ª), a auto judicial (LEC art.815.1). También dará traslado el letrado de la Administración de Justicia al juez cuando entienda que la cantidad

reclamada no es correcta, pudiendo el juez dictar un auto planteando al acreedor una propuesta de requerimiento de pago por un importe inferior. Si en un plazo no superior a 10 días, el acreedor no envía la respuesta o la misma es de rechazo se le tendrá por desistido (LEC art.815.3).

3552 El requerimiento se notificará en la forma prevista en la LEC art.161 , es decir, mediante entrega de copia de la resolución o cédula, pero no es posible la comunicación edictal, que solo se permite en el caso del proceso monitorio de la LPH, atendiendo a las especialidades de su regulación (LEC art.815.1). Como ya hemos señalado, la técnica monitoria exige asegurar la efectividad de la notificación del requerimiento de pago, de manera que si el letrado de la Administración de Justicia no consigue averiguar el domicilio o residencia del deudor, no procede la notificación por edictos, sino la terminación del proceso monitorio. En el proceso monitorio de la LPH, la notificación se realizará en el domicilio previamente designado por el deudor y, a falta de dicha designación, en el piso o local de la comunidad de propietarios, siendo posible, en último término, la notificación por edictos, conforme al art.164 de la LEC (LEC art.815.2). Esta especialidad encuentra su justificación en la obligación de los propietarios de designar un domicilio en España a efectos de notificaciones (LPH art.9.1.h).

La L 42/2015 de **reforma de la LEC**, modifica el art.815 de la LEC en dos aspectos. En primer lugar, el art.815.1 exige ahora que el **escrito de oposición del deudor** al requerimiento de pago exprese, de forma fundada y motivada, las causas de oposición, mientras que con anterioridad bastaba con que el deudor las alegase sucintamente. La redundancia que implica la expresión «fundada y motivada», da idea de que lo que se exige al deudor es un escrito en el que la oposición se presente de manera motivada y fundamentada, no bastando ya la mera alegación sucinta de sus motivos de oposición, y de que deberá acompañar al escrito de oposición los documentos relativos al fondo del asunto, ya que es el único trámite con que cuenta para ello. Ello es coherente con la **nueva estructura del juicio verbal**, con demanda ordinaria y contestación a la demanda por escrito y en el que la celebración de la vista es eventual, configurándose el escrito de oposición del proceso monitorio como la contestación escrita; y con la nueva redacción del art.818.2 de la LEC, conforme al cual, de ser procedente el juicio verbal tras la presentación de la oposición por el deudor, se dará traslado de su escrito al actor, quien podrá impugnarla por escrito y solicitar la celebración de vista, petición de vista que el deudor deberá realizar, en su caso, en su escrito de oposición.

Además, la L 42/2015 , añade un nuevo apartado 4 al art.815 de la LEC, para posibilitar el control de oficio por el juez de la existencia de **cláusulas contractuales abusivas**, en el trámite de admisión de los procesos monitorios dirigidos contra consumidores o usuarios (modificación impuesta por la doctrina TJUE 14-6-12 caso Banco Español de Crédito, S.A).

En tales casos, antes de efectuar el requerimiento de pago, el letrado de la Administración de Justicia, dará cuenta al juez para que examine el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El examen lo hará el juez de oficio, luego en todo caso, lo que implica que, tratándose de reclamaciones fundadas en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el letrado de la Administración de Justicia debe necesariamente dar traslado al juez. Y debe hacerlo una vez que compruebe que la petición monitoria es admisible y antes de realizar el requerimiento de pago. El trámite prevé la audiencia de las partes, para la que no es necesaria abogado ni procurador, si el juez considera que alguna cláusula puede ser abusiva, resolviendo finalmente por medio de auto, que será directamente apelable en todo caso. Si estima el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, el auto determinará las consecuencias acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

3554 Posibles conductas del deudor

Entre las que diferenciamos:

- incomparecencia del deudor y despacho de la ejecución (nº 3556);
- pago del deudor (nº 3558); y
- oposición del deudor y proceso declarativo posterior (nº 3560);

3556 Incomparecencia del deudor y despacho de la ejecución

(LEC art.816)

Si en el plazo de 20 días desde la notificación del requerimiento de pago, el deudor no atiende al mismo, pagando al acreedor la cantidad reclamada y acreditándolo ante el tribunal; ni comparece, presentando escrito de oposición, el requerimiento de pago adquiere fuerza ejecutiva, por lo que el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo fin al proceso monitorio y dando traslado al acreedor para que inste el despacho de la ejecución, bastando para ello con la mera solicitud, y sin necesidad de que transcurra el plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales previsto en el art.548 de la LEC (LEC art.816.1). Es preceptiva la intervención de abogado y procurador cuando la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros (LEC art.539.1).

El **título ejecutivo** que obtiene el acreedor es un título judicial, y por ello basta con la mera solicitud para el despacho de la ejecución (LEC art.549.2). También por eso mismo, la ejecución sigue los trámites de la ejecución de títulos

judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, sin que en un proceso declarativo posterior el acreedor pueda volver a reclamar la cantidad obtenida con la ejecución, ni el deudor pretender su devolución. Y es que como ya hemos señalado, la ausencia de oposición del deudor no solo permite al acreedor obtener un título ejecutivo, sino que también comporta la decisión con carácter definitivo sobre la reclamación dineraria, sobre la que no podrá volver a discutirse posteriormente. Por tanto, con la eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada material. Por último, desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés previsto en el art.576 de la LEC (LEC art.816.2).

3558 Pago del deudor (LEC art.817)

Si el deudor atiende al requerimiento y paga la cantidad reclamada, tan pronto como lo acredite, el letrado de la Administración de Justicia acordará el archivo de las actuaciones.

3560 Oposición del deudor y proceso declarativo posterior

Si el deudor presenta el escrito de oposición en plazo, el asunto se resolverá definitivamente por el proceso declarativo ordinario que corresponda, teniendo la sentencia de dicho proceso, lógicamente, fuerza de cosa juzgada. El escrito de oposición debe ir firmado por abogado y procurador cuando su intervención sea necesaria por razón de la cuantía, según las reglas generales, es decir, cuando se trate de oponerse a reclamaciones superiores a 2.000 euros. Y si la oposición del deudor se funda en la existencia de pluspetición, respecto de la cantidad reconocida como debida se actuará según lo dispuesto por el art.21.2 de la LEC para el allanamiento parcial (LEC art.818.1).

Ya hemos adelantado que la L 42/2015 ha modificado el art.818.2 para adaptarlo a la nueva estructura del juicio verbal (establecida por la propia reforma), que pasa a tener contestación a la demanda por escrito y en el que la celebración de la vista es eventual. Así, cuando la **cuantía reclamada no exceda de la propia del juicio verbal**, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto acordando la terminación del monitorio y la continuación del asunto por los trámites del juicio verbal, dando traslado de la oposición al actor, para que pueda impugnarla por escrito en el plazo de 10 días. Tanto el deudor, en su escrito de oposición, como el actor, en su escrito de impugnación de la misma, podrán solicitar la celebración de la vista, siguiendo los trámites previstos en los art.438 y siguientes de la LEC.

Por contra, si por la cuantía reclamada **resulta procedente el juicio ordinario**, el acreedor tiene la carga de presentar la demanda en el plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, y de no hacerlo así, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas a aquel. Si presenta la demanda en dicho plazo, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo fin al monitorio y seguirá la tramitación propia del juicio ordinario, con traslado de la demanda al demandado para contestación, una vez admitida la misma (LEC art.818.2).

El único supuesto en el que, tras la oposición del deudor, no se resuelve definitivamente sobre la cantidad reclamada por medio del **proceso declarativo ordinario** que corresponda según la cuantía, es cuando se reclamen rentas o cantidades debidas por el arrendatario de finca urbana, en cuyo caso procede seguir siempre la tramitación del juicio verbal, cualquiera que sea la cuantía (LEC art.818.3), en consonancia con la determinación del juicio verbal como procedimiento adecuado por la materia en estos casos (LEC art.250.1.1º).

2. Juicio cambiario

3562	Concepto y estructura del juicio cambiario	3564
	Ámbito del juicio cambiario	3566
	Competencia	3574
	Demanda, requerimiento de pago y embargo preventivo	3576
	Falta de pago y de oposición por parte del deudor y despacho de la ejecución	3578
	Oposición cambiaria	3580

3564 Concepto y estructura del juicio cambiario (LEC art.819 a 827)

Se trata de un procedimiento especial para el cobro de los créditos documentados en los títulos cambiarios: letra de cambio, cheque o pagaré. Como tal proceso especial, se configura como un cauce procesal privilegiado, expeditivo y rápido, para la reclamación de los créditos cambiarios. En este sentido, el **inicio del proceso** viene condicionado a la presentación de un título cambiario formalmente regular, lo que llevará al tribunal a ordenar el requerimiento de pago al deudor y el inmediato embargo preventivo de sus bienes. A partir de ahí, el procedimiento puede seguir dos vías diferentes, dependiendo de la conducta que adopte el deudor. Si presenta demanda de oposición a la reclamación,

se resolverá sobre la misma por los trámites del juicio verbal, por medio de sentencia que producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones efectivamente alegadas y discutidas o que, sin haberlo sido, podían haberse alegado. En cambio, si el deudor no paga ni se opone, el tribunal despachará ejecución contra él por las cantidades reclamadas, sustanciándose por los trámites propios de la ejecución de sentencias.

El juicio cambiario constituye un **procedimiento privilegiado** porque, con base en un título cambiario, permite acceder rápidamente a la ejecución si el deudor no se opone a la reclamación cambiaria. Para ello se utiliza la técnica monitoria, o lo que es lo mismo, el juicio cambiario sigue, en parte, la estructura del proceso monitorio: si ante el requerimiento de pago, el deudor no paga ni se opone, se despacha ejecución contra él. Pero si se opone, la consecuencia no es, como en el monitorio, que se decida sobre la reclamación en el proceso declarativo ordinario que corresponda, recayendo sobre el acreedor la carga de probar los hechos que fundamentan su pretensión. En el juicio cambiario, precisamente para favorecer la eficacia de los títulos cambiarios y de los créditos a ellos incorporados, al deudor le corresponde la carga de probar los hechos que fundamentan sus excepciones, estando limitados los motivos de oposición de fondo a los recogidos en la Ley Cambiaria y del Cheque -en adelante, LCC- (L 19/1985 art.67). Y es que la desestimación de la oposición cambiaria también abre al acreedor la vía ejecutiva.

Podemos concluir, por tanto, que el juicio cambiario es un **proceso declarativo especial**. Es especial, porque se alteran las reglas de los procesos declarativos ordinarios, al recurrir a la técnica monitoria: el título cambiario permite iniciar el juicio cambiario, pero el despacho de la ejecución deriva de la falta de oposición del deudor. Pero también es especial en cuanto a la resolución sobre la cuestión controvertida si el deudor se opone, ya que en el trámite de oposición cambiaria las posiciones procesales de las partes se invierten, recayendo sobre el deudor la carga de probar la inexistencia o inexigibilidad del crédito que, precisamente por estar incorporado al título cambiario, se presupone existente y exigible. Además, la limitación de los motivos de oposición cambiaria tiene como consecuencia la limitación de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia del juicio cambiario.

3566 **Ámbito del juicio cambiario**

Dentro del mismo diferenciamos:

- título cambiario y sus requisitos formales (nº 3568);
- acciones cambiarias y pretensión ejercitable (nº 3570); y
- partes procesales: legitimación y postulación (nº 3572);

3568 **Título cambiario y sus requisitos formales**

Quien pretenda iniciar un juicio cambiario necesariamente deberá presentar una letra de cambio, cheque o pagaré con los requisitos exigidos por la LCC (LEC art.819). Por tanto, el primer presupuesto de este procedimiento es la **presentación de un título cambiario** formalmente regular, es decir, con los requisitos formales que la LCC exige como esenciales para cada clase de título cambiario (art.1 y 2, para la letra de cambio; art.94 y 95, para el pagaré; y art.106 y 107, para el cheque). En ausencia de tales requisitos formales esenciales, el título no se considerará letra de cambio, cheque o pagaré (LCC art.2, 95 y 107) y no servirá para incoar el juicio cambiario. Lo que sí es posible es la emisión de una letra de cambio en blanco, que es la que está incompleta en el momento de su emisión, en cuanto a sus elementos esenciales, y que posteriormente puede completarse conforme a lo pactado por las partes, antes de su presentación al pago (LCC art.12); igual previsión se contempla para el cheque (LCC art.119) y el pagaré (LCC art.96).

3570 **Acciones cambiarias y pretensión ejercitable**

Se regulan las acciones cambiarias, que son las ejercitables en el juicio cambiario, distinguiendo entre la acción directa, que puede dirigirse contra el aceptante de la letra de cambio y sus avalistas (o frente al firmante del pagaré y sus avalistas); y la acción de regreso, contra cualquier otro obligado cambiario. Además de ellas, el tenedor de la letra dispone de las **acciones extracambiarias**:

- la **acción causal**, basada en el negocio jurídico subyacente que ha dado lugar a la emisión del título cambiario; y
- la **acción de enriquecimiento injusto**, que el tenedor que hubiera perdido las acciones cambiarias y no pudiera ejercitar las casuales, puede ejercitar contra el librador, el aceptante o endosantes, en la medida en que se hubieran enriquecido injustamente como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria (LCC art.65, 96 y 153).

La **acción directa** puede dirigirse frente al aceptante de la letra de cambio y sus avalistas, sin necesidad de protesto o declaración equivalente por falta de pago (LCC art.49, párrafo 2º). También cabe dirigir esta acción frente al firmante del pagaré y sus avalistas (LCC art.96). En cambio, en el cheque no existe acción directa, sino solo de regreso (LCC art.146). La **acción de regreso** puede dirigirse frente al resto de los obligados cambiarios, es decir, los endosantes, el librador y los demás obligados cambiarios (LCC art.50 y 146). Se ejercita ante la falta de pago (o de aceptación, en la letra de cambio) y requiere el levantamiento de protesto o declaración equivalente que acredite dicha falta de pago (o en su caso, de aceptación). El protesto puede ser notarial o consistir en una declaración equivalente de denegación

del pago realizada por el librado e incluida en el propio título (LCC art.51 y 146), pero no será necesario si el título incorpora la cláusula «devolución sin gastos», «sin protesto» o cualquier otra equivalente (LCC art.56 y 147).

La **pretensión ejercitable** en el juicio cambiario -sea acción directa o de regreso- consiste en la reclamación de una cantidad de dinero determinada, en euros o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, ya que el título cambiario solo puede documentar, precisamente, el mandato o promesa de dicho pago (LCC art.1, 91 y 106). Con carácter general, al importe que figure reflejado en el título se añaden los intereses moratorios devengados desde la fecha del vencimiento (calculados al tipo legal del dinero incrementado en dos puntos) y los demás gastos, incluidos los del protesto y los de las comunicaciones (LCC art.58 y 149). Por su parte, quien hubiera reembolsado el título podrá reclamar la cantidad íntegra que haya pagado, los intereses de dicha cantidad (interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, a partir de la fecha de pago) y los gastos que haya realizado (LCC art.59 y 150).

Además, la **obligación de pago** contenida en el título cambiario debe estar vencida. El art.38 de la LCC regula las distintas modalidades de vencimiento de la letra de cambio -aplicables también al pagaré (LCC art.96)-, que puede librarse a fecha fija, a un plazo desde la fecha de libramiento, a la vista, o a un plazo desde la vista. El cheque, en cambio, siempre es pagadero a la vista (LCC art.134). La acreditación del vencimiento de la deuda no es necesaria en los supuestos de letras de cambio o pagarés librados a fecha fija o a un plazo contado desde la fecha de libramiento, puesto que deriva del propio título. Cuando se trate de títulos cuyo vencimiento se ha establecido a la vista, serán pagaderos a su presentación (LCC art.39), y la presentación al pago -y por tanto, el vencimiento- se acreditará por el protesto o declaración equivalente por falta de pago. Si se trata de un título librado a un plazo desde la vista, el vencimiento se determinará por la fecha de aceptación, o por el protesto o declaración equivalente por falta de aceptación (LCC art.40). Téngase en cuenta que, en determinados casos, se permite el ejercicio de la acción de regreso antes del vencimiento de la letra de cambio y del pagaré (LCC art.50 y 96).

3572 Partes procesales: legitimación y postulación

La **legitimación activa** en el juicio cambiario corresponde al tenedor del título que sea portador legítimo del mismo. No basta, por tanto, la mera tenencia material, sino que esta debe ser legítima. Normalmente, la legítima posesión resulta del propio contenido del título (LCC art.19 y 125). Así, tiene legitimación activa el tenedor porque es la persona inicialmente designada en el título como destinatario del pago, o porque su nombre figura al final de una serie no interrumpida de endosos. También se presume que su tenencia es legítima si el último endoso está en blanco o cuando se trate de un cheque al portador.

Están **legitimados pasivamente** todos aquellos que, por firmar en el título, son obligados cambiarios: el aceptante de la letra de cambio y el firmante del pagaré, y sus avalistas, en la acción directa; el librador, los endosantes y sus avalistas, en la acción de regreso. La responsabilidad de los obligados cambiarios es solidaria, de manera que es posible demandarles individual o conjuntamente, sin necesidad de observar el orden en que se hayan obligado, y sin que la acción intentada contra alguno de ellos impida proceder contra los demás. Por ello, es posible acumular las acciones directa y de regreso (LCC art.57, 96 y 148).

En cuanto a la **postulación**, es necesaria la intervención de abogado y procurador cualquiera que sea la cantidad reclamada, tanto para la presentación de la demanda sucinta que da inicio al juicio cambiario, como para la demanda de oposición. Y también para ejecución derivada de la falta de oposición del demandado en el juicio cambiario. El juicio cambiario en un proceso especial, cuya determinación se realiza por razón de la materia, en el que no está excepcionada de forma expresa la intervención de dichos profesionales, y tampoco le son aplicables las reglas que la dispensan en otros supuestos (LEC art.23.2.1º, 31.2.1º, 539.1 y 818.1). Cuando sean varios los demandados, se les permite comparecer y actuar en el juicio con representaciones independientes (LEC art.820).

3574 Competencia

(LEC art.820)

Regula la competencia en el juicio cambiario, atribuyéndola al juzgado de primera instancia del domicilio del demandado. Este precepto determina tanto la **competencia objetiva** de los juzgados de primera instancia (dado el carácter abstracto de los títulos cambiarios, no resulta razonable reclamar la competencia de los juzgados de lo mercantil para el juicio cambiario), como la territorial, que corresponde al del domicilio del demandado; y si el demandante pretende demandar a varios deudores cambiarios cuya obligación surja del mismo título, puede presentar la demanda ante el juzgado de primera instancia del domicilio de cualquiera de ellos, ya que todos ellos son territorialmente competentes. La **competencia territorial** se establece con carácter imperativo, sin que las partes puedan otorgarla a un Juzgado de distinto territorio en virtud de sumisión expresa o tácita, que están excluidas en este procedimiento.

El **control de la competencia** sigue las normas generales sobre control de oficio de la competencia objetiva (LEC art.48) y control de oficio de la competencia territorial fijada por reglas imperativas (LEC art.59). En cuanto al control a instancia de parte, venía siendo objeto de controversia el plazo para proponer declinatoria en el juicio cambiario. Actualmente, tras la reforma operada por la L 42/2015 se unifica el plazo para plantearla en los juicios ordinario y verbal (LEC art.64.1: «dentro de los 10 primeros días del plazo para contestar a la demanda»), y también vienen a coincidir

(10 días) los plazos para contestar por escrito a la demanda en el juicio verbal (LEC art.438.1) y para presentar demanda de oposición al requerimiento de pago en el juicio cambiario (LEC art.824.1). Teniendo en cuenta que esta **demanda de oposición** cumple una función equivalente a la contestación a la demanda en el juicio cambiario, y que sobre la misma se resuelve siguiendo la tramitación del juicio verbal, ha de entenderse que el demandado debe plantear la declinatoria dentro de los 10 días siguientes al del requerimiento de pago, pero siempre con carácter previo a la demanda de oposición.

3576 Demanda, requerimiento de pago y embargo preventivo

El juicio cambiario comienza por demanda sucinta a la que debe acompañarse el título cambiario (LEC art.821.1). Tras la reforma operada por la L 42/2015 , de 5 de octubre, la demanda sucinta es la prevista por la LEC art.437.2 para los juicios verbales en que no se actúe con abogado y procurador. La exoneración de la intervención de estos profesionales se refiere solo a los juicios verbales determinados por la cuantía, y, por tanto, no es aplicable al juicio cambiario, que, sin embargo, sigue comenzando por demanda sucinta (por ello, tampoco es aplicable al juicio cambiario la posibilidad de presentar la demanda sucinta por medio de un impreso normalizado). La demanda sucinta es una demanda simplificada en la que deben hacerse constar solo los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, y los domicilios en que pueden ser citados, fijando con claridad y precisión lo que se pida. No contiene, por tanto, la fundamentación de la demanda, que no es necesaria en el juicio cambiario, teniendo en cuenta el carácter abstracto de los títulos cambiarios y que los presupuestos de las acciones cambiarias, en principio, están contenidos y deben deducirse del propio título. Cuando se ejercite la **acción de regreso**, además del título cambiario, también deberá adjuntarse a la demanda la copia del protesto notarial, salvo que se haya dispensado de este, o bien se haya realizado por medio de declaración equivalente que conste en el propio título.

Recibida la demanda, el tribunal debe analizar la **corrección formal del título cambiario**, lo que implica la comprobación de los requisitos para el ejercicio de las acciones cambiarias, que pueden deducirse del propio título. Si el título es conforme, dictará auto, ordenando dos medidas: requerir al deudor para que pague en el plazo de 10 días; y el inmediato embargo preventivo de sus bienes por la cantidad que figure en el título, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si el deudor no atiende el requerimiento de pago (LEC art.821.2). Además, aunque no se prevea expresamente, el requerimiento deberá advertir al deudor de las consecuencias de no atender el mismo ni formular oposición, esto es, el despacho de la ejecución por las cantidades reclamadas. El auto que deniegue el requerimiento de pago y el inmediato embargo preventivo (que realmente es un auto de inadmisión de la demanda de juicio cambiario) es directamente recurrible en apelación, aunque también puede el demandante presentar, de modo potestativo, recurso de reposición previo (LEC art.552.2 , al que se remite el art.821.3). No se prevé, en cambio, recurso contra el auto que acuerde las medidas, porque la posibilidad de defensa que se concede al demandado es presentar demanda de oposición en los 10 días siguientes al del requerimiento de pago.

El **embargo que acuerda el auto de incoación del juicio** cambiario es un embargo preventivo. Asimismo, es un embargo especial, que no está sujeto a los presupuestos generales de las medidas cautelares, ya que la regulación del juicio cambiario no los exige. Y es un embargo inmediato, que se ordena en el propio auto de incoación del juicio cambiario y se lleva a efecto inmediatamente, salvo que el deudor pague en el mismo momento de realizarle el requerimiento, sin esperar el transcurso de los 10 días que en realidad tiene para pagar. Trabado el embargo de los bienes del deudor, este todavía puede solicitar su alzamiento, por sí mismo o por medio de representante, dentro de los 5 días siguientes al del requerimiento de pago, negando categóricamente la autenticidad de su firma o alegando falta absoluta de representación. En tal caso, el tribunal resolverá, por medio de auto (LEC ex art.206.1.2ª), atendiendo a las circunstancias del caso y a la documentación aportada, si alza o mantiene los embargos; y también puede condicionar el alzamiento de los embargos a la prestación de caución por el demandado, de manera que, en este caso, seguiría asegurada su eventual responsabilidad pero con una medida menos perjudicial (LEC art.823.1). No obstante, se **excluye el levantamiento del embargo** cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de su fecha, por notario, o las firmas estén legitimadas por este en la propia letra; y también, cuando el deudor cambiario no haya negado categóricamente la autenticidad de su firma o alegado falta absoluta de representación, en el protesto o en el requerimiento notarial de pago (LEC art.823.2).

Si el deudor **atiende el requerimiento y paga**, se procederá como dispone el art.583 de la LEC, es decir, el letrado de la Administración de Justicia pondrá la suma a disposición del acreedor y entregará al deudor un justificante del pago realizado, poniéndose fin al juicio cambiario. Sin embargo, efectuado el pago en el juicio cambiario, las costas causadas son siempre a cargo del deudor (LEC art.822).

3578 Falta de pago y de oposición por parte del deudor y despacho de la ejecución

Si en el plazo de los 10 días siguientes al requerimiento de pago, el deudor no paga ni presenta demanda de oposición cambiaria, el tribunal despachará ejecución contra él por las cantidades reclamadas, procediendo el letrado de la Administración de Justicia a trabar los embargos procedentes, si no se hubiesen podido practicar anteriormente o se hubiesen alzado conforme al art.823 (LEC art.825). Del tenor literal del art.825 se deduce que la **ejecución** se despachará **de oficio**, sin necesidad de que el acreedor presente demanda ejecutiva. Téngase en cuenta que en el proceso monitorio sí se introdujo la instancia de parte para el despacho de la ejecución, ante la falta de oposición del

deudor (por la L 13/2009 , de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), pero no se ha modificado la regulación del juicio cambiario a este respecto. En este procedimiento las partes ya actúan representadas por abogado y procurador, por lo que no es necesaria una nueva demanda (en este caso, ejecutiva) suscrita por estos profesionales; y su régimen procesal parte de que habrá ya bienes embargados desde el inicio del procedimiento. Además, la petición del despacho de la ejecución va implícita en la demanda del juicio cambiario. Al despacharse la ejecución de oficio, tras constatar la falta de oposición del deudor, no es de aplicación el art.548 de la LEC, relativo al plazo de espera en la ejecución de resoluciones procesales.

Aunque el juicio cambiario se inicie con base en un título cambiario formalmente regular, la ejecución por falta de oposición del deudor es la propia de las resoluciones judiciales, siendo posible la oposición prevista para este tipo de ejecuciones (LEC art.825). Como en el monitorio, la **existencia y exigibilidad del crédito cambiario** se habrá constatado por la falta de oposición del deudor, que es lo propio de la técnica monitoria. Precisamente por ello, y aunque no se diga expresamente, habrá que entender que también en el juicio cambiario la falta de oposición del deudor conlleva la resolución definitiva sobre el crédito reclamado (eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada material), tal y como dispone el art.816.2 de la LEC para el proceso monitorio.

3580 Oposición cambiaria

Conforme al art.824 de la LEC , el deudor puede presentar escrito de oposición, en forma de demanda, en los 10 días siguientes al del requerimiento de pago, en el que podrá esgrimir las causas de oposición previstas en el art.67 de la LCC.

Según este precepto, frente al ejercicio de la acción cambiaria solo son admisibles las excepciones enunciadas en el mismo, que comprende tanto las excepciones cambiarias (referidas a la inexistencia o inexigibilidad de la obligación cambiaria) como extracambiaras (relativas a la relación jurídica causal o subyacente). En cuanto a las **excepciones cambiarias**, el deudor puede oponer la inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma; la falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio (cheque o pagaré), conforme a lo dispuesto en la LCC; y la extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado. En cuanto a las **excepciones extracambiaras**, el deudor puede oponer al tenedor del título cambiario las excepciones basadas en sus relaciones personales con él; y también, aquellas excepciones personales que tenga frente a tenedores anteriores, si al adquirir el título cambiario el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor (es decir, cuando conociera las excepciones personales que el deudor tenía contra el librador o el endosante, no oponibles al tenedor). Además, el deudor podrá alegar en la demanda de oposición los defectos procesales que impidan la válida tramitación del procedimiento (salvo la falta de competencia, que debe hacerse valer por medio de declinatoria).

La L 42/2015, de 5 de octubre, ha modificado la **sustanciación de la oposición cambiaria** (LEC art.826) para adaptarla a la nueva estructura del juicio verbal, ya que sobre la oposición se decide siguiendo los trámites de este procedimiento. Así, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito de oposición al acreedor para que lo impugne por escrito en el plazo de 10 días, pudiendo solicitar deudor y acreedor la celebración de la vista en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de la misma. Si las partes no solicitan la vista o el tribunal no la considera procedente, se resuelve sin más trámites sobre la oposición. De celebrarse la vista, si el deudor no comparece, el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y despachará ejecución contra él; si quien no comparece es el acreedor, el tribunal resolverá sobre la oposición sin oírle.

En cuanto a la **decisión sobre la oposición** (LEC art.827), la sentencia que la desestime abre la vía ejecutiva al acreedor, y en caso de que fuera recurrida, puede solicitarse su ejecución provisional. La sentencia que estime la oposición impide al acreedor acceder a la ejecución y debe alzarse el embargo preventivo trabado, aunque si el acreedor recurre la sentencia, puede solicitar que el mismo se mantenga conforme a lo dispuesto por el art.744 de la LEC. Una vez que sea firme la sentencia del juicio cambiario, estimatoria o desestimatoria de la oposición, producirá efectos de cosa juzgada material, respecto de las cuestiones que pudieron ser alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente.

Q. Proceso de ejecución

3582	1. Título ejecutivo	3586
	2. Tribunal de la ejecución	3594
	3. Partes en el proceso de ejecución	3598
	4. Demanda ejecutiva y despacho de la ejecución	3604
	5. Oposición a la ejecución	3620
	6. Suspensión y término de la ejecución	3634
	7. Ejecución dineraria	3636

8. Ejecución no dineraria	3694
9. Ejecución provisional	3712
10. Ejecución de títulos ejecutivos extranjeros	3725

3584 Cualquier sujeto que tenga derecho a una prestación de otro puede acudir a los tribunales cuando la prestación no se realice voluntariamente por quien deba efectuarla. Se puede pedir a los tribunales la tutela consistente en que se dicte una sentencia que declare que el **demandante tiene derecho** a que el demandado realice en su favor la prestación de que se trate y se condene a este último a hacerlo. Esta clase de pretensiones constituyen el objeto del proceso de declaración.

Cuando el demandado no cumple voluntariamente lo que le ordena la sentencia, el demandante puede pedir y obtener de los tribunales otra clase de tutela jurisdiccional mediante una actividad procesal dirigida a que el acreedor reciba de manera efectiva aquello a lo que tenga derecho o, cuando esto no sea posible, al menos un equivalente pecuniario o una justa indemnización. Esta es la tutela jurisdiccional ejecutiva, que se dispensa por medio del proceso de ejecución.

El art.117.3 de la Const incluye dentro de la **potestad jurisdiccional** que se atribuye en exclusiva a jueces y magistrados tanto la actividad que consiste en «juzgar» como la que se dirige a «hacer ejecutar lo juzgado». La primera hace referencia a la actividad jurisdiccional declarativa y a los procesos de declaración mientras que la segunda hay que entenderla referida a la actividad jurisdiccional ejecutiva y a los procesos de ejecución.

No siempre las sentencias dictadas en un proceso de declaración requieren para su plena efectividad una ulterior actividad jurisdiccional ejecutiva. Cuando lo que se pide en el proceso de declaración es un cambio jurídico (**acción constitutiva**), o se pide únicamente la declaración de un derecho que el demandado niega o discute (**acción meramente declarativa**) la sentencia que estima la demanda (sentencia constitutiva o meramente declarativa) satisface por sí sola el interés del actor, sin necesidad de ninguna actividad ulterior del demandado ni de los tribunales. Por eso se dispone que «no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas» (LEC art.521.1).

Las **sentencias constitutivas** y las **meramente declarativas** pueden requerir, para su plena efectividad, ciertas actuaciones complementarias entre las que cabe mencionar especialmente las inscripciones en registros públicos. Para hacer referencia a estas actuaciones es de uso extendido la expresión **ejecución impropia**. A este respecto, dispone la LEC que todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio registro conforme a su legislación específica (LEC art.522.1).

Tampoco se puede promover un proceso de ejecución tras un proceso de declaración que finaliza con una sentencia desestimatoria de la demanda.

No es necesario el proceso de ejecución, finalmente, cuando el condenado en el proceso de declaración cumple voluntariamente. Para que el condenado pueda evitar la ejecución mediante el **cumplimiento voluntario** de lo ordenado en la sentencia, el art.548 de la LEC dispone que no se despache la ejecución dentro de los 20 días posteriores a la notificación de la sentencia al ejecutado. Por otro lado, si se despacha ejecución tras el cumplimiento voluntario de la sentencia, el ejecutado podrá alegar el cumplimiento como causa de oposición a la ejecución, solicitando que se ponga fin a esta (LEC art.556.1).

La vinculación entre **proceso de declaración** y **proceso de ejecución** se rompe también porque la ejecución forzosa puede promoverse y desarrollarse sin un previo proceso de declaración. El ordenamiento jurídico atribuye a ciertas clases de documentos creados al margen del proceso la denominada «fuerza ejecutiva», lo que quiere decir que para la efectividad de los créditos que se hagan constar en ese tipo de documentos el acreedor puede reclamar la tutela jurisdiccional ejecutiva sin necesidad de un previo proceso de declaración.

Tampoco hay **proceso de declaración previo** a la ejecución forzosa cuando se ejecuta un laudo arbitral o un acuerdo de mediación logrado al margen de un proceso (LEC art.517.1.2º). Por otro lado, cuando la ejecución se basa en una transacción judicial (lograda con o sin la intervención de un mediador) la actividad jurisdiccional ejecutiva sigue al proceso de declaración en que se haya producido la transacción, pero lo que se ejecuta es un acuerdo entre las partes homologado por el tribunal y no el resultado del ejercicio por el tribunal de la función jurisdiccional en su vertiente declarativa, que solamente puede plasmarse en una sentencia de fondo sobre el asunto litigioso.

1. Título ejecutivo

3586 Título ejecutivo es el documento del que resulta la existencia de un crédito y al que el ordenamiento jurídico atribuye la eficacia de permitir que, con ese documento, el acreedor pueda solicitar la tutela de su derecho mediante el proceso de ejecución.

3588 Clases

Se distinguen dos clases de títulos ejecutivos:

- las sentencias firmes de condena y otros títulos cuya ejecución, conforme a la LEC, está sujeta a las mismas reglas; y
- los demás documentos a los que la LEC atribuye fuerza ejecutiva cuya ejecución difiere en algunos aspectos de la ejecución de sentencias y títulos asimilados a ellas.

3590 Sentencia firme de condena y títulos ejecutivos asimilados

El régimen jurídico de la ejecución de sentencias se aplica, conforme a la LEC, a los siguientes títulos ejecutivos:

1. Las **sentencias firmes de condena** (LEC art.517.2.1º). Cuando se trata de sentencias de condena dineraria tienen fuerza ejecutiva si expresan la cantidad o las bases para liquidarla; si son completamente ilíquidas no permiten el acceso a la ejecución. Las sentencias a favor de consumidores o usuarios no determinados requieren que se dicte un auto que determine que el ejecutante es beneficiario de la sentencia (LEC art.519).
2. Los **laudos o resoluciones arbitrales** (LEC art.517.2.2º).
3. Los **acuerdos de mediación** elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LEC art.517.2.2º).
4. Las resoluciones que **aprueban u homologan transacciones judiciales** y acuerdos logrados en el proceso (LEC art.517.2.3º).
5. Las demás resoluciones judiciales que, por disposición legal expresa, **llevan aparejada ejecución**. Se encuentran en este caso:
 - el auto que acoge un allanamiento parcial (LEC art.21.2);
 - los autos que resuelven las reclamaciones de derechos y honorarios de procuradores y abogados (LEC art.34.2 y 35.2);
 - el auto que aprueba la tasación de costas (LEC art.246.3); o
 - el auto que fija las indemnizaciones a testigos (LEC art.375.2), entre otras resoluciones.

3592 Otros títulos ejecutivos

La LEC atribuye fuerza ejecutiva también, aunque con un régimen jurídico diferente en algunos aspectos al de la ejecución de sentencias, a los siguientes documentos:

1. Las **escrituras públicas**. Se atribuye fuerza ejecutiva a la primera copia; si es segunda copia, solamente tendrá fuerza ejecutiva cuando:
 - esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante; o
 - se haya expedido con la conformidad de todas las partes (LEC art.517.2.4º).
2. Las **pólizas de contratos** mercantiles firmadas por las partes y por el fedatario público que las intervenga. La póliza deberá presentarse acompañada de certificación en la que el fedatario acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos (LEC art.517.2.5º).
3. Los **títulos al portador o nominativos**, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y estos, en todo caso, con los libros talonarios (LEC art.517.2.6º). Conforme al mismo precepto, la protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si esta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título.
4. Los **certificados no caducados** expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente (LEC art.517.2.7º). Instada y despachada la ejecución, no caducarán los certificados.
5. Los **demás documentos** que, por disposición legal expresa, lleven aparejada ejecución (LEC 517.2.9º).
6. El **auto** 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).

Los documentos que se encuentren en alguno de los cuatro primeros casos anteriores solamente tienen **fuerza ejecutiva** cuando en ellos se exprese una deuda que cumpla los siguientes **requisitos**:

- que se trate de una deuda de dinero (LEC art.520.1); se admiten deudas en moneda extranjera convertible y en cosas o especies computables en dinero;
- que el importe de la deuda sea superior a 300 euros (LEC art.520.1); la cantidad se puede alcanzar mediante la adición de varios títulos (LEC art.520.2).

2. Tribunal de la ejecución

3594 Competencia

En función del título ejecutivo en que se funde la pretensión del ejecutante la **competencia** para conocer el proceso de ejecución civil se atribuye a los siguientes tribunales (LEC art.545):

1. **Ejecución de resoluciones judiciales y de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados.** La competencia corresponde al tribunal que conoció del asunto en primera instancia o al que homologó o aprobó la transacción o acuerdo (LEC art.545.1).

2. **Ejecución de laudos arbitrales.** La competencia objetiva corresponde a los juzgados de primera instancia y la territorial al del lugar en que se haya dictado el laudo (LEC art.545.2).

3. **Ejecución basada en títulos extrajudiciales.** La competencia objetiva corresponde a los juzgados de primera instancia. En cuanto a la competencia territorial, la LEC permite al ejecutante elegir entre los siguientes fueros (LEC art.545.3):

- el domicilio y demás fueros generales del ejecutado con arreglo a lo previsto en los art.50 y 51 de la LEC;
- el lugar de cumplimiento de la obligación, según el título;
- cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados.

Hay **reglas especiales** para el caso de que hubiese varios ejecutados (LEC art.545.3, párrafo 2º); sobre inaplicabilidad de la sumisión expresa o tácita en los procesos de ejecución de títulos extrajudiciales (LEC art.545.3, párrafo 1º); y para la ejecución del auto de cantidad máxima a que se refiere el art.517.2.8º LEC .

Antes de despachar ejecución, el tribunal debe examinar de oficio su competencia territorial, conforme a lo previsto en el art.546 de la LEC . El ejecutado podrá impugnar la competencia territorial mediante declinatoria (LEC art.547).

3596 En los procesos de ejecución **corresponde**:

1. Al **titular del órgano jurisdiccional** (juez):

- dictar la orden general de ejecución por la que se autoriza y despacha la misma;
- decidir sobre oposición a la ejecución definitiva basada en motivos procesales o de fondo;
- resolver las tercerías de dominio;
- las demás resoluciones que le confíe expresamente la LEC (LEC art.545.5).

2. Al **letrado de la Administración de Justicia**:

- la concreción de los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse la ejecución;
- la adopción de todas las medidas necesarias para la efectividad del despacho de la ejecución;
- ordenar los medios de averiguación patrimonial; así como
- acordar las medidas ejecutivas concretas que procedan (LEC art.545.4).

3. Partes en el proceso de ejecución

3598 Son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que esta se despacha (LEC art.538.1).

3600 Legitimación activa

(LEC art.538.2)

Corresponde a quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo. El tribunal solo debe despachar ejecución si lo solicita un sujeto que aparezca como acreedor en el título.

3602 Legitimación pasiva

Corresponde a:

1. Quien aparezca como deudor en el título (LEC art.538.2.1º).
2. Quien, sin figurar como deudor en el título se encuentre en alguna de las situaciones siguientes:
 - responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público (LEC art.538.2.2º);
 - resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente; la ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos (LEC art.538.2.3º).

Hay **reglas especiales** sobre legitimación para los casos de sucesión (LEC art.540); ejecución sobre bienes gananciales (LEC art.541); ejecución frente al deudor solidario (LEC art.542); asociaciones o entidades temporales (LEC art.543) y entidades sin personalidad jurídica (LEC art.544).

En el proceso de ejecución las partes deben actuar con abogado y procurador salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales. (LEC art.539.1).

4. Demanda ejecutiva y despacho de la ejecución

3604 Demanda ejecutiva

Es el acto mediante el que se promueve el proceso de ejecución. Todo proceso de ejecución se promueve mediante demanda ejecutiva y **se inicia** mediante auto que despacha la ejecución.

La súplica de la demanda ejecutiva debe expresar la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, precisando, en su caso, la cantidad que se reclame (LEC art.549.1.2º). Se pueden formular también en la demanda **peticiones complementarias**, que pueden consistir en:

- designación de bienes y petición de embargo (LEC art.549.1.3º), o
- petición de medidas de localización e investigación de bienes (LEC art.549.1.4º).

Con la demanda ejecutiva debe presentarse, como regla general, el título ejecutivo y los demás documentos a que hace referencia el art.550 de la LEC.

En caso de ejecución de **resoluciones judiciales** el contenido de la demanda ejecutiva se simplifica pues basta que se incluya:

- solicitud del despacho de la ejecución; y
- la identificación de la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda (art.549.2 LEC).

3610 Despacho de la ejecución

El tribunal debe resolver sobre el despacho de la ejecución a la vista de la demanda ejecutiva y documentación que se acompañe, de manera inmediata y sin oír previamente al ejecutado («inaudita parte debitoris»).

Antes de resolver el tribunal **debe comprobar**:

- la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales (LEC art.551.1);
- la regularidad formal del título ejecutivo (LEC art.551.1);
- la conformidad de la tutela ejecutiva que se pretende con la naturaleza y contenido del título (LEC art.551.1);
- el cumplimiento de requisitos temporales (caducidad de la acción ejecutiva y plazo de espera) (LEC art.548);
- carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el título, cuando sea no judicial (LEC art.552.1, párrafo 2º).

Si **no concurren los presupuestos** y requisitos legalmente exigidos, y previa oportunidad de subsanación no aprovechada, en su caso, el tribunal dictará auto denegando el despacho de la ejecución. Frente al auto que deniega el despacho de la ejecución cabe recurso de apelación previa reposición facultativa. Estos recursos se sustancian solo con el acreedor (LEC art.552.2).

3614 Orden general de ejecución y despacho de la misma

El tribunal, por medio de **auto**, dictará la orden general de ejecución acordando el despacho de la misma cuando proceda, expresando:

- 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, según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución, según lo establecido en el art.538 de la LEC (LEC art.551.2).

3616 Después de la orden general de ejecución y el despacho de la misma, en el mismo día o en el siguiente hábil, el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución debe dictar un **decreto sobre medidas ejecutivas** que expresará:

- las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes;
- las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los art.589 y 590 de la LEC; y
- el contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor; en los casos en que la ley establezca este requerimiento (LEC art.551.3).

Serán **notificados al ejecutado**, el auto que contenga la orden general de ejecución o acuerde el despacho de esta, así como el decreto del letrado de la Administración de Justicia sobre medidas ejecutivas, junto con copia de la demanda ejecutiva. El ejecutado podrá personarse en la ejecución en cualquier momento, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones (LEC art.553).

3618 En relación con los **recursos** que se pueden interponer:

1. Contra el **auto que autoriza y despacha la ejecución** no se da recurso alguno; el ejecutado puede impugnarlo promoviendo incidente de oposición a la ejecución, dentro de los 10 días siguientes a la notificación (LEC art.551.4).
2. Contra el **decreto dictado por el letrado** de la Administración de Justicia cabe interponer recurso directo de revisión, sin efecto suspensivo, ante el tribunal que hubiere dictado la orden general de ejecución (LEC art.551.5).

5. Oposición a la ejecución

3620 Desde que se le notifica el auto que contiene la orden general de ejecución y el despacho de esta, el ejecutado dispone de un **plazo** de 10 días durante el cual puede promover un incidente de oposición a la ejecución. La oposición puede basarse en:

- defectos procesales; y
- motivos de fondo.

3624 Oposición por defectos procesales

La oposición a la ejecución se puede basar en los siguientes defectos procesales:

- carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda;
- falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda;
- nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o por no cumplir el documento presentado, el laudo o el acuerdo de mediación los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el art.520; y
- la falta de autenticidad del laudo, cuando el laudo no haya sido protocolizado notarialmente (LEC art.559.1).

3626 Oposición por motivos de fondo: diferentes regímenes según la clase de título

Los motivos en que puede basarse la oposición de fondo varían en función de la clase de título en que se base la ejecución:

1. **Ejecución de títulos judiciales:** la oposición de fondo solamente puede basarse en los siguientes motivos:
 - pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, realizado con posterioridad a esta, que habrá de justificarse documentalmente;
 - caducidad de la acción ejecutiva, y
 - los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público (LEC art.556.1).

2. **Ejecución de títulos extrajudiciales:** la oposición de fondo puede basarse en los siguientes motivos:

- pago, que se pueda acreditar documentalmente;
- compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva;
- pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie;
- prescripción y caducidad;
- quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente;
- transacción, siempre que conste en documento público; y
- que el título contenga cláusulas abusivas (LEC art.557).

Cuando la ejecución se base en el **auto de cantidad máxima** del art.517.1.8º de la LEC , la oposición de fondo podrá basarse en todas las causas de oposición previstas para títulos extrajudiciales y además en las siguientes:

- culpa exclusiva de la víctima;
- fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; y
- concurrencia de culpas (LEC art.556.3).

3628 Tramitación de la oposición

(LEC art.556.1 y 557.1)

La oposición a la ejecución se promueve por escrito que debe presentarse en el plazo de 10 días desde la notificación del despacho de la ejecución.

Cuando se trata de ejecución de **títulos judiciales** la admisión a trámite de la oposición no suspende el curso de la ejecución (LEC art.556.2). Si se trata de ejecución de **títulos extrajudiciales** o del auto de cantidad máxima, la admisión a trámite de la oposición sí suspende el curso de la ejecución (LEC art.556.3 y 557.2).

Si se hubiesen alegado motivos de oposición basados en **defectos procesales**, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre dichos motivos por escrito, en el plazo de 5 días (LEC art.559.2). Si el defecto procesal alegado fuese subsanable, el tribunal concederá al ejecutante un plazo de subsanación de 10 días (LEC art.559.2).

Concluidos los trámites anteriores, el tribunal debe resolver mediante **auto**. Caben las siguientes posibilidades:

- si se aprecian defectos insubsanables o no subsanados, se dicta auto poniendo fin a la ejecución con costas para el ejecutante;
- si se desestima la oposición basada en defectos procesales, se dicta auto que ordenará: que siga adelante la ejecución, si no se alegaron motivos de oposición de fondo (LEC art.559.2, párrafo 2º), o que continúe la tramitación del incidente de oposición, si se alegaron motivos de fondo (LEC art.560, párrafo 1º).

El ejecutante podrá formular **alegaciones** por escrito sobre los motivos de fondo, en el plazo de 5 días (LEC art.560, párrafo 1º). Solamente se celebrará **vista** cuando el tribunal estime que la oposición no puede resolverse con los documentos aportados. La vista se desarrollará conforme a lo previsto para el juicio verbal (LEC art.560, párrafos 2º a 4º).

3630 La **oposición de fondo** se resolverá por el tribunal por medio de auto, que tendrá uno de los siguientes contenidos:

- declarar **procedente que la ejecución** siga adelante, cuando se desestime la oposición completamente, con condena en costas al ejecutado, o cuando se estime solo parcialmente, sin condena en costas (LEC art.561.1.1ª);
- declarar que **no procede la ejecución**, cuando se estime completamente algún motivo de oposición, con condena en costas al ejecutante (LEC art.561.1.2ª y 2);
- cuando se aprecie el **carácter abusivo** de una o varias cláusulas, se decretará, bien la improcedencia de la ejecución, bien despachar la misma sin aplicación de las cláusulas abusivas (LEC art.561.1.3ª). Contra el auto que resuelva la oposición cabe recurso de apelación. (LEC art.561.3).

3632 Impugnación de actos ejecutivos concretos

Ejecutante y ejecutado pueden impugnar actos ejecutivos concretos que consideren contrarios a derecho, bien porque infrinjan normas legales (LEC art.562), bien porque sean contradictorios con el título ejecutivo (LEC art.563).

6. Suspensión y término de la ejecución

3634 La **suspensión** del proceso de ejecución solo puede establecerse por acuerdo de todas las partes personadas en el proceso (principio dispositivo) (LEC art.565, párrafo 1º) o, a falta de acuerdo, en los casos expresamente previstos en la Ley:

- oposición a la ejecución en ejecuciones por título extrajudicial (LEC art.557.1 y 556.3);
- admisión de demanda de revisión o de rescisión de la sentencia (LEC art.566);
- concurso del ejecutado (LEC art.568.2); y
- prejudicialidad penal (LEC art.569).

La ejecución forzosa **termina** mediante decreto cuando se consigue la completa satisfacción del acreedor ejecutante (LEC art.570).

7. Ejecución dineraria

3636	Determinación de la cantidad a obtener en la ejecución	3638
	Requerimiento de pago	3642
	Embargo de bienes	3644
	Realización forzosa	3662
	Subasta judicial	3664
	Realización mediante convenio	3676
	Realización por persona o entidad especializada	3678
	Entrega al adquirente de los bienes enajenados	3680
	Subsistencia y cancelación de cargas	3682
	Administración para pago	3684
	Pago al ejecutante	3686
	Ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados	3688

3638 **Determinación de la cantidad a obtener en la ejecución**
(LEC art.551.2.3º)

En la ejecución dineraria la actividad ejecutiva se orienta a la obtención de una cantidad de dinero, que ha de salir del patrimonio del ejecutado e ingresar en el del ejecutante. Antes de iniciar esa actividad es preciso determinar la cantidad que ha de obtenerse con la ejecución. La cantidad se fija en el auto que contiene la orden general de ejecución y acuerda el despacho de esta.

Para la determinación de la cantidad por la que se despacha la ejecución hay que atender a la demanda ejecutiva y al título. En general, la ley exige como **requisito necesario** para que se despache ejecución que el título exprese una deuda de dinero líquida; en estos casos la ejecución se despacha por la cantidad reclamada en la demanda, siempre que no rebase la deuda expresada en el título.

Excepcionalmente, la ley permite que se siga una ejecución dineraria sobre la base de un título del que no resulta una deuda de dinero líquida; en estos casos, al despacharse la ejecución no se fija la cantidad que ha de obtenerse; después de despachada la ejecución se abre un incidente de liquidación cuyo objeto es precisamente fijar el importe exacto de la deuda; este incidente está regulado en la LEC art.712 s.

3640 El acreedor **puede reclamar** en la demanda ejecutiva:

- la cantidad vencida, según el título, a la fecha de la presentación de la demanda; y
- una cantidad adicional en previsión para intereses futuros y para las costas de la ejecución, que no podrá superar, como regla, el 30% de la que se reclame en concepto de deuda vencida, sin perjuicio de la posterior liquidación (LEC art.575).

El tribunal **deberá comprobar**:

1. Que lo que se reclama como deuda vencida resulta debido según el título, y

2. Que la previsión para intereses y costas respeta los límites legales. Si se cumplen los dos requisitos anteriores debe despachar la ejecución por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva (LEC art.551.2.3º y 575.2).

La determinación de la cantidad a obtener en la ejecución está sujeta a **reglas especiales** en los siguientes casos:

- ejecución por saldo de operaciones (LEC art.572.2 y 573);
- intereses variables (LEC art.574);
- intereses de la mora procesal (LEC art.576);
- deuda en moneda extranjera (LEC art.577); y
- ampliación de la ejecución (LEC art.578).

3642 Requerimiento de pago (LEC art.580 a 583)

Es el requerimiento que se efectúa al ejecutado después del despacho de la ejecución y antes de actuar ejecutivamente contra sus bienes; al ejecutado se le requiere para que pague inmediatamente la deuda; si no paga en el acto, se procede de inmediato a embargar sus bienes.

El **requerimiento de pago** debe hacerse cuando concurren las siguientes circunstancias:

- que la ejecución se base en títulos extrajudiciales (no procede el requerimiento en ejecución de sentencias y títulos judiciales); y
- que el acreedor no haya requerido al deudor de pago de manera fehaciente, con 10 días de antelación a la presentación de la demanda (si se ha efectuado este requerimiento extrajudicial y se acompaña a la demanda el documento que lo acredite, no se efectúa requerimiento judicial).

3644 Embargo de bienes

En la ejecución dineraria, una vez despachada la ejecución, la actividad ejecutiva se orienta a la obtención de la cantidad de dinero precisa para satisfacer al ejecutante. El dinero se obtiene mediante la realización de bienes pertenecientes al deudor. Para ello es necesario identificar previamente sobre qué concretos bienes del patrimonio del ejecutado se va a proyectar la actividad ejecutiva y a esta finalidad sirve un conjunto de actuaciones propias del proceso de ejecución a las que se designa con el nombre de embargo de bienes.

3645 Objeto del embargo

El embargo ha de recaer sobre bienes pertenecientes al ejecutado (CC art.1911). Ahora bien, no todos los bienes y derechos de que pueda ser titular el ejecutado son susceptibles de embargo; el embargo **solo puede tener por objeto** bienes que cumplan los siguientes requisitos:

1. **Patrimonialidad.** No son susceptibles de embargo «los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial» (LEC art.605.3º).
2. **Alienabilidad.** No son susceptibles de embargo los bienes que hayan sido declarados inalienables (LEC art.605.1º) ni los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal (LEC art.605.2º).
3. **Embargabilidad.** No son susceptibles de embargo los bienes que, aunque sean patrimoniales y alienables, hayan sido declarados inembargables por una disposición legal (LEC art.605.4º). La LEC declara **inembargables**:
 - a) El **mobiliario y el menaje de la casa**, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros 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 (LEC art.606.1º);
 - b) Los **libros e instrumentos** necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada (LEC art.606.2º);
 - c) El **salario**, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional; los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a una escala progresiva (LEC art.607 ; también art.608, que elimina las limitaciones cuando se trata de ejecución para la efectividad de alimentos debidos al cónyuge o a los hijos);
 - d) Los **bienes sacros** y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas (LEC art.606.3º).

También hay declaraciones de inembargabilidad de ciertos bienes en otras leyes o en tratados internacionales (LEC art.605.4º y 606.4º y 5º).

El embargo de bienes inembargables es nulo de pleno derecho. El ejecutado puede **denunciar la nulidad** en cualquier momento mediante los recursos, si estuviera personado o mediante comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia, si no estuviera personado en la ejecución LEC (art.609).

3646 **Pertenencia de los bienes al ejecutado**

El embargo debe recaer sobre bienes pertenecientes al ejecutado. A efectos de la decisión del letrado de la Administración de Justicia sobre el embargo basta que existan «indicios y signos externos de los que razonablemente se pueda deducir» que los bienes pertenecen al ejecutado (LEC art.593.1).

Si embargan bienes que aparentemente pertenecen al ejecutado pero que en realidad pertenecen a un tercero, el embargo es, en principio, eficaz (LEC art.594), pero se prevén mecanismos de defensa de los terceros que hayan visto embargados sus bienes por una **errónea atribución de su titularidad** al ejecutado:

1. Procedimiento de evitación del embargo en el caso previsto en la LEC art.593.2 y 3 ;
2. Tercería de dominio (LEC art.595 a 604); y
3. Tercería registral (LEC art.38 y 658).

3648 **Localización de bienes del ejecutado**

La LEC contempla las siguientes vías para localizar bienes del ejecutado que puedan ser embargados:

1. Designación de bienes por el ejecutante (LEC art.549.1.3º); el embargo de estos bienes se puede acordar en el decreto del letrado de la Administración de Justicia sobre medidas ejecutivas concretas (LEC art.551.3.1º);
2. Manifestación de bienes del ejecutado (LEC art.589);
3. Investigación judicial del patrimonio (LEC art.590 y 591).

3650 **Selección de los bienes a efectos de embargo**

Conocidos bienes del deudor susceptibles de embargo, han de seleccionarse los que sea preciso embargar teniendo en cuenta las siguientes **reglas**:

- no deben trabarse más bienes de los que sean suficientes para cubrir la cantidad por la que se haya despachado la ejecución (LEC art.584);
- si fuera preciso seleccionar entre varios bienes, se determinarán los bienes a embargar con arreglo a los criterios establecidos en el art.592 de la LEC.

Conforme a este precepto para la selección de bienes **se atenderá**, por este orden, a los pactos entre ejecutante y ejecutado; a la facilidad y menor onerosidad de la enajenación para el ejecutado y al orden legal establecido en dicho precepto.

3652 **La traba o afección de los bienes**

Cuando haya que embargar bienes caben dos **posibilidades**:

1. Que el letrado de la Administración de Justicia dicte una resolución en forma de decreto acordando el embargo del bien (LEC art.587.1).
2. Que se practique la denominada diligencia de embargo en el domicilio del ejecutado o en cualquier lugar en que puedan encontrarse bienes que pertenezcan al ejecutado y allí los funcionarios que practican la diligencia traben los bienes que encuentren, haciéndolo constar en un acta (LEC art.587.1) en la que se incluirá la relación de los bienes embargados y los demás extremos a que se hace referencia en la LEC art.624 .

3654 **Efectos del embargo**

(LEC art.613.1)

Los principales efectos del embargo de bienes son:

- el **tribunal** de la ejecución adquiere la potestad de actuar sobre el bien embargado, para convertirlo en dinero con el que pagar al ejecutante;
- el **ejecutante** adquiere el derecho a percibir las cantidades que se obtengan mediante la realización forzosa del bien embargado.

Las normas del Código Civil (y otras leyes, como el ET art.32 , por ejemplo) establecen determinados **privilegios** en favor de ciertos créditos. Puede suceder que, con arreglo a estas normas, algún tercero que sea acreedor del ejecutado tenga un crédito preferente al del ejecutante. Si los bienes embargados se realizan y se paga con ellos al ejecutante, la preferencia de cobro del acreedor preferente desaparecerá. Para evitarlo, la LEC permite a estos **acreedores preferentes** promover un incidente dentro del proceso de ejecución encaminado a que se reconozca la

preferencia de su crédito respecto del crédito del ejecutante y a que, una vez reconocida esa preferencia, el producto de la realización de los bienes se aplique a la satisfacción del crédito preferente y solo si, tras el pago de este crédito queda remanente, se aplique este al pago del ejecutante.

El instrumento que la LEC pone a disposición de los terceros que sean titulares de créditos privilegiados para hacer valer el privilegio en una ejecución promovida por un acreedor que no sea preferente es la **tercería de mejor derecho**, regulada en los art.614 a 620 de la LEC.

3656 Garantía de la traba

Desde que se embarga el bien hasta que el bien puede convertirse en dinero mediante las actuaciones ejecutivas de realización forzosa transcurre un tiempo durante el que pueden producirse hechos que priven al embargo, total o parcialmente, de sus normales efectos, impidiendo o dificultando la satisfacción del derecho del ejecutante. Los **riesgos más importantes** son:

a) **Pérdida** del bien o derecho trabado, que incluye la desaparición física (destrucción completa) y la pérdida jurídica, que se produce si el bien es adquirido por un tercero que desconoce el embargo y queda amparado por las normas que protegen a los adquirentes de buena fe (LH art.34 ; CC art.464);

b) **Disminución del valor** del bien o derecho trabado, que incluye la destrucción parcial o deterioro de la cosa y la disminución del valor por causas jurídicas como la constitución de gravámenes sobre el bien que disminuyan su valor (una hipoteca, por ejemplo).

Para evitar o para disminuir el riesgo de que puedan producirse estos fenómenos, la LEC prevé una serie de actuaciones que pueden realizarse a instancia del ejecutante y que se conocen con el nombre de **medidas** de garantía de la traba, que incluyen las siguientes:

- **anotación preventiva** de embargo, adecuada para garantizar el embargo de bienes inmuebles (LEC art.629);
- **depósito judicial**, que es la medida adecuada para asegurar el embargo de bienes muebles (LEC art.626 a 628);
- **orden de retención**, que es la medida adecuada para garantizar el embargo de créditos (CC art.1165 ; LEC art.621 a 623);
- **administración judicial**, para los casos de embargo de frutos y rentas y embargo de empresas (LEC art.630 a 633).

3658 Reembargo y embargo de sobrante

El reembolso se produce cuando un mismo bien es trabado en varias ejecuciones que se sigan frente a un mismo deudor, por diferentes deudas y, normalmente, a instancia de distinto acreedor.

Los embargos posteriores están subordinados a la satisfacción de los ejecutantes que hubiesen logrado los embargos anteriores (LEC art.610).

El **embargo de sobrante** implica que el ejecutante traba el sobrante que pueda producirse en otra ejecución frente al mismo deudor; quien embarga el sobrante no adquiere ningún derecho sobre los bienes embargados en la otra ejecución; lo que se embarga es un derecho «futuro» del deudor: el derecho a percibir el sobrante que quede después de pagar al acreedor en otra ejecución (LEC art.611).

3660 Mejora, reducción y modificación del embargo

La **mejora del embargo** consiste en embargar bienes inicialmente no embargados; se acuerda a instancia del ejecutante, cuando un cambio de circunstancias convierta en insuficientes los bienes inicialmente embargados.

La **reducción** del embargo consiste en levantar la traba de alguno de los bienes inicialmente embargados; se acuerda a instancia del ejecutado, cuando la reducción no ponga en peligro el buen fin de la ejecución.

La **modificación** del embargo consiste en sustituir un embargo por otro; puede acordarse a instancia del ejecutante o del ejecutado (LEC art.612).

3662 Realización forzosa o procedimiento de apremio

Es el conjunto de actuaciones del proceso de ejecución dineraria que se proyectan sobre los bienes afectados a la ejecución (mediante embargo o garantía real) con objeto de obtener el dinero necesario para satisfacer el derecho del ejecutante.

Hay ciertos **bienes que no requieren realización forzosa**, ya que, una vez embargados, se entregan o adjudican directamente al ejecutante: dinero efectivo, saldos de cuentas bancarias de inmediata disposición, divisas convertibles, otros bienes cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado (LEC art.634).

El **resto de los bienes**, como regla, han de ser convertidos en dinero para pagar al ejecutante. La LEC prevé un sistema específico para la realización forzosa de valores e instrumentos financieros (LEC art.635) y tres sistemas

generales para la realización forzosa del resto de los bienes: convenio de realización, venta por persona o entidad especializada y subasta judicial (LEC art.636).

3664 Subasta judicial (LEC art.656)

Cuando se subastan bienes inmuebles, la primera actuación es la solicitud al Registro de la Propiedad de la certificación de dominio y cargas, para conocer la situación registral de la finca.

También para el caso de inmuebles, se requiere al ejecutado para que presente en el Juzgado los **títulos de propiedad** (LEC art.663 a 665). Este requerimiento no es preceptivo en caso de inmuebles inscritos. Se ha de comprobar también la situación posesoria del inmueble, conforme a las previsiones del art.661 de la LEC.

Los bienes que salen a subasta han de ser valorados a efectos de determinar la cifra que servirá de referencia para establecer las condiciones de aprobación del remate. La **valoración comprende** las siguientes actuaciones:

1. Avalúo o valoración pericial del bien (LEC art.637 a 639); y
2. Cuando se trata de bienes inmuebles, del valor establecido en el avalúo se deduce el importe de las cargas anteriores al derecho del ejecutante (LEC art.666); antes de realizar esta operación, se puede pedir información sobre la subsistencia y cuantía actual de las cargas que consten en el registro (información de cargas extinguidas o aminoradas, regulada en el art.657 de la LEC).

3666 Desarrollo de la subasta

La subasta se lleva a cabo mediante una **licitación electrónica** que se desarrolla a través del Portal dependiente de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para la celebración electrónica de subastas (LEC art.648).

La **convocatoria** de la subasta se anuncia en el Boletín Oficial del Estado (LEC art.645, 646, 667 y 668). En el Portal de Subastas se publicará información completa sobre los bienes a que se refiere la licitación y las condiciones de esta, en los términos previstos en los art.646.2, 667 y 668 de la LEC.

La subasta **se abrirá** transcurridas, al menos, 24 horas desde la publicación del anuncio en el Boletín Oficial del Estado, cuando haya sido remitida al **Portal de Subastas** la información necesaria para el comienzo de la misma. Desde que esté abierta la subasta podrán efectuarse pujas electrónicas conforme a lo previsto en el art.648 de la LEC, durante un plazo de 20 días naturales, prorrogable hasta 24 horas más si se siguen mejorando las posturas (LEC art.649.1).

Para poder participar en la subasta electrónica, los **interesados** deberán estar dados de alta como usuarios del sistema (LEC art.648.4ª). Los licitadores deberán cumplir, además, los siguientes **requisitos**:

- identificarse de forma suficiente;
- declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta;
- estar en posesión de la correspondiente acreditación, para lo que será necesario haber consignado el 5% del valor de los bienes. El ejecutante puede participar en la subasta sin efectuar el depósito previo, pero solo podrá pujar para mejorar las posturas que hicieren otros licitadores (LEC art.647 y 669). Solo el ejecutante o los acreedores posteriores pueden pujar reservándose la facultad de ceder el remate. También puede ceder la adjudicación (LEC art.647.3).

Cerrada la subasta, el Portal de Subastas remitirá al letrado de la Administración de Justicia **información certificada** de la postura telemática que hubiera resultado vencedora. En el caso de que el mejor licitador no completara 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, siempre que el postor hubiera optado por la reserva de su postura.

3668 Subasta desierta (LEC art.651)

Se denomina así la subasta que fracasa por falta de postores. Cuando queda desierta la **subasta de bienes muebles**, el ejecutante puede pedir la adjudicación por el 30% del valor de tasación.

Tratándose de **bienes inmuebles**, tras quedar desierta la subasta, el acreedor podrá pedir la adjudicación en las siguientes condiciones:

- si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, y
- si se tratare de la vivienda habitual del deudor, por importe igual al 70% del valor de tasación o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60% (LEC art.671).

Tanto en caso de bienes muebles como de bienes inmuebles, si el acreedor, en el plazo de 20 días, no solicita la adjudicación en las condiciones señaladas, el letrado de la Administración de Justicia procederá al **alzamiento del embargo**, a instancia del ejecutado. Las mismas consecuencias se producen cuando el letrado de la Administración de Justicia no aprueba el remate en caso de posturas muy bajas (LEC art.650.4 y 670.4).

3670 Aprobación del remate y pago del precio

Cuando la **mejor postura iguala o supera** el 50% (bienes muebles) o el 70% (inmuebles) del valor del bien:

1. Si el postor no pide aplazamiento de pago: se aprueba el remate;
2. Si el postor pide aplazamiento de pago, a falta de posturas que sobrepasen los porcentajes indicados sin poner condiciones: se aprueba el remate si el ejecutante no pide la adjudicación por el 50% o 70% del valor de tasación.

Si la mejor postura es **inferior** al 50% (bienes muebles) ó 70% (inmuebles) del valor del bien, sucesivamente:

1. El **deudor** puede presentar tercero que mejore la postura (el plazo para hacerlo es de 10 días);
2. El **acreedor**, en el plazo de 5 días, puede **pedir la adjudicación** por:
 - tratándose de bienes muebles, el 50% del valor de tasación o por cantidad inferior que cubra toda la deuda y sea superior a la mejor postura; o
 - tratándose de inmuebles, el 70% del valor de tasación o por cantidad que, siendo superior al 60% del valor de tasación, cubra toda la deuda y mejore la postura;
3. El letrado de la Administración de Justicia resuelve sobre la **aprobación del remate**:
 - se aprueba si la postura supera el 30% (bienes muebles) o el 50% (inmuebles) o, aun inferior, cubre la cantidad por la que se haya despachado ejecución;
 - si la postura no cumple esas condiciones el letrado de la Administración de Justicia oye a las partes y aprueba o no el remate a la vista de las circunstancias del caso (LEC art.650.4, párrafo 3º y 670.4, párrafo 3º).

El rematante ha de efectuar el **pago** en el plazo de 10 días, en subasta de bienes muebles, o de 40 días, en subasta de inmuebles (LEC art.650.1 y 670.1).

3672 Falta de pago del precio y quiebra de la subasta

Cuando no pague el precio del remate en el plazo establecido, el rematante pierde el depósito previo que hubiese efectuado y se producen, sucesivamente, las siguientes **actuaciones**:

1. Se aprueba el remate en favor del postor con depósito retenido que hubiese efectuado en la subasta la mejor postura después del rematante incumplidor (LEC art.652.1, párrafo 2º).
2. A falta de postores sucesivos con depósito retenido, se celebra de nuevo la subasta (subasta en quiebra) (LEC art.653.1).
3. Los depósitos perdidos se destinan a pagar la deuda, si es posible; si no alcanzan para el pago completo de la deuda, se destinan a sufragar la nueva subasta y el resto, junto lo que se obtenga en esta, se destina a los fines de la ejecución.

3674 Adjudicación de los bienes al ejecutante

Procede en los siguientes **casos**:

1. Para evitar el aplazamiento del pago del precio del remate (LEC art.650.3 y 670.3).
2. Para evitar aprobación del remate por menos del 50% o 70%, según sea mueble o inmueble el bien subastado (LEC art.650.4 y 670.4).
3. Cuando la subasta queda desierta o no se aprueba el remate por ser la mejor postura demasiado baja (LEC art.651 y 671).

3676 Realización mediante convenio

Las partes e interesados pueden convenir que la realización de los bienes no se efectúe mediante subasta judicial, siempre que el acuerdo incluya un sistema alternativo para satisfacer el derecho del ejecutante. El convenio que se alcance a estos efectos ha de ser aprobado mediante **decreto** del letrado de la Administración de Justicia (LEC art.640).

El convenio de realización se concluye en una comparecencia que convoca el letrado de la Administración de Justicia a petición del ejecutante, ejecutado u otras personas con interés directo, siendo necesario en todo caso que la convocatoria cuente con la conformidad del ejecutante. Para la **aprobación del convenio** es necesario que en la

comparecencia se llegue a un acuerdo, al menos, entre ejecutante, ejecutado y los terceros afectados que estuviesen presentes.

3678 Realización por persona o entidad especializada (LEC art.641 y 642)

Se sigue este sistema de realización si lo solicita el ejecutante o el ejecutado con la conformidad del ejecutante y el letrado de la Administración de Justicia así lo acuerda teniendo en cuenta las características del bien que se trate de realizar.

En la **petición** se ha de indicar la persona o entidad a la que se quiera confiar la venta. El letrado de la Administración de Justicia dicta **resolución** designando la persona o entidad encargada de la realización y fijando las condiciones de la enajenación. La persona o entidad designada, si acepta el encargo, debe prestar **caución** y realizar la venta en el plazo de 6 meses, prorrogables hasta otros 6. El precio, menos gastos y honorarios, se ingresa en la cuenta del juzgado, y el letrado de la Administración de Justicia debe aprobar la operación. Si no se cumple el encargo, la caución se aplica a los fines de la ejecución.

3680 Entrega al adquirente de los bienes enajenados

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en la Ley, se entregan los bienes del ejecutado que hayan sido enajenados a la persona que los haya adquirido en la subasta judicial o en la realización mediante convenio o mediante persona o entidad especializada. Si fuera necesario el **desalojo de los ocupantes** (lanzamiento) se procederá conforme a lo previsto en el art.675 LEC .

3682 Subsistencia y cancelación de cargas

Si el inmueble enajenado está gravado con otros embargos o hipotecas, tras la transmisión del bien en la ejecución:

1. Las **cargas anteriores** al embargo o hipoteca del ejecutante subsisten, es decir, se mantiene su anotación o inscripción en el registro después de la enajenación de la finca (LEC art.668.3º, 669.2 y 670.5).
2. Las **cargas posteriores** al embargo o hipoteca del ejecutante se cancelan, es decir, desaparecen del registro después de la enajenación (LEC art.674.2). Los acreedores posteriores, que ven como sus inscripciones o anotaciones se cancelan tendrán derecho, eso sí, a cobrar, por su orden, con el sobrante que quede del producto de la realización del inmueble después de que se haya pagado por completo al ejecutante (LEC art.672).

3684 Administración para pago

Es una alternativa a la enajenación de los bienes embargados. En lugar de vender el bien para pagar con el precio al ejecutante, se entrega el bien al ejecutante para que lo administre y perciba los frutos y rentas que produzca hasta el completo pago de la deuda. Una vez satisfecho el derecho del ejecutante cesa la administración y el ejecutado recupera el bien (LEC art.676 a 680).

3686 Pago al ejecutante

Las cantidades obtenidas mediante la realización forzosa se destinan a pagar al ejecutante. Si tras el completo pago del ejecutante quedara sobrante, los acreedores posteriores del ejecutado pueden solicitar que se distribuya entre ellos. Si no hubiese acreedores posteriores o quedara sobrante después de pagados estos, se entregará al ejecutado (LEC art.654 y 672).

3688 Ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados

El acreedor que tiene su crédito asegurado con prenda o hipoteca puede lograr la satisfacción de su derecho a través de diferentes **vías**:

1. Promoviendo un **proceso ordinario** de ejecución, en el que deberá pedir la realización del bien hipotecado o pignorado y, si prevé que no se obtendrá lo suficiente para pagar la deuda, podrá pedir también el embargo y realización de otros bienes pertenecientes al ejecutado;
2. Promoviendo un **proceso especial de ejecución**, que tendrá por objeto exclusivo la realización del bien hipotecado o pignorado. Como contrapartida a esta limitación, el acreedor consigue una tutela especialmente eficaz, ya que en el proceso especial se limitan drásticamente las oportunidades de actuación procesal del deudor, para evitar incidentes que puedan retrasar la realización del bien.

En la **ejecución de créditos asegurados** con hipoteca el título ejecutivo es la escritura de constitución de la hipoteca, a la que deberá acompañarse certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la garantía, salvo que la inscripción conste en la propia escritura mediante nota extendida por el registrador (LEC art.685.2). El título ha de expresar una deuda de dinero cierta, líquida y vencida.

Para que se pueda seguir el proceso especial de ejecución la Ley exige que en la **escritura de constitución** de la hipoteca se exprese:

- el **precio** en que los interesados tasan la finca o el bien hipotecado, para que sirva de tipo a la subasta;
- un **domicilio**, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones (LEC art.682.2).

Tras la demanda ejecutiva y el despacho de la ejecución se requiere de pago al deudor, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor, salvo que se hubiese efectuado antes requerimiento extrajudicial (LEC art.686). Si el requerimiento de pago no es atendido se procede a la inmediata realización del bien hipotecado; en este procedimiento no se realizan embargos puesto que la ejecución se proyecta exclusivamente sobre el bien hipotecado. Para la realización forzosa se siguen las reglas de la ejecución ordinaria sobre inmuebles, con algunas especialidades en materia de administración para pago (LEC art.690) o en relación con la subasta (LEC art.691).

3690 Las **especialidades más importantes** del proceso especial de ejecución de créditos garantizados con hipoteca afectan al régimen de oposición y suspensión de la ejecución, mucho más restrictivo que el previsto para la ejecución ordinaria. La LEC prevé un incidente de oposición por causas tasadas que suspende las actuaciones de realización del bien; la tramitación del incidente es muy sencilla: comparecencia de las partes y decisión del tribunal en forma de auto (LEC art.695.2).

Las **causas de oposición** que se pueden alegar en el incidente son, exclusivamente:

1. **Extinción de la garantía** o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía (LEC art.695.1.1ª).
2. **Plus petición**, pero solo cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado (LEC art.695.1.2ª).
3. Si se trata de **hipoteca mobiliaria**, que el bien hipotecado esté sujeto a otra hipoteca o embargo inscritos con anterioridad a la hipoteca que motive el procedimiento (LEC art.695.1.3ª).
4. El **carácter abusivo de una cláusula** contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (LEC art.695.1.4ª).

Los motivos de oposición que no puedan suscitarse a través de este incidente tendrán que ser alegados mediante un proceso ordinario de declaración que no suspende ni entorpece el curso de la ejecución sobre el bien hipotecado (LEC art.698).

3692 Aparte del incidente de oposición, en los términos indicados, la LEC prevé también la **suspensión de la realización del bien** en los siguientes casos:

- a) Cuando se interponga una tercería de dominio, en los términos del art.696 de la LEC.
- b) Por prejudicialidad penal, de acuerdo con el art.697 de la LEC.

8. Ejecución no dineraria

3694 Se denomina ejecución no dineraria al proceso de ejecución que tiene por objeto satisfacer un derecho del ejecutante cuyo contenido es distinto de la entrega de una cantidad de dinero. En general, la ejecución no dineraria puede tener por objeto pretensiones ejecutivas relativas a prestaciones de entrega de cosas que no consistan en una cantidad de dinero, prestaciones de hacer y prestaciones de no hacer. En la ejecución no dineraria el título ejecutivo es siempre judicial (sentencia firme de condena, laudo arbitral firme o transacción judicial).

Las peculiaridades de la ejecución no dineraria se refieren a las actuaciones subsiguientes al despacho de la ejecución. La LEC prevé ciertas **medidas ejecutivas comunes** a todo proceso de ejecución no dineraria, sea cual sea el contenido de la prestación (excepto si se trata de prestación de no hacer):

1. **Requerimiento** al ejecutado para que cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo, dentro del plazo que el tribunal fije (LEC art.699);
2. **Medidas de garantía** que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena (LEC art.700, párrafo 1º); y
3. **Embargo de bienes del ejecutado** en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas procesales (LEC art.700, párrafos 2º y 3º).

La ejecución no dineraria termina si el ejecutado, dentro del plazo que el tribunal le haya concedido, realiza la prestación a que se refiera el título. En otro caso, la ejecución continúa, pero a partir de aquí las medidas ejecutivas son diferentes según cuál sea el contenido de la prestación.

3698 Entrega de cosas genéricas o indeterminadas

Si el ejecutado no cumple el requerimiento dentro del plazo, el letrado de la Administración de Justicia acordará, a elección del ejecutante, alguna de las **medidas** siguientes:

1. Poner al ejecutante en posesión de las cosas debidas (LEC art.702.1).
2. Facultar al ejecutante para que adquiera las cosas debidas a costa del ejecutado, ordenando al mismo tiempo el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición (LEC art.702.1).
3. Cuando el ejecutante manifieste que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas no satisface su interés, se determinará el equivalente pecuniario de la prestación y se liquidará la indemnización de daños y perjuicios (LEC art.702.2).

3700 Entrega de bien mueble determinado

Cuando el ejecutado no efectúe la entrega dentro del plazo que se le señale en el auto que despacha la ejecución, se adoptarán las **medidas** siguientes:

1. Si el bien mueble que ha de ser entregado existe y puede ser habido, el letrado de la Administración de Justicia pondrá al ejecutante en posesión del bien (LEC art.701.1).
2. Si la cosa que deba entregarse al ejecutante no puede ser habida, se sustituye la entrega por una «justa compensación pecuniaria» que se satisface al ejecutante previo embargo y realización forzosa de bienes del deudor (LEC art.701.3).

3702 Entrega de bien inmueble

Para la efectividad de condenas a entregar bienes inmuebles la LEC prevé dos **medidas**:

1. Adecuación del Registro de la Propiedad a lo que disponga el título ejecutivo, disponiendo el letrado de la Administración de Justicia lo que sea necesario a tal efecto (LEC art.703.1).
2. Lanzamiento de los ocupantes y entrega de la posesión del inmueble al ejecutante, conforme a las previsiones de los art.703 y 704 de la LEC.

3704 Ejecución por deberes de hacer no personalísimo

Si el ejecutado no realiza la prestación de hacer en el plazo del requerimiento, se adoptará, a elección del ejecutante, una de las siguientes **medidas**:

1. Facultar al ejecutante para encargar la prestación a un tercero a costa del ejecutado (LEC art.706).
2. Indemnizar al ejecutante los daños y perjuicios (LEC art.706.1), que se cuantifican con arreglo a lo previsto en los art.712 y siguientes. (LEC art.706.2, párrafo 2º).

3706 Ejecución de condena a emitir una declaración de voluntad

Cuando la ejecución tenga por objeto una sentencia o laudo en que se condene al ejecutado a emitir una declaración de voluntad, al despachar la ejecución, el tribunal **acordará**:

- tener por emitida la declaración de voluntad cuando ello sea posible por estar predeterminados en el título todos los elementos del negocio o contrato; si estuviera indeterminado algún elemento no esencial, lo podrá fijar el tribunal previa audiencia de las partes (LEC art.708);

- si estuvieran indeterminados elementos esenciales del negocio o contrato no se tendrá por emitida la declaración y, en su lugar, se determinará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (LEC art.708.2, párrafo 2º).

3708 Ejecución por deberes de hacer personalísimo

(LEC art.709.1)

Durante el plazo del requerimiento, el ejecutado puede presentar al tribunal alegaciones encaminadas a poner de manifiesto que la prestación debida no es personalísima.

Si, transcurrido el plazo, el ejecutado no realiza la prestación, el ejecutante, a su elección, pedirá al tribunal una de las siguientes medidas:

1. Que se apremie al ejecutado con **multas coercitivas** mensuales hasta que realice la prestación debida (LEC art.709.1).
2. Que se le entregue un **equivalente pecuniario** de la prestación debida (LEC art.709.1).

Cuando se acuerden multas coercitivas mensuales, se impondrán durante un año, si el ejecutado no realiza antes la prestación; **transcurrido el año**, se sustituye la prestación debida por la entrega al ejecutante de su equivalente pecuniario (LEC art.709.3). Si el ejecutante no pide multas mensuales y opta, desde el principio, por el equivalente

pecuniario, se obtiene este mediante embargo y apremio y, además, se impone al ejecutado una multa única (LEC art.709.2).

3710 Ejecución por condenas de no hacer

La ejecución de condenas de no hacer comprenderá, según los casos, alguna o varias de las siguientes **medidas**:

1. Requerimiento al ejecutado para que deshaga lo mal hecho (LEC art.710.1 y 2);
2. Requerimiento al ejecutado para que se abstenga de reiterar el quebrantamiento de la condena con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial (LEC art.710.1);
3. Indemnización de los daños y perjuicios que el quebrantamiento de la condena de no hacer haya causado al ejecutante (LEC art.710.1 y 3).

9. Ejecución provisional

3712 En principio, las sentencias de condena solo son título ejecutivo cuando son firmes (LEC art.517.2.1º). Sin embargo, la LEC permite también la ejecución de sentencias de condena no firmes (es decir, pendientes de recurso de apelación o de recurso extraordinario). La ejecución de sentencias de condena no firmes se denomina ejecución provisional, porque sus efectos están condicionados a lo que se decida en el recurso que se haya interpuesto contra la sentencia que se ejecuta. Si el recurso se desestima y se confirma la sentencia provisionalmente ejecutada, las actuaciones de la ejecución provisional devienen definitivas. Si el recurso se estima y se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada, cesa la actividad ejecutiva y se repone (en lo posible) la situación al estado de cosas anterior al inicio de la ejecución provisional.

Como **regla general**, son susceptibles de ejecución provisional las sentencias de condena no firmes (LEC art.524.2). Hay, no obstante, algunas excepciones a esta regla establecidas en la LEC art.525 .

3714 Solicitud y despacho de la ejecución provisional

Puede solicitar la ejecución provisional «quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena» (LEC art.526). La ejecución provisional ha de solicitarse al tribunal que haya conocido del proceso en primera instancia (LEC art.524.2 y 535.2, párrafo 2º). La ejecución provisional se puede solicitar en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en este (LEC art.527.1).

La ejecución provisional se insta mediante **demanda ejecutiva**, que está sujeta a los mismos requisitos de la demanda ejecutiva ordinaria, o mediante simple solicitud (LEC art.524.1 y 549). Antes de despachar la ejecución, el tribunal comprobará que se cumplen todos los requisitos. En particular, el tribunal procederá a la **denegación del despacho** de la ejecución provisional cuando:

- se tratase de sentencia no susceptible de ejecución provisional conforme al art.525 de la LEC , o bien;
- la sentencia no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante (LEC art.527.3).

3716 Actividad ejecutiva

Despachada la ejecución provisional se inicia la actividad ejecutiva, que se lleva a cabo del mismo modo que en la ejecución ordinaria (LEC art.524.2 y 3).

3718 Oposición a la ejecución provisional y a actuaciones ejecutivas concretas

La LEC trata de evitar que mediante la ejecución provisional se llegue a situaciones irreversibles que produzcan al ejecutado perjuicios que no puedan ser reparados en caso de que finalmente la sentencia ejecutada sea revocada en virtud del recurso pendiente contra ella. A tal fin, permite al ejecutado provisionalmente:

- solicitar que se ponga fin a la ejecución provisional (oposición a la ejecución provisional);
- impugnar medidas ejecutivas concretas.

La oposición a la ejecución provisional **solo puede basarse** en los siguientes **motivos**:

1. Que la sentencia no contenga pronunciamiento de condena en favor del solicitante (LEC art.528.2.1ª y 527.3);
2. Que la sentencia no sea provisionalmente ejecutable (LEC art.528.2.1ª, 527.3 y 525);
3. Cuando se trate de sentencias de condena no dineraria, que resulte imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado en caso de que la sentencia fuese revocada (LEC art.528.2.2ª); el ejecutante puede evitar que este motivo de oposición prospere ofreciendo caución suficiente para garantizar que, en caso de revocarse

la sentencia, se restaurará la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirán los daños y perjuicios causados (LEC art.529.3);

4. Cualquiera de las causas previstas en la Ley para la oposición a la ejecución definitiva (LEC art.528.4).

3720 Cuando se trate de ejecución provisional de condenas dinerarias, el ejecutado puede **oponerse a actuaciones ejecutivas concretas** (que se embargue o que se subaste un determinado bien, por ejemplo). La oposición ha de basarse en que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente en caso de ser revocada la sentencia. Para que esta oposición pueda prosperar se exige al ejecutado, además:

1. Que indique medidas ejecutivas alternativas a la que considera improcedente.
2. Que ofrezca caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, en caso de que la sentencia sea confirmada (LEC art.528.3).

La oposición debe **formularse por escrito** en el plazo de 5 días desde el despacho de la ejecución (oposición a la ejecución provisional) o desde la adopción de la medida (oposición a medidas ejecutivas concretas) (LEC art.529.1). El escrito de oposición se traslada a las demás partes, que tendrán un plazo de 5 días para formular alegaciones (LEC art.529.2).

Si se **desestima** la oposición, sea cual sea el motivo en que se funde, se ordenará seguir adelante la ejecución provisional. Si **estima la oposición**, la decisión del tribunal dependerá de la causa de oposición que se haya estimado:

1. Si se estima la **oposición global** a la ejecución provisional por incumplimiento de los requisitos del despacho de la ejecución, se pone fin a la ejecución provisional y se dejan sin efecto las medidas ejecutivas que se hubiesen adoptado ya (LEC art.530.1).

2. Cuando se trate de **oposición a la ejecución provisional** de condenas no dinerarias por resultar imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de estimación del recurso, la estimación de la oposición determina que se deje en suspenso la ejecución, excepto en lo que se refiere a los embargos y medidas de garantía adoptados (LEC art.530.2).

3. Cuando se trate de **oposición a medidas ejecutivas** concretas en ejecución provisional de condenas dinerarias, su estimación lleva consigo que se deniegue la realización de la concreta actividad ejecutiva a que se refiera la oposición y continúe la ejecución en relación con las demás medidas ejecutivas que se hubiesen adoptado (LEC art.530.3).

Contra la decisión del tribunal sobre la oposición a la ejecución provisional o a medidas ejecutivas concretas no cabe recurso alguno (LEC art.530.4).

3722 *Suspensión de la ejecución provisional en caso de condenas dinerarias*
(LEC art.531)

Cuando la ejecución provisional se refiera a sentencias de condena a pagar una cantidad de dinero, el ejecutado podrá lograr que se suspenda la ejecución si pone a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante, la cantidad a que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas que se hubiesen producido hasta ese momento.

3724 *Confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada*

Si la sentencia que motiva la ejecución provisional es finalmente confirmada en el recurso o recursos interpuestos contra ella la ejecución continuará si aún no hubiese terminado (LEC art.532).

Si la sentencia que motiva la ejecución provisional es finalmente revocada en el recurso o recursos interpuestos contra ella:

1. Si se trata de **condena pecuniaria** y la **revocación de la sentencia es total**:

- se pone fin a la ejecución provisional; y

- el ejecutante deberá reintegrar al ejecutado la cantidad que hubiese percibido en la ejecución provisional, las costas de la ejecución provisional que el ejecutado hubiera satisfecho y los daños y perjuicios que la ejecución provisional hubiese ocasionado al ejecutado (LEC art.533.1).

2. Si se trata de **condena pecuniaria** y la **revocación de la sentencia es parcial**, el ejecutante solo devolverá al ejecutado la diferencia entre la cantidad que el ejecutante hubiere percibido en la ejecución provisional y la cantidad a la que ascienda el importe de la condena según la sentencia que decida el recurso, más los intereses legales de esa diferencia (LEC art.533.2).

3. Si se trata de **condena no pecuniaria** caben, según los casos, las siguientes actuaciones (LEC art.534):

- a) Restitución al ejecutado del bien mueble o inmueble que se hubiese entregado al ejecutante en la ejecución provisional.
- b) Requerimiento al ejecutante para que se deshaga lo hecho en la ejecución provisional.
- c) Indemnización de daños y perjuicios sufridos por el ejecutado.

10. Ejecución de títulos ejecutivos extranjeros

3725 Para que una sentencia dictada por un tribunal extranjero u otros documentos que sean título ejecutivo en un país extranjero puedan ser ejecutados en España es necesaria, como **regla general**, que el título extranjero sea declarado ejecutable en España mediante una decisión a tal efecto de los tribunales españoles. En estos casos, antes de la incoación del proceso de ejecución propiamente dicho, es necesario solicitar ante los tribunales españoles el denominado «**exequátur**», o resolución que declara ejecutable en España el título extranjero de que se trate.

En el **ámbito de la UE**, no obstante, se ha eliminado la exigencia de exequátur para la ejecución en un Estado miembro de títulos ejecutivos de los demás Estados miembros. Basta una certificación de ejecutividad del título, emitida por las autoridades competentes del Estado de origen, para que se pueda solicitar la ejecución en cualquier Estado miembro, sin necesidad de previo exequátur.

3726 Títulos ejecutivos de Estados miembros de la UE

La **ejecución civil** basada en títulos ejecutivos de Estados miembros de la UE **se regula** en:

- con carácter general en el Rgto UE/1215/2012 , de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aplicable desde 10-1-2015;
- el Rgto UE/2201/2003 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y
- el Rgto UE/4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos;
- el Rgto UE/805/2004 , sobre título ejecutivo europeo para créditos no impugnados;
- el Rgto UE/1896/2006 , sobre proceso monitorio europeo; y
- el Rgto UE/861/2007 , sobre proceso europeo de escasa cuantía.

Las disposiciones finales 21ª a 26ª de la LEC establecen medidas para facilitar la aplicación en España de los anteriores Reglamentos de la UE.

Entre las mencionadas normas de la UE es especialmente importante, en la materia que nos ocupa, el Rgto UE/2015/2012 , conocido como **Reglamento de Bruselas I bis o Bruselas I** refundido, que regula la ejecución en los Estados miembros de las resoluciones judiciales, transacciones y documentos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil que tenga su origen en cualquier otro Estado miembro. La **principal característica** del régimen previsto en el Reglamento de Bruselas I bis es que se elimina el exequátur, siendo suficiente una copia auténtica de la resolución que se pretenda ejecutar, con un certificado de ejecutividad emitido por el órgano jurisdiccional de origen, para que se pueda obtener la ejecución en cualquier otro Estado miembro. Despachada la ejecución sobre la base de estos documentos, el ejecutado podrá solicitar la denegación de esta por determinadas causas tasadas previstas en el Reglamento (Rgto UE/2015/2012 art.46 s.).

3727 Títulos ejecutivos de Estados no pertenecientes a la UE

La **ejecución** en España basada en títulos extranjeros cuyo Estado de origen no pertenezca a la UE **se rige** por:

- en primer lugar, los tratados internacionales que sean aplicables al caso; y
- a falta de tratado, por el régimen legal interno regulado en la L 29/2015 , de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC).

Entre los **tratados internacionales** sobre ejecución de títulos extranjeros destaca el Convenio de Lugano, de 30-10-2007, entre los Estados miembros de la UE y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA). Hay también **tratados multilaterales** sobre determinadas materias que incluyen previsiones en materia de ejecución de resoluciones extranjeras, como:

- el Convenio de Berna, de 9-5-1980, sobre transportes internacionales por ferrocarril;
- el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma el 7-10-1952; o

- el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (C.M.R.), hecho en Ginebra el 19-5-1956, entre otros.

Hay que tener en cuenta también los **convenios bilaterales** entre España y otros países sobre reconocimiento y ejecución de sentencias (Argelia, Brasil, China, Israel, México, Marruecos y Rusia, entre otros).

Conforme al **régimen legal interno** de la LCJIMC, a falta de tratado, se concederá el «**exequátur**» siempre que no concurra ninguna de las causas de denegación previstas en el art.46.1 (orden público, infracción de los derechos de defensa, competencia exclusiva de los tribunales españoles, incompatibilidad con resoluciones dictadas con anterioridad, litispendencia). Se prohíbe expresamente la denegación del exequátur basada en una revisión del fondo de la resolución extranjera (LCJIMC art.48). La **solicitud** del «exequátur» se debe presentar ante el juzgado de primera instancia o ante el juzgado de lo mercantil (en función de la materia a que se refiera la resolución de que se trate) del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o el del domicilio de la persona a quien se refieren los efectos de aquellas; subsidiariamente ante el Juzgado del lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el juzgado ante el cual se interponga la demanda de *exequátur* (LCJIMC art.52).

La solicitud de exequátur se ajustará a los **requisitos** del art.399 de la LEC, debiendo acompañarse a ella los documentos a que se refiere el art.54.3 de la LCJIMC. Admitida la demanda, se dará traslado al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, para que en el plazo de 30 días proceda su **contestación** (LCJIMC art.54.5). Formalizada la oposición o transcurrido el plazo, el tribunal resolverá por medio de **auto** recurrible en apelación. Contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, cabe **recurso** extraordinario por infracción procesal o recurso de casación de conformidad con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LCJIMC art.55).

Una vez concedido el exequátur podrá presentarse la **demanda ejecutiva**. Si se pide el despacho de la ejecución al mismo tiempo que el exequátur, hasta que no se haya dictado resolución decretando este no se procederá a la ejecución (LCJIMC art.54.1).

R. Medidas cautelares

3728	Fundamento constitucional y extensión de la tutela cautelar	3729
	Competencia para la adopción de medidas cautelares	3732
	Características de las medidas cautelares. Medidas cautelares específicas	3736
	Presupuestos para la adopción de medidas cautelares	3738
	Procedimiento para la adopción de medidas cautelares	3740
	Ejecución de la medida cautelar	3756
	Oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado	3758
	Modificación y alzamiento de las medidas cautelares	3760
	Caución sustitutoria de medidas cautelares	3762

3729 Fundamento constitucional y extensión de la tutela cautelar

Las medidas cautelares o tutela cautelar es una de las clases de tutela jurisdiccional que se puede impetrar de los tribunales de justicia (LEC art.5.1). Como ha reiterado el Tribunal Constitucional, esta clase de tutela jurisdiccional forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, el TCo constata que el art.24.1 de la Const no hace referencia alguna a las medidas cautelares, pero considera que de ello no puede inferirse que el legislador sea libre 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, se afirma 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 14/1994).

Se faculta a todo actor, principal o reconvencional, para solicitar las medidas cautelares que considere «necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare» (LEC art.721.1). De ahí que el **ámbito de aplicación material** de las medidas cautelares civiles sea el propio de las acciones que pueden ser ejercitadas en vía declarativa, esto es, acciones de condena, meramente declarativas y constitutivas.

Atendidos los diversos sistemas de solución de conflictos, las medidas cautelares comprenden también el proceso arbitral, con la notable singularidad de que, estando pendiente el proceso arbitral, la tutela cautelar tanto pueden concederla los jueces como los árbitros (competencias concurrentes), en tanto que, con anterioridad al inicio de las actuaciones arbitrales solo los jueces pueden adoptar las medidas cautelares (LEC art.11.3 y 23.1 ; LArb art.722).

El distinto **ámbito competencial de jueces y árbitros** se acentúa aún más respecto de la ejecución de las medidas, pues las adoptadas por los árbitros han de ser ejecutadas por los jueces (LArb art.23.2). Respecto a la mediación, la ley declara la compatibilidad del procedimiento de mediación y la solicitud -y adopción judicial- de medidas cautelares u otras urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos (LM art.10.2), lo cual abona la incompatibilidad del compromiso de mediación y la solicitud de la tutela cautelar.

3730 Atendido el ámbito territorial en el que se desarrolla el proceso, se podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares por quien acredite ser parte en un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en el extranjero si se dan los presupuestos previstos en la LEC, salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fueran exclusivamente competentes los tribunales españoles (LEC art.722, párrafo 2º). De esta norma general quedan a salvo las normas especiales previstas en tratados internacionales o reglamentos europeos. En particular, en el **ámbito europeo**, el Rgto/UE/1215/2012 , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, autoriza la solicitud a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de medidas cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto (art.35).

3732 Competencia para la adopción de medidas cautelares

Con carácter general, la atribución de competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares viene determinada por **normas de competencia funcional**, que como tales, toman en consideración la competencia para conocer de otras actuaciones procesales. En este sentido, se distinguen los siguientes supuestos:

1. Si el proceso ya está pendiente será competente para conocer de la solicitud el tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia; además de norma general, esta es la pauta común en materia cautelar, debido a la carga que corresponde al actor, de ordinario, de solicitar las medidas cautelares junto con la demanda;

2. Si la solicitud de medidas cautelares tiene lugar *ante litem*, la competencia para conocer le corresponde al órgano jurisdiccional que sea competente para conocer de la demanda. En ambos supuestos la competencia en materia cautelar opera a remolque de las normas de competencia objetiva y territorial que determinen, en cada caso, el tribunal competente para conocer de la demanda, aunque solo en el primero de ellos está involucrado siempre el juzgado competente por diligencia de reparto, pues los jueces Decanos tienen competencia para adoptar medidas urgentes en asuntos no repartidos, cuando de no hacerlo pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (LOPJ art.168.1 ; LEC art.70).

Funcional es también la norma que atribuye el conocimiento de la solicitud de medidas cautelares que se formule «durante la sustanciación» de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, al tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos (LEC art.727.2). No obstante, la jurisprudencia interpretó teleológicamente el inciso que resaltamos, y matizando el tenor literal de la norma, entendió que los respectivos tribunales ad quem no eran competentes para conocer de la solicitud presentada antes de que tenga lugar la remisión de los autos y el emplazamiento por el órgano a quo (TS auto19-7-05; AP Barcelona 18-1-08). Esta interpretación ha sido integrada posteriormente, por vía de la reforma procedimental del art.744.1 de la LEC.

3734 Cuando las medidas cautelares se soliciten respecto de un **proceso arbitral o del nombramiento de los árbitros**, será competente el juzgado de primera instancia del lugar donde deba ser ejecutado el laudo -que será el correspondiente al lugar del arbitraje y en el que habrá de ser dictado el laudo (LEC art.26.1 y 8.4 ; LArb art.545.2)-; y en caso de que la tutela solicitada en el proceso arbitral no sea susceptible de ejecución forzosa, será competente el tribunal del lugar donde las medidas deban producir eficacia (LEC art.724, párrafo 1º ; LArb art.8.3). Estas mismas normas de competencia objetiva y territorial son de aplicación a la solicitud de medidas cautelares respecto de un litigio pendiente en el extranjero, aunque con la matización que comportan los foros de competencia territorial para la ejecución de las resoluciones extranjeras (LEC art.955), así como la aplicación prioritaria de lo que puedan establecer los tratados internacionales o reglamentos europeos.

Siendo norma general que las medidas cautelares han de solicitarse junto con la demanda, el tratamiento procesal de la competencia cautelar es el propio del asunto principal. De ahí que la ley solo se ocupe de esta cuestión si las medidas cautelares se **solicitan con anterioridad a la demanda**. En tal caso, el tratamiento procesal es el siguiente:

- aquel frente al que se solicita la medida cautelar no puede interponer declinatoria;

- el tribunal debe analizar de oficio la jurisdicción y la competencia, incluida la territorial, que, en su caso, podrá fundar en la sumisión expresa de las partes para el asunto principal; y,

- la abstención del conocimiento por falta de competencia territorial no impedirá al tribuna adoptar las medidas que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente (LEC art.725.2).

3736 Características de las medidas cautelares. Medidas cautelares específicas

El solicitante de tutela cautelar deberá señalar con claridad y precisión la medida o medidas cautelares que solicita. Y el tribunal podrá adoptar las medidas solicitadas que reúnan estas dos características:

1. Ser «exclusivamente conducentes 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 correspondientes (instrumentalidad), y
2. No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz para salvaguardar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado (LEC art.726.1).

La primera característica engloba, por una parte, la idoneidad de la medida solicitada con la situación jurídica cautelable en el concreto proceso, y por otra, la necesidad de su adopción para garantizar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse. Supone también, de forma implícita, la **prohibición** general de las **medidas anticipatorias** de la tutela que pueda ser otorgada en la sentencia, aunque consciente el legislador del contenido singular de algunas pretensiones de tutela jurisdiccional, la ley autoriza la adopción como cautelares -esto es, con el carácter temporal, provisional y susceptible de modificación y alzamiento-, «de órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso» (LEC art.726). Por ejemplo, la prohibición de realizar actos de disposición o gravamen de participaciones de una sociedad en detrimento de los derechos hereditarios de la actora (AP Granada 14-9-12, EDJ 324919), de disponer del saldo de una cuenta corriente en la que aparece como titular el demandado (AP Barcelona 20-2-12, EDJ 30020) o de comercializar medicamentos genéricos que invaden el ámbito de protección del CCP de la actora (AP Barcelona 9-2-12, EDJ 129289).

La segunda característica, cuya razón de ser es la **proporcionalidad** que debe tener toda medida cautelar entre la restricción de derechos que supone al demandado y el aseguramiento que proporciona al solicitante, permite al tribunal cierta modulación de la tutela cautelar solicitada por el actor, en el bien entendido sentido que el tribunal no podrá acordar medidas más gravosas que las solicitadas (LEC art.721.2). Sí podrá, en cambio, adoptar una medida menos gravosa que la solicitada -con tal que sea acorde con la pretensión ejercitada en el proceso-, sin que con ello entrañe infracción del principio de justicia rogada. Así por ejemplo, si el actor solicita la retención por la Administración de las cantidades que debieran ser pagadas al demandado por ayudas o subvenciones agrícolas y el tribunal acuerda que el demandado aporte un aval solidario, de plazo indefinido y ejecutable a primer requerimiento, emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca (AP Ciudad Real 16-2-04, EDJ 313099).

Precisiones

Conforme a las características señaladas, y respecto de los bienes y derechos del demandado, podrán acordarse las medidas cautelares que la LEC relaciona en el art.727.1ª a 10ª-, las previstas expresamente en otras leyes (por ejemplo, en la Ley de Patentes -art.128.1- o en la Ley de Propiedad Intelectual -art.138 y 141-), así como aquellas otras que, en el caso concreto, «se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio» (LEC art.727.11ª). Esta previsión confirma que la enumeración legal de concretas medidas cautelares es ejemplificativa -no tasada-. En particular respecto del embargo preventivo, repárese, en que además de ser la medida idónea para asegurar la ejecución de sentencias de condena pecuniaria o de frutos, rentas y cosas computables a metálico por aplicación de precios ciertos, lo es también para el aseguramiento de cualquier otra clase de tutela jurisdiccional «si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado» (LEC art.721.1ª *in fine*); previsión esta que confiere al embargo cierto carácter integrador del sistema cautelar, aunque su aplicación práctica es excepcional (AP Baleares auto 22-1-02, EDJ 8729 ; AP Madrid auto 2-4-04; AP Zaragoza auto 2-11-05, EDJ 230125).

3738 Presupuestos para la adopción de medidas cautelares (LEC art.728 y 735.2)

Cualquiera que sea el momento en que se formule la solicitud de medidas cautelares, así como la naturaleza y contenido de la pretensión hecha valer en el proceso, el tribunal solo accederá a la tutela cautelar si, en el caso concreto que se somete a su consideración, estima acreditados el peligro en la demora procesal y el *fumus boni iuris*, y la solicitud contiene el ofrecimiento de prestación de caución por el solicitante y la justificación del importe de esta que propone.

En **primer lugar**, el solicitante deberá justificar los hechos, circunstancias o estado de cosas que, en el caso concreto, constituyen el **peligro por la mora procesal**, no bastando la mera invocación de un peligro genérico o la dimensión temporal del proceso, que en definitiva constituye el fundamento último de toda medida cautelar. Pero incluso concurriendo circunstancias concretas de riesgo, 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 (LEC art.728.1, párrafo 2º). Esta última previsión «cobra especial sentido tratándose de medidas consistentes en el cese de comportamientos o en la prohibición de seguir desarrollando una conducta que se presenta como antijurídica o infractora de derechos subjetivos ajenos. Tal será la situación fáctica en la que va a incidir la medida, alterándola, y frente a la cual el solicitante de las medidas debe reaccionar oportuna o temporáneamente, sin dilaciones injustificadas, pues de lo

contrario podrá apreciarse que su pasividad, facilitando la prolongación y consolidación del estado fáctico creado por el comportamiento del demandado, neutraliza el peligro en la demora, sin que haya razón para alterar cautelarmente lo que ha venido tolerando durante largo tiempo» (AP Barcelona auto 22-9-08, EDJ 266035).

En **segundo lugar**, el solicitante deberá aportar con la solicitud «los datos, argumentos y justificaciones documentales» que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, un **juicio provisional e indiciario favorable** al fundamento de su pretensión, pudiendo, en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios. Y aún cuando la apreciación no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala el art.728.2 de la LEC, sí es preciso que tenga la entidad de un juicio de probabilidad cualificada sobre el fundamento de la pretensión (TS auto 16-5-08, EDJ 144372). Por tanto, no se exige un pormenorizado estudio de los hechos alegados por cada una de las partes y de las pruebas que presentan para acreditarlos, puesto que esta es una función propia del momento de resolver el litigio mediante la correspondiente sentencia. Basta con apreciar si de los elementos probatorios acompañados a la demanda se deriva un principio de prueba de los hechos en los que esta se basa, sin que para nada dicho juicio prejuzgue ni determine el posterior a realizar en el momento de la resolución definitiva del litigio (AP Pontevedra auto 16-4-12, EDJ 268620).

En **tercer lugar**, y salvo que expresamente se disponga lo contrario, el solicitante deberá **prestar caución** para responder de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado (LEC art.728.3). Inicialmente, bastará con que el solicitante incluya en la solicitud el ofrecimiento de prestar caución -modalidad, cuantía y justificación de su importe-, aunque si el tribunal accede a la medida solicita, indicará la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución; prestación esta que constituye un presupuesto inexcusable para la ejecución de la medida (LEC art.735.2 y 738.1). Para la determinación de la caución exigible, el tribunal tomará en consideración la naturaleza y contenido de la pretensión hecha valer en el proceso y el fundamento de la solicitud de tutela cautelar. En cuanto a la modalidad de la caución, la LEC considera abonadas todas las relacionadas en el art.529.3, el cual incluye una cláusula abierta a favor de «cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate». Esta previsión permite que la caución pueda prestarse en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

3740 Procedimiento para la adopción de medidas cautelares

Podemos distinguir:

- instancia de parte (nº 3742);
- momento para solicitar las medidas cautelares (nº 3744);
- accesoriadad de las medidas cautelares. Ejecución provisional y medidas cautelares (nº 3746);
- solicitud de las medidas cautelares (nº 3748);
- audiencia al demandado. Excepciones (nº 3750);
- vista para la audiencia de las partes (nº 3752); y
- auto resolutorio de la solicitud de medida cautelar (nº 3754).

3742 Instancia de parte

(LEC art.721.2)

Sin perjuicio de lo que disponga la ley para los procesos especiales (LEC art.762.1 y 768.1), las medidas cautelares no pueden ser acordadas de oficio por el tribunal. Ello no obsta que el tribunal pueda adoptar una medida diferente de la solicitada si la estima adecuada para el aseguramiento de la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse y menos gravosa para el sujeto frente al que se adopta.

3744 Momento para solicitar las medidas cautelares

(LEC art.730)

Como regla general, las medidas cautelares deben ser solicitadas junto con la demanda principal. Es esta una carga que pesa sobre el actor, que en otro caso, deberá justificar cumplidamente las razones por las que la solicitud se presenta en momentos diferentes.

1. En particular, se podrán **solicitar antes de la demanda** medidas cautelares si quien las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad (LEC art.730.2, párrafo 1º). Las circunstancias que en cada caso concreto constituyan una situación de urgencia son a priori indeterminadas. Entre otras posibles, la práctica judicial ha considerado como tales, la dificultad en la localización de los demandados, la dudosa situación del negocio adquirido y las dudas sobre la situación económica de estos que se desprenden de una sentencia de divorcio (AP Zaragoza auto 11-2-08, EDJ 40366). Incluso en algún supuesto aislado -y ciertamente pintoresco-, se ha llegado a conceder,

por razones de urgencia, la anotación preventiva de una demanda antes de su interposición, ante el acreditado riesgo de que el futuro demandado transmitiera el bien a un tercero (AP Barcelona auto 30-10-02, EDJ 136496).

En algún otro caso, la actuación previa del solicitante (requerimientos al demandado de cesación en una actividad) incrementa el rigor en la estimación de la situación de urgencia, debiendo acreditar las razones por las que no pudo deducir la demanda al tiempo de impetrar la tutela cautelar (AP Madrid auto 9-3-12, EDJ 63502). Por lo demás, ni que decir tiene que las **razones de urgencia** se debilitan cuando los hechos o circunstancias han sido consentidos en el tiempo por el solicitante de la medida cautelar.

Una vez adoptadas las medidas solicitadas *ante litem*, **quedan sin efecto** si no se interpone la correspondiente demanda en los 20 días siguientes a su adopción. La demanda deberá ser interpuesta ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas; salvo que hubieran sido adoptadas, a prevención, por un tribunal territorialmente incompetente, en cuyo caso, la demanda deberá interponerse ante el tribunal competente al que se habrán de remitir los autos (LEC art.725.2). Este requisito temporal «no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional», en los que el mantenimiento de la medida cautelar estará condicionado a que la parte beneficiada por esta «lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral». A pesar del tenor de la ley, estimamos que el requisito temporal si es de aplicación al arbitraje, aunque lo que no es exigible es que la parte beneficiada por la medida deba ultimar en plazo las actuaciones tendentes a la administración del arbitraje; sencillamente, porque ultimar tales actuaciones puede no depender de su voluntad; bastará, por tanto, con que acredite al tribunal haber iniciado en el citado plazo las actuaciones tendentes al inicio del procedimiento arbitral.

3745 2. Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente un recurso contra la sentencia solo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares «cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos» (LEC art.730.4). La ley impone al solicitante la carga de justificar por qué el demandante pide las medidas con posterioridad a la demanda, dado que la ley quiere que estas se soliciten, «de ordinario», junto con la demanda principal. No basta, por tanto, con que el solicitante manifieste desconocer «los hechos y circunstancias» sino que debe probar tales hechos y la circunstancia de desconocimiento que le han impedido instar las cautelares con anterioridad (AP Madrid auto 27-7-09, EDJ 305527). La justificación ha de consistir, por lo general, en que alguno de los presupuestos para la adopción de la medida no concurría con anterioridad o, al menos, no estaba clara su concurrencia (aparición de buen derecho o peligro por la mora procesal).

La necesidad de que existan **hechos o circunstancias nuevas** o no conocidas en el momento de presentar la demanda no puede identificarse con la necesidad de que concurra el peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares y previsto en el art.728.1 de la LEC, so pena de entender que el requisito exigido por el art.730.2 carece de significado. De ahí que los tribunales concluyan que el presupuesto de hecho del art.730.4 de la LEC tanto lo integra la alegación de hechos y circunstancias nuevos como también los hechos desconocidos cuando se interpuso la demanda (AP Gipuzkoa auto 8-6-06, EDJ 398561 ; AP A Coruña auto 16-1-07, EDJ 154779 ; AP Madrid auto 15-11-10, EDJ 295429). En particular, no puede considerarse circunstancia nueva la consecuencia derivada del sobreseimiento de la ejecución provisional por haber prosperado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia estimatoria (TS auto 15-9-09, EDJ 241029).

3746 Accesoriadad de las medidas cautelares. Ejecución provisional y medidas cautelares

La terminación del proceso es compatible con el mantenimiento de la medida cautelar en los casos de resolución condenatoria -sentencia o auto- susceptible de ejecución forzosa y en tanto no transcurra el plazo de espera obligatoria establecido en el art.548 de la LEC . Transcurrido dicho plazo, si no se solicitara el despacho de la ejecución, se alzarán las medidas adoptadas (LEC art.731.1). Cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán también las medidas cautelares acordadas y que guarden relación con dicha ejecución (LEC art.731.2), aunque en la práctica opera la conversión de la medida cautelar en ejecutiva, y tanto si se trata de ejecución provisional como definitiva. Dicha conversión no requiere una resolución judicial que así lo acuerde.

Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el **proceso** quedare **en suspenso** durante más de 6 meses por causa imputable al solicitante de la medida, aunque estimamos compatible el mantenimiento de la medida y la suspensión del proceso civil principal por prejudicialidad penal (a nuestro parecer, sin límite temporal; en contra, AP Huelva auto 27-10-03, EDJ 200929).

3748 Solicitud de las medidas cautelares

La ley da por supuesto que la solicitud de medidas cautelares se efectuará por escrito. Si como es **norma general**, la solicitud se presenta con la demanda principal, es habitual que esta petición se realice en el propio cuerpo de la demanda, mediante otrosí, en el cual habrá de razonarse sobre la concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida y el ofrecimiento de la caución. En los **demás casos**, la solicitud de tutela cautelar se canaliza en escrito independiente. En particular, si el demandado es absuelto en primera o en segunda instancia, la solicitud del mantenimiento o de la adopción de la medida cautelar deberá hacerse valer «en el momento de interponer el recurso»,

y normalmente, está petición también se canalizará en escrito independiente al propio del recurso, facilitando así el debido pronunciamiento del tribunal a quo (LEC art.744.1).

Precisiones

En la solicitud, el actor deberá indicar «con claridad y precisión» la medida o medidas concretas que solicita; habrá de justificar la concurrencia de los presupuestos de la medida (LEC art.732.1); en su caso, las razones que abonan que el tribunal provea sobre la solicitud sin audiencia del demandado, así como efectuar el ofrecimiento de la caución para responder de los daños y perjuicios que pudieran irrogarse al patrimonio del demandado, aunque la ausencia de tal ofrecimiento es subsanable en el acto de la vista (AP Toledo auto 12-6-07, EDJ 165248); pero el solicitante, en todo caso, habrá de concretar la cuantía que ofrece (AP Madrid auto 12-2-07, EDJ 63212). El ofrecimiento deberá incluir la **cuantía y modalidad de la caución** y la justificación del importe que se propone (LEC art.732.3). A la solicitud - o a la demanda- se acompañarán los documentos que justifiquen la petición de tutela cautelar -en particular, los que abonan el fundamento de la pretensión (*fumus boni iuris*)- o se ofrecerá la práctica «de otros medios de prueba» para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de las medidas. Con la solicitud, precluye para el actor la posibilidad de proponer medios de prueba (LEC art.732.2), cuya omisión no podrá subsanar en el acto de la vista (AP Alicante auto 21-2-07, EDJ 127726).

3749 La actuación de las partes en materia cautelar precisa la asistencia de abogado y de procurador, salvo que la petición se deduzca respecto de un proceso en el que no sea preceptiva la intervención de estos profesionales, o cuando se pidan «medidas urgentes» antes de la demanda (LEC art.23.2.3º y 31.2.2º), en cuyo caso la exoneración del requisito de la postulación solo opera respecto de la solicitud inicial.

3750 Audiencia al demandado. Excepciones

Como regla general, el tribunal proveerá sobre la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado (actual o futuro). Como excepción, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia, o que la audiencia previa podría comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámite, debiendo razonar en el auto tanto la concurrencia de los presupuestos de la medida como las razones que abonan su adopción sin oír al demandado, dado que se trata de realidades jurídicas diferentes.

La **primera circunstancia** presupone una urgencia cualificada (no la ordinaria o propia de toda medida cautelar), de tal modo que si no se tutela el derecho de inmediato se produciría su insatisfacción definitiva e irreversible, aunque la sentencia definitiva fuera estimatoria de la pretensión; y la segunda hace referencia a la necesidad de evitar la frustración de la medida, cuya eficacia quedaría comprometida si se otorga audiencia al demandado. Por ello el art.733.2 de la LEC exige que el tribunal razone por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Ese juicio de urgencia o peligro de ineficacia de las medidas es necesariamente primario y previo al examen de los requisitos generales de adopción de las medidas (AP Barcelona auto 30-1-09, EDJ 34656).

Las medidas cautelares **solo pueden ser adoptadas** inaudita parte si así lo pide el solicitante, pues es una exigencia de la justicia rogada y, de no ser así, se infringe el principio de audiencia y de contradicción (AP Bizkaia auto 23-2-11, EDJ 179527). En todo caso, lo relevante para la falta de audiencia al demandado es la urgencia de la medida o que se vea comprometida su eficacia, pero ello es independiente del momento en que se solicita la medida cautelar y, en caso de ser solicitada con la demanda, de la conducta procesal del demandado, en particular, de que haya transcurrido el plazo para contestar a la demanda (AP Madrid auto 21-4-04, EDJ 120230).

Contra el **auto** que acuerde medidas cautelares sin la previa audiencia del deudor no cabe recurso alguno. El auto será notificado a las partes «sin dilación» y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de la medida cautelar (LEC art.733.2, párrafo 2º). La notificación del auto al demandado posibilitará su defensa frente a la medida adoptada, que podrá formalizar en los 20 días siguientes desde la notificación (LEC art.739).

3752 Vista para la audiencia de las partes

Salvo que proceda acordar la medida solicitada sin audiencia previa al deudor, una vez recibida la solicitud, el letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes a una vista, en la que podrán exponer lo que a su derecho convenga y se servirán de cuantos medios de prueba dispongan, los cuales se admitirán y practicarán si fueren pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas. Las **alegaciones** podrán extenderse a la modalidad y cuantía de la caución ofrecida por el solicitante y, además, la persona frente a la que se solicite la medida podrá solicitar al tribunal que, en sustitución de esta, acepte una caución sustitutoria (LEC art.734). La comparecencia de las partes podrá efectuarse por sí o mediante procurador, pudiendo solicitarse la **suspensión** de la celebración de la vista si estuviere pendiente la designación de abogado y de procurador de oficio (AP Tarragona auto 17-7-03, EDJ 144750 ; AP Barcelona auto 1-4-08, EDJ 169443).

Contra las **resoluciones** que dicte el tribunal sobre el desarrollo de la vista, su contenido y la prueba propuesta no cabe recurso, sin perjuicio de la posibilidad de la parte agraviada de formular **protesta** y de hacer valer las infracciones

que se hubieran cometido en el recurso que se interponga contra el auto que resuelva sobre la adopción de la medida cautelar (LEC art.734.3).

3754 Auto resolutorio de la solicitud de medida cautelar

Celebrada la vista, el tribunal proveerá sobre la solicitud de medida cautelar, mediante auto, en el plazo de 5 días. Si accediere a la solicitud, fijará «con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de quedar sometidas», determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante» (LEC art.735.2, párrafo 1º). La omisión en la ley de cualquier referencia al **pronunciamiento sobre costas** -en contraposición a la previsión que sí contiene para el auto desestimatorio- milita a favor de que el auto que acuerda la medida cautelar no requiere dicho pronunciamiento, ni las costas han de ser impuestas al demandado, cualquiera que sea la conducta procesal adoptada respecto de la solicitud cautelar (AP Barcelona 12-3-09). Sobre este particular, existen, no obstante, pronunciamientos encontrados de las Audiencias Provinciales.

Contra el auto que acuerde la medida cautelar el demandado podrá interponer recurso de apelación, sin efectos suspensivos. También podrá recurrir el solicitante si la estimación fuera parcial. Contra el auto que deniegue la medida cautelar solo cabrá **recurso de apelación**, al que se le dará tramitación preferente. En este supuesto, las «costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394» (LEC art.736.1); previsión esta que, en buena lectura, permite diferenciar el pronunciamiento según la conducta procesal del demandado y las dudas de hecho y de derecho que puedan concurrir en el concreto supuesto planteado. En todo caso, la denegación de la tutela cautelar no impide que el actor reproduzca su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición (LEC art.736.2).

3756 Ejecución de la medida cautelar

La ejecución de la medida cautelar tiene lugar de oficio por el tribunal. Pero dicha ejecución, que en todo caso es **competencia** de los tribunales -quedando excluidos los árbitros- tiene como presupuesto la prestación de caución por el solicitante y, en consonancia con ella, el pronunciamiento del tribunal -mediante providencia- sobre la idoneidad y suficiencia del importe prestado (LEC art.737 y 738.1).

En la medida en que los actos de ejecución de la medida son de carácter coercitivo, la ley autoriza al tribunal a emplear «los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias». Respecto de esta remisión a los medios ejecutivos merece ser destacada la norma que se establece para el embargo preventivo, por cuanto del régimen del embargo -ejecutivo- la ley excluye la **manifestación de bienes a cargo del deudor** (LEC art.738). La bondad de esta norma es cuestionable, y en la práctica, agrava la carga del solicitante de localizar los bienes y derechos del demandado.

3758 Oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado

El auto por el que se acuerda la medida cautelar sin audiencia del demandado le será notificado a este, brindándole así la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa frente a la medida. Como no podía ser de otra manera, la falta de tal notificación vicia de nulidad las actuaciones procesales (AP Sevilla auto 24-9-07, EDJ 367971).

El demandado podrá oponerse a la medida cautelar adoptada mediante escrito que deberá presentar ante el tribunal que la hubiera acordado -o al que corresponda conocer de la demanda si la medida hubiera sido adoptada a prevención por tribunal territorialmente incompetente-, en el plazo de 20 días a contar desde la notificación del auto en el que fue acordada.

El **ámbito de la oposición** es amplio -no tasado-, pudiendo hacer valer el demandado «cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna». También podrá ofrecer caución sustitutoria (LEC art.746 y 747), aunque la omisión de dicho ofrecimiento en el escrito de oposición es subsanable (AP Lleida auto 4-2-08, EDJ 37549).

Del **escrito de oposición** se dará traslado al solicitante y, seguidamente, se procederá a la convocatoria de la vista con arreglo a lo previsto en el artículo 734. Tras la celebración de la vista, el tribunal decidirá en el plazo de 5 días sobre la oposición. El auto resolutorio habrá de pronunciarse sobre las costas de esta oposición, que se impondrán al demandado si se mantuvieran las medidas acordadas, y al solicitante si se alzaren las medidas. En caso de alzamiento, el solicitante será condenado también al pago de los daños y perjuicios que la medida haya irrogado al demandado (LEC art.741.1 y 2). Firme el auto estimatorio de la oposición se procederá, a instancias del demandado, a la determinación, y en su caso, exacción, de los daños y perjuicios por los trámites del art.712 y siguientes (LEC art.742).

Cualquiera que sea el **contenido del auto resolutorio** de la oposición, será apelable «sin efecto suspensivo» (LEC art.741.3), aunque la virtualidad de la privación del efecto suspensivo solo concurre respecto del auto que acuerda el mantenimiento de la medida (LEC art.456.2).

3760 Modificación y alzamiento de las medidas cautelares

Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando «hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas» (LEC art.743). En esta **formulación amplia** tienen cabida tanto la alegación de hechos nuevos como la de hechos antiguos desconocidos por la parte que los invoque, la cual deberá acreditar las circunstancias concretas del conocimiento posterior al tiempo de su concesión o al plazo para oponerse a ellas (AP Barcelona 5-3-02, EDJ 17947 ; AP Valencia auto 12-2-03, EDJ 27613). La solicitud de modificación se sustanciará por los trámites previstos en los art.734 y siguientes.

Como regla, el mantenimiento de las medidas cautelares es incompatible con la absolución del demandado en cualquiera de las instancias procesales. De ahí que, tras la **absolución en sentencia no firme**, el letrado de la Administración de Justicia deba proceder al alzamiento de las adoptadas «si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer el recurso contra la sentencia» (LEC art.744.1). En caso de mediar tal solicitud -normalmente en escrito independiente al del recurso-, el tribunal, previa audiencia de la parte contraria, y antes de remitir los autos, resolverá sobre la solicitud, «atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de las medidas». Si la estimación de la demanda fuera parcial, el tribunal, con audiencia de la parte contraria, resolverá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de la medida, la cual podrá subsistir si, por ejemplo, el demandado no acredita la mejora de su situación económica (AP Madrid auto 25-4-07, EDJ 86411).

La **absolución firme** del demandado, ya en el fondo o en la instancia, conlleva el alzamiento de oficio de la medida cautelar por el letrado de la Administración de Justicia. Esto mismo se observará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia; y también, a nuestro parecer, cuando se extinga el proceso por cualquier causa (por ejemplo, por satisfacción extraprocesal de la pretensión).

3762 Caución sustitutoria de medidas cautelares

Aquel frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare (LEC art.746.1). La sustitución de la medida cautelar está configurada en la ley como una posibilidad procesal del sujeto pasivo de aquella -no como un derecho-, aunque tal posibilidad le asiste respecto de cualquier clase de tutela jurisdiccional (por ejemplo, meramente declarativa, (AP Burgos auto 16-10-03, EDJ 273677). La caución sustitutoria no puede establecerse por el tribunal de oficio (AP Barcelona auto 23-1-08, EDJ 36906).

Para decidir sobre la **petición de aceptación** de la caución sustitutoria, el tribunal ha de tomar en consideración el fundamento de la solicitud de la medida cautelar, la naturaleza y contenido de la pretensión ejercitada y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado. También habrá de tener en cuenta si la medida cautelar habría de menoscabar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que supone para el solicitante (LEC art.746.2).

3764 La **solicitud de prestación** de caución sustitutoria se podrá formular en la vista previa a la adopción de la medida o mediante escrito motivado si la medida fue adoptada inaudita parte (eventualmente, podrá ser solicitada en un momento anterior si el demandado interpone declinatoria: AP Girona 21-5-03). El demandado podrá acompañar al escrito los documentos que estime convenientes «sobre su solvencia, las consecuencias que le depara la adopción de la medida y la más precisa valoración del peligro por la mora procesal» (LEC art.747.1). Del escrito se dará traslado al solicitante de la medida cautelar, y ambas partes serán convocadas a una vista que se celebrará conforme a lo dispuesto en el artículo 734. Celebrada la vista, el tribunal decidirá la aceptación o rechazo de la caución sustitutoria mediante auto, contra el que no cabe recurso. La caución sustitutoria podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo 2º del art.529.3.

S. Proceso concursal

3768	Desarrollo del proceso concursal español	3770
	Tribunal competente	3772
	Declaración de concurso necesario	3776
	Tramitación de las solicitudes de declaración de concurso necesario	3782
	Auto de declaración de concurso necesario	3788
	Opciones del deudor ante la situación de insolvencia	3790
	Acuerdos preconcursales	3792
	Declaración de concurso voluntario	3798
	Efectos de la declaración del concurso	3802

Fase común del concurso	3804
Convenio	3824
Fase de liquidación	3834
Pago a los acreedores	3840
Conclusión y reapertura del concurso	3842
Calificación del concurso	3850
Normas procesales generales	3856
Concursos transfronterizos	3868

3769 El concurso es un proceso jurisdiccional que, como todos los procesos, sirve de cauce para que los tribunales de justicia juzguen sobre la procedencia en derecho de prestar una tutela jurisdiccional a un sujeto que la solicita frente a otro u otros sujetos y, en caso de resultar procedente, concedan y hagan efectiva dicha tutela. La tutela jurisdiccional cuya prestación es objeto del proceso concursal parte de la situación de insolvencia de un deudor. Ante esta situación, el ordenamiento protege, por un lado, a los acreedores para quienes la insolvencia supone un riesgo de trato desigual respecto de otros acreedores y, por otro lado, al propio deudor que quiera evitar que la insolvencia conduzca a la total consunción de sus activos patrimoniales con el consiguiente cese de la actividad empresarial o profesional que lleve a cabo.

Desde esta perspectiva son dos las **finalidades** que suelen asociarse al proceso concursal:

1. Lograr la **máxima satisfacción de los acreedores** con respeto del principio de igualdad, de manera que el eventual quebranto económico que lleve aparejada la insolvencia del deudor común se reparta de manera proporcional entre todos los acreedores.
2. Facilitar la **conservación del patrimonio del deudor insolvente**, particularmente cuando ese patrimonio está destinado a la explotación o ejercicio de una actividad empresarial o profesional que no podría continuar si el patrimonio se extinguiese por completo.

La primera finalidad mira a la tutela de los intereses de aquellos acreedores a quienes la insolvencia coloca en situación de desigualdad; la segunda, mira a la tutela del propio deudor insolvente.

3770 Desarrollo del proceso concursal español

A grandes rasgos, el desarrollo regulado en la L 22/2003 se puede condensar en las siguientes **fases**:

1. **Declaración del concurso:** el proceso comienza con la solicitud de declaración de concurso que puede presentar ante el tribunal competente el deudor o cualquiera de sus acreedores (y otros sujetos que después se dirán). La solicitud pone en marcha unos trámites para que el juez compruebe si efectivamente concurre la situación que legalmente justifica la declaración de concurso (si el deudor se encuentra verdaderamente en una situación de insolvencia). Comprobada esa situación, el juez dicta auto declarando el concurso.
2. **Efectos inmediatos de la declaración del concurso:** el auto de declaración de concurso produce unos efectos inmediatos tendentes, por un lado, a evitar que la situación patrimonial del deudor se deteriore y, por otro, a evitar la satisfacción individual de los acreedores que lesionaría el principio de *par conditio creditorum*. Lo primero se consigue, principalmente, privando al deudor de la disposición y administración de sus bienes y confiándosela a un administrador nombrado por el juez, o bien, sin privar al deudor de dichas facultades, sujetando su ejercicio a fiscalización por parte del administrador; lo segundo se logra, principalmente también, poniendo fin a los pagos individuales a los acreedores y a los procesos de ejecución singular pendientes al declararse el concurso, de manera que los acreedores se ven abocados a obtener la satisfacción de su derecho en el proceso concursal.
3. **Determinación del activo y del pasivo del patrimonio del concursado:** antes de poner en marcha las actuaciones que la Ley establece para ordenada satisfacción de los acreedores son precisas unas actuaciones preparatorias tendentes a determinar los bienes y derechos que integran el activo patrimonial del deudor y a identificar a los acreedores del deudor. Estas actuaciones preparatorias constituyen lo que la Ley concursal denomina «fase común del concurso».
4. **Satisfacción de los acreedores mediante convenio o liquidación:** tras las actuaciones anteriores pueden ya emprenderse las directamente encaminadas a lograr un convenio entre deudor y acreedores o a liquidar el activo patrimonial del deudor y distribuir el producto entre los acreedores conforme a las reglas legales de preferencia. La Ley concursal trata de favorecer que se logre el convenio, pero si este no se alcanza o si, logrado, se incumple, se procede a la liquidación.

3772 Tribunal competente

La competencia para conocer del concurso corresponde, por regla general, a los juzgados de lo mercantil (LOPJ art.86 ter y LCon art.8.1). No obstante, corresponde a los juzgados de primera instancia el conocimiento de los concursos de persona natural que no sea empresario (LOPJ art.85.6).

Los juzgados de lo mercantil españoles tienen **competencia internacional** para conocer del concurso (LCon art.10.1 y 3):

- cuando el deudor tenga el «centro de sus intereses principales» en territorio español; o bien
- cuando, no concurriendo la circunstancia anterior, el deudor tenga un establecimiento en territorio español. En el primer caso, el concurso que se siga ante los tribunales españoles tendrá el carácter de «concurso principal» y podrá coexistir con «concursos territoriales» que se sigan, respecto del mismo deudor, ante los tribunales de otros Estados.

En cuanto a la **competencia territorial**, si el deudor tiene el «centro de sus intereses principales» en España, la competencia territorial corresponderá, a elección del acreedor solicitante:

- al juzgado de lo mercantil en cuyo territorio se encuentre el citado centro; o bien
- cuando el deudor tuviese además su domicilio en España, al juzgado de lo mercantil en cuyo territorio radique dicho domicilio (LCon art.10.1).

Si el deudor no tiene el centro de sus intereses principales en España la competencia territorial para conocer del concurso corresponde al juzgado de lo mercantil en cuyo territorio tenga el concursado un establecimiento y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante (LCon art.10.3).

3774 El art.86 ter LOPJ y el art.8 LCon enumeran ciertas materias que se atribuyen de manera «exclusiva y excluyente» a la «jurisdicción» del «juez del concurso». Estos preceptos atribuyen el conocimiento de los asuntos a que se refieren al «juez del concurso», y no a los juzgados de lo mercantil, en general. Se trata, por tanto, de normas de competencia funcional, basadas en la conveniencia de que el mismo tribunal que se está ocupando de determinadas actuaciones -en este caso, las del concurso- conozca también de otras por su relación con lo que sea objeto de aquellas. La competencia funcional que la Ley atribuye al juez del concurso desborda los límites de la jurisdicción por razón de la materia de los tribunales civiles, extendiéndose al conocimiento de ciertos asuntos laborales. No se trata, por otro lado, de meras incidencias en el desarrollo de las actuaciones propias del concurso, sino de procesos que podrían haberse promovido de manera autónoma ante el tribunal civil o social que fuera competente según las reglas generales, pero que, al estar pendiente el concurso, son atraídos a la competencia del juez que conozca de este.

Entre los asuntos que se atribuyen a la **competencia exclusiva y excluyente del «juez del concurso»** cabe destacar:

1. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, en los términos del art.8.1º de la LCon .
2. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, conforme a lo dispuesto en el art.8.1º de la LCon .
3. Ejecuciones y medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado (LCon art.8.3º y 4º).
4. Acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables, acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias y acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores por los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada (LCon art.8.6º y 7º).

3776 Declaración de concurso necesario

Para que se desencadenen las consecuencias jurídico-materiales y jurídico-procesales que el ordenamiento jurídico vincula a la insolvencia del deudor de una pluralidad de acreedores es preciso que el estado de insolvencia del deudor se declare mediante resolución judicial. Esta resolución -que reviste la forma de auto- no se dicta de oficio, sino a instancia de persona interesada ajena al tribunal. A partir de la solicitud se inicia una actividad jurisdiccional encaminada a verificar la concurrencia en el caso de las circunstancias que legalmente determinan el estado de insolvencia del deudor y, por tanto, la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso. La LCon ha considerado oportuno regular esta actividad jurisdiccional estableciendo dos tramitaciones diferentes: una, para las solicitudes de declaración de concurso formuladas por el propio deudor (concurso voluntario); y otra, para las formuladas por los acreedores u otros sujetos legitimados distintos del deudor (concurso necesario).

En síntesis, para el **concurso voluntario** la LCon prevé un trámite sin contradicción: a la vista de la solicitud presentada por el deudor y de la documentación que la acompaña, el juez resuelve sobre la petición (LCon art.14). Tratándose de **concurso necesario**, el trámite es contradictorio: antes de resolver sobre la solicitud presentada por un acreedor, se emplaza al deudor para que pueda formular oposición y, en caso de que esta efectivamente se formule,

el juez decide tras la celebración de una vista en la que las partes tienen la oportunidad de formular alegaciones y proponer y practicar pruebas (LCon art.15, 18, 19 y 20).

3778 Legitimación activa

La LCon considera concurso necesario aquel que se declara a instancia de cualquier sujeto legitimado que no sea el propio deudor (art.22.1). Los sujetos distintos del deudor que están legitimados para solicitar la **declaración de concurso necesario** son los siguientes:

1. Cualquiera de los acreedores de la persona respecto de la que se reclame la declaración (LCon art.3.1).
2. Los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica están legitimados para solicitar la declaración de concurso de esta (LCon art.3.3).
3. Para pedir la declaración de concurso de una herencia están legitimados, además de los acreedores, los herederos del deudor fallecido y el administrador de la herencia (LCon art.3.4). Para los sujetos anteriores, la legitimación se configura como una facultad que pueden ejercitar o no a su conveniencia.

La LCon **no** prevé que la declaración de concurso **se acuerde de oficio**, ni tampoco legitima al Ministerio Fiscal para solicitar tal declaración.

Sujeto pasivo de la declaración de concurso puede ser cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (LCon art.1.1). Por excepción, no pueden ser declaradas en concurso las entidades que integran la **organización territorial del Estado**, los organismos públicos y demás entes de derecho público (LCon art.1.3). Sí se admite expresamente la declaración de concurso de la herencia que no hubiese sido aceptada pura y simplemente (LCon art.1.2 y 3.4).

3780 Hechos reveladores de la insolvencia

La declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor común, y se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (LCon art.2.1 y 2). Ahora bien, la Ley, con criterio realista, no exige que el solicitante del concurso que no sea el propio deudor funde su solicitud en la alegación de insolvencia o imposibilidad de pago. Se exige, en su lugar, que los sujetos legitimados distintos del deudor funden su solicitud de declaración de concurso en determinados hechos comprendidos en una relación cerrada establecida por la LCon, fácilmente perceptibles y comprobables sin necesidad de conocer la exacta composición y situación del patrimonio del deudor y cuya concurrencia permite formular un juicio de probabilidad cualificada de que esa situación patrimonial que no se conoce con detalle es una situación de insolvencia.

Estos hechos están relacionados en la LCon art.2.4 , y **pueden sistematizarse** así:

1. **Embargo en ejecuciones singulares de todos los bienes conocidos del deudor:** el primer inciso del art.2.4 de la LCon dispone que si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en «título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago»; el ordinal 2º de dicho precepto menciona, entre los hechos que pueden fundar la solicitud de declaración de concurso, «la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor».

2. **Cesación en los pagos:** el art.2.4.1º de la LCon contempla entre los hechos que pueden fundar la solicitud de declaración de concurso «el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor»; por otra parte, el ordinal 4º del mismo precepto permite que la solicitud se funde en el incumplimiento generalizado de ciertas **clases de obligaciones:**

- 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;
- y
- las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

3. **Alzamiento o liquidación apresurada** o ruinoso de sus bienes por el deudor.

3782 Tramitación de las solicitudes de declaración de concurso necesario

Presentada la solicitud de declaración de concurso necesario, el juez debe admitir a trámite la solicitud si la estima «completa» (art.13.1); si apreciara que la solicitud o la documentación «adolecen de algún defecto procesal o material» o que la documentación es insuficiente, debe señalar al solicitante un plazo «de justificación o subsanación» que no podrá exceder de 5 días. Si el defecto es «subsanoado o justificado» dentro del plazo, la solicitud será admitida a trámite; en otro caso, el juez dictará auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud (LCon art.13.2). El auto que declare no haber lugar a la admisión a trámite de la solicitud es susceptible de recurso de reposición (LCon art.13.2, i.f.).

Si la **solicitud** de concurso necesario se basa:

- en un embargo infructuoso; o
- en una investigación de patrimonio infructuosa o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, se dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente a la presentación de la solicitud, sin previa audiencia del deudor (LCon art.15.1).

3784 Cuando no proceda la declaración inmediata del concurso necesario, tras la admisión a trámite de la solicitud, se da traslado de ella al deudor, que dispondrá de un plazo de 5 días para comparecer y formular oposición (LCon art.15.2). Las **conductas posibles** del deudor ante el traslado de la solicitud de declaración de concurso necesario son:

- la inactividad, dejando transcurrir el plazo de 5 días que se le concede sin comparecer en el juzgado (o limitarse a comparecer, sin formular pretensión alguna sobre la solicitud);
- el allanamiento; y
- la oposición.

La inactividad del deudor y el allanamiento llevan aparejada la misma consecuencia: estimación inmediata de la solicitud y declaración del concurso necesario (LCon art.18.1).

La **oposición del deudor** ha de formularse por escrito, en los 5 días siguientes al emplazamiento. El deudor podrá basar su oposición en:

- la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud; o
- en que, aun existiendo ese hecho, no se encuentra en estado de insolvencia (LCon art.18.2).

Si el deudor formula oposición el letrado de la Administración de Justicia cita a las partes a una vista, que ha de celebrarse dentro de los 10 días siguientes a la presentación del escrito de oposición (LCon art.18.2, párrafo 2º y 19.1). Terminada la vista y practicadas, en su caso, las pruebas que no hubieran podido llevarse a cabo en ella, el juez resuelve mediante auto declarando el concurso o desestimando la solicitud (LCon art.20.1).

3788 Auto de declaración de concurso necesario

El art.21.1 de la LCon enumera los pronunciamientos que debe contener el auto de declaración de concurso. Cuando se trate de concurso necesario, el auto que lo declare **debe incluir**:

- la declaración de concurso, con expresión de su carácter necesario LCon (art.21.1.1º);
- como regla general, la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento de la administración concursal que sustituirá al deudor en esas facultades (LCon art.21.1.2º y 40.2);
- el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6 (LCon art.21.1.3º);
- el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos (LCon art.21.1.5º);
- la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso (LCon art.21.1.6º);
- eventualmente, el auto de declaración de concurso necesario incluirá también otros pronunciamientos, como la decisión sobre la formación de pieza separada para la disolución de la sociedad de gananciales en el caso previsto en el art.77.2, o la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento abreviado si concurren las circunstancias previstas en el art.190.2 (LCon art.21.1.7º y 8º).

Al auto de declaración de concurso se le da **publicidad**, conforme a lo previsto en el art.23 de la LCon, incluyendo la publicación de un extracto de la resolución en el BOE, a fin de que dicha declaración pueda ser conocida por todos los sujetos que se consideren acreedores del concursado.

El auto de declaración de concurso necesario es **susceptible de recurso** de apelación, que podrán promover el deudor y cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad (LCon art.20).

3790 Opciones del deudor ante la situación de insolvencia

La Ley concursal ofrece al deudor que se encuentra en situación de insolvencia las siguientes opciones:

1. Solicitar un **acuerdo extrajudicial de pagos**, siempre que se trate de un empresario persona natural o persona jurídica que cumpla determinados requisitos (LCon art.5 bis y 231 s.).

2. Iniciar negociaciones para alcanzar un **acuerdo de refinanciación**, comunicándolo al juzgado que sería competente para conocer del concurso (LCon art.5 bis, 71 bis.1 y disp.adic.4ª).

3. Iniciar negociaciones para obtener **adhesiones a una propuesta anticipada de convenio**, con vistas a solicitar ulteriormente la declaración de concurso voluntario presentando simultáneamente la propuesta (LCon art.5 bis y 104 s.).

4. Solicitar la declaración de **concurso voluntario** (LCon art.5).

Por cualquiera de estas vías el deudor insolvente puede **obtener facilidades de sus acreedores** que le ayuden a salir de la crisis patrimonial y continuar su actividad empresarial o profesional. El deudor, por tanto, puede estar interesado en acogerse a cualquiera de estos mecanismos que la Ley pone a su disposición, cuya utilización constituye un derecho del deudor en situación de insolvencia frente a sus acreedores.

Ahora bien, desde otra perspectiva, el deudor que se encuentra en situación de insolvencia actual tiene el deber de acogerse a alguno de los cuatro mecanismos que la Ley pone a su disposición. Se trata de un **deber que se impone al deudor** desde que conoce o hubiera debido conocer su estado de insolvencia y que ha de cumplir dentro de los 2 meses siguientes a dicho momento. Si se opta por las negociaciones, sea para lograr un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o por solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, desde que se efectúa la comunicación al Juzgado se abre un plazo de 3 meses transcurrido el cual y sea cual sea el resultado alcanzado por dichas vías, si el deudor no ha conseguido salir del estado de insolvencia deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente (LCon art.5 bis.5). La consecuencia que la Ley anuda al incumplimiento de estos deberes consiste en que, en caso de apertura de la sección de calificación, se presumirá que el concurso es culpable, lo que, salvo que el deudor pruebe lo contrario, conducirá a dicha calificación (LCon art.165.1º) con las correspondientes consecuencias negativas para el deudor persona natural o para los administradores o liquidadores de la persona jurídica deudora, pudiendo estos últimos incluso llegar a ser condenados a la cobertura del déficit concursal (LCon art.165.1º, 172 y 172 bis).

3792 Acuerdos preconcursales

Entre los que diferenciamos:

- el acuerdo extrajudicial de pagos; y
- los acuerdos de refinanciación.

3794 Acuerdo extrajudicial de pagos

(LCon art.231 a 242 bis)

La Ley le permite al deudor que se encuentre en estado de insolvencia, si se cumplen ciertos requisitos, acudir a un procedimiento especial cuyo objeto es alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, que permita al deudor salir del estado de insolvencia y evitar así la declaración de concurso.

En síntesis, el deudor ha de acudir a un registrador mercantil, a un notario o a una cámara de comercio quien, a solicitud de aquel, nombra a un mediador concursal. El **mediador concursal** convoca al deudor y a los acreedores a una reunión, en la que se discute y se vota sobre una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos remitida con antelación a los asistentes por el propio mediador concursal. Si se aprueba el plan, se eleva a escritura pública y se inicia la fase de cumplimiento, supervisada por el mediador concursal. Si no se aprueba el plan, o el plan aprobado no se cumple, el propio mediador concursal solicita la declaración del concurso, a no ser que el deudor hubiera salido del estado de insolvencia.

3796 Acuerdos de refinanciación

El deudor que se encuentre en estado de insolvencia puede intentar evitar la declaración de concurso mediante la obtención de financiación adicional que le permita salir de dicho estado y hacer frente al pago de sus deudas, al mismo tiempo que adopta las medidas que sean necesarias para evitar caer de nuevo en la insolvencia. La Ley Concursal procura favorecer estos acuerdos (o por lo menos no ser un obstáculo a los mismos), por las siguientes **vías**:

1. Atribuyendo determinados efectos a la simple comunicación por el deudor al juzgado de la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en la LCon art.71 bis.1, con el fin de facilitar el éxito de las negociaciones (LCon art.5 bis).
2. Atribuyendo carácter no rescindible a los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, cuando cumplan determinadas exigencias (LCon art.71 bis).
3. Estableciendo que los acuerdos de refinanciación que cumplan ciertos requisitos, previa homologación judicial, extiendan sus efectos incluso a acreedores no participantes o disidentes (LCon disp.adic.4ª).

3798 Declaración de concurso voluntario

La solicitud del deudor se presentará por escrito, por medio de Procurador con poder especial (LCon art.6.2.1º) y con firma de abogado (LCon art.184.2). Al solicitar el concurso, el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia actual o inminente (LCon art.2.3). A tal efecto, deberá acompañar al escrito de solicitud los documentos a que se refiere el art.6 de la LCon.

El juez debe examinar si la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún **defecto procesal o material** y comprobar que la documentación sea suficiente. Si todo estuviera correcto, el juez resolverá sobre la declaración de concurso en el mismo día en que le fuera repartida la solicitud o en el siguiente hábil (LCon art.13.1); en otro caso, señalará al solicitante un único plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de 5 días, y resolverá después de que el deudor cumplimente el trámite de subsanación o transcurra el plazo para hacerlo (LCon art.13.2).

El juez declarará el concurso si de la **documentación aportada**, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el art.2.4, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor (LCon art.14.1).

3800 El contenido del auto de declaración de concurso voluntario es el mismo que en el caso de concurso necesario, con las siguientes modificaciones:

- expresará que el concurso es voluntario;
- indicará, en su caso, que el deudor ha pedido la liquidación;
- se pronunciará, también en su caso, sobre la admisión a trámite de la propuesta de convenio anticipada que hubiera formulado el deudor (LCon art.106.2);
- acordará, como regla, que el deudor mantenga sus facultades de disposición y administración, con intervención de los administradores concursales (LCon art.40.1);
- no se hará el requerimiento al deudor para que presente la documentación del art.6.2 (LCon art.21.1.3º).

En la regulación de la **tramitación de la declaración de concurso voluntario**, se contempla solamente la posibilidad de impugnar el auto que desestime la solicitud de concurso y únicamente mediante recurso de reposición (LCon art.14).

Precisiones

La Ley guarda absoluto silencio sobre **posibles recursos** contra el auto que estima la solicitud de declaración de concurso voluntario. Teniendo en cuenta que, por un lado, no se prevé un trámite de oposición posterior a la declaración de concurso voluntario y que, por otro, sería inconstitucional, por determinante de indefensión, privar a los sujetos a quienes la declaración de concurso voluntario pueda perjudicar de toda oportunidad de alegar y probar sobre la procedencia de que el concurso se declare, cabe defender que el art.20.3, en cuanto legitima para recurrir en apelación el pronunciamiento de declaración de concurso a «cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad» es aplicable no solo al caso de declaración de concurso necesario (único al que se refiere dicho precepto), sino también, por analogía, al de declaración de concurso voluntario.

3802 Efectos de la declaración del concurso

Los sujetos a quienes la insolvencia de un deudor perjudica son, en principio, el propio insolvente y los acreedores de este, cuando son varios. El perjuicio, en ambos casos, deriva de la aplicación a los deudores insolventes del régimen general de cumplimiento de las obligaciones, régimen general que se concreta, básicamente, en el deber de pagar las deudas en el momento en que son exigibles y en la sujeción del deudor a las reclamaciones judiciales individuales de los acreedores cuyos créditos no sean puntualmente satisfechos. Por eso es natural que el concurso, en cuanto instrumento que el ordenamiento jurídico pone a disposición de estos sujetos para defender sus intereses en caso de insolvencia, tenga como principal efecto un cambio en el régimen jurídico aplicable a las relaciones patrimoniales entre el deudor insolvente y sus acreedores. El cambio se concreta en las siguientes medidas:

1. Una vez declarado el concurso, queda en **suspense el régimen general** de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y de reclamaciones judiciales individuales de los acreedores a quienes el deudor insolvente no pague voluntariamente. Esta suspensión se concreta principalmente en los siguientes **efectos**:

- todos los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la declaración de concurso quedan integrados en la masa pasiva del concurso (LCon art.49.1);
- los créditos integrados en la masa pasiva dejan de ser exigibles y no pueden ser satisfechos al margen de los mecanismos concursales: quedan prohibidos los pagos a los acreedores integrados en la masa pasiva; no se admite la compensación posterior a la declaración de concurso (LCon art.58);

- se excluye también la satisfacción de los créditos integrados en la masa pasiva mediante ejecuciones singulares, quedando en suspenso las que estuvieran pendientes y prohibiéndose, como regla, la incoación de nuevas ejecuciones (LCon art.55);

- solo se permite la ejecución separada de créditos con garantía real; pero si la garantía recae sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, la ejecución separada se sujeta a fuertes restricciones (LCon art.56 y 57).

2. La **administración del patrimonio del insolvente** se sujeta a un régimen especial, con un control más o menos intenso asumido por un administrador designado por el tribunal. La actividad empresarial o profesional del deudor continúa tras la declaración de concurso, como regla (LCon art.44), pero la gestión de dicha actividad pasa a ser asumida por la administración concursal, cuando se acuerda la suspensión de las facultades patrimoniales del concursado, o a ser intervenida por dicha administración, cuando el concursado conserva sus facultades de administración y disposición (LCon art.40). Cambia la orientación de la gestión patrimonial del concursado: se pasa de un régimen de libertad a otro en el que dicha gestión -sea mantenida por el deudor o asumida por la administración concursal- debe orientarse necesariamente a la conservación de la masa activa «del modo más conveniente para los intereses del concurso» (LCon art.43). Con el fin de facilitar la continuidad de la actividad, los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte se mantienen vigentes en los términos previstos en los art.61 a 70 de la Ley Concursal. Los **contratos de trabajo** se mantienen, si bien se regula la posible adopción de medidas colectivas (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, traslado colectivo, despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada) a través de un procedimiento que se sigue ante el juez del concurso (LCon art.64).

3. La **satisfacción de los acreedores** se busca a través de procedimientos especiales previstos en la Ley, tendentes a salvaguardar la igualdad de los acreedores y, en la medida de lo posible, también a facilitar el saneamiento de la situación patrimonial del deudor y la subsistencia de la empresa, negocio o actividad profesional que el deudor desarrolle.

3804 Fase común del concurso

Constatada la insolvencia del deudor mediante la declaración de concurso y suspendido, en virtud de esta declaración, el régimen general de pagos y reclamaciones individuales, es preciso poner en marcha los mecanismos concursales tendentes a satisfacer el derecho de los acreedores por el orden de preferencia que la Ley establece para estas situaciones y aplicando el principio de igualdad a los acreedores de igual preferencia. La LCon contempla dos vías para lograr este objetivo: el **convenio** y la **liquidación**. Pero antes de emprender la marcha por cualquiera de estos dos caminos es preciso determinar, con la mayor exactitud posible, cuáles son los activos de que dispone el deudor y cuáles son las deudas cuya satisfacción ha de procurarse partiendo de esos activos.

Las actuaciones que siguen inmediatamente a la declaración de concurso se dirigen precisamente a obtener esa información sobre la situación patrimonial del deudor. Como se trata de una **información necesaria** para cualquiera de las dos soluciones posibles del concurso, las actuaciones encaminadas a obtenerla se designan en la LCon con la expresión «fase común del concurso», aludiendo a que se trata de actuaciones comunes al concurso resuelto mediante convenio y al resuelto mediante liquidación.

3806 La fase común se inicia con la declaración de concurso y termina con la aprobación definitiva del inventario y de la lista de acreedores. La LCon permite un cierto **solapamiento de las actuaciones** de la fase común con las dirigidas a lograr un convenio: las propuestas de convenio ordinarias deben presentarse antes de que termine la fase común, quedando para después únicamente la celebración de la junta de acreedores (LCon art.113 a 115); y las propuestas anticipadas que puede presentar el deudor se tramitan por completo durante la fase común del concurso (LCon art.104 s.). La liquidación también puede desarrollarse al mismo tiempo que la fase común ya que la LCon permite que la liquidación se solicite por el deudor en cualquier momento, sin esperar a la formación de las masas activa y pasiva (LCon art.142.1).

El principal protagonismo en la fase común del concurso corresponde a la **administración concursal**. A ella confía la Ley reunir la información sobre el activo y pasivo del deudor y elaborar el inventario de los bienes y derechos que forman la masa activa del concurso y la lista de los acreedores que integran la masa pasiva.

El **principal cometido** que asume el **juez del concurso** en esta fase es la decisión de los conflictos que se puedan plantear respecto a las decisiones de la administración concursal sobre la inclusión o exclusión de bienes y derechos en la masa activa, y sobre la inclusión o exclusión de créditos en la masa pasiva. Quienes se consideren titulares de bienes o derechos que estimen indebidamente incluidos en la masa activa, o quienes se consideren titulares de créditos que estimen indebidamente excluidos de la masa pasiva pueden impugnar ante el juez del concurso el inventario o la lista de acreedores elaborados por la administración concursal.

El **deudor** tiene el deber de colaborar con la administración concursal, facilitando toda la información y documentación que esta le reclame en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (LCon art.42 y 45.1). Si el deudor no colabora, la administración concursal puede solicitar el auxilio del juez del concurso (LCon art.45.2).

El papel de los **acreedores** en la fase común del concurso se centra, básicamente, en la comunicación de sus créditos a la administración concursal y, eventualmente, en impugnar ante el juez del concurso las decisiones de la administración concursal de no incluir algún crédito en la masa pasiva del concurso.

3808 **Determinación de la masa activa: el inventario**

La masa activa del concurso está **formada por**:

1. Los bienes y derechos pertenecientes al deudor a la fecha de la declaración de concurso.
2. Los bienes y derechos que se incorporen al patrimonio del deudor después de la declaración de concurso hasta la conclusión del procedimiento (LCon art.76.1).

Se **excluyen de la masa activa** los bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (LCon art.76.2).

Si la administración concursal, por error o con base en una apariencia de titularidad del concursado, incluye en la masa activa **bienes o derechos** que, en realidad, **pertenezcan a otros sujetos**, los verdaderos dueños podrán solicitar:

1. La separación de los bienes de la masa activa del concurso (*separatio ex iure domini*); el cauce procesal será normalmente la impugnación del inventario (LCon art.96.2).
2. La entrega de los bienes (LCon art.80); la entrega no procederá cuando el concursado tenga un derecho de uso (v.gr. arrendamiento), garantía (v.gr. prenda) o retención, en cuyo caso, si bien los bienes no deben ser incluidos en el inventario, al no pertenecer al concursado (LCon art.82.5), tampoco será procedente que se entreguen a sus titulares.
3. Separación de buques o aeronaves que garanticen el pago de ciertos créditos (*separatio ex iure crediti*) (LCon art.76.3).

Por otro lado, los **bienes y derechos** que **no formen parte inicialmente de la masa activa** por haber salido del patrimonio del deudor antes de la declaración de concurso pueden reintegrarse a dicho patrimonio e incorporarse, por tanto, a la masa activa mediante el ejercicio -por la administración concursal, en principio- de las acciones de reintegración (LCon art.71 a 73).

La relación de bienes y derechos que integran la masa activa del concurso se plasma en un inventario que la administración concursal debe presentar al juez del concurso cuyo contenido está regulado en el art.82 de la LCon .

3810 **Determinación de la masa pasiva: la lista de acreedores**

En la masa pasiva del concurso se integran todos los acreedores del deudor que sean reconocidos como tales en el procedimiento (LCon art.49.1). Los créditos de estos acreedores son los llamados créditos concursales cuya satisfacción queda sujeta a los mecanismos propios del concurso: convenio o liquidación.

Hay ciertos créditos, sin embargo, a los que la Ley atribuye el carácter de créditos contra la masa, que se caracterizan, frente a los concursales, porque su pago ha de hacerse, a sus vencimientos y por su total importe, con fondos procedentes de la masa activa, sin estar sujetos, por tanto, a los mecanismos concursales de satisfacción. Estos créditos contra la masa (activa) no forman parte de la masa pasiva del concurso (LCon art.84.1). Solo son créditos contra la masa aquellos a los que la Ley expresamente atribuye tal carácter y se trata, en general, de créditos posteriores a la declaración de concurso que derivan de las actuaciones de este (gastos y costas del procedimiento) o que son necesarios para mantener la actividad empresarial o profesional del deudor o para dar cumplimiento a las previsiones legales relacionadas con la continuidad de ciertos contratos tras la declaración de concurso.

3812 **Para elaborar la lista de acreedores** la administración concursal necesita información sobre los créditos que han de incluirse en la masa pasiva, lo que pueden conseguir a través de distintas vías:

1. La relación de acreedores que el deudor debe presentar conforme a lo dispuesto en el art.6.2.4º de la LCon .
2. La solicitud o solicitudes de declaración de concurso presentadas por acreedores, en las que han de identificarse los créditos de los solicitantes (LCon art.7.1).
3. La documentación contable y económico-financiera de la empresa a la que la administración concursal debe tener acceso en el ejercicio de sus funciones.
4. La comunicación de créditos por los propios acreedores.

La **comunicación debe hacerse** por escrito dirigido a la administración concursal, expresando los datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, e indicando la calificación que se pretenda. Se acompañarán los documentos justificativos que correspondan (LCon art.85). Los acreedores disponen del plazo de un mes, desde el día siguiente a la publicación del extracto en el BOE, para efectuar la comunicación de sus créditos a la administración

concurzal (LCon art.21.1.5º y 85.1). Los créditos que se comuniquen tardíamente tendrán, como regla, la clasificación de subordinados (LCon art.92.1º).

La administración concursal debe decidir sobre el **reconocimiento de los créditos** que hayan llegado a su conocimiento por medio de las comunicaciones de los acreedores o por otras vías (LCon art.86.1). La decisión de la administración concursal se plasmará en la lista de acreedores, mediante una relación de créditos incluidos en la masa pasiva, a la que se incorporarán los créditos reconocidos, y otra relación de créditos excluidos, que hará referencia a los no reconocidos.

3814 La ley establece una **clasificación de los créditos concursales** en grupos y subgrupos con arreglo a la cual se realizan los pagos en caso de liquidación. La clasificación distingue:

1. Créditos con privilegio especial (sobre bienes determinados) (LCon art.90).
2. Créditos con privilegio general, clase dividida, a su vez, en 7 subclases o grupos ordenados jerárquicamente (LCon art.91).
3. Créditos ordinarios.
4. Créditos subordinados, clase también dividida en otras 7 subclases o grupos jerárquicamente estructurados (LCon art.92 y 93).

La determinación de la clase a que pertenece cada concreto crédito reconocido corresponde también a la administración concursal y su decisión al respecto ha de plasmarse en la lista de acreedores (LCon art.92.2).

3816 **Presentación del informe de la administración concursal**

(LCon art.75)

Inmediatamente después de entrar en el ejercicio de sus funciones la administración concursal ha de emprender la elaboración de un informe sobre la situación patrimonial del deudor.

El informe, con el inventario y la lista de acreedores, ha de presentarse en el **plazo** de 2 meses, desde que la administración concursal comience a ejercer sus funciones. El plazo se puede prorrogar por el juez en ciertos casos previstos en los apartados 2 y 3 del art.74 de la LCon. En el procedimiento abreviado, el informe debe presentarse en el plazo de un mes desde aceptación del cargo por el administrador concursal, y el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 primeros días de dicho plazo (LCon art.191.1 y 2).

El **incumplimiento** del plazo puede ser causa de separación del administrador y generar la responsabilidad de este; además, el administrador concursal que no presente el informe dentro del plazo perderá el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y deberá devolver a la masa las cantidades percibidas (LCon art.74.4).

3820 **Impugnación del inventario y de la lista de acreedores**

(LCon art.96.1)

Los interesados disponen de un **plazo** de 10 días para impugnar el inventario o la lista de acreedores. Para las partes personadas en el concurso, el plazo se cuenta desde la notificación de la presentación del informe, con el inventario y la lista de acreedores. Para los demás interesados el plazo de 10 días se computará desde la última publicación de la presentación del informe.

La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos (LCon art.96.2). La impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (LCon art.96.3).

La **tramitación** de las impugnaciones seguirá el procedimiento del incidente concursal. Cuando se hubieren presentado varias, el juez podrá acumularlas de oficio para resolverlas conjuntamente (LCon art.96.5). Resueltas todas las impugnaciones la administración concursal hará las modificaciones que procedan en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe, y presentará al juez los textos definitivos (LCon art.96.5).

Contra la sentencia que resuelva la impugnación no cabe recurso de apelación, pero la parte a quien la decisión perjudique puede formular protesta en el plazo de 5 días, lo que le permitirá «reproducir la cuestión» en la apelación más próxima. 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 (LCon art.197.4).

3822 **Conclusión de la fase común**

Dentro de los 15 días siguientes a la aprobación definitiva del inventario y la lista de acreedores, el juez debe dictar auto poniendo fin a la fase común del concurso. El juez debe acordar la apertura de la fase de convenio, salvo que se hubiese acordado antes, a petición del deudor, la apertura de la fase de liquidación.

3824 Convenio

La Ley concursal trata de favorecer que la satisfacción de los acreedores en el concurso se produzca mediante un convenio entre el deudor y sus acreedores en el que estos se avengan a aceptar algunos sacrificios (quitas o esperas, fundamentalmente) con vistas a facilitar que el deudor pueda recobrase de su crítica situación patrimonial. El convenio ha de ser propuesto por el deudor o por acreedores que representen una cierta proporción del pasivo y la propuesta, de resultar admisible, se somete a la aceptación de los acreedores. En caso de alcanzar la mayoría exigida, la propuesta será sometida a la aprobación judicial. Aprobado por el juez el convenio y resueltas, en su caso, las impugnaciones, cesan los efectos de la declaración de concurso y se inicia la etapa de cumplimiento de lo acordado. Cumplido el convenio, termina el concurso. Si el convenio no se cumple, el concurso sigue adelante con la apertura de la fase de liquidación.

La Ley contempla dos **vías para alcanzar un convenio** en el procedimiento concursal:

1. **Convenio ordinario** (nº 3826). Las propuestas pueden hacerse por el deudor o por los acreedores durante toda la fase común y aun después de concluida esta; como regla general, las propuestas presentadas se debaten y votan en junta de acreedores que el juez convoca al terminar la fase común del concurso, si bien en concursos con más de 300 acreedores se puede sustituir la junta por una tramitación escrita.

2. **Convenio anticipado** (nº 3830). El deudor que se encuentre en determinadas circunstancias, si cuenta con el respaldo inicial de cierto número de acreedores, puede hacer propuestas anticipadas de convenio; estas propuestas pueden ser aprobadas sin celebración de junta de acreedores cuando, al terminar la fase común del concurso, hayan alcanzado un número suficiente de adhesiones de los acreedores expresadas por escrito.

3826 Convenio ordinario

Pueden presentar propuestas de convenio ordinarias:

- el deudor; y

- los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (LCon art.113.1).

En principio, las propuestas **podrán presentarse** desde que finalice el plazo de comunicación de créditos hasta la finalización de la fase común (LCon art.113.1). Terminada la fase común el juez debe convocar junta de acreedores, salvo que se haya acordado antes la liquidación a petición del deudor. La junta debe convocarse incluso cuando no se haya presentado ninguna propuesta de convenio y, en este caso, se podrán presentar propuestas hasta 40 días antes de la fecha que el juez señale para la celebración de la junta de acreedores (LCon art.113.2).

El juez debe decidir sobre la **admisión a trámite** de la propuesta de convenio dentro de los 5 días siguientes a su presentación. Se admitirán a trámite las propuestas que cumplan las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la Ley concursal. Las propuestas admitidas a trámite no podrán revocarse ni modificarse (LCon art.114). Al admitir a trámite la propuesta el juez ordenará su **traslado a la administración concursal** que, en el plazo de 10 días, ha de emitir informe sobre el contenido de la propuesta (LCon art.115). Una vez presentado el escrito de evaluación de la administración concursal y hasta el mismo día de celebración de la junta los acreedores que estén conformes con la propuesta podrán adherirse a ella (LCon art.115.3).

En el auto que pone fin a la fase común el juez debe acordar, como regla, la convocatoria de la junta de acreedores. Llegado el día, se celebra la junta cuya válida constitución requiere un quorum de acreedores cuyos créditos sumen, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso (LCon art.116.4). Tienen deber de asistencia, además, el concursado y la administración concursal.

En la junta se deliberará y votará sobre la propuesta o propuestas presentadas. Las **mayorías necesarias** para la aceptación de una propuesta se establecen en los artículos 124 y 134 LCon en función del contenido de la propuesta y de los sujetos a quienes se extenderán los efectos del convenio, en caso de ser aprobado.

3828 Como alternativa a la celebración de junta de acreedores para la decisión acerca de las propuestas de convenio, la LCon contempla la posibilidad de una **tramitación escrita**, que podrá aplicarse cuando el número de acreedores exceda de 300. En este caso el juez, en lugar de convocar Junta de acreedores, dictará auto ordenando la tramitación escrita del convenio, en el que señalará un plazo de 2 meses desde la fecha de la resolución para presentar adhesiones o votos en contra de las propuestas presentadas (LCon art.111.2, párrafo 2º y 115 bis.1).

Si en la junta de acreedores no se acepta ninguna propuesta de convenio o, en caso de tramitación escrita, ninguna propuesta alcanza la mayoría de adhesiones exigida legalmente, el juez debe acordar, sin más, la apertura de la fase de liquidación (LCon art.143.1.2º y 2).

Aceptada una propuesta (no cabe que se acepte más de una: LCon. art.121.5), se abre un plazo de 10 días para la formulación de oposición a la aprobación judicial del convenio (LCon art.128.1). El plazo se cuenta desde la fecha de conclusión de la junta o, en caso de tramitación escrita, desde el día siguiente a la fecha en que el letrado de la Administración de Justicia haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría.

La **oposición a la aprobación judicial** del convenio se sustancia por los trámites del incidente concursal y se decide mediante sentencia (LCon art.129.1). El **contenido de la sentencia** puede ser:

1. Si se estima la oposición por defectos en la junta de acreedores ha de ordenarse nueva convocatoria dentro del mes siguiente (LCon art.129.2, párrafo 1º).
2. Si se estima la oposición por infracción legal en la tramitación escrita el juez podrá convocar junta en los términos anteriores o acordar nueva tramitación escrita por un plazo no superior a 30 días desde la fecha de la sentencia (LCon art.129.2, párrafo 3º).
3. Si se estima la oposición por infracciones relativas al contenido del convenio, se rechaza la aprobación del convenio; este último pronunciamiento, una vez firme, conduce a la apertura de la fase de liquidación (LCon art.129.3 y 143.3º).
4. si se rechaza la oposición, se aprueba el convenio, con posible apelación (LCon art.197.5).

3830 Propuesta anticipada de convenio

La propuesta anticipada de convenio, prevista en la LCon art.104 s. , permite acelerar la tramitación y que el convenio se apruebe, en su caso, inmediatamente después de finalizar la fase común (LCon art.109). Las **principales diferencias** entre la tramitación ordinaria y la de propuestas anticipadas son las siguientes:

1. La propuesta anticipada solo puede hacerla el deudor (LCon art.105).
2. La propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor; cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo (LCon art.106.1).
3. La propuesta se puede presentar con la propia solicitud de declaración de concurso voluntario o posteriormente, antes de que termine el plazo para la comunicación de créditos.
4. Estas propuestas se tramitan por completo antes de que termine la fase común (LCon art.106 y 107).
5. La aceptación de los acreedores se expresa mediante la adhesión escrita a la propuesta, que podrá formularse desde que esta sea admitida a trámite hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (LCon art.108).
6. Terminada la fase común, se comprueba si las adhesiones presentadas alcanzan las mayorías legalmente exigidas (que son las mismas que se requieren para la aceptación del convenio tramitado por la vía ordinaria); siendo así, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto proclamando el resultado y comenzará a correr el plazo para la oposición a la aprobación judicial del convenio procediéndose en lo sucesivo según lo previsto para el convenio ordinario (LCon art.109).
7. Cuando la propuesta anticipada no fuera aprobada, el juez requerirá al deudor para que manifieste si solicita la apertura de la fase de convenio o desea solicitar la liquidación; en el primer caso se acordará la apertura de la fase de convenio y el deudor podrá mantener o modificar la propuesta anticipada de convenio o formular otra nueva (LCon art.110).

3832 Cumplimiento e incumplimiento del convenio

Con la aprobación del convenio cesan los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio. Se mantienen, no obstante, los deberes de colaboración e información del deudor, que subsisten hasta la conclusión del procedimiento (LCon art.133.2). Salvo que el convenio disponga otra cosa, cesan en sus cargos los administradores concursales y el deudor recupera la plena disposición y administración de sus bienes (LCon art.133 y 137).

El deudor debe informar al juez de concurso, con periodicidad semestral, acerca del cumplimiento del convenio (LCon art.138). Cuando el concursado considere que el convenio ha sido cumplido en su integridad, puede solicitar al juez que así lo declare; a tal efecto deberá acompañar a su solicitud un «informe con la justificación adecuada». La **solicitud y el informe** se «ponen de manifiesto en la secretaría» durante 15 días, pasados los cuales, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto (LCon art.139). Esta declaración de cumplimiento no es definitiva. Ha de dársele la misma publicidad que a la aprobación judicial del convenio y, tras la publicación, los acreedores disponen aún de 2 meses para pedir declaración de incumplimiento (LCon art.140.1).

Los acreedores **pueden solicitar al juez** que declare el incumplimiento del convenio:

a) en cualquier momento durante su vigencia y,

b) una vez que, a instancia del deudor, el juez haya declarado cumplido el convenio, hasta 2 meses después de la publicación de la resolución en que así se declare. Este plazo de 2 meses es de caducidad (LCon art.140.1).

Las **pretensiones de declaración** de incumplimiento del convenio se sustancian por los trámites del incidente concursal. La sentencia que declara el incumplimiento del convenio es apelable y, una vez firme, determina la apertura de la fase de liquidación (LCon art.140.3 y 143.1.5º).

Firme el auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso al que se dará la misma publicidad que a la declaración de concurso (LCon art.141 y 176.1.2º).

3834 Fase de liquidación

Procede la apertura de la fase de liquidación:

1. A **petición del deudor** en cualquier momento (LCon art.142.1);

2. A petición de la administración concursal, oído el deudor, en caso de **cese de la actividad profesional o empresarial** (LCon art.142.3);

3. Si se abre la fase de convenio, pero este **no llega a aprobarse**:

- por falta de propuestas (LCon art.143.1.1º);

- por no aceptación de las propuestas presentadas (LCon art.143.1.2º);

- por falta del consentimiento del deudor (LCon art.128.3); o

- porque el juez no apruebe la que se hubiera aceptado por los acreedores (LCon art.143.1.3º);

4. Cuando **fracasa un convenio** aprobado por alguna de las siguientes razones:

- si se declarase por resolución firme su nulidad (LCon art.143.1.4º);

- si se declarase por resolución firme su incumplimiento (LCon art.143.1.5º);

- si el deudor pide la liquidación cuando «conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas» (LCon art.142.2, párrafo 1º);

- si los acreedores piden la liquidación cuando, durante la vigencia de un convenio, se produzca alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el art.2.4 (LCon art.142.2, párrafo 2º).

En todos los casos anteriores se pone de manifiesto la imposibilidad de atender a los fines del proceso concursal mediante una solución convenida y procede, por tanto, la apertura de la liquidación.

A la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación se le dará la misma publicidad que a la declaración de concurso (LCon art.144).

3836 Efectos de la apertura de la fase de liquidación

Si se abre la fase de liquidación antes de que sea aprobado un convenio, se mantienen los efectos de la declaración de concurso, con las siguientes modificaciones:

1. La **situación del concursado** será la de suspensión, sin que quepa mantener el régimen de intervención (LCon art.145.1).

2. Si el concursado fuese **persona natural**, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y de su familia (LCon art.145.2).

3. Si el concursado fuese **persona jurídica**, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores (LCon art.145.3).

4. **Vencimiento anticipado** de los créditos concursales aplazados (LCon art.146), y

5. **Conversión en dinero** de los créditos que consistan en otras prestaciones (LCon art.146).

Cuando la liquidación se abre como consecuencia del fracaso de un convenio aprobado, es preciso restaurar la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, con las modificaciones propias de la fase de liquidación.

3838 Operaciones de liquidación

La liquidación implica normalmente la realización de los bienes y derechos de la masa activa del concurso, a fin de obtener dinero con el que realizar el pago de los créditos. La realización se lleva a cabo conforme a las previsiones de un **plan de liquidación** que debe ser presentado por la administración concursal y aprobado por el juez del concurso; si no se aprueba el plan de liquidación, o en lo no previsto en el plan aprobado, las operaciones de liquidación se llevan a cabo conforme a unas reglas legales de liquidación previstas en la LCon art.149 .

La realización de las operaciones de liquidación corresponde a la administración concursal. La administración concursal debe presentar **informes trimestrales** al juez del concurso sobre el estado de las operaciones, conforme a lo dispuesto en el art.152.1 de la LCon. En principio, la **conclusión de la liquidación** debería producirse en el plazo máximo de un año desde su apertura. Pasado dicho plazo, el juez podría acordar, a instancia de cualquier interesado, la separación de los administradores concursales y nombramiento de otros nuevos, si no existiere causa que justifique la dilación (LCon art.153).

El **juez del concurso** interviene en un primer momento para decidir sobre el plan de liquidación que presente la administración concursal y, a partir de ahí, se limita prácticamente a recibir informes sobre el estado de la liquidación (LCon art.152.1); a decidir, si se plantean, sobre determinadas iniciativas de la administración concursal que legalmente requieren autorización judicial, y a resolver los incidentes concursales que se susciten (LCon art.192.1 y 197.4).

3840 Pago a los acreedores

(LCon art.154 s.)

Incumbe a la administración concursal. Solo en el caso excepcional de que la administración concursal pretenda efectuar pagos de créditos ordinarios con antelación a la completa satisfacción de los créditos contra la masa y de los privilegiados es necesaria previa autorización judicial (LCon art.157.1).

1. **Pago de los créditos contra la masa.** Los créditos contra la masa han de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (LCon art.84.3). Los créditos por salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional se deben pagar de inmediato (LCon art.84.3).

2. **Pago de los créditos con privilegio especial.** Los créditos concursales con privilegio especial se pagan, como regla, con el producto de la realización de los bienes y derechos afectos (LCon art.155.1). No obstante, la Ley contempla también las posibilidades de que dichos créditos se paguen con cargo a la masa, sin enajenar los bienes o derechos afectos (LCon art.155.2), o de que los créditos con privilegio especial se transmitan junto con el bien afecto, subrogándose en la posición del deudor el adquirente del bien (LCon art.149.3^a.b y 155.3).

3. **Pago de los créditos con privilegio general.** Con las cantidades que se obtengan de la liquidación de los bienes no afectos a privilegio especial -y, en su caso, los remanentes de los bienes afectos tras el pago de los créditos que aseguren- se pagarán los créditos con privilegio general. Para el pago de estos créditos se tendrán en cuenta las subclases o grupos en que los divide el art.91 de la LCon, de modo que no se pagarán los de un grupo hasta que no estén completamente satisfechos todos los de los grupos anteriores (LCon art.156).

4. **Pago de los créditos ordinarios.** Si quedara remanente después del completo pago de los créditos con privilegio general, se destinará al pago de los créditos ordinarios, prorrateando entre ellos la pérdida en caso de que no pudieran satisfacerse todos por completo (LCon art.157.1 y 2).

5. **Pago de los créditos subordinados.** Finalmente, si aún quedara remanente tras el completo pago de los créditos ordinarios, se pagarán los subordinados, teniendo en cuenta, las subclases o grupos en que el art.92 los divide (LCon art.158).

3842 Conclusión y reapertura del concurso

En este aspecto podemos diferenciar:

- conclusión (nº 3844); y
- reapertura (nº 3848).

3844 Conclusión

El concurso concluye cuando se produzca o compruebe:

- a) La **revocación** de la declaración de concurso, una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que la acuerde (LCon art.176.1.1º).
- b) El **cumplimiento del convenio**, una vez firme el auto que lo declare y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento (LCon art.176.1.2º y 141).

- c) La **finalización de la liquidación**, una vez firme el auto que la declare (LCon art.176.1.2º).
- d) El **pago o la consignación de la totalidad** de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio, o la comprobación de que ya no existe la situación de insolvencia (LCon art.176.1.4º).
- e) El **desistimiento o la renuncia** de la totalidad de los acreedores reconocidos, en cualquier estado del procedimiento, terminada la fase común del concurso, una vez que quede firme la resolución que los acepte (LCon art.176.1.5º).
- f) La **insuficiencia de la masa activa** para satisfacer los créditos contra la masa (LCon art.176.1.3º).

3846 Los **efectos** de la conclusión del concurso:

- 1.Cesan las limitaciones de las **facultades de administración y disposición** sobre el deudor subsistentes (LCon art.178.1).
- 2.El deudor que no haya obtenido el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, sigue siendo responsable del pago de los créditos no satisfechos en el concurso, tras la conclusión de este por liquidación o insuficiencia de masa activa (LCon art.178.2); si aparecen **bienes o el deudor mejora de fortuna**, los acreedores pueden:
 - iniciar ejecuciones singulares; o
 - solicitar la declaración de concurso si concurre alguna de las circunstancias previstas en el art.2.4 de la LCon .
3. **Extinción** de la persona jurídica concursada y cancelación de su inscripción en los registros públicos, que serán ordenadas por la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa (LCon art.178.3).

Cuando el concurso finalice por liquidación o por **insuficiencia de la masa activa** el concursado persona natural puede obtener el beneficio de la **exoneración del pasivo insatisfecho**, de acuerdo con las previsiones del art.178 bis de la LCon .

3848 **Reapertura del concurso**

Se contempla en los siguientes casos:

1. La declaración de concurso de **deudor persona natural** dentro de los 5 años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de este; el juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior (LCon art.179.1).
2. La reapertura del concurso de **deudor persona jurídica** concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de este, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad.
3. Los **acreedores** pueden solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que:
 - se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse; o
 - aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido (LCon art.179.3).

En los casos de reapertura del concurso la **administración concursal** debe efectuar una actualización del inventario y de la lista de acreedores.

3850 **Calificación del concurso**

Las actuaciones principales del concurso tienden a hacer efectiva la ordinaria responsabilidad civil del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, buscando satisfacer, en la medida de lo posible, el derecho de los acreedores. Como se parte de una situación de insolvencia, el concurso no puede garantizar la completa satisfacción del derecho de todos los acreedores. Por el contrario, el punto de partida del concurso es que, normalmente, no podrá alcanzarse esa satisfacción completa y que, por tanto, los acreedores tendrán que soportar finalmente un quebranto patrimonial. La **finalidad** principal del concurso es que ese quebranto se reparta entre los acreedores de manera justa y ordenada, atendiendo a las preferencias establecidas legalmente y, en último término, a criterios de reparto proporcional. Ahora bien, la circunstancia de que el concurso se traduzca normalmente en quebranto patrimonial para todos o algunos de los acreedores del concursado y lleve aparejados también, con frecuencia, otros perjuicios (destrucción de empleo, reducción de la producción, etc.) permite plantear la cuestión de si, más allá de la mera responsabilidad patrimonial del concursado, cabe exigir a este -o a quienes le hayan conducido a la situación de insolvencia- responsabilidades adicionales de carácter punitivo o sancionador.

La LCon regula la «calificación» del concurso por el juez civil (concurso fortuito o concurso culpable), cuyos **efectos** se concretan en la adopción, en el propio procedimiento concursal, de determinadas medidas de carácter punitivo que no pueden considerarse penales. La calificación del concurso por el juez civil y la eventual adopción de las medidas

sancionadoras vinculadas a la calificación de «concurso culpable» operan con independencia y son compatibles con la apertura de causa criminal y eventual imposición de las penas que correspondan por los delitos de insolvencia punible tipificados en los art.257 s. del CP.

La calificación del concurso como **culpable** o como **fortuito** depende de que se aprecie o no que el concursado u otros sujetos relacionados con él han incurrido en determinadas conductas antijurídicas que la LCon define en los art.164 a 166. En caso afirmativo, la calificación precedente será la de concurso culpable; en otro caso, el concurso será calificado como fortuito.

3852 Procederá la formación de la **sección de calificación del concurso**:

1. Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio, salvo que en el convenio se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a 3 años, salvo que resulte incumplido (LCon art.167.1, párrafo 2º).

2. En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Abierta la sección se publica la resolución y los acreedores u otros interesados podrán personarse en la sección de calificación alegando por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable (LCon art.168.1). A continuación, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución (LCon art.169.1). Una vez unido el informe de la administración concursal, se dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de 10 días (LCon art.169.2). Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno (LCon art.170.1).

3854 Si la administración concursal propone la calificación del **concurso** como **culpable** o el Ministerio Fiscal dictamina a favor de dicha calificación se oye al deudor y a las personas a quienes pueda afectar la calificación; si alguna de ellas formula oposición a la calificación, se sustancia como incidente concursal.

La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. La calificación del concurso como culpable lleva aparejadas las siguientes **medidas de carácter punitivo**, que se impondrán en la sentencia:

1. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de 2 a 15 años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos (LCon art.172.2.2º).

2. La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (LCon art.172.2.3º).

3. En su caso, la responsabilidad concursal de los administradores de la persona jurídica concursada, en los términos previstos en la LCon art.172 bis .

3856 Normas procesales generales

Analizamos:

- a) Procedimiento abreviado (nº 3858).
- b) Incidente concursal (nº 3862).
- c) Incidente concursal en materia laboral (nº 3864).
- d) Medidas cautelares (nº 3866).

3858 Procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado se aplicará en los siguientes **casos**:

1. Cuando el concurso, a juicio del juez, no revista especial complejidad.

2. 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 (LCon art.190.2).

3. 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; en este caso se aplicará necesariamente el procedimiento abreviado (LCon art.190.3).

4. Cuando el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo; en este caso se aplicará necesariamente el procedimiento abreviado (LCon art.190.3).

3860 La **tramitación** del procedimiento abreviado presenta las características siguientes:

- aceleración de la fase común (LCon art.191);
- simplificación de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores (LCon art.191.3 y 4);
- simplificación de la fase de convenio (LCon art.191.5 y 6);
- simplificación de la liquidación (LCon art.191.6 y 7).

Existen **previsiones especiales** para el procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio (LCon art.191 bis) y para el procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación (LCon art.191 ter).

3862 Incidente concursal

Es el cauce procesal por el que se tramitan:

1. Las cuestiones propiamente incidentales que se planteen durante el proceso concursal y que no tengan señalada una tramitación especial (LCon art.192.1, párrafo 1º);
2. Actuaciones declarativas propias del proceso concursal que no son, en rigor, incidentes;
3. Los procesos de declaración conexos con el concursal cuyo conocimiento se atribuye al juez del concurso (LCon art.192.1, párrafo 2º).

La demanda **puede ser inadmitida** cuando el juez:

- estime que la cuestión planteada es impertinente; o
- estime que la cuestión carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental LCon (LCon art.194.2).

La inadmisión se acuerda mediante auto apelable, en el que se ordenará dar a la cuestión la tramitación que corresponda.

Si **se admite la demanda** se emplaza a las partes personadas para que contesten por escrito en el plazo de 10 días. Cabe la celebración de vista, si concurren ciertos requisitos (LCon art.194.4). La sentencia se dictará en el plazo de 10 días resolviendo el incidente (LCon art.196.1).

3864 Incidente concursal en materia laboral

Pueden ser objeto del incidente concursal en materia laboral:

1. Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto que decida el expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual (LCon art.64.8).
2. La impugnación de las decisiones de la administración concursal sobre extinción o suspensión de los contratos del concursado con el personal de alta dirección (LCon art.65.1).

El procedimiento se regula en la LCon art.195 , y tiene cierta semejanza con el proceso laboral.

3866 Medidas cautelares

Entre las que diferenciamos:

1. **Anteriores a la declaración de concurso.** Su finalidad es asegurar la integridad del patrimonio del deudor en tanto se sustancia el procedimiento de declaración de concurso necesario (LCon art.17.1). Se adoptan a instancia del legitimado para instar el concurso necesario (LCon art.17.1).
2. **Del auto de declaración de concurso.** Su finalidad es asegurar la integridad del patrimonio del deudor desde que se declara el concurso hasta que se acepta el cargo por los administradores (LCon art.21.1.4).
3. **Otras medidas cautelares.** Se regulan también otras medidas cautelares para casos especiales:
 - a) Embargo preventivo de bienes de los administradores de la persona jurídica concursada (LCon art.48 ter.1).
 - b) Embargo preventivo de bienes de los socios (LCon art.48 ter.2).
 - c) Medidas en caso de reconocimiento de créditos como condicionales o contingentes (LCon art.87.4).
 - d) Medidas cautelares para asegurar la efectividad de los pronunciamientos que recaigan en las impugnaciones del inventario y la lista de acreedores (LCon art.96.4).

- e) Cautelares para asegurar la efectividad de la resolución sobre modificación del texto definitivo de la lista de acreedores (LCon art.97 ter.1).
- f) Cautelares para garantizar el cumplimiento del convenio en caso de oposición a su aprobación (LCon art.129.4).
- g) Medidas cautelares en caso de pago anticipado de créditos (LCon art.156.2 , para el pago anticipado de créditos con privilegio general, y art.157.1, párrafo 3º, para el pago anticipado de créditos ordinarios).
- h) Cautelares en función de una petición de reconocimiento de procedimiento de insolvencia extranjero (LCon art.226.2).

4. **Medidas cautelares personales.** Están reguladas en la LO 8/2003, para la Reforma Concursal, que prevé las siguientes:

- a) La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.
- b) El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio; si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.
- c) La entrada en el domicilio del deudor y su registro.

Si se tratare del concurso de una persona jurídica, estas medidas podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los 2 años anteriores (LO 8/2003 art.1.2).

3868 Concursos transfronterizos

Cuando el deudor que despliega su actividad económica en el territorio de diversos Estados se encuentra en estado de insolvencia la respuesta jurídica a esa situación puede articularse teóricamente a través de dos **vías**:

1. Mediante un **único proceso concursal** ante los tribunales de uno de los Estados en que el deudor despliegue su actividad, facilitando que las medidas que se adopten en ese proceso puedan surtir efectos, más allá del territorio del Estado en que se siga el procedimiento, en el de todos aquellos Estados donde el concursado tenga bienes.
2. Admitiendo que en cada Estado en que el deudor tenga actividad se sigan **procedimientos concursales distintos**, con mecanismos de coordinación entre los diferentes procedimientos.

La tendencia actual en materia de **tratamiento de las situaciones de insolvencia** con repercusiones que traspasan las fronteras de los Estados es combinar las dos vías que se acaban de apuntar pues, por un lado, se permite la coexistencia de distintos procedimientos de insolvencia abiertos en diferentes Estados, buscando la coordinación entre ellos y, por otro, se establece la distinción entre concurso principal y concursos territoriales o secundarios, atribuyéndose al concurso principal una eficacia expansiva que facilita que las medidas adoptadas en él surtan efectos más allá de los límites del Estado en que se sigue.

A esa tendencia responde el Rgto UE/848/2015 , sobre procedimientos de insolvencia, que es norma de directa aplicación en todos los Estados miembros de la UE. La regulación contenida en la LCon art.199 s. toma como referencia el Reglamento europeo y tiene, por tanto, la misma orientación.

Precisiones

Y en la misma línea se inserta la **Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza** de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional texto que también contempla la coexistencia de procedimientos concursales en distintos Estados, distinguiendo uno de ellos como principal. El texto de la Ley Modelo, es un punto de referencia importante en la materia que nos ocupa, teniendo en cuenta que Estados muy importantes como Estados Unidos, Canadá, Japón, México, Reino Unido, Grecia o Polonia, entre otros, han seguido la Ley Modelo en sus legislaciones concursales internas.

T. Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos

3870	1. Transacción	3874
	2. Conciliación	3878
	3. Mediación	3880
	4. Arbitraje	3884

3872 La resolución de los conflictos puede articularse a través de vías alternativas a la jurisdicción y el proceso. De hecho, normalmente, antes de acudir ante los tribunales, los sujetos en conflicto intentan **alcanzar un acuerdo** que evite el pleito. Por otra parte, nada impide y es frecuente en la práctica que, una vez iniciado el proceso, las partes negocien con vistas a lograr un acuerdo que les permita poner fin al proceso.

La Ley contempla distintos mecanismos basados en la negociación entre los sujetos en conflicto y regula los **efectos** de los acuerdos alcanzados, efectos que incluyen la evitación del proceso o la terminación del que ya se hubiera iniciado. En este contexto cabe situar la regulación de la transacción, la conciliación y la mediación.

Por otra parte, cuando el conflicto no puede resolverse mediante negociación, el ordenamiento permite que las partes, en lugar de acudir a los tribunales de justicia, sometan sus pretensiones a la decisión de **árbitros**. Los efectos de la decisión de los árbitros (el laudo) se equiparan legalmente a los de una sentencia dictada en un proceso de declaración (fuerza ejecutiva y cosa juzgada). Por eso, el arbitraje se presenta como una alternativa al proceso ante los tribunales de justicia estatales.

1. Transacción

3874 Es el «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al pleito ya comenzado» (CC art.1809).

La transacción puede ser de **dos clases**:

1. **Transacción extrajudicial**. Son casos de transacción extrajudicial:

- la que se celebra para evitar un pleito; y
- la que se celebra para poner fin a un pleito, pero no se somete el acuerdo al tribunal para su aprobación, sino que la terminación del pleito se articula mediante allanamiento, renuncia o desistimiento, según las condiciones pactadas.

2. **Transacción judicial**. Es la transacción que:

- tiene por objeto poner fin a un proceso ya iniciado; y
- el acuerdo alcanzado se presenta al tribunal para su aprobación u homologación.

3876 **Regulación legal de la transacción judicial** Puede producirse en cualquier momento del proceso antes de que termine por sentencia firme (LEC art.19.3 ; CC art.1819). No obstante, hay ciertos trámites procesales en que la LEC pretende favorecer que se produzca una transacción:

- a) Al inicio de la audiencia previa al juicio (LEC art.415).
- b) Al final de la audiencia previa al juicio, inmediatamente antes de la proposición de la prueba (LEC art.428.2).

Cuando se pretenda llevar a cabo una transacción judicial el acuerdo o convenio entre las partes se debe presentar al tribunal. El tribunal homologará el acuerdo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (LEC art.19.2).

Los **efectos de la transacción judicial** son los siguientes:

- pone fin al proceso;
- el acuerdo homologado es título ejecutivo y puede llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias (LEC art.517.2.3º);
- la transacción aprobada por el tribunal tiene efectos de cosa juzgada, impidiendo un proceso ulterior entre las mismas partes sobre la misma cuestión (CC art.1816).

2. Conciliación

(L 15/2015 art.139 a 148)

3878 Es un intento de transacción para evitar el pleito, que tiene la particularidad de que se produce en sede judicial (ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el juez de paz). El futuro demandante, antes de presentar la demanda, pide que se cite en el juzgado al futuro demandado con objeto de llegar a un acuerdo para evitar el pleito. El acto de conciliación está **regulado** en la L15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV).

La conciliación se promueve mediante **solicitud** presentada ante 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 requerido, sin que sea preceptiva la intervención de abogado ni de procurador (LJV art.140 y 141).

La solicitud **no** será **admitida a trámite** si se refiere a alguna de las siguientes materias:

1. Juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes.
2. Los juicios en que estén interesados el Estado, las CCAA y las demás AAPP, corporaciones o instituciones de igual naturaleza.
3. Reclamación de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.
4. Materias no susceptibles de transacción ni compromiso (LJV art.139.2).

Si la solicitud fuera **admisibile**, se citará a los interesados al acto de conciliación (LJV art.142). Llegado el día señalado, si no comparece el solicitante se le tiene por desistido y se archiva el expediente, pudiendo el requerido que hubiese comparecido reclamar al solicitante indemnización de daños y perjuicios; si no comparece el requerido se pondrá fin al acto, teniendo la conciliación por intentada (LJV art.144). En caso de que comparezcan ambas partes cada una expone sus pretensiones, pudiendo presentar documentos. Si se alcanza un acuerdo total o parcial, se hace constar detalladamente en un acta que el acto terminó con avenencia así como los términos de la misma; si no se alcanza el acuerdo, se hará constar que el acto terminó sin avenencia. Finalizado el acto, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto o el juez de paz dictará auto haciendo constar la avenencia o, en su caso, que se intentó sin efecto o que se celebró sin avenencia, acordándose el archivo definitivo de las actuaciones (LJV art.145).

El **acuerdo alcanzado** en conciliación tiene fuerza ejecutiva, sirviendo de título el testimonio del acta junto con el del decreto del letrado de la Administración de Justicia o del auto del juez de paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación (LJV art.147).

Lo convenido en el acto de conciliación solo puede impugnarse mediante el ejercicio de la **acción de nulidad** por las causas que invalidan los contratos. El ejercicio de esta acción tiene efectos suspensivos sobre la ejecución de lo convenido en el acto de conciliación hasta que se resuelva definitivamente sobre la pretensión de nulidad (LJV art.148).

3. Mediación

(L 5/2012)

3880 Es una forma de resolución de controversias por medio de un acuerdo alcanzado voluntariamente por las partes en conflicto con la intervención de un mediador. La mediación está regulada en la L 5/2012 , de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Además de esta Ley, hay que tener en cuenta que muchas **CCAA** han aprobado leyes reguladoras de la mediación familiar:

Andalucía	L 1/2009, de 27 de febrero
Aragón	L 9/2011, de 24 de marzo
Asturias	L 3/2007, de 23 de marzo
Baleares	L 14/2010, de 9 de diciembre
Canarias	L 15/2003, de 8 de abril
Cantabria	L 1/2011, de 28 de marzo redacc L 4/2017
Castilla-La Mancha	L 1/2015, de 12 de febrero
Castilla y León	L 1/2006, de 6 de abril
Cataluña	L 15/2009, de 22 de julio
Galicia	L 4/2001, de 31 de mayo
Madrid	L 1/2007, de 21 de febrero
País Vasco	L 1/2008, de 8 de febrero
Valencia	L 7/2001, de 29 de noviembre

La característica más destacada de la mediación es la intervención de un profesional (el mediador) a fin de facilitar la comunicación entre las partes y velar por que estas dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, y que, además desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes (L 5/2012 art.13. 1 y 2). Los **mediadores** han de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y

contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas (L 5/2012 art.11.2).

Los mediadores son profesionales sujetos a responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren en el ejercicio de sus funciones (L 5/2012 art.14), para cuyo aseguramiento han de suscribir un seguro o garantía equivalente (L 5/2012 art.11.3), y que tienen derecho a cobrar honorarios que habrán de pagar las partes por igual (L 5/2012 art.15).

Conforme a la Ley, los **sujetos jurídicos pueden pactar** someter a mediación los conflictos que puedan surgir en el futuro entre ellos, en relación con un determinado contrato o relación jurídica. Estos pactos obligan a las partes a intentar la mediación antes de acudir a los tribunales, de manera que si una de las partes presenta demanda sin acudir previamente a la mediación, la otra parte puede oponerse a que continúe el proceso por medio de declinatoria (L 5/2012 art.10.2 ; LEC art.39). Por otra parte, iniciado un proceso, se contempla la posibilidad de que las partes pidan la suspensión del mismo para intentar lograr un acuerdo a través de la mediación (L 5/2012 art.16.3 ; LEC art.19.1, 414.1, 415, 440 y 443).

3882 Procedimiento

El procedimiento de mediación se inicia mediante **solicitud** que puede presentarse:

- de común acuerdo entre las partes, haciendo la designación del mediador o la institución de mediación; o
- por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación (L 5/2012 art.16).

Tras la solicitud, el mediador o la institución de mediación citan a las partes a una sesión informativa (L 5/2012 art.17). Si las partes deciden continuar, tiene lugar una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y pactan los puntos necesarios para el desarrollo de la mediación (designación del mediador o institución de mediación, objeto del conflicto, programa de actuaciones y duración máxima, coste de la mediación, lugar de celebración y lengua del procedimiento, entre otros extremos) (L 5/2012 art.19). La mediación se desarrolla conforme a lo previsto en la sesión constitutiva, pudiéndose celebrar sesiones con participación de ambas partes y reuniones del mediador por separado con cada una de las partes (L 5/2012 art.21).

El procedimiento **puede terminar** sin alcanzar un acuerdo:

- porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador;
- porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento; o
- cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión (L 5/2012 art.22.1).

Si se alcanza un **acuerdo, total o parcial**, se firma por las partes o sus representantes y puede ser elevado a escritura pública, en cuyo caso el contenido del acuerdo tendrá fuerza ejecutiva (L 5/2012 art.23 y 25 ; LEC 517.2.2º). Si la mediación se produce para poner fin a un proceso ya iniciado, el acuerdo alcanzado será homologado por el juez, convirtiéndose así en título ejecutivo conforme al art.517.2.3º de la LEC.

4. Arbitraje

(L 60/2003)

3884 Es el modo de encomendar a un tercero la solución de todas o algunas de las **controversias** sobre materias de libre disposición que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica. El arbitraje está regulado, básicamente, en la L 60/2003 , de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LArb), junto con determinados convenios internacionales, así como por numerosas normas legales y reglamentarias aplicables a ciertos arbitrajes especiales.

Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (LArb art.2.1)

3886 Clases de arbitraje

Se pueden distinguir diversas clases de arbitraje con arreglo a distintos criterios:

1. Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional. En el arbitraje institucional las partes encomiendan la administración del arbitraje y la designación de árbitros a (LArb art.14):

- corporaciones de derecho público y entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras; o
- asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

En estos casos el arbitraje se desarrolla conforme a los Reglamentos de las instituciones a las que se confían las funciones arbitrales.

En todo caso, las instituciones arbitrales tienen el deber de velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia (LArb art.14.3).

En el arbitraje «ad hoc» las partes designan directamente a los árbitros o encomiendan su designación a una persona física o jurídica distinta de las previstas en el art.14 de la LArb.

2. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. En el arbitraje de derecho el árbitro ha de decidir la cuestión interpretando y aplicando las normas jurídicas relevantes para el caso. En el arbitraje de equidad, la solución del conflicto ha de realizarse conforme al leal saber y entender del árbitro, sin vinculación a las normas jurídicas aplicables. Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello (LArb art.34.1).

3. Arbitraje interno y arbitraje internacional. En el arbitraje internacional existe algún elemento extranjero. Conforme a la LArb el arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias (LArb art.3.1):

- a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.
- b) 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.
- c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

3888 Convenio arbitral

Mediante el convenio arbitral las partes expresan su voluntad 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.

El convenio se puede formalizar mediante una cláusula incorporada a un contrato o mediante un acuerdo independiente. En cualquier caso, el convenio arbitral es un contrato distinto del contrato principal a que hace referencia el arbitraje (separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal). Las **consecuencias de la separabilidad** son:

- la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral; y
- 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 (LArb art.22.1)

El convenio arbitral está sometido a los requisitos generales de capacidad, consentimiento, objeto y causa propios de todo contrato. Pero la LArb exige también ciertos **requisitos** específicos de **contenido** y de **forma** del convenio arbitral. En cuanto al contenido, el art.9.1 de la LArb dispone que el convenio «deberá expresar la 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». En cuanto a la forma, el art.9.3 de la LArb establece que «el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.» Es válido también el convenio que «conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

3890 Se admite también el llamado **convenio arbitral por referencia**, que existe cuando las partes se han remitido a un documento en que conste dicho convenio en cualquiera de las formas anteriormente reseñadas (LArb art.9.4). E incluso se entiende que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación la existencia del convenio sea afirmada por una parte y no negada por la otra (LArb art.9.5).

Si se trata de **arbitrajes internacionales**, los requisitos de validez del convenio serán los que exijan las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o el derecho español (LArb art.9.6).

El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado (efecto positivo) e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje (efecto negativo) (LArb art.11.1).

Si una de las partes en el convenio arbitral presenta ante los tribunales una demanda relativa a una controversia comprendida en el ámbito del arbitraje pactado, la otra parte deberá utilizar la declinatoria para hacer valer ante el tribunal el efecto negativo del convenio arbitral. Si el demandado no alega la **sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje** interponiendo la declinatoria en tiempo y forma no se producirá el efecto negativo del convenio arbitral y el litigio se desarrollará ante y será resuelto por los tribunales de justicia.

La declinatoria debe formularse en el plazo de 10 días desde el traslado de la demanda (LArb art.11.1, párrafo 2º).

3892 Los árbitros

Las partes podrán fijar libremente el **número de árbitros**, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro (LArb art.12). 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 (LArb art.13).

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único este deberá ser jurista. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, al menos uno de ellos ha de ser jurista (LArb art.15.1).

La **designación** de los árbitros puede realizarse:

- por las partes, en el convenio arbitral o en acuerdos complementarios posteriores;
- por el tribunal competente, si las partes no se ponen de acuerdo sobre el modo en que se ha de proceder para la designación (LArb art.15.2) o cuando, pese a existir acuerdo al respecto de las partes, resulte imposible designar árbitros a través de dicho procedimiento (LArb art.15.3).

La designación de árbitros por el tribunal competente se realizará con arreglo a los siguientes **criterios**:

1. Si el arbitraje se realiza por un solo árbitro, este será nombrado por el tribunal (LArb art.15.2.a).
2. Si el arbitraje se realiza por 3 árbitros, cada parte nombrará a un árbitro y los 2 árbitros designados elegirán a su vez al tercero, que presidirá el colegio arbitral (LArb art.15.2.b).
3. En el arbitraje con más de 3 árbitros, todos ellos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes (LArb art.15.2.c).

La **competencia** para designar a los árbitros corresponde a la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección (LArb art.8.1).

3894 El trámite procedimental para el nombramiento judicial de árbitros es el juicio verbal (LArb art.15.4). El tribunal únicamente podrá rechazar la petición de designación de árbitros cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral (LArb art.15.5).

Para designar a los árbitros, en los casos en que deba hacerlo, el tribunal confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista se tendrán en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad de los designados. En el supuesto de que proceda designar **un solo árbitro o un tercer árbitro**, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo (LArb art.15.6).

Cada árbitro designado debe comunicar su aceptación a quien lo designó. La comunicación ha de hacerse dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento. Si no se comunica la aceptación dentro de este plazo, se entenderá que el designado no acepta su nombramiento (LArb art.16).

Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial (LArb art.17.1). Tampoco podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre las partes, salvo acuerdo en contrario de estas (LArb art.17.4).

Para garantizar la **independencia e imparcialidad** de los árbitros la Ley impone a los designados el deber de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, tanto las que concurren en el momento de la designación como las que puedan sobrevenir durante el desarrollo del arbitraje, que deberán ser reveladas sin demora a las partes (LArb art.17.2).

Con independencia del anterior deber de los árbitros, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes en cualquier momento del arbitraje y, si estiman que algún árbitro no es imparcial, podrán recusarlo.

3896 La recusación solo puede basarse en:

1. La concurrencia en el árbitro recusado de circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o
2. Que el árbitro recusado no posea las cualificaciones convenidas por las partes (LArb art.17.3). Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya

tenido conocimiento después de su designación. El procedimiento para la recusación será el que las partes hayan acordado libremente.

A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá 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, corresponderá a los árbitros decidir sobre esta (LArb art.18).

El principal **deber de los árbitros** y, en su caso, de la institución arbitral, es cumplir fielmente el encargo, resolviendo la controversia sometida a su decisión, mediante el laudo correspondiente. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros (LArb art.21.1). Los árbitros o las instituciones arbitrales en su nombre deben contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (LArb art.21.1, párrafo 2º).

En cuanto a los **derechos de los árbitros**, estos perciben honorarios por el ejercicio de la función arbitral. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir 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. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren (LArb art.21.2).

3898 Procedimiento arbitral

En relación con el procedimiento la única exigencia que se impone de manera imperativa por la Ley es el respeto de los **principios** de igualdad, audiencia y contradicción: las partes deben ser tratadas con igualdad y se debe conceder a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (LArb art.24.1). Partiendo del respeto a estos principios, los árbitros se han de ajustar en sus actuaciones al procedimiento que libremente hayan convenido las partes y, en defecto de pacto, al procedimiento que los propios árbitros consideren apropiado (LArb art.25).

El **lugar del arbitraje** será determinado por acuerdo de las partes y, a falta de acuerdo, por los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes (LArb art.26). El idioma del arbitraje también se determina por acuerdo de las partes; a falta de acuerdo, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones (LArb art.28.1).

El procedimiento puede **combinar la oralidad y la escritura** en la proporción que los árbitros estimen conveniente. Los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito (LArb art.30.1).

En cuanto al **inicio del arbitraje**, salvo que las partes hayan convenido otra cosa, se atenderá a la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (LArb art.27).

Salvo que se haya pactado otra cosa, en la **demanda** se alegarán los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que se formulan. Mediante la **contestación**, el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Y ambas partes, al formular sus **alegaciones**, podrán aportar documentos y hacer referencia a otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

La Ley no prohíbe que se modifiquen o amplíen la demanda o la contestación durante el desarrollo del arbitraje, salvo que se haya pactado otra cosa o los árbitros lo consideren improcedente (LArb art.29).

De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión (LArb art.30.3).

Si se celebran **audiencias**, las partes serán citadas a ellas con suficiente antelación y podrán intervenir directamente o por medio de sus representantes (LArb art.30.2).

Respecto a las **pruebas**, se reconoce expresamente la potestad de los árbitros de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración (LArb art.25.2). Entre las potestades de los árbitros en materia probatoria se reconoce expresamente la de nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas (LArb art.32).

Cuando sea necesario, los árbitros o las partes con su aprobación podrán solicitar la asistencia del tribunal competente para la práctica de pruebas, conforme a lo previsto en el art.33 de la LArb . Es competente a estos efectos el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia (LArb art.8.2).

En general, cada una de las partes sufrirá las consecuencias eventualmente negativas de su falta de diligencia en relación con las oportunidades de alegación y prueba de que dispongan en el procedimiento, en los términos previstos en la LArb art.31.

3900 Laudo arbitral

Es la resolución de los árbitros que decide la controversia objeto del arbitraje. La Ley admite que la controversia se decida en un único laudo o en tantos laudos parciales como los árbitros estimen necesarios (LArb art.37.1)

El **plazo** para dictar el laudo es de 6 meses desde la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla. Este plazo puede ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a 2 meses, mediante decisión motivada. La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afecta a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros. Las partes pueden, no obstante, acordar un régimen diferente en cuanto al plazo para dictar el laudo y a los efectos de su incumplimiento (LArb art.37.2).

Cuando sean **varios** los **árbitros** el laudo se dictará por mayoría y, de no alcanzarse esta, decidirá el presidente (LArb art.35). El laudo deberá constar por escrito (en papel o soporte electrónico) y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra (LArb art.37.3). Debe ser siempre motivado, salvo que se trate del dictado para poner fin al procedimiento por acuerdo de las partes (LArb art.37.4).

Además de la decisión de las **cuestiones controvertidas**, el laudo debe hacer referencia a la fecha en que ha sido dictado, el lugar del arbitraje y el pago de las costas (LArb art.37.5 y 6).

El laudo produce efectos de cosa juzgada desde que se dicta, sin perjuicio de que se pueda ejercitar frente a él la acción de anulación o solicitar, en su caso, la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes (LArb art.43).

Se establece un **procedimiento** para (LArb art.39):

- 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; o
- 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.

Se prevén también en la Ley otras **formas de finalización** del arbitraje, mediante acuerdo de las partes que ponga fin a la controversia (acuerdo que será incorporado a un laudo dictado a tal efecto por los árbitros, conforme al art.36 de la LArb); desistimiento del demandante; acuerdo de las partes en poner fin al arbitraje, e imposibilidad o no necesidad de proseguir las actuaciones, apreciadas por los árbitros (LArb art.38).

3902 Intervención judicial

Las posibilidades de intervención jurisdiccional en el arbitraje son las siguientes:

1. **Nombramiento de árbitros**, cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros o, en general, en la iniciación del arbitraje (LArb art.15).
2. **Auxilio judicial** para la práctica de pruebas que los árbitros no puedan practicar por sí mismos (LArb art.33).
3. Adopción de **medidas cautelares** antes de la incoación o durante la sustanciación del procedimiento arbitral (LArb art.722 ; LEC art.730.3).
4. Impugnación del laudo arbitral a través de la **acción de anulación** o a través de la revisión (LArb art.40 a 43).
5. **Ejecución forzosa** del laudo (LArb art.44 y 45).
6. Exequátur de **laudos arbitrales extranjeros** (LArb art.46).

3904 Anulación y revisión del laudo arbitral

Los laudos arbitrales solo pueden ser anulados mediante el ejercicio de una acción de anulación ante el tribunal competente y exclusivamente con base en una de las siguientes **causas** (LArb art.41.1):

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que la designación de un árbitro no ha sido debidamente notificada a la parte, o que no han sido debidamente notificadas a esta las actuaciones arbitrales o que aquella no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la voluntad de las partes, a menos que dicho acuerdo fuera contrario a normas imperativas, o no se han ajustado a las disposiciones legales.

e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

f) Que el laudo es contrario al orden público.

El **tribunal competente** para conocer de la acción de anulación del laudo es la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde aquel se hubiere dictado (LArb art.8.5). El **plazo** para promover la acción de anulación es de 2 meses desde el día siguiente a la notificación del laudo arbitral (LArb art.41.4). En cuanto al procedimiento, la acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal celebrándose la vista solamente si lo piden las partes. La sentencia que se dicte no es recurrible (LArb art.42).

Frente al laudo se puede ejercitar también la **acción de revisión** conforme a lo dispuesto en la LEC para la revisión de las sentencias firmes (LArb art.43 ; LEC art.509 s.).

3906 Medidas cautelares

Las potestades de los **árbitros** incluyen también, salvo acuerdo en contrario de las partes, la adopción de las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, exigiendo caución suficiente al solicitante (LArb art.23.1).

Las medidas cautelares podrán pedirse también al tribunal competente, que es el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (LArb art.8.3). La **adopción judicial** de medidas cautelares se puede solicitar:

- con anterioridad a las actuaciones arbitrales, por quien acredite ser parte de convenio arbitral;
- durante el desarrollo del proceso arbitral, por quien acredite ser parte en el mismo;
- estando pendiente la designación judicial del árbitro, por quien la haya solicitado; o
- tratándose de arbitraje institucional, por quien haya presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento (LEC art.722).

3908 Ejecución forzosa del laudo arbitral

El laudo arbitral que contenga pronunciamientos de condena es título ejecutivo. La ejecución del laudo, cuando se solicite por la parte favorecida por sus pronunciamientos, se realizará por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes, siendo **competente** para conocer de dicha ejecución el juez de primera instancia del lugar en que se haya dictado el laudo (LEC art.545.2 ; LArb art.8.4).

Se permite obtener la ejecución forzosa del laudo durante la **pendencia del procedimiento** en que se ejercita la acción de anulación, de forma parecida, aunque no idéntica, a lo que hace la LEC respecto de la ejecución provisional de las sentencias (LArb art.45).

3910 Exequátur de laudos extranjeros

La ejecución en España de laudos dictados en el extranjero se realiza conforme a lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España.

La **principal fuente** reguladora del exequátur de laudos arbitrales extranjeros es el Convenio de Nueva York de 10-6-1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, al que España se adhirió el 29-4-1977. Este Convenio, al que se remite la LArb art.46 , establece un sistema muy favorecedor de exequátur de laudos extranjeros.

La **competencia** para el exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros corresponde a 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 (LArb art.8.6, párrafo 1º).

El **procedimiento** para la obtención del exequátur es el regulado en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (L 29/2015 art.52 a 55). Una vez obtenido el exequátur, la competencia para la ejecución del laudo extranjero corresponde a los juzgados de primera instancia (LArb art.8.6, párrafo 2º).

| SECCIÓN 3

Proceso penal

3950	A. Tribunales penales: jurisdicción y competencia	3955
	B. Partes en el proceso penal	4005

C.	Iniciación del proceso penal	4080
D.	Fase de instrucción del proceso penal. Actos de investigación	4114
E.	Medidas cautelares en el proceso penal	4194
F.	Periodo intermedio	4239
G.	Fase de plenario o juicio oral	4270
H.	Formación del convencimiento del juzgador	4332
I.	Sentencia penal	4363
J.	Recursos	4385
K.	Casación penal	4405
L.	La cosa juzgada y la revisión penal	4440
M.	Procedimiento abreviado	4470
N.	Procedimiento para el enjuiciamiento rápido	4495
Ñ.	Juicio sobre delitos leves	4520
O.	Proceso por aceptación de decreto	4535
P.	Proceso penal ante el Tribunal del Jurado	4539
Q.	Otros procesos penales especiales	4595
R.	Ejecución penal	4620
S.	Proceso penal de menores	4670

A. Tribunales penales: jurisdicción y competencia

3955	1.	Jurisdicción en el orden penal	3960
	2.	Competencia en el orden penal	3975
	3.	Alteración de la competencia por conexión	3990
	4.	Imparcialidad del juzgador penal: abstención y recusación	3997

3956 En los marginales siguientes se analizan las cuestiones relacionadas con la jurisdicción y competencia en el orden penal, la posible alteración de las reglas de competencia y, finalmente, la imparcialidad del juez.

1. Jurisdicción en el orden penal

3960 Concepto

Como es sabido, el término «jurisdicción» es plurívoco, es decir, puede tener distintas significaciones. Más en concreto, en nuestro contexto, podemos entender por jurisdicción tres cosas diferentes, aunque relacionadas entre sí; a saber:

- una función del Estado;
- un conjunto de órganos que desempeñan tal función; y
- un presupuesto del proceso.

En una primera aproximación, podemos entender que la jurisdicción es una de la tres funciones primordiales de un Estado (como sinónimo de Administración de Justicia, o como función jurisdiccional), junto a la función legislativa y a la administrativa. Esta primera acepción de jurisdicción atiende, pues, a la naturaleza o esencia de esta **función estatal** que consiste en la tutela y realización del derecho objetivo, es decir, en «juzgar» y «hacer ejecutar» lo juzgado. Y en ese sentido, la jurisdicción es predicable por igual de todos los jueces y tribunales españoles que integran el llamado «poder judicial». Todos tienen jurisdicción (Const art.117.3).

En íntima relación con lo anterior, y en segundo lugar, debemos tener presente que esta función estatal está reservada a un **conjunto de órganos jurisdiccionales** (juzgados y tribunales), que están encuadrados bien en la jurisdicción ordinaria, bien en jurisdicciones especiales, según tengan asignado el cometido de enjuiciar y ejecutar asuntos de carácter general o, por el contrario, referidos a materias o a sujetos específicos. En España, la llamada «jurisdicción ordinaria» se estructura en cuatro órdenes o ramas jurisdiccionales: la civil, la penal, la contencioso-administrativo y la laboral o social. A nosotros, en este momento, nos interesan fundamentalmente los órganos jurisdiccionales penales, que son los encargados de enjuiciar los asuntos o causas criminales (de acuerdo con el art.9.3 de la LOPJ

los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional penal tienen atribuido el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales).

Finalmente, nuestras leyes procesales hablan también de jurisdicción en un sentido muy diferente al anterior: se habla de jurisdicción como **presupuesto del proceso**, es decir, como un elemento previo y necesario para poder obtener una sentencia válida sobre el fondo del asunto. Y en este sentido, la jurisdicción designa el conjunto de criterios o de reglas que nos permite averiguar, de antemano, el concreto juez que debe conocer del asunto -cuál es el juez ordinario predeterminado por la ley. De esta manera, siendo la potestad jurisdiccional una, y estando en su totalidad atribuida a los tribunales, es necesario proceder a un reparto o clasificación de la acción de juzgar un caso concreto. En el buen entendimiento de que la potestad no se reparte, sino que lo que se reparte son las materias, el territorio y la actividad procesal.

Sentado lo anterior, a este esquema hay que añadirle un nuevo concepto que tanto la doctrina como la legislación utilizan muchas veces como sinónimo de jurisdicción, como presupuesto procesal: competencia. La **competencia** no es sino la exacta medida en que se atribuye jurisdicción a un determinado órgano (a los jueces españoles, a los jueces penales o a los laborales, etc., a los juzgados de instrucción o a los de primera instancia, etc.). Sirve así la competencia, en sus diversas categorías -objetiva, territorial, funcional-, para determinar en cada momento procesal cual va a ser el concreto órgano jurisdiccional que va a conocer de un asunto, puesto que presupone que dicho órgano posee jurisdicción.

En resumen, debemos retener la siguiente idea: aunque el concepto de jurisdicción sea muy importante y amplio, podemos utilizar el término competencia (como sinónimo de jurisdicción como presupuesto procesal) para designar el conjunto de reglas que determinan la atribución de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional particularizado; ellas nos van a decir qué juez, de qué instancia y de qué ciudad o población, será el competente para conocer de cada pretensión.

No debe pasarnos inadvertida la idea de que tanto la atribución de jurisdicción y competencia a los tribunales españoles por parte del legislador debe partir de un respeto absoluto al derecho fundamental al **juez ordinario predeterminado por la ley** (Const art.24.2), es decir, que la ley «pre-determine» -determine con anterioridad al asunto enjuiciado- al órgano jurisdiccional competente para resolver el asunto, como garantía básica de todo justiciable, en evitación de la figura del tribunal *ad hoc*.

3963 Extensión y límites

En principio, la jurisdicción penal -los juzgados y tribunales penales- tienen atribuido el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales (LOPJ art.9.3); sin embargo, esta jurisdicción tiene su actuación limitada por tres tipos de límites: objetivos; subjetivos; y territoriales.

3964 Límites objetivos

La jurisdicción penal solo puede enjuiciar las conductas tipificadas como delito en el CP. Esto supone que el órgano jurisdiccional del asunto debe examinar, en primer lugar, la naturaleza criminal de las normas que fundamentan la pretensión ejercitada. Ahora bien, puesto que muchas veces puede ser difícil la determinación clara y fehaciente de la naturaleza delictiva o no de una determinada conducta, para sostener la actuación de los órganos jurisdiccionales penales es suficiente la apariencia delictiva.

A este respecto debe señalarse que no es frecuente que se planteen dudas acerca de si un **ilícito es civil o penal**, pero en caso de que aquellas surjan, no se pueden producir conflictos de competencias entre los órganos jurisdiccionales civiles y los penales, ya que la jurisdicción penal es siempre preferente (LOPJ art.44).

Mayores problemas plantea la **delimitación entre lo penal y lo administrativo**, debido a la cada vez mayor potestad sancionadora de la administración pública. En estos casos fronterizos la solución que debiera adoptarse en cada caso concreto es acudir a la norma administrativa reguladora de la conducta y compararla con el derecho penal sustantivo. Ahora bien, si ya ha comenzado un procedimiento administrativo sancionador y se llega a la conclusión de que el hecho es delictivo, la Administración debe suspender el procedimiento hasta que recaiga resolución judicial firme. Una vez concluida la vía penal, podrá alzarse la suspensión del procedimiento sancionador con el resultado que requiera el caso concreto.

Por otro lado, ha de tenerse presente que la jurisdicción penal puede extender su conocimiento a la acción civil derivada del delito siempre que el perjudicado no haya renunciado a dicha acción, o se haya reservado su ejercicio ante la jurisdicción civil.

3965 Límites subjetivos

Para que los órganos jurisdiccionales penales puedan actuar, no solo deben haber comprobado el carácter penal de la conducta, sino que también deben examinar si el presunto responsable está o no exento de jurisdicción.

En efecto, entre los **españoles** no están sometidos a la jurisdicción penal: el Rey (de forma absoluta -es inviolable, en virtud del art.56.3 de la Const); y de forma relativa, los diputados y senadores (que son inviolables por las opiniones

manifestadas en el ejercicio de sus funciones; e inmunes durante todo su mandato y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito y procesados previa autorización de la cámara respectiva - Const art.7); los diputados del Parlamento Europeo (art.9 y 10 del Protocolo sobre privilegios las inmunidades de las Comunidades Europeas, de 8-4-1965); los parlamentarios de las CCAA (en los términos establecidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía); los magistrados del Tribunal Constitucional (por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones - LOTC art.22 -); el Defensor del Pueblo y sus adjuntos (LO 3/1981 art.6).

Por lo que respecta a los **extranjeros**, el art.21.2 de la LOPJ exceptúa del sometimiento a la jurisdicción española (no solo la penal) a los que se encuentren en supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de derecho internacional público (Estados, Jefes de Estado extranjeros, altos diplomáticos, etc., en aplicación del tradicional principio *par in parem non habet imperium*). Entre otros Convenios que contienen normas sobre este particular, cabe resaltar los Convenios de Viena de 1961 (18 de abril) y 1970 (3 de febrero).

Al tratarse, en todos estos casos, de excepciones a la regla del común sometimiento a la jurisdicción penal, esta normativa debe ser interpretada restrictivamente.

3966 Límites territoriales

Por último, debemos tener en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción penal es una clara manifestación de la soberanía de un Estado. Por lo tanto, en línea de principio, la jurisdicción penal atiende al criterio de la territorialidad, es decir, al Estado español le corresponde, a priori, conocer solo los hechos delictivos cometidos sobre su territorio (principio de territorialidad: LOPJ art.23.1 y LECr art.14 y 15). Sin embargo, por diversas razones, la jurisdicción penal española (en concreto, la Audiencia Nacional) puede, excepcionalmente, extender su actuación a delitos cometidos fuera de nuestras fronteras. Estas excepciones solo pueden fundarse en los siguientes principios, previstos en la LOPJ art.23 :

a) **Principio de justicia universal** (LOPJ art.23.4). Este principio, también conocido como de persecución mundial del delincuente, presume la existencia de unos bienes jurídicos universales, cuya protección incumbe a cualquier Estado de la comunidad internacional. Dada la gravedad de los delitos (genocidio y lesa humanidad, terrorismo, piratería, etc.), los responsables pueden ser enjuiciados en España, con independencia del lugar de comisión del delito o de la nacionalidad de aquellos, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la citada norma.

b) **Principio de nacionalidad o personalidad** (LOPJ art.23.2). Los tribunales españoles pueden juzgar los delitos cometidos en el extranjero por un ciudadano español o por un ciudadano extranjero nacionalizado español con posterioridad al hecho delictivo, siempre que, además, se cumplan los siguientes **requisitos**:

- que el hecho también sea punible en el país en el que se produjo (doble incriminación), salvo que alguna norma internacional exonere a España de cumplir esta condición;

- que la víctima o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante la AN;

- que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero (*non bis in ídem*), o, en este último caso no haya cumplido la condena (si lo hubiera hecho en parte, se le computaría para rebajársela).

c) **Principio real o de protección** (LOPJ art.23.3). En aplicación de este principio, podrán ser competentes los tribunales españoles para conocer de ilícitos penales que constituyan ataques a instituciones básicas del Estado (delitos como los de traición, contra la independencia del estado, contra el titular de la Corona, rebelión, sedición, etc.).

Si en aplicación del principio de territorialidad, o cualquiera de los otros criterios excepcionales que acabamos de ver, los tribunales españoles tienen jurisdicción para enjuiciar un determinado asunto, se debe hablar técnicamente de jurisdicción internacional de los tribunales españoles (aunque también es usual la denominación de competencia internacional de los tribunales españoles).

3968 Órganos jurisdiccionales en el orden penal

Como es sabido, a efectos jurisdiccionales, España se organiza en circunscripciones denominadas -de menor a mayor extensión-: municipios, partidos judiciales, provincias, CCAA y, finalmente, todo el territorio del Estado español, según establecen los art.30 s. de la LOPJ. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales pueden extender su ámbito territorial a toda la nación o alguna de estas demarcaciones. Así pues, siguiendo un orden ascendente en la jerarquía jurisdiccional, sobre la base de las citadas circunscripciones (espacio territorial donde cada órgano ejerce válidamente su jurisdicción), la legislación (LOPJ y LDYP) nos ofrece el siguiente conjunto de órganos jurisdiccionales:

1º) **Juzgados de paz** (LOPJ art.99). Tienen como circunscripción el municipio en el que no exista juzgado de primera instancia e instrucción, y como «sede» (población donde reside físicamente el órgano), el municipio de que se trate. Tras la desaparición de las faltas como tipos penales, operada por la LO 1/2015 , por la que se modifica el Código Penal, los juzgados de paz han decaído en su competencia para enjuiciar estos ilícitos, aunque podrán intervenir en actuaciones penales de prevención, o por delegación, y en aquellas otras que señalen las leyes.

2º) **Juzgados de instrucción -o juzgados de primera instancia e instrucción**, donde aún existan- (LOPJ art.84). Tienen como circunscripción el partido judicial -que se define en el art.32 de la LOPJ como unidad territorial integrada

por diversos municipios limítrofes pertenecientes a la misma provincia, aunque también puede estar constituido por uno solo-, y como sede, el municipio cabeza del partido judicial.

3º) **Juzgados de violencia sobre la mujer** (LOPJ art.87 bis). También tienen como circunscripción el partido judicial, aunque pueden crearse algunos que extiendan su jurisdicción sobre varios partidos de una misma provincia. También es posible que en ciertos partidos no existan, atribuyéndose los asuntos de su competencia a un juzgado de instrucción de forma exclusiva o compartida. Su sede es la cabeza del partido judicial.

4º) **Juzgados de lo penal** (LOPJ art.89 bis). Su circunscripción habitualmente es la provincia, y su sede la capital. No obstante, pueden crearse juzgados de lo penal en ciudades distintas de la capital que extiendan su jurisdicción solo a varios partidos judiciales de la provincia. Se establece también que deben especializarse juzgados de lo penal para conocer de los asuntos atribuidos a la instrucción de los juzgados de violencia sobre la mujer.

5º) **Audiencias Provinciales** (LOPJ art.82). En realidad, los verdaderos órganos jurisdiccionales son las secciones de lo penal de las Audiencias Provinciales. Su circunscripción, en principio, es la provincia, y su sede es la capital de la misma; sin embargo, pueden crearse secciones en otras ciudades que puedan ejercer su jurisdicción respecto a varios partidos judiciales. Puede haber secciones especializadas en determinadas materias, y el art.82.1.3º de la LOPJ prevé la necesaria especialización de secciones para los asuntos instruidos por los juzgados de violencia sobre la mujer.

6º) **Juzgados de menores** (LOPJ art.96). Con circunscripción provincial, aunque aquella puede ser en ciertos casos inferior o superior al territorio de la provincia. Su sede es la capital de la provincia, o la ciudad distinta donde la LDYP lo cree.

7º) **Juzgados de vigilancia penitenciaria** (LOPJ art.94). Su circunscripción es también provincial, aunque puede ser de ámbito superior -siempre dentro de la misma comunidad autónoma- o inferior. Su sede es fijada por el Gobierno previa audiencia a la correspondiente comunidad autónoma y al CGPJ.

8º) **Tribunales Superiores de Justicia** (LOPJ art.71). Su circunscripción es normalmente la comunidad autónoma, de la que toman el nombre; y su sede radica en la ciudad indicada por los Estatutos de Autonomía. En realidad, el verdadero órgano jurisdiccional penal de los TSJ es la sala de lo civil y penal.

9º) La **Audiencia Nacional** (juzgados centrales de instrucción - LOPJ art.88 -; juzgados centrales de lo penal - LOPJ art.89 bis 3 -; juzgados centrales de vigilancia penitenciaria - LOPJ art.94.4 -; juzgado central de menores - LOPJ art.96.2 -; Sala de lo Penal de la AN - LOPJ art.62 y 64.1 -; Sala de Apelación de la AN - LOPJ art.64.1). Todos los órganos incardinados en la AN tienen como circunscripción todo el territorio nacional y su sede en Madrid.

10º) El **Tribunal Supremo -sala segunda-** (LOPJ art.53). Este tribunal constituye la cúspide de la jurisdicción ordinaria y tiene circunscripción nacional y sede en Madrid.

11º) El **Tribunal del Jurado** (LOPJ art.83). Este tribunal especial se compone de 9 jurados y de un magistrado-presidente; y no está constituido de forma estable. Habitualmente, el juicio por jurado se desarrolla en el ámbito de la Audiencia Provincial, aunque si el inculcado es aforado puede constituirse en el ámbito del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de justicia, según corresponda.

3970 Tratamiento procesal de la falta de jurisdicción

La jurisdicción, en cuanto presupuesto procesal, es controlable de oficio por parte del órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso. El art.9.1 de la LOPJ establece que los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la ley; y el apartado 6 de ese mismo precepto es contundente al afirmar que la jurisdicción es improrrogable. Esto significa que solo a los tribunales penales les corresponde enjuiciar las **causas criminales**, siendo cualquier acto judicial producido con falta de jurisdicción nulo de pleno derecho (LOPJ art.238. 1º). Así pues, los órganos jurisdiccionales apreciarán de oficio (*motu proprio*) la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (LOPJ art.9.6).

No obstante, si el juez no apreciara de oficio su falta de jurisdicción, porque no se da cuenta, o porque cree que es competente, cualquiera de las partes puede denunciar esta grave irregularidad a través del instrumento procesal denominado **declinatoria**, durante la fase de instrucción, o a través del trámite de artículos de previo pronunciamiento (LECr art.666), o de cuestiones previas (LECr art.786.2), según el tipo de procedimiento.

No es frecuente que se planteen dudas acerca de si una materia es penal o de otra naturaleza (civil, laboral, etc.), pero además, no se pueden producir **conflictos de competencias** entre los órganos penales y los de otros órdenes, ya que la jurisdicción penal es siempre preferente (LOPJ art.44).

3975 Concepto y clases

Como se ha dicho anteriormente, las normas que regulan la competencia de los tribunales penales son las que contienen la determinación precisa del concreto órgano jurisdiccional que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer su jurisdicción en un concreto asunto penal. En este sentido, la competencia penal es, pues, un presupuesto procesal relativo al órgano jurisdiccional que determina la atribución de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional particularizado; ella nos va a indicar qué juez o tribunal, de qué instancia y de qué población será el encargado de conocer de una concreta pretensión.

Si bien se mira, **juez o tribunal** competente significa que es el preestablecido con carácter general por las normas que delimitan su ámbito de actuación (juez ordinario predeterminado por la ley - Const art.24.2 -). Y para determinar, en cada caso concreto, cuál sea el juez o tribunal preestablecido por la ley, es necesario combinar los tres tipos o clases de competencia en el proceso penal que, al igual que sucede en el proceso civil, son: la competencia objetiva, la territorial y la funcional.

La **competencia objetiva** nos indica qué clase de órganos jurisdiccionales penales van a conocer de un determinado asunto en primera o única instancia, mientras que la competencia **territorial** nos dice cuál es el concreto órgano, dentro de una misma clase o grado, que va a conocer de dicho asunto. Pero, comoquiera que en un proceso penal existen diversas fases y pueden intervenir en él -simultánea o sucesivamente- varios órganos jurisdiccionales, se hace preciso añadir un tercer tipo de competencia, que permita establecer qué juzgado o tribunal va a conocer de la fase de instrucción, o de un recurso determinado, o de la ejecución de la sentencia: este es el cometido de las normas que regulan la llamada competencia **funcional**.

En resumen, la atribución a un tribunal del conocimiento del juicio oral se hace mediante normas de competencia objetiva; la determinación de la ciudad o población en la que va a radicarse el juicio, en caso de que haya más de un tribunal con competencia objetiva, se realizará gracias a las normas de competencia territorial. Y una vez que se ha determinado el tipo de órgano que va a dictar la sentencia en primera o única instancia y la circunscripción en la que va a actuar el tribunal, automáticamente entran en funcionamiento las normas de competencia funcional que determinan qué órgano u órganos se ocuparán, sucesivamente, de las fases de instrucción, de impugnación y de ejecución.

3977 Competencia objetiva

Una vez que sabemos que un asunto va a ser conocido, por su naturaleza delictiva, por los tribunales penales españoles, el siguiente paso -en aras de determinar el juez o tribunal predeterminado por la ley- consiste en hallar el órgano que ha de juzgar en primera o única instancia, es decir, el que va a dictar la sentencia que resuelva el fondo del asunto (si el proceso llega a la fase de juicio oral). Como hemos dicho, las normas que regulan esta determinación son las de competencia objetiva, y en su aplicación hay que aplicar, sucesivamente, los tres **criterios** siguientes:

3978 a) Competencia objetiva por razón de la persona

Este es el primer criterio que, en un orden jerárquico, debemos aplicar para determinar la competencia objetiva, y consiste en determinar si hay o no personas aforadas.

Los **aforamientos** son, en realidad, reglas especiales para la atribución de competencia objetiva *lex specialis*, que determinan la atribución del conocimiento del asunto (y normalmente también la instrucción) a un tribunal de grado superior al que correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce un cargo o empleo público que lleva aparejada tal privilegio. Y puesto que se trata de una prerrogativa o un privilegio procesal, el aforamiento debería ser interpretado siempre de forma restringida (Const art.14). De acuerdo con este criterio, los **principales aforamientos** son los siguientes:

- la Sala Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia juzgan las causas por delitos cometidos por jueces, magistrados y fiscales en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, así como quienes sean aforados por los Estatutos de Autonomía (LOPJ art.73.3);

- a la Sala Segunda del Tribunal Supremo le corresponde el enjuiciamiento de las causas contra las principales autoridades del Estado (diputados, senadores, presidente y miembros del Gobierno, presidente y magistrados del Tribunal Constitucional, vocales del CGPJ, etc. - LOPJ art.57.1. 2º y 3º);

- la Sala especial del art.61 de la LOPJ enjuicia, en el seno del Tribunal Supremo, las causas contra presidentes de sala o contra magistrados de una sala, sean todos o la mayoría de ellos (LOPJ art.61.1.4º);

- cuando el delito imputado a un aforado en el Tribunal Supremo o en un Tribunal Superior de Justicia corresponda al Tribunal del Jurado, este órgano se constituirá en uno u otro de aquellos, según corresponda (LOPJ art.1.3J).

3979 b) Competencia objetiva por razón de la materia

Si en los hechos delictivos no ha intervenido ninguna persona aforada, hay que comprobar si el tipo de delito que se investiga tiene asignada alguna norma especial relativa a la competencia objetiva. De esta forma, debemos tener en cuenta las siguientes previsiones, en atención a las especiales circunstancias de algunos delitos, tales como el bien jurídico lesionado, la edad del autor, sexo de la víctima, etc.:

- los juzgados de instrucción conocen de los procedimientos de *habeas corpus* y de las órdenes de protección a víctimas de violencia de género cuando no puedan ser dictadas por el juzgado de violencia sobre la mujer (LOPJ art.87.1 d) y f); y art.87 ter.1 c). Y a partir de la entrada en vigor de la LO 13/2015 (el 6-12-2015), a los juzgados de instrucción también les corresponde dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley y en los nuevos procesos por aceptación de decreto y de los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes (LOPJ art.87.1.b y h);
- los juzgados de violencia sobre la mujer deciden propiamente sobre las órdenes de protección a víctimas de violencia de género y enjuician los delitos previstos en el art.87 ter.1 de la LOPJ;
- los juzgados de menores enjuician los delitos cometidos por personas menores de edad que se encuentren entre los 14 y los 17 años (LOPJ art.96 ; LO 5/2000 , reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores);
- la Audiencia Nacional (Juzgados Centrales de lo Penal y Sala de lo Penal de la AN), como tribunal especial que es, conoce solo de determinadas materias; básicamente: los delitos relacionados en el art.65.1 de la LOPJ ; los delitos cometidos en el extranjero; órdenes europeas de detención y entrega, y los delitos relacionados con el terrorismo (LO 4/1988 disp.trans. única);
- el Tribunal del Jurado conoce de los delitos relacionados en los art.1.1 y 2 de la LOTJ (homicidios y asesinatos consumados, amenazas, allanamientos de morada, incendios forestales, tráfico de influencias, etc.).

3980 c) Competencia objetiva por la mayor o menor gravedad del hecho o criterio ordinario

Si no existe norma especial aplicable (competencia objetiva por razón de la persona o por razón de la materia), se aplica el criterio ordinario de la gravedad del hecho, que viene indicada por la pena objetiva prevista para cada caso (sin tener en cuenta otros condicionantes como atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad).

Como ya se ha señalado, con la eliminación de las faltas del CP (operada por la LO 1/2015 , por la que se modifica el Código Penal) ha desaparecido la competencia objetiva de los juzgados de paz, que ya solo van a conocer propiamente de asuntos civiles. En consecuencia, ahora cabe ordenar la competencia objetiva de las causas penales de la siguiente forma:

- los juzgados de instrucción, para dictar sentencias de conformidad, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido («juicios rápidos») y cuando se hallen en funciones de guardia (LOPJ art.87.1.b y LECr art.801); y tras la entrada en vigor de la L 41/2015 , (6-12-2015), también dictará sentencia en el proceso por aceptación de decreto (monitorio penal) - LECr art.14.3 , *in fine*;
- los juzgados de lo penal (o el juez de lo penal correspondiente a la circunscripción del juzgado de violencia sobre la mujer en su caso, o el juez central de lo penal en el ámbito que le es propio) para conocer todas las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con penas de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con penas de otra naturaleza con duración no superior a 10 años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquellos (LOPJ art.89 bis.2 y LECr art.14.3 , tras la operada por la L 41/2015);
- las secciones penales de las Audiencias Provinciales, que conocen las causas por delitos castigados con penas superiores a las atribuidas a los juzgados de lo penal (LOPJ art.82.1.a y LECr art.14.4). Y a partir de la entrada en vigor de la LO 13/2015 (el 6-12-2015), de los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes (LOPJ art.82.1 6º).

3982 Competencia territorial

Las normas de competencia territorial nos indican cuál es el concreto órgano jurisdiccional dentro de un mismo grado que va a conocer de un asunto concreto, en función del territorio en el que ejerce su jurisdicción (determinan que concreto juzgado de lo penal, o que AP va a conocer).

En nuestro ordenamiento procesal penal se sigue la regla del **forum delicti commissi** (lugar donde se comete el delito), LECr art.14.1 ; y a diferencia del proceso civil, en el que habitualmente la competencia territorial es disponible por las partes, en el proceso penal los fueros territoriales son imperativos.

Así pues, para la **instrucción de las causas** por delito es competente el juzgado de instrucción del partido judicial en que el delito se haya cometido (LECr art.14.2), y para el enjuiciamiento de los delitos, el juez de lo penal, o la Audiencia Provincial de la circunscripción donde se ha perpetrado el ilícito (LECr art.14.3 y 4). Pero en el caso de que instruya el juez de violencia sobre la mujer, la competencia territorial corresponderá al del lugar del domicilio de la víctima (LECr art.15 bis).

Ahora bien, esta clara formulación legal puede presentar **problemas** a la hora de su aplicación práctica, cuando nos encontramos ante delitos en los que el lugar de ejecución no coincide con el de la producción del resultado (por ejemplo, en delitos que comprenden una pluralidad de acciones o en los delitos continuados cometidos en diferentes lugares). En estos casos la jurisprudencia del TS aconseja atender de forma casuística a las características de la acción delictiva, aunque suele inclinarse por la «teoría del resultado», entendiéndose que el delito se comete donde se consuma, es decir, donde se produce el resultado principal del mismo.

3983 Por otra parte, no siempre es posible *ab initio* (desde el principio) determinar con precisión el lugar de comisión del delito, en cuanto representa un dato o circunstancia que habrá que fijar a lo largo de la investigación. Para estos supuestos, el legislador ha establecido una serie de **fueros** denominados **subsidiarios (o provisionales)**, que se deben aplicar en el siguiente orden jerárquico (LECr art.15):

- 1º. El órgano del lugar donde se hayan encontrado las pruebas del delito.
- 2º. El de la circunscripción donde el presunto reo haya sido aprehendido.
- 3º. El de la residencia del presunto reo.
- 4º. Cualquier órgano jurisdiccional que hubiese tenido noticias del delito.

Estos fueros, como apuntábamos anteriormente, son de aplicación provisional, pues tan pronto conste el lugar en que se hubiere cometido el delito, se remitirán las diligencias realizadas hasta ese momento al órgano competente.

3985 Competencia funcional

Una vez determinada la competencia objetiva y territorial, de forma automática, queda fijada la competencia funcional, esto es, qué órganos jurisdiccionales van a intervenir en cada fase del procedimiento (instrucción y enjuiciamiento), o van a conocer de los recursos o, en su caso, de la ejecución de la sentencia. Por ejemplo, si sabemos que un delito va ser enjuiciado por el Juzgado de lo Penal de Madrid (en aplicación de las normas de competencia objetiva y territorial), ya sabemos que la instrucción le corresponde a un Juzgado de Instrucción de Madrid, y que del posible recurso de apelación conocerá, en su caso, la Audiencia Provincial de Madrid; y de la ejecución de una hipotética sentencia de condena, el propio juzgado de lo penal.

Tras la entrada en vigor de la L 41/2015 , se especifica que la ejecución de la sentencias por delito corresponde al tribunal que dictó la firme y la de las sentencias recaídas en el proceso por aceptación de decreto (monitorio penal), cuando el delito sea leve, corresponde al juzgado que la hubiera dictado (LECr art.985).

3987 Tratamiento procesal de la falta de competencia

Las normas para la determinación de la competencia objetiva, territorial o funcional son, todas, improrrogables en el ámbito penal. Se trata de «derecho imperativo» (*ius cogens*), en el que está vedada cualquier intervención de las partes conducentes a alterar el designio legislativo. De esta **improrrogabilidad** de la competencia de los tribunales penales (LECr art.8) se derivan dos importantes **consecuencias**:

1ª) La falta de competencia debe provocar la **nullidad** de todo el proceso (LOPJ art.238.1), pues se trata de una cuestión de orden público y, además, por vulnerar el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (Const art.24.2).

2ª) El juez o tribunal puede **apreciar de oficio** su propia falta de competencia y las partes actantes también podrán denunciar esta importante carencia. En este último caso, las partes pueden utilizar un doble mecanismo: o bien interponer inhibitoria (ante el tribunal que se cree competente, pero que no está conociendo del proceso), o bien a través de la declinatoria (que se interpone ante el tribunal que está conociendo indebidamente del proceso) (LECr art.26).

No obstante, hay que tener en cuenta que la competencia en el proceso penal no siempre queda consolidada desde la incoación del sumario (o de diligencias previas o urgentes), porque puede verse afectada por la aparición, durante la instrucción, de nuevos investigados o de nuevos hechos delictivos que puede hacer «saltar» la competencia del órgano jurisdiccional que está conociendo a otro (incluso en la fase de plenario).

Por otra parte, en el ámbito de la competencia territorial pueden suscitarse **cuestiones de competencia entre dos órganos** que, o bien pretenden conocer de un mismo asunto al mismo tiempo (cuestiones de competencia positivas), o bien, por el contrario, se consideren a la vez incompetentes (cuestiones de competencia negativas). En estos casos, las cuestiones de competencia también pueden promoverse de oficio y a instancia de parte (LECr art.19), y el órgano con competencia funcional para dirimir la cuestión será el juzgado o tribunal inmediato superior común (LOPJ art.51.1 y LECr art.20). A estos efectos, y teniendo en cuenta que no cabe que se susciten cuestiones de competencia entre juzgados y tribunales subordinados entre sí (en cuyo caso, es el tribunal superior el que fija su propia competencia - LOPJ art.52 -) debemos tener en cuenta lo siguiente:

- las Audiencias Provinciales son las competentes para resolver las cuestiones que se susciten entre órganos jurisdiccionales del mismo rango pertenecientes a la circunscripción de la citada Audiencia (LOPJ art.82.3);

- los Tribunales Superiores de Justicia (sala de lo civil y penal) han de resolver las cuestiones de competencia entre las distintas Audiencias Provinciales pertenecientes a la misma comunidad autónoma, o entre órganos jurisdiccionales inferiores que tengan su sede en la misma comunidad autónoma, pero en provincias distintas (LOPJ art.73.3.d);
- finalmente, la Sala Penal del Tribunal Supremo puede llegar a ser el superior jerárquico común entre órganos jurisdiccionales que tengan su sede en distintas CCAA.

3. Alteración de la competencia por conexión

3990 Existe una **regla general** establecida en el nuevo art.17.1 de la LECr, según la cual «cada delito dará lugar a que se forme una causa única». Pero esta regla tiene su **excepción**, a continuación, en el mismo precepto legal: «No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso».

Así pues, si existe una **pluralidad de infracciones** penales y estas están ligadas por los criterios de conexión que el legislador estable, habrán de enjuiciarse en el mismo proceso y resolverse a través de una única sentencia.

La regulación de la conexión de delitos ha sufrido una importante modificación tras la reforma operada por la L 41/2015 , de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha variado las reglas de conexidad para evitar el automatismo que se venía produciendo con la acumulación de causas en lo que se conoce como macroprocesos (por ejemplo, los procesos de los ERE de Andalucía, o de la trama Gürtel, o de la trama Pretoria, etc.). La regla seguirá siendo que cada delito dará lugar a la formación de una única causa, pero la acumulación por conexión solo será posible si concurren circunstancias tasadas y cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable.

3991 A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran **delitos conexos** (LECr art.17.2):

- 1º. Los cometidos por dos o más personas reunidas.
- 2º. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
- 3º. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
- 4º. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
- 5º. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
- 6º. Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Y el apartado tercero del mismo art.17 de la LECr nos dice, tras la reforma legislativa anteriormente reseñada, que los delitos que **no sean conexos** pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

3992 En el caso, pues, de que se cumplan las nuevas y más estrictas exigencias legales para el **enjuiciamiento conjunto**, ello determinará que, por una parte, deberá procederse a la acumulación de procesos si se estaban sustanciando por separado y, por otra parte, que esa necesidad de enjuiciamiento conjunto va a provocar en muchos casos una alteración de las normas de competencia objetiva y de competencia territorial, cuando, de perseguirse por separado, cada uno de los delitos correspondería a órgano distinto.

3993 a) **Modificación de las reglas de competencia objetiva**

En el caso de que los delitos conexos, de enjuiciarse por separado, correspondieran a distintos tipos de órganos en función de las normas de competencia objetiva, se seguirán las siguientes **reglas**:

- 1ª. Cuando se encuentren inculpadas en un proceso penal por delitos conexos personas con privilegio de fuero y otras no aforadas, la competencia objetiva corresponderá al órgano jurisdiccional al que estuviera sometido el aforado (LECr art.272.3º).
- 2ª. Si el enjuiciamiento de alguno de los delitos conexos correspondiere a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o algún juzgado central de lo penal, conocerán también de los restantes delitos conexos, aunque no sean de los que tienen específicamente atribuidos (LOPJ art.65.1º *in fine*).
- 3ª. Cuando se trate de infracciones conexas que por su distinta gravedad (delitos castigados con pena privativa de libertad superior a 5 años y delitos castigados con pena inferior), debieran ser enjuiciados por órganos distintos, será

competente para conocer de todos ellos el juzgado o tribunal al que tenga que conocer de la infracción más grave (por ejemplo, si se trata de delitos conexos atribuidos unos al juzgado de lo penal y otros a la Audiencia Provincial, será esta la competente para enjuiciarlos todos).

3994 b) **Modificación de las reglas de competencia territorial**

Cuando los delitos conexos vinieran atribuidos al conocimiento de tribunales de una misma clase, pero radicados en diferentes lugares por aplicación de los fueros legales (LECr art.14 y 15), se produce una sustitución de estas disposiciones de competencia territorial, y entran en juego las reglas del art.18 de la LECr que aparecen ordenadas de forma jerárquica. Según este precepto, en su apartado primero, «son **jueces y tribunales competentes**, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos»:

1º. El del territorio en que se haya cometido el delito al que le esté señalada la pena mayor.

2º. El que primero comenzare a conocer de la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena *forum praeventionis*.

3º. Cuando no conste cuál comenzó primero, el órgano superior jerárquico común.

No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados anteriormente, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial (LECr art.18.2).

4. Imparcialidad del juzgador penal: abstención y recusación

(LOPJ art.217 s; LECr art.52 s.)

3997 El art.24.2 de la Const reconoce el derecho fundamental a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, como correlato del derecho a un proceso con todas las garantías. De ahí que deba exigirse una absoluta imparcialidad del juzgador, tanto en su aspecto subjetivo (vínculos de parentesco, relaciones personales, amistad o enemistad entre el juez y las partes u otros sujetos que intervienen en el proceso), como objetivo (relación con el objeto del proceso que haga sospechar que el fallo pueda estar preconcebido por el juez). En consecuencia, el ordenamiento jurídico establece que cuando los jueces y magistrados tengan una especial relación con las partes o con el objeto del proceso, deben abstenerse de conocer o, en el caso de que no lo hagan *motu proprio*, se les brinda a las partes actuantes en el proceso la posibilidad de recusarlos.

La regulación de esta materia la encontramos en la LOPJ y en la LECr, donde se explicita tanto la legitimación para abstenerse o recusar, las causas de abstención (y de recusación), así como el procedimiento para llevarlas a cabo.

En primer hay que advertir que el legislador pretende que sea el propio **juez quien tome la iniciativa** poniendo de manifiesto su inconveniencia para enjuiciar un asunto concreto (abstención); y solo en caso de que este no actúe de oficio, que sean las partes las que impugnen la falta de imparcialidad de aquel a través de la figura de la recusación (LOPJ art.217 y 219). En los procesos penales pueden recusar tanto el Ministerio Fiscal como el acusador particular o privado, el actor civil, el denunciado o querellado, el investigado o acusado y el tercero responsable civil (LOPJ art.218.2º).

3998 Las **causas** de abstención y recusación están **tasadas (numerus clausus)** y no admiten interpretaciones extensivas y analógicas, sino, muy al contrario, la interpretación debe ser siempre restrictiva. Según la LOPJ son causas de abstención y, en su caso, de recusación (LOPJ art.219):

1ª. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.

2ª. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3ª. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de estas.

4ª. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y este no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

5ª. Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

- 6ª. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
- 7ª. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.
- 8ª. Tener pleito pendiente con alguna de estas.
- 9ª. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
- 10ª. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
- 11ª. Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
- 12ª. Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
- 13ª. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.
- 14ª. En los procesos en que sea parte la administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo.
- 15ª. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.
- 16ª. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

3999 El **procedimiento** para la abstención se establece en los art.221 y 222 de la LOPJ, mientras que el de recusación, algo más complejo, se regula en los art.223 a 238 de la LOPJ.

B. Partes en el proceso penal

4005	1. Ministerio Fiscal	4007
	2. Acusador particular: la víctima y el acusador popular	4015
	3. Acusador privado	4028
	4. Sujeto pasivo del proceso penal: investigado, encausado, procesado y acusado	4033
	5. Derecho de defensa	4043
	6. Presencia y ausencia del investigado o encausado: rebeldía y extradición activa	4046
	7. Actor civil	4050
	8. Tercero responsable civil	4058
	9. Terceros afectados por el decomiso	4063
	10. Estatuto de la víctima del delito	4065

4006 Son parte en el proceso penal:

- el sujeto que formula una pretensión punitiva ante los tribunales penales (sujeto activo, acusador); y
- el sujeto frente al que se formula la pretensión punitiva (sujeto pasivo, acusado).

Excepto el Ministerio Fiscal, como regla general, las partes han de actuar defendidas por abogado y representadas por procurador.

Para la **fase de instrucción** del proceso es preciso hacer las siguientes **matizaciones**:

1. Inicialmente no es necesario que existan sujetos distintos del juez de instrucción que investiga.
2. Cuando en la investigación se produce la imputación del delito a una persona determinada (denuncia, declaración de un testigo, huellas dactilares, etc.) esta persona se convierte en «investigado». A partir de ese momento puede actuar como parte en las actuaciones de instrucción, para ejercitar su derecho de defensa. Desde este momento, si no designan abogado, se les nombra de oficio (LECr art.118).
3. Los sujetos legitimados para acusar (el Ministerio Fiscal, la víctima, ciudadanos españoles) pueden intervenir como parte en la instrucción, pero no es imprescindible que lo hagan.

4007 El Ministerio Fiscal es un órgano público cuya función básica es el ejercicio de la acción penal. Los fiscales deben ejercitar la acción penal en todos los casos que resulte procedente (Const art.124 ; LECr art.105 ; EOMF art.3.4).

En la actuación del Ministerio Fiscal en materia de justicia penal cabe distinguir las siguientes **fases**:

1. Antes de iniciarse el proceso penal el Ministerio Fiscal puede recibir denuncias (LECr art.259, 262, 264) y ordenar a la policía judicial que las compruebe (LECr art.269 y 773.2), con carácter previo a trasladar la denuncia al juzgado o a presentar querrela (LECr art.271). A estos efectos, los fiscales pueden dar instrucciones a la policía judicial (LECr art.287, 288 y 773.1). La investigación preprocesal del Ministerio Fiscal está regulada también en el EOMF art.5 y, para el procedimiento abreviado, en la LECr art.773.2 .

2. En la fase de instrucción corresponde al Ministerio Fiscal una función de «inspección», a cuyo efecto el juez debe comunicar al fiscal la incoación de las diligencias de instrucción (LECr art.306, 308 y 773 ; EOMF art.3.4).

3. Finalizada la instrucción, el Ministerio Fiscal debe acusar o pedir sobreseimiento; si acusa, se abre el juicio oral; si pide sobreseimiento y no hay otros acusadores, el tribunal debe poner fin al proceso mediante auto de sobreseimiento; si hay otros acusadores que acusan y el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento, se abre el juicio oral y el fiscal actuará en él pidiendo la absolución del acusado.

Según el art.124 de la Const, la actuación del Ministerio Fiscal está sujeta a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad.

4009 Unidad de actuación y dependencia jerárquica

El Ministerio Fiscal es un órgano estatal complejo que actúa en cada proceso por medio de concretos funcionarios: los fiscales. Los fiscales están integrados en unidades llamadas fiscalías; en todas las fiscalías hay un fiscal jefe; los fiscales Jefes dependen del Fiscal General del Estado. La jerarquía implica que el Fiscal General del Estado y los fiscales jefes dictan órdenes e instrucciones, generales o particulares, que deben ser obedecidas por sus subordinados. La dependencia jerárquica facilita la unidad de actuación: que todos los fiscales de España, ante asuntos similares, ejerzan sus funciones (acusar o no acusar, solicitar más o menos pena) con los mismos criterios.

4011 Imparcialidad

Los fiscales han de ser imparciales en el mismo sentido en que se exige imparcialidad a cualquier funcionario público. La imparcialidad **significa** que en las decisiones que ha de tomar en el proceso (acusar o no; determinar el delito por el que acusa; solicitar más o menos pena) no debe dejarse influir por sus eventuales inclinaciones personales en relación con el acusado, la víctima u otros sujetos relacionados con los hechos que sean objeto del proceso. Pero conviene recordar que en el proceso penal el fiscal es generalmente **parte acusadora** y, por tanto, enfrentada al acusado. Su imparcialidad, por tanto, no es asimilable a la que se predica del tribunal, que es imparcial porque no ocupa en el proceso la posición de parte. Desde la perspectiva del tribunal penal el Ministerio Fiscal es una parte más, situada en un plano de igualdad con las demás partes, sin que su carácter de órgano público atribuya más valor a sus alegaciones y pruebas respecto de las formuladas y presentadas por el acusado y las demás partes.

4013 Legalidad

Los fiscales deben actuar con criterios estrictamente jurídicos; si con estos criterios estiman que unos hechos son constitutivos de delito y que determinada persona es responsable de esos hechos, tienen el deber de acusar, calificando los hechos y solicitando la pena que consideren que corresponda conforme a lo dispuesto en el Código Penal. Negativamente, el principio de legalidad implica que los fiscales no tienen el poder jurídico de decidir no acusar cuando estimen que una persona ha cometido un delito; ni tampoco el poder jurídico de negociar con el acusado proponiéndole, por ejemplo, rebajar la pena solicitada a cambio de cooperación en la investigación de los hechos, o de prestar su conformidad a la acusación para evitar el juicio.

2. Acusador particular: la víctima y el acusador popular

4015 En el ordenamiento jurídico español el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal. El poder de acusar a una persona como responsable de una conducta delictiva, solicitando a los tribunales penales la imposición de una pena, se concede también a sujetos particulares. Para ejercitar este poder jurídico, los sujetos particulares deben personarse como parte acusadora en el proceso penal. Estos sujetos particulares que actúan como parte acusadora en un proceso penal reciben la denominación genérica de acusadores particulares o acusación particular.

A diferencia del Ministerio Fiscal, para los sujetos particulares el ejercicio de la acción penal no es un deber jurídico, sino un derecho que pueden ejercitar o no según su voluntad.

4017 Víctimas del delito

Están legitimadas para el ejercicio de la acción penal, en primer lugar, las víctimas del delito (acusador particular en sentido estricto) (LECr art.109 bis). En caso de **muerte o desaparición** de la víctima a consecuencia del delito, la Ley legitima para el ejercicio de la acción penal como acusación particular al cónyuge y a los parientes a que se refiere el art.109 bis.1 de la LECr.

Se contempla también la actuación como acusación particular de las **asociaciones de víctimas** y de las **personas jurídicas** a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima (LECr art.109 bis.3).

Un caso especial de legitimación para el ejercicio de la acción penal es el de las **administraciones locales**, en relación con los delitos que tengan por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas (LECr art.109 bis.3, párrafo 2º).

4019 Sujetos distintos de la víctima: acción penal popular

Los sujetos particulares que no tengan la condición de víctima ni tengan con ella ninguna de las relaciones a que hace referencia la LECr art.109 bis , pueden ejercitar, como regla, la acción penal popular (Const art.125 y LECr art.101).

Por **excepción**, la Ley no permite el ejercicio de la acción penal popular a los siguientes sujetos:

- a los extranjeros; la acción penal popular solo pueden ejercitarla ciudadanos españoles (Const art.125 ; LECr art.101 y 270, párrafo 1º);
- a las personas que no gocen de la plenitud de derechos civiles (menores, personas con la capacidad modificada judicialmente; LECr art.102.1º);
- a los que hubieren sido condenados dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas (LECr art.102.2º);
- a los jueces o magistrados (LECr art.102.3º);
- al cónyuge de la persona a quien se impute el delito (LECr art.103.1º);
- a los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, de la persona a quien se impute el delito (LECr art.103.2º).

4021 Ejercicio de la acción penal por acusadores particulares

La acción penal se ejercita formulando acusación en el momento procesal oportuno. Este momento se produce tras finalizar la fase de instrucción. A la luz de las investigaciones que tienen lugar en esa fase, los sujetos legitimados para acusar deciden si lo hacen o no.

Para ejercitar la acción penal, los acusadores particulares deben personarse en forma en el proceso antes de que llegue el trámite de calificación del delito (momento en el que se formula la acusación: LECr art.110).

Como regla general, la personación en forma se efectúa mediante **presentación de querrela** ante el juzgado de instrucción (LECr art.270); el querellante, una vez admitida la querrela, se convierte en acusador particular. La querrela se puede presentar (LECr art.264)

- **antes** de que se **inicie el proceso**; en este caso la querrela proporciona al juez la noticia del delito, ante la cual debe decidir si incoa o no el proceso; si se admite la querrela, se ordenará la incoación del proceso y el querellante será, desde el principio, parte;
- **después** de iniciarse el proceso, hasta el trámite de calificación; en este caso la querrela es simplemente el acto mediante el que el querellante solicita al juez que le admita como parte acusadora en el proceso. La mera denuncia no convierte al denunciante en parte acusadora.

No obstante lo anterior, los ofendidos o perjudicados pueden personarse como parte acusadora sin necesidad de presentar querrela. A estos sujetos el juez de instrucción debe informarles de la apertura del proceso y de su derecho a actuar en él como parte acusadora (LECr art.109, 771, 776 y 797). Tras esta información, los ofendidos o perjudicados pueden «mostrarse parte» en el proceso, sin necesidad de querrela, simplemente nombrando procurador que los represente y abogado que los defienda.

4023 Prestación de fianza

Como **regla general**, el particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el juez o tribunal para responder de las resultas del juicio.

No obstante, **se exige** de prestar fianza para ejercer la acción penal mediante querrela a los siguientes sujetos (LECr art.281):

- el ofendido y sus herederos o representantes legales;
- en los delitos de asesinato o de homicidio, el cónyuge del difunto o persona vinculada a él por una análoga relación de afectividad, los ascendientes y descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos del delincuente;
- las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima. Hay que entender que faltando la autorización de la víctima estas asociaciones y personas jurídicas podrían ejercitar la acción penal popular, si bien no estarían exentas de la prestación de fianza.

La exención de fianza no es aplicable a los **extranjeros** si no les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad.

4025 Intervención de acusadores particulares en el proceso penal

En la **fase de instrucción**, desde que están personados en forma, los acusadores particulares pueden:

- pedir diligencias de investigación y medidas cautelares;
- participar en las actuaciones de investigación para las que el juez ordene su citación;
- recurrir contra las resoluciones del juez que consideren contrarias a derecho.

Terminada la instrucción, los acusadores particulares pueden formular acusación o pedir el sobreseimiento. Si formulan acusación, el tribunal deberá acordar la apertura del juicio oral aunque el Ministerio Fiscal hubiese pedido el sobreseimiento.

3. Acusador privado

4028 Ciertos delitos, llamados delitos privados, solo pueden ser perseguidos cuando ejercita la acción penal precisamente la persona ofendida por el delito o su representante legal. En España actualmente solo son delitos privados las calumnias e injurias contra particulares (CP art.215). Las que se dirigen a autoridades y funcionarios por hechos realizados en ejercicio de su cargo son delito «semipúblico».

En los **procesos** que se siguen por **delitos privados** se dan las siguientes **particularidades**:

- a) Solo comienzan si el ofendido o perjudicado presenta querrela ante el juzgado competente; la mera denuncia o, en general, la noticia del delito que pueda haber llegado al juez de instrucción no dan lugar a que este incoe el proceso de oficio. Admitida la querrela, el querellante se convierte en parte acusadora. La denominación de acusador privado se reserva precisamente para hacer referencia a este acusador en procesos por delitos privados.
- b) El proceso termina si el querellante «abandona la querrela» (LECr art.275 y 276).
- c) En estos procesos no interviene el Ministerio Fiscal.
- d) Tampoco cabe el ejercicio de la acción penal popular por ciudadanos españoles distintos de los ofendidos o perjudicados por el delito.

4030 Delitos semipúblicos

Son delitos semipúblicos aquellos cuya persecución **requiere** previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; producida la denuncia, el proceso se desarrolla como si se tratase de delitos públicos.

De acuerdo con el Código Penal son delitos semipúblicos el homicidio por imprudencia menos grave (CP art.142.2); lesiones que no requieran tratamiento médico o maltrato sin causar lesión (CP art.147.4); lesiones por imprudencia menos grave (CP art.152.2); practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento (CP art.162); amenazas leves (CP art.171.7); coacciones leves (CP art.172.3); acoso (CP art.172 ter); injurias en el ámbito familiar (CP art.173.4); agresiones, acoso o abusos sexuales (CP art.191); descubrimiento y revelación de secretos (CP art.201); abandono de familia; dejar de pagar pensión de alimentos (CP art.228); daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (CP art.267); delitos relativos al mercado y a los consumidores (CP art.287) y delitos societarios (CP art.296).

El **proceso penal** por delitos semipúblicos presenta las siguientes **particularidades**:

- es necesaria denuncia de la persona agraviada para que pueda comenzar el proceso; no hace falta querrela, como en los privados, pero a falta de denuncia del ofendido no puede incoarse el proceso, aunque el juez tenga noticia del delito por otra vía; también puede incoarse el proceso mediante denuncia del Ministerio Fiscal, si la víctima es «menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida» (LECr art.105.2);
- presentada la denuncia, el proceso se incoa y se desarrolla igual que en los delitos públicos: interviene el Ministerio Fiscal; la víctima puede, si quiere, personarse como acusación particular, pero no es necesario que lo haga, y cabe ejercicio de la acción penal popular;
- en algunos casos (no en todos) el perdón del ofendido extingue la acción penal y, en consecuencia, da lugar a la finalización del proceso si se encontrase pendiente (CP art.130.5º, 201.3 y 267).

4. Sujeto pasivo del proceso penal: investigado, encausado, procesado y acusado

4033 A medida que avanza el proceso, el sujeto pasivo del proceso penal pasa por distintas situaciones, en función de las cuales se le designa con diferentes términos: investigado, encausado, procesado y acusado.

4035 Investigado

La condición de investigado se adquiere desde el momento en que una persona es sometida a investigación por su relación con un delito. La LECr exige que la admisión de denuncia o querrela, así como cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, sea puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables (LECr art.118.5). Desde esta comunicación - que puede venir acompañada o no de la detención, de la adopción de otras medidas cautelares o del procesamiento- el sujeto a quien se atribuya participación en el delito adquiere la condición de sujeto pasivo del proceso penal, en concepto de investigado, con todos los derechos que la Ley vincula a dicha condición y, en particular, el derecho de defensa.

4037 Encausado, procesado y acusado

La LECr reserva el término **encausado** para designar, de manera general, a aquel a quien el juez, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto.

En el proceso penal ordinario, la Ley prevé que el juez dicte auto de procesamiento, declarando **procesada** a una persona, en cuanto entienda que de las investigaciones de la fase de instrucción se deducen indicios racionales de criminalidad contra esa persona (LECr art.384). Desde que se dicta el auto de procesamiento, el encausado se convierte en «procesado». En el procedimiento abreviado no se dicta auto de procesamiento, pero el sujeto investigado pasa a ser encausado cuando se dicta el auto a que se refiere la LECr art.779.1.4ª .

El encausado adquiere la condición de **«acusado»** cuando el Ministerio Fiscal o algún acusador particular formulan acusación contra él dando lugar a la celebración del juicio oral.

4039 Personación como parte del sujeto pasivo del proceso penal

Desde que adquiere la condición de **investigado**, el sujeto pasivo del proceso tiene derecho a personarse como parte (con abogado y procurador o solo con abogado, según la clase de proceso) para ejercitar su derecho de defensa (LECr art.118.3).

El investigado puede ser defendido por abogado de libre designación, o solicitar que se le nombre abogado de oficio, aunque no tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita (LECr art.118.3). Si no tiene reconocido este derecho, deberá pagar los honorarios del abogado de oficio.

Cuando el procedimiento llegue a estado en que el investigado necesite procurador y abogado para realizar alguna actuación, si aún no dispusiera de dichos profesionales, se le requerirá para que los nombre y, si no lo hiciera, se nombrarán de oficio (LECr art.118.3). Conforme la LECr art.767 , se ha de entender que es necesaria la asistencia letrada desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada.

Cuando el investigado es **detenido**, la designación del abogado que le prestará asistencia durante la detención está regulada en la LECr art.520.4 . Cuando no se produzca detención, se solicitará la designación de abogado de oficio, si el interesado no confía su defensa a uno de su elección. La solicitud de abogado de oficio se dirigirá al colegio de abogados y se realizará por la policía, por el fiscal o por el juez, en función del momento en que se ponga de manifiesto la necesidad de asistencia letrada (LECr art.767 y 796.1.2ª).

Cuando la causa se dirija contra una **persona jurídica**, al citarla para comparecer como sujeto investigado ante el juez de instrucción, se requiere a la entidad para que nombre una persona física que actúe como su representante en el proceso, y para que designe abogado y procurador. Si la persona jurídica no hace la designación de abogado y

procurador, se nombran estos profesionales de oficio. Si la persona jurídica no designa representante, el proceso se desarrolla normalmente entendiéndose las actuaciones que afecten a la persona jurídica investigada con su abogado y su procurador (LECr art.119.1.a).

5. Derecho de defensa

4043 El ordenamiento jurídico trata de asegurar que cualquier sujeto que vaya a ser investigado por las autoridades en relación con su posible participación en algún hecho delictivo pueda ejercitar, desde el primer momento, el derecho de defensa, reconocido en la Constitución como derecho fundamental y proclamado en todos los tratados internacionales sobre derechos humanos. De este derecho derivan **múltiples manifestaciones** que la LECr concreta en la siguiente lista de derechos del sujeto investigado (LECr art.118.1):

a) Derecho a ser informado, con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa, de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados.

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.

c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

d) Derecho a designar libremente abogado, salvo en los casos en que se haya acordado la privación de este derecho conforme a lo establecido en la LECr art.527.1.a).

Se reconoce expresamente el derecho del investigado a comunicarse y entrevistarse reservadamente con su abogado, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, salvo en los casos de incomunicación, así como el derecho a que el abogado esté presente en todas las declaraciones que preste su defendido y en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos (LECr art.118.2). Se garantiza también la confidencialidad de las comunicaciones entre el sujeto pasivo del proceso y su abogado, en los términos previstos en la LECr art.118.4).

e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita.

f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en la Ley, así como a los medios de apoyo a la comunicación oral que sean necesarios cuando el proceso se siga contra personas con discapacidad sensorial (LECr art.127)

Este derecho incluye la utilización de intérprete para todas las actuaciones en que tenga intervención el investigado o encausado (declaraciones, vistas), así como para comunicarse con su abogado; la traducción, simultánea o consecutiva, de todo el desarrollo del juicio oral y la traducción escrita de los documentos esenciales del proceso. La interpretación y la traducción se llevan a cabo sin coste para el investigado o encausado, asumiendo íntegramente los gastos la Administración, de acuerdo con las previsiones contenidas en la LECr art.123 a 127 .

g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Cuando el sujeto investigado sea **detenido**, el contenido del derecho de defensa, mientras se mantenga tal situación, es el que resulta de lo dispuesto en la LECr art.520 .

Para que estos derechos sean realmente efectivos es imprescindible que el sujeto investigado tenga conocimiento de ellos desde el primer momento. Por eso, la Ley ordena que el investigado sea instruido sobre sus derechos, sin demora injustificada y en un lenguaje comprensible y que resulte accesible, atendiendo a las circunstancias personales del destinatario de la información (LECr art.118.1, 520.2, 771.2ª, 775, 796.1.2ª, 797.1.3ª y 962.2).

6. Presencia y ausencia del investigado o encausado: rebeldía y extradición activa

4046 Para el normal desarrollo del proceso penal es necesaria la presencia del sujeto pasivo del proceso a disposición del tribunal penal. Cuando el investigado o encausado se encuentra en ignorado paradero, es llamado y buscado por **requisitoria**, al objeto de que comparezca o, si es hallado por la policía, se proceda a su detención (LECr art.513 a 515 y 835 a 838).

Transcurrido el plazo de la requisitoria sin haber comparecido o sin haber sido presentado el ausente, se produce la declaración de rebeldía (LECr art.834 y 839).

La rebeldía o ausencia del sujeto pasivo del proceso penal tiene los siguientes **efectos**:

a) En la fase de instrucción: el proceso continúa hasta que termina la fase de instrucción, y luego se acuerda la suspensión y se archivan los autos y las piezas de convicción (LECr art.840).

b) En la fase de juicio oral: si al declararse la rebeldía estuviera pendiente el juicio oral, se suspenderá este y se archivarán los autos (LECr art.841). No obstante, en el procedimiento abreviado y en el de enjuiciamiento rápido, la LECr art.786 , permite la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o la parte acusadora, y oída la defensa, el tribunal estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de 2 años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de 6 años.

Cuando el declarado rebelde se presenta o es encontrado, se levanta la suspensión del proceso y continúa desarrollándose según su estado (LECr art.846).

Si el investigado o encausado se encontrase o pudiera **encontrarse en el extranjero** se reclamará su entrega a las autoridades españolas por alguna de las siguientes vías:

- mediante una orden europea de detención y entrega, cuando la solicitud se haga en el ámbito de la UE (Decisión Marco del Consejo, de 13-6-2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, y L 23/2014 redacc L 3/2018, sobre la orden europea de detención y entrega); o

- mediante una solicitud de extradición activa formulada conforme a lo previsto en los tratados internacionales en que sea parte España o, en su defecto, conforme a las previsiones de la LECr art.824 a 833 .

7. Actor civil

4050 En el proceso penal se denomina actor civil al ofendido o perjudicado por el delito cuando se persona en el proceso a los solos efectos de reclamar la restitución, reparación o indemnización que le corresponda, sin ejercitar la acción penal.

4052 Información de derechos

En el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, se le instruirá el derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible (LECr art.109).

El letrado de la Administración de Justicia deberá informar también al ofendido de los demás derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas. Cuando el ofendido fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, la información se realizará al representante legal o la persona que le asista.

4054 Personación en la causa

Los perjudicados por un delito que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones (LECr art.110).

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante (LECr art.110).

El ofendido o perjudicado por el delito puede personarse como parte en la causa sin necesidad de formular querrela (LECr art.761).

4056 Intervención en el proceso

La intervención del actor civil en el sumario se limitará a procurar la práctica de aquellas **diligencias** que puedan conducir al mejor éxito de su acción, apreciadas discrecionalmente por el juez instructor (LECr art.320).

En el **trámite de acusación**, el actor civil presentará escrito limitado a expresar lo siguiente:

- 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 (LECr art.650 y 651).

8. Tercero responsable civil

4058 Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios (CP art.116). Pero, en determinadas circunstancias, también responden civilmente sujetos distintos del

autor del delito. Estos sujetos son los terceros responsables civiles, a los que se refiere el CP art.117 a 122 . Los casos más frecuentes son los de las compañías aseguradoras (CP art.117).

4060 Intervención en el proceso

En la **fase de instrucción**, el juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza al tercero responsable civil, o en su defecto embargará los bienes que sean necesarios (LECr art.615). El tercero podrá oponerse a la fianza promoviendo un incidente regulado en la LECr art.616 a 621 . En el trámite de **formulación de la acusación y la defensa**, los terceros responsables civiles pueden presentar escrito de oposición a las pretensiones indemnizatorias formuladas contra ellos (LECr art.652). En el **acto del juicio oral**, intervienen en los distintos momentos en que está prevista la formulación de alegaciones por las partes (LECr art.736).

9. Terceros afectados por el decomiso

4063 Como **regla general**, el decomiso de los bienes y ganancias (CP art.127.1) afecta a bienes pertenecientes a la misma persona que ha cometido el delito. Normalmente, por tanto, los bienes cuyo decomiso se solicita en el proceso pertenecen al acusado quien, como parte en el proceso, puede ejercitar su derecho de defensa también respecto al decomiso de sus bienes que se hubiera solicitado.

No obstante, el CP art.127 quáter contempla la posibilidad de que se pida en la causa penal, en determinadas circunstancias, el decomiso de bienes pertenecientes a terceras personas, distintas de los acusados como criminalmente responsables.

En estos casos, las **personas no acusadas** a quienes pudiera afectar el decomiso solicitado han de ser llamadas al proceso, mediante una resolución judicial que se dictará de oficio o a instancia de parte (LECr art.803 ter a). El sujeto llamado podrá personarse en el proceso, siendo preceptiva la asistencia letrada, y se le dará intervención en las actuaciones (LECr art.803 ter b), se le notificará la sentencia que se dicte y podrá recurrir contra ella en lo que le afecte (LECr art.803 ter c). Si el tercero llamado no se persona, es declarado en rebeldía, con los efectos que tiene esta situación en el proceso civil (LECr art.803 ter d).

10. Estatuto de la víctima del delito

(L 4/2015)

4065 La Ley del Estatuto de la víctima del delito regula de manera general los derechos que en nuestro ordenamiento se reconocen a las víctimas de delitos, tanto en el ámbito procesal como fuera de él.

Con esta Ley se lleva a cabo la transposición al ordenamiento jurídico interno de varias **directivas** de la **UE** en materia de protección de las víctimas de delito:

- Dir 2012/29/UE , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos;
- Dir 2011/92/UE , relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y
- Dir 2011/36/UE , relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Para **ciertas clases de víctimas**, además de las previsiones de la L 4/2015, hay legislación especial que contempla **medidas de protección específicas**:

- L 35/1995 , de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y RD 738/1997, por el que se aprueba su Reglamento);
- LO 1/1996 , de Protección Jurídica del Menor;
- LO 1/2004 , de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y
- L 29/2011 , de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

4067 Concepto de víctima

La Ley establece un concepto amplio de víctima, en el que tienen cabida tanto las personas que han sufrido en su persona o patrimonio el daño causado por el delito (víctima directa) como el cónyuge o pareja, hijos y demás parientes (L 4/2015 art.2) en los casos de muerte o desaparición de una persona causadas directamente por un delito (víctima indirecta).

4069 Derechos básicos de las víctimas

Como derechos básicos de las víctimas, se reconocen los siguientes:

1. Derecho a **entender y a ser entendida** en todas las actuaciones que lleven a cabo las autoridades en relación con el delito (L 4/2015 art.4), lo que incluye tanto la exigencia de que se emplee un lenguaje claro, sencillo y accesible en las comunicaciones con las víctimas, como el uso de las lenguas de signos reconocidas legalmente y medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, cuando sea necesario, y también a la asistencia gratuita de intérprete para las víctimas que no hablen o entiendan el castellano o lengua oficial que se utilice en las actuaciones, en los términos previstos en la Ley (derecho a la traducción e interpretación) (L 4/2015 art.9).
2. Derecho a la **información** desde el primer contacto con las autoridades competentes, tanto sobre los derechos y medidas de protección que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las víctimas (L 4/2015 art.5) como sobre el desarrollo de la causa penal, cuando haya solicitado ser informada al respecto, en los términos previstos en la Ley (derecho a recibir información sobre la causa penal) (L 4/2015 art.7).
3. Derecho de **acceso a los servicios de asistencia y apoyo** facilitados por las AAPP, y especialmente a los que presten las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, conforme a lo previsto en la L 4/2015 art.10 .
4. Se reconocen también como derechos básicos la **asistencia lingüística gratuita** para la presentación de denuncia y la obtención de una copia certificada de esta (L 4/2015 art.6), y se garantiza un **periodo de reflexión a las víctimas de catástrofes**, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas, prohibiendo a abogados y procuradores ofrecer sus servicios profesionales a estas víctimas hasta pasados al menos 45 días desde el hecho (L 4/2015 art.8).

4071 Participación de la víctima en el proceso penal

En relación con la participación de la víctima en el proceso penal, la Ley parte del derecho a ejercitar no solo la acción civil, sino también la acción penal que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las víctimas del delito (L 4/2015 art.11.a), y añade o precisa **otros derechos** que cabe resumir en lo siguiente:

1. A la víctima que haga uso de su derecho a intervenir como parte en la causa penal se le reconoce el derecho a reembolso de los gastos que le haya ocasionado el proceso en los términos previstos en el art.14 de la Ley, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita, facilitándoles especialmente la tramitación de las solicitudes (L 4/2015 art.16).
2. Sin necesidad de personarse como parte en la causa penal, la víctima tiene derecho a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos (L 4/2015 art.11.b).
3. Se reconoce también a la víctima que así lo haya solicitado el derecho a que se le informe de las resoluciones de sobreseimiento, así como de determinadas resoluciones dictadas en la ejecución de las penas (clasificación del penado en tercer grado, concesión de libertad condicional y otras resoluciones favorables al penado que se especifican), así como el derecho a presentar recurso contra dichas resoluciones, aunque no hubiera sido parte en el proceso penal, todo ello en los términos que se precisan en los art.12 y 13 de la Ley.
4. Se reconoce asimismo el derecho de las víctimas a obtener la devolución sin demora de los bienes restituibles de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso, en los términos y con las salvedades previstas en el art.18 de la Ley.
5. Se contempla finalmente el acceso de la víctima a servicios de justicia restaurativa, haciendo especial hincapié en la necesidad de que la víctima preste su consentimiento tras recibir cumplida información; en que el procedimiento de mediación no sea perjudicial para la víctima y en la confidencialidad de las actuaciones del procedimiento de mediación (L 4/2015 art.15).

4073 Protección de las víctimas en las actuaciones del proceso

La L 4/2015 reconoce con carácter general a todas las víctimas el derecho a la protección, imponiendo a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en las actuaciones de investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada (LECr art.19).

4074 A tal fin, la Ley contempla una serie de **medidas de protección** que deberán ser adoptadas en todo caso y otras cuya aplicación queda condicionada a una evaluación previa de las necesidades de protección de la víctima de que se trate.

Las medidas cuya efectividad se debe asegurar en todo caso incluyen:

- las necesarias para evitar el contacto entre la víctima y el infractor, conforme a lo dispuesto en el art.20 de la Ley;

- la protección de la intimidad de las víctimas y de sus familiares, especialmente cuando se trate de menores o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección (LECr art.22); y

- las previsiones relativas a la intervención de la víctima en la investigación penal (LECr art.21) (que no se produzcan dilaciones en las declaraciones, que no se reiteren innecesariamente las declaraciones, derecho de la víctima a estar acompañada de una persona de su libre elección en todas las declaraciones y diligencias que intervenga, y que se reduzca al mínimo el número de reconocimientos médicos de la víctima).

La adopción de **otras medidas** queda condicionada a la realización de una **evaluación individual** de las necesidades de protección de cada víctima. Esta evaluación deberá realizarse por los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones, por el fiscal, en sus diligencias de investigación y en los procedimientos de responsabilidad penal de menores, o por las autoridades judiciales, una vez incoada la causa penal (LECr art.24 ; L 4/2015). La evaluación se llevará a cabo conforme a los criterios que se expresan en la L 4/2015 art.23 .

Las **medidas concretas** de protección que se pueden adoptar en función de la evaluación individual de la víctima incluyen, entre otras: que se les reciba declaración por profesionales; declarar siempre ante la misma persona; evitar el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, pudiendo declarar incluso sin estar presente en la sala de vistas mediante el uso de tecnologías de la comunicación; evitar preguntas sobre su vida privada que no tengan relación con el hecho delictivo, o celebración de la vista oral sin presencia de público, entre otras, (L 4/2015 art.25). Cuando la víctima sea **menor de edad** o persona con la **capacidad judicialmente modificada** se podrán adoptar también las medidas previstas en la L 4/2015 art.26 .

C. Iniciación del proceso penal

4080	1. Consideraciones generales. La iniciación del proceso «ex officio»	4080
	2. Denuncia	4085
	3. Querella	4095
	4. Denuncia y querella en los delitos semipúblicos y privados	4105
	5. Atestado policial	4107
	6. Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal	4112

4081 El proceso penal puede iniciarse de oficio, mediante denuncia o querella. Deben tenerse en cuenta además el atestado policial y las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

1. Consideraciones generales. La iniciación del proceso «ex officio»

4082 El interés público en la persecución y sanción de las conductas delictivas justifica que el comienzo del proceso penal se vincule al **conocimiento judicial** de la *notitia criminis*; a que, en otras palabras, llegue a oídos del juez la existencia de uno o varios hechos concretos y de apariencia delictiva.

A diferencia, por tanto, del proceso civil, tratándose de delitos públicos, el comienzo del proceso penal no está supeditado a ningún interés particular o acto de parte, sino al conocimiento de la *notitia criminis* por el juez, lo que puede tener lugar a través de diversos instrumentos o cauces, incluido su propio conocimiento.

Aunque este último supuesto -el del que el juez tenga noticia por sí mismo del hecho delictivo- no es el más habitual en la práctica, tampoco es infrecuente. Así, por ejemplo, cabe que el conocimiento por el juez del hecho delictivo responda a la notoriedad de este último, a la sospecha generalizada de su comisión e incluso a que el delito en cuestión se haya cometido ante su presencia. Todas estas circunstancias abocan a la incoación *ex officio* del proceso penal; algo de todo punto de vista lógico atendido el principio de oficialidad sobre el que descansa nuestro actual modelo de proceso penal.

Los **instrumentos de transmisión** de la *notitia criminis* a que nos referíamos supra son la denuncia, la querella y el atestado policial. También es posible que el proceso comience a iniciativa del Ministerio Fiscal y, más en concreto, a resultas de las diligencias de investigación que legalmente le están confiadas.

De todos estos instrumentos dan cumplida cuenta los siguientes marginales. Antes, no obstante, importa dejar claro que el comienzo formal del proceso no se produce propiamente con la presentación de la denuncia, la querella o el atestado policial. Estos actos son vías o medios para poner en conocimiento del juez los hechos delictivos, pero el proceso solo comienza cuando, tras recibir la *notitia criminis*, el juez dicta una resolución, un auto, acordando su incoación.

2. Denuncia

4085 Concepto (LECr art.264)

La denuncia es una declaración de conocimiento sobre un hecho delictivo. Su contenido y finalidad son meramente informativos. En ella -y esto es uno de los rasgos que la separan de la querrela- ni hay expresión de la voluntad de constituirse en parte del proceso penal, ni compromiso alguno del denunciante en este sentido. Ser denunciante no comporta, por tanto, la obligación de probar los hechos que se denuncian ni la de presentar querrela.

4087 Denunciante, denunciado y destinatario de la denuncia

La denuncia constituye un deber u obligación tanto para quienes padecen o presencian el hecho delictivo como para quienes tienen conocimiento de este hecho de cualquier otro modo.

Especialmente obligados en este último sentido lo están quienes **por razón de sus cargos**, profesiones u oficios sepan de la posible comisión de algún delito (p.e los médicos u otros profesionales de la salud), con la salvedad de los abogados y procuradores y de los eclesiásticos o ministros de otras religiones a los que la Ley exonera de aquella obligación en relación, respectivamente, con las instrucciones o explicaciones recibidas de sus clientes y con los hechos revelados a través de su Ministerio (LECr art.263).

A fin de salvaguardar las **relaciones familiares**, la Ley también exceptúa de la obligación de denunciar (lo que no significa que no puedan hacerlo) al cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho, o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, así como los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado (LECr art.261).

También los **menores de edad** y los **privados de razón** están exentos de cumplir el deber de denunciar (LECr art.260).

Por su parte, merece la condición de denunciado la persona -física o jurídica- a quien se atribuya el hecho delictivo. Con todo, no es necesario que la denuncia identifique a esta persona. Antes bien: de ordinario, este será un extremo ignorado por el denunciante.

Si bien el destinatario final de la denuncia es el juez, se permite que su presentación se realice bien ante este, o bien ante la policía o el Ministerio Fiscal (LECr art.262). En estos dos últimos casos, antes de remitir al juez la denuncia, policía y Ministerio Fiscal pueden efectuar una investigación de los hechos denunciados con vistas a comprobar su verosimilitud.

4089 Forma y contenido

La denuncia puede ser **oral o escrita** y realizarse personalmente o a través de mandatario con poder especial (LECr art.265).

En cuanto a lo que debe ser su **contenido**, el silencio de la Ley en este punto da a entender que basta con que la denuncia contenga una mera descripción de los hechos y, por lo mismo, que no existe necesidad alguna de calificarlos jurídicamente.

Lo que sí exige la Ley para tener por válida y eficaz la denuncia es que conste la identidad del denunciante (LECr art.266 a 268). Naturalmente esta exigencia impide atribuir el valor de denuncia a aquellas realizadas bajo el manto del anonimato. No obstante, que las denuncias anónimas carezcan propiamente del valor de denuncia no resta a la posibilidad de que aquellas sirvan de vehículo de transmisión de la *notitia criminis* y a que, en consecuencia, pueda acordarse de oficio la incoación del proceso penal.

4091 Efectos

Aunque lo normal es que tras la recepción judicial de la denuncia se acuerde formalmente la incoación del proceso, las consecuencias pueden ser justamente las contrarias si es que el juez entiende que los hechos referidos en la denuncia no son constitutivos de delito o son manifiestamente falsos (LECr art.269). En estos dos supuestos, en efecto, el juez no dará curso a la denuncia y el proceso penal no comenzará.

3. Querrela

4095 Concepto

Según se ha señalado, comparada con la denuncia, la querrela supone un plus, puesto que, además de ser una declaración de conocimiento sobre el hecho delictivo, expresa la voluntad de que el proceso penal se inicie y, sobre todo, de que se tenga por parte en él al querellante.

De estas dos facetas de la querella -declaración de conocimiento y declaración de voluntad-, la más importante, sin duda, es la segunda, esto es, ser expresión de la voluntad del querellante de constituirse en parte acusadora. La «prueba del nueve» de que esto es así es que si la querella se presenta cuando el proceso penal ya está abierto (lo que bien puede suceder sobre la base de una *notitia criminis* conocida por otro cauce), su única virtualidad será la de convertir al querellante en parte acusadora.

4097 Querellante, querellado y destinatario de la querella

Dado que la querella es una declaración de voluntad su formulación, lejos de ser un deber, constituye una **facultad o derecho** del querellante. Esta regla, sin embargo, encuentra una importante excepción en el caso del **Ministerio Fiscal**, ya que la sujeción de este órgano al principio de legalidad lleva a concluir que los miembros del Ministerio Público tienen un auténtico deber de ejercitar «en forma de querella, las acciones penales en los casos en que estuvieran obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105» (LECr art.271).

Además del Ministerio Fiscal, puede ser querellante quien goce de **legitimación** para ejercitar la acción penal o, lo que viene a ser lo mismo, cualquier persona legitimada para actuar en el proceso con la condición de acusador particular o de acusador popular.

Querellado, por su lado, es la persona a quien se atribuye la comisión del hecho delictivo. A diferencia de lo dicho respecto de la denuncia, la Ley exige que en la querella se identifique al querellado o cuando menos que se aporten los datos que se conozcan de él. Esto no obstante, nuestros tribunales convienen en admitir las querellas dirigidas frente a personas desconocidas, bajo el argumento de que lo contrario supondría excluir del proceso a quienes están legitimados para actuar en él como acusadores.

Como la denuncia, también la querella tiene por **destinatario final** al juez. A diferencia de la denuncia, sin embargo, la querella solo puede formularse ante la autoridad judicial competente para conocer del futuro proceso o, caso de que el proceso haya comenzado, ante la que esté conociendo de él. En la generalidad de los casos -aunque no siempre - esta autoridad es el juez de instrucción del lugar de comisión del hecho delictivo.

4099 Forma y contenido

La querella únicamente puede presentarse por escrito. En este **escrito**, que ha de ir firmado por abogado y procurador, han de consignarse los extremos a que se refiere la LECr art.277 , esto es:

- el juez o tribunal ante el que se presenta;
- la identidad del querellante y la del querellado, con los matices antes hechos respecto de este segundo;
- la relación circunstanciada de los hechos; y
- las diligencias de investigación y cautelares cuya adopción se interesa del juez.

En la práctica, y aunque la Ley no lo exige, suele ser habitual incluir en la querella la calificación jurídica que merecen los hechos a juicio del querellante.

4101 Efectos

La **presentación** de la querella tampoco conlleva necesariamente el inicio del proceso penal:

Primero, porque, tal y como venimos diciendo, la querella puede ser presentada **una vez iniciado** el proceso.

Segundo, porque aun cuando la querella se presente **antes de comenzar** el proceso, es necesario que el juez compruebe si concurren ciertos presupuestos y requisitos para proceder a su admisión y acordar, en consecuencia, la incoación del sumario, de las diligencias previas o del proceso que corresponda.

En este último orden de cosas, el juez ha de comprobar, de un lado, que los **hechos** descritos en la querella son típicos y verosímiles. Obviamente, si a juicio del juez no concurre alguno de estos presupuestos, desestimaré la querella.

De otro lado, el juez debe asimismo analizar si concurren ciertos presupuestos y **requisitos procesales** (p.e.: su propia competencia; la legitimación para ejercitar la acción penal; la prestación de fianza, en el caso del acusador popular). También en esto, si el resultado es negativo y se aprecia algún defecto procesal que no sea subsanable (o que aun siéndolo no sea subsanado), la consecuencia será la inadmisión de la querella. Ahora bien, si el hecho descrito en la querella es típico y verosímil, la decisión de inadmitir la querella no impide la apertura del proceso penal. Al contrario: el juez habrá de abrir el proceso de oficio, si bien no tendrá como parte en él al querellante.

4. Denuncia y querella en los delitos semipúblicos y privados

4105 En caso de que los hechos integrantes de la *notitia criminis* revistan los caracteres de un delito semipúblico o privado, la denuncia y la querella presentan algunas **peculiaridades** en relación con todo lo dicho hasta ahora.

Así, peculiaridad común a la denuncia y la querrela referidas a esta clase infracciones es que ambas operan como **presupuesto de procedibilidad**. Significa esto, más claramente, que el proceso penal solo se pondrá en marcha si, previamente, se ha formulado denuncia o querrela por el ofendido o perjudicado por el delito (o, en ciertos casos -los contemplados en la LECr art.105.2 -, si se ha formulado denuncia por el Ministerio Fiscal).

En relación con lo anterior, pero en lo que atañe solo a la denuncia por delito semipúblico, es de hacer notar que, presentada esta, la renuncia o inactividad posterior del denunciante no impedirá que el proceso siga su curso, ya que el Ministerio Fiscal puede haberse personado en las actuaciones y entender que existen motivos bastantes para sostener la acusación.

Otra peculiaridad destacable -está referida exclusivamente a la querrela privada (p.e: a la referida a los hechos constitutivos de un delito de injurias o de calumnia)- radica la necesidad de acompañar a la misma certificación de haberse celebrado **acto de conciliación** entre querellante y querellado (LECr art.278). En el caso de que las injurias y calumnias se hayan producido en el marco de un proceso, además de aquella certificación, hay que adjuntar licencia o autorización para proceder por aquellos delitos, emitida por el juez o tribunal que haya conocido de proceso (LECr art.279).

5. Atestado policial

4107 El conocimiento por la policía judicial de un hecho aparentemente delictivo, se alcance por las denuncias hechas ante ella o por el ejercicio de las funciones que le son propias, exige la práctica de ciertas **diligencias de averiguación** por parte de la propia policía.

El documento oficial que recoge el resultado de esas diligencias es lo que se conoce como atestado policial. Este escrito, además de especificar las diligencias practicadas (p.e: identificación del delincuente; identificación de la víctima y de los testigos; recogida las armas, instrumentos o efectos relacionados con el delito) y los hechos averiguados por la policía judicial, sirve de continente a las declaraciones e informes recibidos por esta (LECr art.292).

Con ese contenido, la policía ha de proceder a la **entrega** inmediata del atestado a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal; cuando menos ha de poner en conocimiento de la una o del otro la *notitia criminis* y las diligencias de investigación practicadas, no pudiendo demorarse en esta tarea más de 24 horas.

4108 Lo anterior no obstante, es posible que la entrega del atestado al juez **supere** ese **plazo** de 24 horas e incluso que no llegue producirse:

- lo primero tendrá lugar en los casos de fuerza mayor; y

- lo segundo es algo que la Ley reserva los atestados «sin autor conocido» y, dentro de los de esta clase, a los atestados por hechos delictivos «no especialmente sensibles», esto es, por delitos distintos de aquellos que atentan contra la vida, la integridad física o la libertad o indemnidad sexuales, o de delitos relacionados con la corrupción. Dándose estas circunstancias, en efecto, la policía judicial no enviará el atestado a la autoridad judicial o fiscal y lo conservará en su poder, a menos que en las 72 horas siguientes a la confección del atestado las diligencias practicadas por la policía arrojen algún resultado o que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten su remisión (LECr art.295, párrafo1º y art.284. 2).

4109 A los atestados la Ley les atribuye el **valor de denuncia** (LECr art.297). De aquí que las manifestaciones contenidas en él deban ser ratificadas en el juicio oral por los funcionarios que lo redactaron, a fin de que adquieran el valor de prueba apta para destruir la presunción de inocencia.

Tratándose, sin embargo, de las **declaraciones** prestadas **en comisaría**, estas ni tienen valor de prueba, ni pueden operar para corroborar otros medios de prueba, ni les son aplicables las disposiciones de la LECr art.714 y 730 . Tampoco estas declaraciones pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la declaración testifical de los agentes que las recogieron, con la salvedad de que la declaración hecha ante la policía sea autoinculpatoria y los datos objetivos contenidos en ella sean acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS 3-6-15).

El **atestado** sí tiene virtualidad probatoria cuando contiene datos objetivos o verificables (p.ej. fotografías, huellas o planos) o cuando contiene determinadas pericias técnicas realizadas por la propia policía (p.ej. test alcoholimétrico) y aquellos y estas se incorporan al proceso respetando los principios de inmediación, oralidad y contradicción.

4112 Según hemos visto, tanto la denuncia como el atestado pueden tener por destinatario al Ministerio Fiscal. Cuando así sucede, o cuando el Ministerio Fiscal tiene conocimiento del hecho delictivo por otra vía, este puede ordenar el inicio de un procedimiento con la finalidad de esclarecer tales hechos.

A este procedimiento, que se tramita bajo la dirección del Ministerio Público y que solo puede tener lugar con carácter previo al proceso, se le conoce bajo el nombre de «diligencias de investigación fiscal» (EOMF art.5 y LECr art.773.2). Esta denominación revela bien a las claras que lo que da contenido a este procedimiento es, fundamentalmente, la práctica de ciertas diligencias de investigación. En este sentido, el Ministerio Fiscal puede practicar u ordenar practicar a la policía judicial las mismas **diligencias** que puede acordar el juez durante la instrucción, con la salvedad de aquellas diligencias restrictivas de derechos fundamentales. Durante sus diligencias de investigación, el Ministerio Fiscal puede acordar, además, la detención del investigado.

Las diligencias de investigación fiscal están sujetas a **plazo**: por lo general, no pueden exceder de 6 meses o de 12 meses cuando lo investigado son delitos de corrupción o relacionados con la delincuencia organizada. Transcurridos estos plazos, el Ministerio Fiscal puede decidir:

- archivar la denuncia, lo que comunicará al denunciante para que pueda reiterarla ante el juez de instrucción;
- «judicializar las diligencias», lo que implica remitir las diligencias practicadas al juez de instrucción, acompañadas de la pertinente denuncia o querrela, a fin de que sea este último quien acuerde la incoación del proceso.

D. Fase de instrucción del proceso penal. Actos de investigación

4114	1. Fase de instrucción	4115
	2. Actos de investigación	4130
	3. Diligencias de investigación ordinarias	4135
	4. Diligencias restrictivas de derechos fundamentales	4153

1. Fase de instrucción

4115 Finalidad

Como vimos en el marginal anterior (nº 4082), el conocimiento judicial de la *notitia criminis* puede abocar al inicio del proceso penal y, con él, al comienzo de la fase de instrucción.

Esta fase preliminar del proceso adquiere **distintas denominaciones** en función del procedimiento ante el que nos hallemos: en el procedimiento ordinario por delitos graves, se denomina «sumario»; en el procedimiento abreviado, «diligencias previas»; y, en los comúnmente conocidos como juicios rápidos, «diligencias urgentes». En el procedimiento por delitos leves, no existe propiamente fase de instrucción; y esta fase también puede faltar en el proceso por aceptación de decreto.

Desde una perspectiva general, el fin de la fase de instrucción es único: preparar la fase de juicio oral y, antes aún, determinar si procede -o no- la apertura de esta otra fase nuclear del proceso (LECr art.299).

Desde una perspectiva más concreta, puede decirse que la instrucción sirve a tres **finés específicos**, lo que, dicho sea de paso, justifica el carácter heterogéneo de las actuaciones que la conforman:

Así, y en primer lugar, sirve para la comprobación del hecho delictivo y la averiguación del delincuente. Esta «**finalidad investigadora**» es consustancial a la instrucción y se materializa a través de las diligencias de investigación.

La instrucción sirve, en segundo lugar, para asegurar la eficacia del proceso penal o a la eventual sentencia que ponga fin a este último. Esta «**finalidad cautelar**» se alcanza gracias a las medidas cautelares que pueden adoptarse tanto sobre la persona y/o patrimonio del investigado como sobre el patrimonio de otras personas.

Finalmente, cometido también de la fase de instrucción es atribuir el hecho delictivo a la persona o personas de sus presuntos responsables. Es lo que se conoce como «**imputación formal**». Esta atribución -que, en terminología legal actual, implica que el sujeto investigado pasa a ostentar la condición de encausado-, constituye un presupuesto de procedibilidad de la fase de juicio oral, pues no se puede abrir esta última fase frente a quien, previamente, no ha sido formalmente imputado. En el sumario, la imputación formal resulta vinculada por Ley al dictado de una resolución judicial: el auto de procesamiento (LECr art.384); en las diligencias previas, la imputación formal no se vincula a ninguna resolución judicial explícita, sino a un acto instructorio: la primera comparecencia del investigado ante el juez

de instrucción (LECr art.775); si bien hay quien considera que el estatus formal de imputado en este procedimiento se adquiere con el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (LECr art.779.1.4ª).

4117 Caracteres esenciales

Las características de la fase de instrucción pueden condensarse en las siguientes:

1ª) **Jurisdiccionalidad**: A día de hoy, y salvo algún supuesto aislado (el proceso penal de menores), la dirección de todas las actuaciones que integran la fase de instrucción corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional.

Esta realidad no es un obstáculo para reconocer que son muchas las voces partidarias de que, en un futuro más o menos cercano, sea el Ministerio Fiscal el que dirija las investigaciones que tienen lugar durante la instrucción. De hecho, estas voces han llegado a trascender a los últimos -y frustrados- intentos de reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que apostaban por un cambio de nuestro modelo de proceso penal en este sentido.

2ª) **Obligatoriedad y sumariedad**: con las salvedades ya dichas, la instrucción constituye una fase necesaria de todo proceso penal.

Que la instrucción sea una fase obligatoria del proceso no significa que las actuaciones instructoras puedan prolongarse indefinidamente en el tiempo. Antes al contrario: la fase de instrucción se caracteriza por su sumariedad o, lo que es lo mismo, por su brevedad o celeridad. Es por esto que, como veremos más adelante, el legislador establece unos plazos máximos para la instrucción.

Además de como equivalente a «celeridad», de la sumariedad de la fase de instrucción también puede hablarse en otro sentido. En este contexto, dicho está que la instrucción tiene por finalidad preparar la fase de juicio o plenaria del proceso penal. Lo que aún no ha sido dicho -y esta es la segunda acepción del término sumariedad que quiere resaltarse aquí- es que, dada su naturaleza preparatoria, las diligencias de investigación no constituyen prueba y, por lo mismo, no son válidas, en términos generales, para fundar una sentencia de condena.

3ª) **Secreto**. Como regla, las diligencias instructoras son secretas para quienes no están personados en la causa hasta la apertura del juicio oral (LECr art.301). Es lo que se conoce como secreto **externo** de la instrucción. Con el objeto de evitar que las actuaciones de la instrucción trasciendan públicamente o, lo que es igual, su «filtración», se prevé una multa de hasta 10.000 euros para quienes revelen su contenido, incluidos los abogados y procuradores de cualquiera de las partes. Si la filtración procede de funcionario público, este incurrirá en responsabilidad penal.

Las actuaciones instructoras también pueden resultar total o parcialmente secretas para las **partes personadas**, si el juez encargado de la instrucción así lo acuerda con vistas a evitar un grave riesgo para la vida, libertad o integridad física de una persona, o con vistas a prevenir cualquier situación que comprometa de modo grave las investigaciones o el proceso. En este caso, el secreto **interno** de las actuaciones no puede ser superior a un mes y habrá de alzarse con 10 días de antelación al menos a la conclusión de la instrucción (LECr art.302).

Por último, aunque en relación igualmente con este carácter de las actuaciones instructoras, debe repararse en que el secreto puede **afectar solo a algunas de las diligencias** de investigación que se acuerden durante la instrucción y, por tanto, no alcanzar a la totalidad de las actuaciones instructoras. Así lo prevén, p.e., el art.579.5 de la LECr para la detención y apertura de la correspondencia escrita o telegráfica y el art.588 bis.d de la LECr para las denominadas medidas de investigación tecnológica.

4ª) **Concreción y unidad de objeto**. El inicio y desarrollo de la fase de instrucción se encuentran supeditados a la existencia de uno o varios **hechos concretos** y de apariencia delictiva. Significa esto, desde otra perspectiva, que en nuestro ordenamiento no están permitidas las investigaciones prospectivas o las inquisiciones generales. No es admisible, en otros términos, una instrucción dirigida a averiguar las posibles conductas delictivas que hubiera podido cometer una persona y de las que ni siquiera se tiene noticia indiciaria de su existencia.

De otro lado, aunque en relación también con el objeto del proceso, es importante recordar que, como regla, la instrucción se proyecta sobre un solo hecho delictivo (LECr art.17).

4121 Sujetos

Protagonista indiscutible de esta fase inicial del proceso es el **juez de instrucción**. Como ya se ha señalado, él ostenta la dirección de la instrucción en la actualidad, lo que es tanto como decir que es el juez de instrucción quien decide qué diligencias de investigación han de llevarse a cabo, quien acuerda la adopción de las medidas cautelares y a quien corresponde realizar la imputación formal.

En esta compleja labor, son muchos los **profesionales, organismos e instituciones llamados a colaborar con el juez**. Es el caso, entre otros muchos, de los Médicos Forenses; de los traductores e intérpretes; del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; y de la propia **policía judicial**, a quien incumbe la ejecución material de buena parte de las diligencias de investigación.

Otro de los protagonistas de la instrucción es el **Ministerio Fiscal**. Este órgano está llamado a intervenir en esta fase desde un primer momento; tan es así que hay obligación de darle cuenta inmediata de la incoación de la instrucción,

cuya inspección también se le confía (LECr art.306 y 308). Más allá de esto, durante la instrucción, la posición procesal del Ministerio Fiscal es ambigua, pues si bien es parte en el proceso y disfruta en tal condición de las mismas facultades que las restantes partes (e incluso de más, sobre todo tras las recientes reformas de la LECr), su actuación viene regida por los principios de legalidad e imparcialidad, con lo que su papel ha de ser el de «consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables» al investigado (LECr art.2).

Obviamente también los sujetos personados en el proceso en condición de **acusadores** y el propio **investigado** tienen un papel destacado durante la instrucción. Todos ellos pueden impetrar del juez la práctica de la mayor parte de las diligencias de investigación que se contemplan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal e intervenir en ellas, así como pedir que se adopten medidas cautelares o que se proceda a la imputación formal (u oponerse, a lo uno y a lo otro, si así conviene a su posición procesal).

En este contexto son también de obligada cita la víctima, así como las personas, distintas del investigado que podrían verse afectadas por una eventual sentencia en que se decrete el decomiso de sus bienes o derechos:

Respecto de la **víctima**, baste aquí con apuntar que, al margen de poder personarse como parte o prestar declaración en calidad testigo, su papel durante la instrucción es básicamente pasivo: se constriñe a recibir cuantas atenciones y medidas de protección contemplan para ella la L 4/2015 , del Estatuto de la víctima del delito y la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a los **terceros** a los que una eventual decisión de decomiso podría deparar perjuicio, baste igualmente señalar que estas personas están llamadas a actuar en el proceso a título de meros «intervinientes», lo que dicho con las palabras de la Ley significa que su actuación en el proceso (y, por tanto, en la fase de instrucción) «vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal...» (LECr art.803 ter.b.1).

4123 Régimen jurídico de las actuaciones instructoras

Al carácter heterogéneo de las actuaciones que pueden dar contenido a la fase de instrucción se suma la peculiaridad de que aquellas no se suceden en el tiempo conforme a una secuencia lineal, sino escalonada (*Gómez Orbaneja*). En efecto: al margen de las resoluciones que dan inicio y fin a la fase de instrucción, no existe un orden preestablecido para llevar a cabo las actuaciones instructoras, ya que éstas se practican «a demanda» de las propias finalidades de la instrucción.

Las actuaciones instructoras también presentan **peculiaridades** en lo relativo al lugar y tiempo en que se llevan a cabo:

En cuanto al **lugar**, si bien la regla general es que las actuaciones instructoras se llevan a cabo en la sede del órgano jurisdiccional, es habitual que las necesidades de la investigación provoquen el desplazamiento del juez de instrucción fuera de su circunscripción (LECr art.323) e incluso que aquel haya de recurrir a la videoconferencia o a otro sistema similar de comunicación bidireccional para su práctica (LECr art.325).

En cuanto al **tiempo**, no deben perderse de vista dos **aspectos**:

1º. Todos los días y horas del año son hábiles «para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial» (LECr art.201).

2º. Incumbe a los ya mencionados plazos a los que se sujeta la fase instrucción. Estos plazos legales se han concretado en 6 meses para las causas cuya investigación se presenta inicialmente sencilla y en 18 meses para aquellas otras causas que o bien no pueden razonablemente concluir en aquellos 6 meses o bien reúnen, ya sea desde el inicio del proceso ya de forma sobrevenida, alguna de las circunstancias a las que la Ley liga la consideración de causas complejas (i.e.: las causas en que la investigación recae sobre grupos u organizaciones criminales; o sobre varios hechos punibles; o involucra a una gran número de investigados o víctimas; o implica la realización de complejas pericias o de actuaciones en el extranjero; o que presentan, en fin, cualesquiera otras de las circunstancias mencionadas en la LECr art.324.2).

4124 Los anteriores **plazos no son absolutos**:

Así, y respecto de las **causas complejas**, el juez de instrucción puede prorrogar aquel plazo de 18 meses por otro plazo igual o inferior (LECr art.324.2, párrafo 1º). Esta prórroga -importa advertirlo- solo puede acordarse a instancia del Ministerio Fiscal.

Excepcionalmente, además, antes del transcurso de aquellos plazos generales o de sus prórrogas, se reconoce al fiscal y a las partes personadas la facultad de instar del juez la fijación de un **nuevo plazo para la conclusión de la instrucción**. Esta facultad se erige en una auténtica carga procesal para el fiscal y las partes, ya que si no hacen uso de ella, no podrán pedir posteriormente diligencias complementarias (LECr art.324.4 y 5).

De otro lado, aunque en este mismo orden de cosas, existen dos **circunstancias que interrumpen** todos estos **plazos** a que venimos refiriéndonos:

- la declaración del secreto de las actuaciones, mientras dure el mismo; y
- el sobreseimiento provisional de la causa (LECr art.324.3).

El hecho de que la fase de instructora se someta a plazo no resta, naturalmente, a que el juez pueda poner término a esta fase en cualquier momento si es que considera alcanzada su finalidad. Ahora bien, si vencidos los plazos o prórrogas, no ha recaído una resolución en tal sentido, el Ministerio Fiscal ha de instar al juez a concluir la instrucción cuanto antes, lo que deberá hacer mediante una solicitud a la que el juez de instrucción deberá dar respuesta en 15 días (LECr art.324.6).

2. Actos de investigación

4130 Uno de los contenidos característicos y esenciales de la instrucción -ya lo hemos dicho- son los actos o diligencias de investigación. Al análisis de estas diligencias dedicaremos las próximas páginas, sirviéndonos para ello de la clásica distinción entre diligencias ordinarias y diligencias restrictivas de derechos fundamentales.

Antes, sin embargo, importa advertir que no todas las diligencias de investigación se encuentran reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y, más aún: que, entre las que sí se regulan en ella, conviven diligencias que están en completo desuso con otras modernísimas en que se aplican las más novedosas técnicas y tecnologías. Estas últimas son las ya mencionadas medidas de investigación tecnológica, cuya **regulación** es mérito de la reforma operada por la LO 13/2015 , de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Pero, en lo relativo a las diligencias de investigación, esta reforma comporta otro mérito igual o más loable que el anterior: el de colmar muchas lagunas y superar buena parte de las numerosas deficiencias que, en relación con las diligencias de investigación (en concreto, con las restrictivas de derechos fundamentales), presentaba hasta hace bien poco nuestra ley procesal penal.

3. Diligencias de investigación ordinarias

4135 Son diligencias ordinarias los actos de investigación que no suponen injerencia o afectación a los derechos fundamentales. O, dicho en positivo: las diligencias para la comprobación del delito; las diligencias para la comprobación de la identidad del delincuente y sus circunstancias personales; la declaración del investigado; la declaración de los testigos; el careo; y el informe pericial.

Además de las enumeradas, también deben tenerse por ordinarias cuantas otras diligencias de investigación acuerden las autoridades oficiales de la persecución penal aunque no se encuentren específicamente previstas en la ley. Tal es el caso, por ejemplo, de las diligencias que integran la llamada «pieza de responsabilidad civil», que se encaminan a determinar el daño originado y la denominada responsabilidad civil *ex delicto*.

4137 **Diligencias para la comprobación del delito**

a) Una primera diligencia para la comprobación del delito es la **inspección ocular**, también conocida como **reconocimiento judicial** (LECr art.326 a 333). Su finalidad es que el juez supervise *in situ* el lugar en que se ha cometido el hecho delictivo y repare en los vestigios o huellas que, en su caso, hubiera dejado aquel.

De la inspección ocular interesa destacar dos datos: el primero es que si existe ya una persona investigada en la causa, esta puede asistir a su práctica e incluso realizar las observaciones que estime oportunas con ocasión de ella; el segundo es que, en la medida en que estamos ante una diligencia de imposible reproducción en el juicio oral, la inspección ocular constituye un claro ejemplo de prueba preconstituida.

b) Bajo la rúbrica «Del cuerpo del delito» la LECr regula una serie de diligencias relacionadas en alguna medida con la inspección ocular y cuya finalidad es igualmente el **descubrimiento del delito y la averiguación de sus circunstancias**. De estas diligencias, que recogen los art.334 a 367 de la LECr, unas son comunes a todo tipo de delitos, mientras otras son únicamente aplicables a ciertas clases de ellos:

Ejemplos de las **primeras** son el reconocimiento y descripción de la persona u objeto del delito y la recogida y conservación de las armas, efectos o instrumentos del delito.

Ejemplos de las **segundas** son, por su parte, la autopsia, que puede acordarse en los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad; la posibilidad de recabar los antecedentes de la víctima o hacer otras indagaciones para comprobar la preexistencia de la cosa objeto de un delito robo, hurto o estafa respecto del que no hay testigos directos; o la declaración, en fin, de la víctima y el reconocimiento pericial para determinar el valor de las cosas objeto del delito o el importe de los daños y perjuicios causados.

c) Finalmente, aunque de modo cuestionable, el legislador procesal también incluye entre las diligencias de comprobación del delito todas aquellas actuaciones relacionadas con la **conservación, destrucción y/o realización**

de los «efectos judiciales», esto es, de aquellos bienes puestos a disposición judicial, incautados o embargados a lo largo del proceso. A estas actuaciones se refieren los art.367 bis a 367 septies de la LECr.

4139 Diligencias para la comprobación de la identidad del delincuente y sus circunstancias personales

a) La principal diligencia de identificación del delincuente es la de **reconocimiento**; diligencia que consiste en la verificación por un tercero de la persona del sospechoso.

Aunque esta identificación puede llevarse a cabo ante la policía, propiamente la diligencia de reconocimiento es aquella que tiene lugar durante la instrucción y se practica en presencia del juez. Esta práctica consiste en exponer al sospechoso, junto con otros sujetos de rasgos y vestimentas similares, ante la persona que deba identificarla y a quien el sospechoso no podrá ver (LECr art.368 a 374). De aquí que a esta diligencia se la conozca también como reconocimiento en rueda.

b) Aun cuando aparece regulada junto con las actuaciones del cuerpo del delito, otra de las diligencias claramente orientadas a la comprobación del delincuente es la obtención de muestras biológicas del sospechoso para la **determinación** de su **perfil de ADN** (LECr art.363). Con algún matiz, esta es una diligencia restrictiva de derechos fundamentales. Relegaremos, pues, su análisis al momento en que abordemos esta otra clase de diligencias (nº 4183).

c) Además de las anteriores, la Ley prevé otras diligencias dirigidas no tanto a identificar al delincuente cuanto a concretar su **edad**, su **estado mental** o su **anterior conducta**. Entre estas diligencias sobresale, por su habitualidad en la práctica, la petición de antecedentes penales del investigado al Registro Central de Penados y Rebeldes.

4141 Declaración del investigado

Esta diligencia (LECr art.385 s.) es a un tiempo una diligencia de investigación y un medio de defensa, ya que, con ocasión de este acto, el investigado toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten, lo que, obviamente, supone un paso previo e imprescindible para su efectiva defensa.

Atendida esa doble condición de **medio de investigación y de defensa**, bien se comprende que la declaración del investigado sea una de las primeras actuaciones de la instrucción. Y también se comprende que deba prestarse inmediatamente cuando el investigado detenido es puesto a disposición judicial, pudiéndose repetirse cuantas veces lo crean necesario el instructor, el fiscal, las partes o el propio investigado (LECr art.385 y 400).

Aquella doble condición justifica asimismo que el **juez no tome juramento** al investigado que presta declaración ante él y que únicamente le exhorte a decir verdad (LECr art.387). Más aún: da explicación al hecho de que la propia Constitución consagre el derecho de todos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (Const art.24.2). Todo esto que decimos no debe tomarse, sin embargo, en el sentido de entender que el investigado tiene un auténtico derecho a mentir. Antes bien; como han tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en sus sentencias más recientes, el investigado tiene derecho a guardar silencio, pero no a faltar a la verdad o a contestar con mentiras a las preguntas que se le formulen.

En cuanto al **contenido** de esta diligencia, la Ley exige que las preguntas que se formulen al investigado sean directas, claras, precisas y estén encaminadas a la averiguación de los hechos y la participación del propio investigado o de otros responsables. Salvo que el juez de instrucción permita otra cosa, el investigado debe contestar a estas preguntas de forma oral (LECr art.390); y esto independientemente de que aquella condición -la de investigado- recaiga en una persona física o en una persona jurídica.

A propósito de lo anterior, cuando el sujeto pasivo del proceso es una **persona jurídica**, esta diligencia se practica con la persona del representante especialmente designado para prestar declaración, asistido de su abogado, a quien se reconoce el derecho a guardar silencio, a no declarar contra la entidad y a no confesarla culpable. En caso de que este representante no comparezca a prestar declaración ante el juez, su incomparecencia se interpreta legalmente como acogimiento a su derecho a no declarar (LECr art.409 bis).

4143 Declaración de los testigos (y de la víctima)

El juez de instrucción puede llamar a declarar ante su presencia y en calidad de testigos a cuantas personas puedan tener conocimiento de los hechos investigados. En principio, todo español o extranjero que resida en España tiene obligación de atender a este llamamiento judicial; esto es, tiene el deber de comparecer ante el juez de instrucción y declarar «cuanto supieren sobre lo que les fuera preguntado» (LECr art.410 s.). No atender a este deber es sancionable con multa e incluso puede incurrirse en un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad.

La regla de **comparecencia obligatoria ante el juez de instrucción** para prestar testimonio presenta, sin embargo, varias **excepciones**:

Así, y de un lado, la Ley **exonera** a determinadas personas (entre ellas, a determinados miembros de la Familia Real y al personal diplomático) del deber de concurrir ante el juez de instrucción y prestar declaración. Y hay personas a

las que también se les exonera del deber de concurrir aunque no del declarar, si bien se permite que esto último se realice por escrito (LECr art.412.1.2), o en su despacho o domicilio (LECr art.412.3.5).

De otro lado, la Ley **dispensa** de la obligación de declarar (lo que no obsta a que puedan hacerlo) al cónyuge, ascendiente, descendientes y hermanos del investigado. También goza de esta dispensa al abogado del investigado respecto de los hechos que este último le hubiera revelado en su condición de defensor (LECr art.416). Quienes deben guardar secreto por razón de su profesión o de su ministerio, y los incapacitados tampoco están obligados a declarar como testigos (LECr art.417).

En otro orden de cosas, aunque relacionado en alguna medida con lo anterior, debe repararse en que, cuando sea de prever que el **testigo no podrá comparecer al juicio oral** bien por ausencia, o bien por enfermedad, esta diligencia puede practicarse con valor de prueba preconstituida. Para alcanzar este valor, es necesario que todas las partes personadas, el Ministerio Fiscal y el abogado del investigado presencien la declaración del testigo, a quien podrán formular las preguntas que estimen convenientes.

En cualquier caso, se practique con valor de prueba preconstituida o no, lo habitual es que la declaración testifical se preste en la sede del juzgado de instrucción, y que, tras prestar juramento o promesa de decir verdad, el testigo conteste oralmente a las preguntas que se le formulen, que han de ser claras y directas.

Frente a la extensa y detallada regulación que de la declaración testifical se contiene en la LECr, en esta no hay una regulación específica sobre la **declaración de la víctima**. Legalmente, por tanto, la declaración de la víctima se asimila a la declaración testifical, con la única salvedad -relevante, eso sí,- de que, con ocasión de prestar su declaración ante el Instructor, el letrado de la Administración de Justicia debe instruir a la víctima del derecho que le asiste para personarse como parte en la causa y ejercer la acción penal y civil, así como del resto de derechos recogidos en la ya mencionada L 4/2015 , del Estatuto de la víctima del delito.

4145 Careo

En caso de contradicción entre las declaraciones prestadas sobre hechos relevantes para la instrucción, el juez puede acordar la diligencia de careo entre los testigos e investigados entre sí o entre aquellos y estos.

El careo consiste en la exposición libre y en presencia del juez de las versiones mantenidas por cada uno de los careados, a quienes les está permitido interrumpirse y pedirse recíprocamente aclaraciones (LECr art.451 a 455).

4147 Informe pericial

Es posible que, para conocer algún hecho o circunstancia relevante para la instrucción, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos, de los que el juez de instrucción carezca. De suceder así, este último puede ordenar la elaboración de un informe pericial (LECr art.456 s.).

A tal fin, el propio juez designará a quienes deban realizar la pericia (dos peritos, como regla, en el procedimiento ordinario, y uno, en el abreviado). Una vez en presencia suya, les tomará juramento, concretándoles los extremos sobre los que habrán de elaborar su informe. Tras realizar las operaciones necesarias, los peritos redactarán su informe y, posteriormente, ante el juez y las partes personadas, procederán a su ratificación, dando cuantas explicaciones o aclaraciones se les pidan sobre el objeto de su pericia.

Por el propio objeto de la pericia puede darse, de otro lado, que el informe sea de **imposible reproducción en el juicio oral**. En estos casos, cuando los informes periciales puedan alcanzar el valor de prueba preconstituida, esta diligencia presenta ciertas **peculiaridades**, ya que se reconoce a las partes acusadoras y al propio investigado:

- recusar a los peritos designados judicialmente;
- designar cada uno de ellos a un perito que participe en la pericia; y
- estar presentes durante las operaciones periciales, formulando las observaciones que consideren oportunas.

Por lo demás, importa apuntar que la elaboración de estos informes periciales puede correr a cargo de determinados **organismos oficiales** como el Instituto Nacional de Toxicología, el Instituto de Medicina Legal o la Policía Científica. La importancia del apunte responde a la suma frecuencia con que se recurre a estos organismos durante la instrucción, pero también a la eficacia probatoria que la propia Ley reconoce a algunos de estos informes científicos (LECr art.788.2).

4149 Finalmente, hay otro aspecto sobre el que debe llamarse la atención y que no concierne exclusivamente a los peritos. Nos referimos a las **medidas de protección de testigos y peritos** previstas en la LO 19/1994 . Como su propio nombre indica, el fin directo de estas medidas es dispensar protección a los testigos y a los peritos con vistas a propiciar su participación en el proceso penal o, lo que viene a ser lo mismo, de evitar que, por miedo a las represalias, aquellos incumplan su deber de colaborar con la Administración de Justicia. Entre estas medidas se encuentran, a título de ejemplo, la de ocultar la identidad del protegido durante las actuaciones instructoras o la impedir su identificación visual durante la práctica de las diligencias de investigación en que participe.

4153 En los marginales siguientes se analizan tanto el principio de proporcionalidad que debe presidir estas actuaciones como ellas en sí mismas, es decir: la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, la detención y apertura de correspondencia, las medidas de investigación tecnológica, las intervenciones, inspecciones y registros corporales, la circulación y entrega vigilada de drogas u otras sustancias y, finalmente, la infiltración policial o el agente encubierto.

4155 Principio de proporcionalidad

En la labor de descubrir el hecho delictivo y averiguar la persona o personas de sus autores, son necesarias, en ocasiones, ciertas actuaciones que inciden en mayor o menor medida en la esfera de los derechos más inherentes a las personas. Estas actuaciones -las diligencias restrictivas de derechos fundamentales- evidencian claramente la tensión entre los dos **valores** que se hallan en juego en el proceso penal: la seguridad ciudadana frente a las conductas delictivas, de un lado, y la protección de los derechos y libertades frente a cualquier injerencia o abuso proveniente de los poderes públicos, de otro. Cómo encontrar un adecuado equilibrio entre ambos valores es cuestión a la que trata de dar respuesta el llamado principio de proporcionalidad.

De origen jurisprudencial, este principio se utiliza como criterio para determinar la **legitimidad** de cualesquiera medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden adoptarse en el proceso penal; entre ellas (aunque no solo), las diligencias que ahora nos ocupan. Así las cosas, para que las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales sean respetuosas con el principio de proporcionalidad, el juez debe apreciar que concurren dos presupuestos y tres requisitos o condiciones:

4156 Los **presupuestos** son la legalidad y la justificación teleológica.

El presupuesto de **legalidad** exige que cualquier diligencia de investigación de las de esta clase esté regulada por ley y que esta regulación sea suficiente y adecuada. En nuestro ordenamiento y por imperativo de la Constitución (Const art.81.1) esa ley debe tener, además, rango orgánico.

El presupuesto de **justificación teleológica** se concreta, por su parte, en que la diligencia debe de responder a un fin constitucionalmente legítimo, como lo es, sin duda, el interés público en la investigación del hecho delictivo o de cualquier otra circunstancia relevante para el proceso penal.

4157 Los **requisitos** del principio de proporcionalidad son la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

La **idoneidad** implica que la diligencia o medida debe ser adecuada respecto de la finalidad que se pretende con ella.

La **necesidad** de la diligencia supone, por su lado, que esta ha de ser, de entre todas las posibles, la menos gravosa desde el punto de vista del sacrificio de los derechos fundamentales.

Finalmente, se requiere que de la práctica de la diligencia se deriven más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o derechos; o, en otros términos, que el sacrificio que aquella supone respecto de los derechos fundamentales no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos que se investigan y los indicios existentes. Es lo que se conoce como **proporcionalidad en sentido estricto**.

4158 Según ya se ha apuntado, el **control de estos presupuestos y requisitos** es tarea que incumbe al juez. De aquí que en lo relativo las diligencias restrictivas de derechos fundamentales su actuación resulte inexcusable. Por lo general, esta actuación tendrá lugar antes de que se lleve a cabo la medida y para autorizarla. No obstante, cuando concurren razones de urgencia, se permite que el control judicial sobre aquellos presupuestos y requisitos se realice *a posteriori*, pudiendo resultar de este control bien la ratificación de la diligencia, bien su revocación.

4160 Entrada y registro en lugar cerrado

En relación a este concreto acto de investigación examinaremos las cuestiones relativas a su objeto, presupuestos, tiempo y forma de realizarla y, finalmente, los efectos que ocasiona.

4161 Objeto

La LECr dedica sus art.545 a 572 a la diligencia de entrada y registro domiciliarios. Esta diligencia supone una injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria reconocido en el art.18.2 de la Const. «El domicilio -reza este precepto- es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

La diligencia de entrada y registro consiste en la entrada en un recinto cerrado, al objeto bien de recoger efectos o instrumentos del hecho delictivo que se investiga, bien de aplicar una medida cautelar de carácter personal como la detención. El **contenido** de esta diligencia es, por tanto, doble: la entrada, que puede practicarse con vistas, p.ej., a efectuar una detención y que puede realizarse autónomamente, es decir, sin necesidad de un registro posterior;

y el registro, que presupone la entrada y que se dirige a obtener las fuentes de prueba que pudieran encontrarse del hecho investigado.

En todo caso, el objeto de esta diligencia es un lugar o recinto cerrado. En este sentido, la Ley distingue entre recintos que constituyen domicilio, de un lado, y edificios que no reúnen la condición de domicilio y lugares públicos, de otro.

En cuanto a qué recintos constituyen **domicilio**, la LECr art.554 anuda esta consideración, además de a los Palacios Reales y a los buques nacionales mercantes, al «edificio o lugar cerrado o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia». A efectos, por tanto, de esta diligencia, «domicilio» es concepto que, tratándose de **personas físicas**, se equipara a cualquier espacio apto para el desarrollo de la vida íntima de una persona. De aquí, que nuestros tribunales hayan considerado como domicilio a las chabolas, tiendas de campaña, caravanas, habitaciones de hotel, etc. En esta misma consideración extensiva del concepto de domicilio, el TS, con cita del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 15-12-2016, entiende que también merece la consideración de tal el jardín anexo a una casa (TS 10-3-17, EDJ 32811). Por su parte, tratándose de **personas jurídicas**, el concepto de domicilio se liga al «espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros» (LECr art.554. 4).

Los recintos que merecen la consideración de **edificios o lugares públicos** son los señalados en la LECr art.547 , esto es: los destinados a cualquier servicio oficial de la Administración; los establecimientos de lugar o recreo; cualquier edificio o lugar cerrado que no constituya domicilio en el sentido arriba señalado; y los buques estatales. Dentro, no obstante, de esta categoría hay edificios o lugares públicos en los que la entrada y registro requiere licencia o autorización de las personas que están a su cargo o que exige «recado de atención» a estas últimas (es el caso, entre los primeros, de las Cámaras Parlamentarias y los Palacios Reales; y, entre los segundos, de los lugares religiosos o las oficinas y habitaciones de los miembros de las misiones diplomáticas).

4162 Presupuestos

Según el propio art.18.2 de la Const son tres los supuestos en que se puede entrar y registrar un domicilio sin que sea oponible el derecho a la inviolabilidad domiciliaria:

1º) **Consentimiento del titular.** La diligencia puede practicarse siempre que el titular preste su consentimiento a la entrada y registro, sea de forma expresa o tácita. En este sentido, se entiende que, a efectos de prestar este consentimiento, el «titular» que importa no es tanto el del domicilio cuanto el del derecho a la intimidad afectado.

2º) **Flagrancia.** En casos de flagrancia, la entrada y registro no requieren del consentimiento del titular (ni de resolución judicial autorizante). Según interpretación constante y unánime del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, para que exista flagrancia han de concurrir:

- inmediatez temporal, esto es, que los hechos se estén cometiendo o hayan acabado de cometerse en el momento de practicarse la diligencia;
- inmediatez personal, es decir, que el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, o con el objeto, instrumentos o efectos del delito;
- percepción directa por la policía del hecho delictivo; y
- necesidad urgente de la intervención policial para evitar la consumación del delito o para detener al delincuente.

3º) **Autorización judicial.** No siendo el delito flagrante y no consintiéndose la entrada en el domicilio, la entrada y registro domiciliarios solo puede producirse si media autorización judicial. Esta autorización debe expresarse en una resolución, en un auto, que ha de estar suficientemente motivado. Así, deberá concretar: el domicilio exacto al que se refiera la diligencia; el momento temporal en que debe verificarse esta última; la identificación del titular o titulares del domicilio; el hecho delictivo que se investiga y, sobre todo, las razones que sustentan el juicio de proporcionalidad de la medida.

Cuando la entrada y registro pretendan llevarse a cabo en un **edificio o lugar público**, los presupuestos varían respecto del supuesto anterior, pues no es necesario el consentimiento del titular para practicar la diligencia y solo se requiere autorización judicial en los casos en que existe causa pendiente.

4163 Tiempo y forma de practicarla

En el caso de **domicilios**, la diligencia se realiza de día. También puede tener lugar por la noche, pero de forma excepcional: solo en casos de urgencia o si lo consiente el titular.

En el caso de **edificios y lugares públicos**, la entrada y registro puede realizarse, indistintamente, de día o de noche.

En cuanto a la forma de practicarla, la Ley exige que la diligencia se realice de la manera que menos perjudique a la reputación del investigado.

Más allá de lo anterior, si la entrada y registro domiciliario se basa en una **autorización judicial**, esta se notifica al interesado antes de proceder a la ejecución de la diligencia, que se practica a presencia del propio titular del derecho afectado (y de su abogado) o de quien le represente y, en su defecto, en presencia de dos testigos. También debe concurrir al acto el letrado de la Administración de Justicia, al objeto de dejar constancia fehaciente en acta de lo que se encuentra en el domicilio, y puede intervenir, además, el juez de instrucción que autorizó la diligencia, si bien este puede delegar en otro juez o en cualquier autoridad o agente de policía.

Cuando no existe autorización judicial, la entrada y registro se realiza por la policía. No intervienen, pues, ni el juez ni el letrado de la Administración de Justicia.

4164 Efectos

La eficacia de esta diligencia depende de que se haya realizado con total cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

De ser así, su valor es el propio de toda diligencia de investigación. Es más: al tratarse de una diligencia de imposible reproducción en el acto del juicio oral, puede alcanzar valor probatorio mediante la **lectura del acta levantada** con ocasión de su práctica o mediante el testimonio de los agentes de Policía que intervinieron en ella.

Por el contrario, si la entrada y registro se realiza fuera de los casos permitidos constitucionalmente, la diligencia es nula de pleno derecho y su **ineficacia** se extiende a los actos derivados de ella (LOPJ art.11.1). No obstante, si la diligencia se ajusta a los casos permitidos ex art.18.2 de la Const y lo infringido es solo una norma legal, la nulidad solo afecta a las actuaciones ilegales.

4167 Registro de libros y papeles

(LECr art.573 y 578)

El objeto de esta diligencia restrictiva del derecho a la intimidad ex art.18.1 de la Const son exclusivamente libros y papeles. No es idónea, por tanto, para registrar otros objetos que también pueden revelar aspectos importantes de la intimidad del investigado, como los soportes o archivos informáticos.

El registro de libros y papeles puede practicarse de manera autónoma o en el marco de una entrada y registro domiciliarios. Sea de un modo u otro, «todos están obligados a exhibir los objetos que se sospeche puedan tener relación con la causa», pudiendo ser multados de no hacerlo e incluso incurrir en responsabilidad penal (LECr art.575).

En el reverso de la moneda, la Ley impone que el registro se realice de la **forma menos perjudicial** posible y en presencia del interesado o de quien le represente. Además, al objeto de garantizar la autenticidad de los libros y papeles que se recojan y evitar su manipulación, se exige que estos sean foliados, sellados y rubricados por el letrado de la Administración de Justicia y bajo su responsabilidad.

4169 Detención y apertura de correspondencia

También para esta diligencia restrictiva de derechos fundamentales, es preciso analizar en detalle sus presupuestos y objeto, el tiempo y forma de practicarla, y los efectos que provoca.

4170 Presupuestos y objeto

(LECr art.579 s.)

Conforme a su regulación la detención y apertura o examen de la correspondencia privada, postal y telegráfica, se modela como una diligencia materialmente vinculada a los casos en que la investigación se dirige al **descubrimiento** de:

- delitos dolosos castigados con pena cuyo límite máximo sea de al menos 3 años de prisión;
- delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o
- delitos de terrorismo.

Sentado que solo si se investigan algunos de estos hechos podrá adoptarse esta diligencia restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, debe añadirse que, por lo general, será el **juez** quien, mediante resolución motivada, autorice su práctica.

Con todo, también es posible que el **Ministro del Interior** (o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad) ordene llevar a cabo la detención y apertura de la correspondencia sin contar con autorización judicial previa. Esta posibilidad -reservada a los casos de urgencia y a los que se dirigen a la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas- no obsta, sin embargo, a un posterior control judicial de la medida. Antes bien: tras practicarse esta, existe la obligación de informar al juez competente de su adopción, así como de las razones que la motivaron, la forma en que se llevó a cabo y su resultado. Con toda esta información -que habrá de proporcionarse inmediatamente, en 24 horas-, el juez podrá decidir bien confirmar la medida, bien

revocarla. Sea lo uno o lo otro, el juez tomará su decisión en un tiempo también brevísimo: en el plazo de 72 horas desde que se ordenó la medida.

De otro lado, objeto de esta diligencia puede ser toda clase de correspondencia privada, incluidos faxes, burofaxes y giros que el investigado remita o reciba. Por el contrario, quedan extramuros de ella, en el sentido de no ser necesaria autorización judicial para su detención y examen, aquellas otras formas de correspondencia a que se refiere la LECr art.579.4 .

Como vimos respecto de la entrada y registro domiciliarios, el **contenido** de esta diligencia es doble: puede consistir en la detención de la correspondencia (esto es, en impedir que esta llegue a su destinatario), seguida de su posterior apertura o examen (esto es, en el conocimiento de su contenido); y puede consistir también en la mera observación de las comunicaciones mantenidas por el investigado, sin alcanzar, por tanto, al contenido de estas últimas.

4171 Tiempo y forma de practicarla

En cualquiera de sus modalidades, esta medida puede autorizarse por un **plazo** inicial de 3 meses, prorrogable hasta un plazo máximo de 18 meses.

El anterior es uno de los extremos que habrán de incluirse en el auto en que se acuerde la diligencia. Junto a él, esta resolución debe contener también indicación de la correspondencia cuya intervención se ordena y de la persona o personas afectadas.

Obviamente, para la ejecución material de esta medida, es necesaria la colaboración de los **jefes de las Oficinas de Correos y Telégrafos**, pues son estos (o sus subordinados) quienes han de detener la correspondencia que se les indique y remitirla al juez.

También como la entrada y registro domiciliarios, la apertura de la correspondencia debe realizarse en **presencia del interesado** o de un representante. No obstante, en el caso de no acudir nadie, se procederá igualmente a la apertura de la correspondencia, que leerá para sí el juez, apartando únicamente aquella que haga referencia a los hechos por los que se sigue el proceso. La correspondencia leída y seleccionada por el juez se rubrica y sella por el letrado de la Administración de Justicia, a quien compete asimismo la responsabilidad de conservarla. La correspondencia no relevante para el proceso, se devuelve a su destinatario.

4172 Efectos. Los hallazgos o descubrimientos casuales

Los efectos de esta diligencia son equiparables al de los de la mayoría de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales que se practican durante la instrucción. Así las cosas, si se cumplen sus presupuestos y los requisitos legales (apertura contradictoria), puede ser considerada en el juicio oral como prueba preconstituida.

Pero tanto o más que estos efectos, interesan los que se ligan a los casos en que la detención y apertura de la correspondencia privada revela algún hecho delictivo distinto del que motivó su adopción. Es decir, a los casos en que se produce un hallazgo o descubrimiento casual. Pues bien, para estos casos lo que viene a disponer la Ley es que la diligencia puede extender sus efectos a otro proceso penal, si bien es necesario que el juez que inicialmente autorizó la medida deduzca los testimonios de particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Con todo, si lo que se pretende es que la medida prosiga en el tiempo para la investigación del delito casualmente descubierto, lo procedente será una nueva autorización judicial que, naturalmente, habrá de partir del juez a quien compete la instrucción del nuevo proceso.

4174 Medidas de investigación tecnológica

Conforme ya se ha adelantado, en fechas recientes el legislador procesal ha dado respuesta a lo que durante mucho tiempo se consideró unánimemente como una necesidad: la de contar con una regulación que abordase las intromisiones de los órganos oficiales encargados de la persecución penal en la privacidad de las personas y que diese cobertura al uso de las nuevas tecnologías en la investigación delictiva.

La **regulación** de las llamadas «medidas de investigación tecnológica» es en muy buena medida heredera de la labor jurisprudencial realizada durante años en este contexto. No obstante, en la nueva regulación hay también mucho de novedad, ya que, de un lado, se superan ciertos planteamientos jurisprudenciales poco garantistas desde la perspectiva de los derechos fundamentales; y, de otro, se prevén medidas de investigación sobre las que nuestros tribunales no tuvieron siquiera oportunidad de pronunciarse.

Las medidas de investigación tecnológica a las que da cobertura hoy la LECr son:

- la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas;
- la captación y grabación de las 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.

4175 Aun cuando cada una de estas medidas goza de una regulación específica, a todas ellas les son de aplicación las disposiciones previstas en los art.588 bis.a) a k) de la LECr. De estas **disposiciones comunes**, es de destacar lo siguiente:

a) La adopción de las medidas de innovación tecnológica requiere siempre de **resolución judicial**, así como sujeción a lo que la propia Ley considera como **principios rectores** de estas medidas: los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

b) Las medidas de innovación tecnológica pueden ser **acordadas de oficio**, o **a instancia del Ministerio Fiscal o de la policía judicial**. En este último caso (en el que -importa advertirlo- no se encuentran las partes personadas en el proceso), la solicitud debe detallar todos y cada uno de los extremos a que se refiere el art.588 bis.b de la LECr; entre otros, la adecuación de la medida cuya adopción se interesa a los consabidos principios rectores.

c) Las medidas de innovación tecnológica solo pueden acordarse mediante **auto suficientemente motivado**. En este último sentido, y a fin de desterrar determinadas prácticas del pasado (p.e.: el excesivo laconismo con que se motivaban algunas resoluciones judiciales o la motivación «por remisión» que en ellas se hacía a lo expresado en los atestados policiales), se concreta por Ley el que debe ser el contenido mínimo de esta resolución judicial. Este contenido incluye, entre otros aspectos: la motivación de la adecuación de la medida a los consabidos principios de especialidad, excepcionalidad y proporcionalidad; la extensión, alcance y duración de la medida; la unidad de la policía judicial encargada de su ejecución; y la forma y periodicidad con que esta última debe informar al juez del desarrollo de la medida y de su resultado (LECr art.588 bis.c).

d) Las medidas de innovación tecnológica «no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos», ni del tiempo que, respecto de cada una de ellas, se especifica en la Ley. Asimismo, han de ajustarse en su **duración** al plazo inicialmente acordado en la resolución judicial autorizante de la medida o, en su caso, a la prórroga de aquel plazo inicial.

e) Las medidas de innovación tecnológica están sometidas a **control judicial**. De aquí que la policía judicial encargada de su ejecución deba informar al juez de instrucción del desarrollo y resultados de la medida, y hacerlo en la forma y en el tiempo previstos al efecto en la resolución judicial autorizante. Este deber de información también se extiende a los casos en que, por cualquier causa, se ponga fin a la medida.

f) Las medidas de innovación tecnológica no solo pueden acordarse frente al investigado, sino también frente a **terceras personas** (incluida la víctima) cuando la Ley lo permita expresamente.

g) Transcurrido el plazo (o la prórroga) por el que la medida ha sido autorizada, el juez debe acordar su **cese**. Del mismo modo debe proceder cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o cuando se tenga la evidencia de que a través de ella no se están obteniendo los resultados pretendidos.

h) Una vez terminado el proceso mediante resolución firme, debe procederse al **borrado o destrucción de los registros originales** que consten en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, así como de las copias que se conserven de ellos. De esta manera se pretende evitar la difusión de un material que, por su contenido, podría producir un perjuicio irreparable en la intimidad de las personas.

4176 **Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas**

(LECr art.588 ter.a a 588 ter.m)

A) Presupuesto para la adopción de esta medida es que la investigación se dirija al **descubrimiento** de:

- algunos de los delitos previstos en el art.579.1 de la LECr, esto es, de: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos 3 años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o delitos de terrorismo;

- delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de las TICs.

De otra parte, y como es regla, la práctica de esta medida se halla sujeta a que sea autorizada por resolución judicial. No obstante, la interceptación de este tipo de comunicaciones también puede ser adoptada por el Ministro del Interior o por el Secretario de Estado de Seguridad en las mismas circunstancias y con los mismos requisitos vistos para la apertura y detención de la correspondencia privada, incluido su control posterior por el juez.

B) Extensión y ámbito. La intervención de esta clase de comunicaciones puede afectar al contenido de la comunicación en sí; a los denominados datos de tráfico (esto es, a los datos asociados al proceso de comunicación); y/o a otros datos producidos con independencia del establecimiento de una concreta comunicación. En este orden de cosas, cuando se solicite la medida habrá de especificarse qué es lo que concretamente se interesa: si el registro y grabación del contenido de la comunicación; el conocimiento del origen y destino de esta última mientras se realiza; su localización geográfica; o determinados datos de tráfico (LECr art.588 ter.d).

En lo que hace a su ámbito, esta medida afectará de ordinario a los terminales telefónicos o telemáticos empleados por el investigado. Con todo, cabe que la medida se proyecte sobre los terminales de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad física. Y también puede acordarse respecto de terminales o medios de comunicación utilizados por terceras personas, si es que consta que el investigado se sirve de ese tercero para transmitir o recibir información; o que el tercero colabora con él o se beneficia de su actividad delictiva; o se sospecha, en fin, que es un tercero quien, maliciosamente y por vía telemática (a través de *malware*, por ejemplo), utiliza el dispositivo investigado sin conocimiento de su titular.

C) Tiempo y forma de practicarla. A fin de facilitar las intervenciones telefónicas y telemáticas y garantizar su eficacia, la Ley impone a los prestadores de servicios de telecomunicaciones (y, en general, a toda persona que contribuya a facilitar las comunicaciones de cualquier modo) el deber de prestar su colaboración con los órganos oficiales de la persecución penal. No atender a este deber, puede hacerles incurrir en responsabilidad penal por delito de desobediencia.

Es la policía judicial quien debe proporcionar al juez los soportes en que conste tanto la transcripción de las comunicaciones que considere de interés como las grabaciones íntegras realizadas, y hacerlo, además, con la periodicidad prevista en la resolución autorizante. En relación con esos soportes, la Ley asume la conocida «doctrina SITEL» acuñada por el Tribunal Supremo; es decir: impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica avanzada que garantice la autenticidad e integridad de la información volcada desde el sistema central.

Por último, y en lo que concierne a su duración, la intervención de esta clase de comunicaciones puede acordarse por un plazo máximo inicial de 3 meses, prorrogables por sucesivos periodos hasta un máximo de 18 meses. Una vez que expire la medida y se alce el secreto, las partes pueden obtener una copia de las transcripciones y grabaciones realizadas e incluso pedir al juez las inclusiones (o exclusiones) que estimen adecuadas. Esto mismo podrán pedir las personas afectadas por las comunicaciones interceptadas distintas del investigado, a quienes, como regla, se les debe informar de las interceptaciones practicadas que les conciernan.

D) Incorporación al proceso de los datos de tráfico y otros datos. En la investigación delictiva puede resultar necesario conocer ciertos datos vinculados al proceso de comunicación y que se encuentran en poder de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de cualquier otra persona física o jurídica. Para obtener estos datos es preciso, por lo general, contar con autorización del juez, lo que es tanto como decir que los datos electrónicos vinculados a un proceso de comunicación solo pueden ser cedidos al proceso si se cuenta con autorización judicial. No obstante, habida cuenta de la volatilidad de esos datos y del tiempo que puede llevar obtener esa autorización, tanto el Ministerio Fiscal como la policía pueden dirigir una orden de conservación de tales datos a quienes los tengan bajo su disposición (LECr art.588 octies).

4177 Siendo la anterior la regla, la Ley permite que ciertos **datos** puedan ser **obtenidos directamente por la policía** mediante el empleo de artificios técnicos o programas informáticos. Así ocurre con las direcciones IP de los equipos informáticos, y con los códigos IMSI e IMEI de los dispositivos de telefonía móvil; datos estos últimos que reciben un tratamiento individualizado en los art.588 ter.k y 588 ter.l) de la LECr, respectivamente.

También los datos desvinculados de la comunicación relativos a la identificación de un dispositivo electrónico o a su titular reciben un tratamiento singularizado respecto de aquella regla, toda vez que el Ministerio Fiscal y la policía judicial pueden dirigirse directamente a los prestadores de servicios de comunicaciones para obtener estos datos, no siendo precisa, en consecuencia, autorización judicial para recabarlos (LECr art.588 ter.m).

4178 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos
(LECr art.588 quater.a a 588 quater.e)

Esta regulación se sostiene sobre las dos siguientes **ideas-clave**:

1. La captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos únicamente puede llevarse a cabo con autorización del juez. A su vez, esta autorización solo podrá emitirse cuando los hechos investigados constituyan alguno de los delitos previstos en el art.579 de la LECr y cuando, además, pueda racionalmente preverse que el empleo de estos dispositivos aportará datos esenciales para el esclarecimiento de los hechos investigados y su autoría.

2. El empleo de estos dispositivos de captación y grabación debe ceñirse a uno o varios encuentros del investigado con otras personas, tengan lugar estos en la vía pública, en su domicilio o en cualquier otro lugar cerrado. La vigencia de esta medida se supedita, por tanto, al encuentro o encuentros para los que se autoriza su uso. Conclusos estos, será necesaria una nueva autorización judicial para captar o grabar las comunicaciones que puedan tener lugar en otros momentos.

4179 Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, seguimiento y localización

La LECr también admite el empleo de dispositivos técnicos de captación de la imagen en espacios públicos (LECr art.588 quinquies.a), así como de seguimiento y localización (LECr art.588 quinquies.b y c).

Respecto de aquella primera clase de dispositivos, la Ley permite su empleo por la policía judicial sin necesidad de autorización judicial.

Otra cosa ocurre con los dispositivos de seguimiento y localización. Y es que, en tanto estos dispositivos tienen una clara incidencia en el derecho a la intimidad (nótese que a través de ellos se puede tener conocimiento del lugar exacto en que se encuentra una persona), su empleo se supedita a la correspondiente autorización del juez. Con todo, también se permite que la policía emplee estos dispositivos sin autorización del juez, pero solo por razones de urgencia y con la obligación de recabar cuanto antes de la autoridad judicial la ratificación de la medida adoptada.

Esta medida puede utilizarse durante un **plazo** máximo de 3 meses, computables desde su autorización y prorrogables hasta un máximo de 18 meses.

Aunque los preceptos reguladores de estas medidas no contemplan específicamente el empleo de **prismáticos**, el Tribunal Supremo entiende que aquellos preceptos son de aplicación analógica a los casos en que se hace uso de estos otros dispositivos, toda vez que «la intromisión en la intimidad domiciliaria puede encerrar similar intensidad cuando se aportan al proceso penal las imágenes grabadas o cuando uno o varios agentes testifican narrando lo que pudieron observar, valiéndose de anteojos», en el domicilio vigilado (TS 20-4-16, EDJ 44941).

4180 Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

(LECr art.588 sexies.a a 588 sexies.c)

Dado que los ordenadores, *smartphones*, *pen drives* o discos duros externos sirven de continente a una enorme cantidad de información que puede concernir a la intimidad del usuario, el legislador entiende que el registro de aquellos u otros dispositivos de almacenamiento masivo debe ser merecedor de un tratamiento específico. En este entendimiento, la adopción de esta medida se supedita a una **autorización judicial** en que de forma **particularizada** se consienta la injerencia. Un auto en que se autorice la entrada y registro domiciliarios no basta, por tanto, para que la Policía pueda acceder válidamente a la información contenida en estos dispositivos, sino que, a estos efectos, es necesario que aquel auto autorice expresamente el acceso a este tipo de información.

De otro lado, es posible que el registro de estos dispositivos revele la necesidad de registrar **otros equipos o sistemas informáticos no previstos** en la autorización judicial inicial. De ser así, el juez debe autorizar la ampliación del registro, a menos que hubiera previsto expresamente esta contingencia en la resolución inicial. Con todo, en caso de urgencia, la policía judicial o el Ministerio Fiscal pueden ampliar el registro, informando inmediatamente al juez de este extremo, quien tendrá que confirmar o revocar su actuación en el plazo de 72 horas. También en los casos de urgencia «en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista», la policía puede llevar a cabo esta medida sin necesidad de contar con autorización judicial previa, si bien será necesario someterla al posterior control del juez.

Por último, es de hacer notar que tanto el investigado como las **personas** que están **exentas de declarar** por razón del parentesco o del deber profesional no están obligados a prestar su colaboración con las autoridades o agentes encargados de practicar estos registros.

4181 Registro remoto sobre equipos informáticos

(LECr art.588 septies.a a 588 septies.c)

Con esta medida se trata de acceder a distancia a los datos contenidos en un dispositivo electrónico o a la información que se almacene o transcurra por un sistema informático, sirviéndose para ello de un *malware* o de un virus informático.

El intenso grado de injerencia que supone esta medida en el derecho a la intimidad justifica que su ámbito objetivo y su duración resulten más limitados en comparación con las medidas de investigación tecnológica anteriormente examinadas.

Así, y por lo que hace a su **ámbito objetivo**, se apuesta por reducir los delitos cuya investigación consiente la adopción de esta medida a los de mayor gravedad y a los delitos informáticos. En concreto, se permite el registro remoto de equipos informáticos en la investigación de los siguientes **delitos**:

- a) Cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- b) Terrorismo.
- c) Cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
- d) Contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
- e) Cometidos a través de instrumentos informáticos o a través de las TICs.

En cuanto a su **duración**, los registros remotos solo pueden prolongarse durante un mes, prorrogable por iguales períodos de tiempo hasta un plazo de 3 meses.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que si bien estos registros pueden ampliarse mediante **autorización judicial** como ocurre con los registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la Ley no permite que la policía judicial practique estos registros a menos que cuente con autorización judicial previa.

4183 **Intervenciones, inspecciones y registros corporales. La denominada «prueba alcohólica»**

En su acepción más genérica «intervenciones corporales» es expresión comprensiva de cuantos actos de investigación se proyectan sobre el cuerpo humano. De estos actos, unos tienen una clara incidencia en el derecho a la integridad física y/o en la intimidad personal, mientras que otros no afectan en ningún caso a la integridad física y si bien inciden en el derecho a la intimidad lo hacen de forma muy leve. Esto sentado, y a falta de una regulación sistemática de estas diligencias, procederemos a su análisis siguiendo la clásica distinción, acuñada por el Tribunal Constitucional, entre intervenciones corporales *stricto sensu*, de un lado, e inspecciones y registros corporales, de otro.

a) Son intervenciones corporales *stricto sensu* las dirigidas a obtener del cuerpo del investigado, bien elementos externos (cabello, piel, uñas, saliva), bien internos (sangre, orina, tejidos). También se incluyen en esta categoría los que implican la exposición del cuerpo humano a radiaciones (TAC, rayos X o resonancias magnéticas).

Según el TCo, estas diligencias afectan al **derecho fundamental a la integridad física**, de modo, que a menos que la persona sometida a ellas preste su consentimiento, su práctica exige autorización judicial y, por supuesto, acomodo a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Ejemplo paradigmático de esta clase de diligencias es la prevista en el art.363, párrafo 2º de la LECr. Según este precepto, «El juez de instrucción podrá acordar en resolución motivada, la obtención de **muestras biológicas de ADN**», pudiendo a tal fin «decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad». Mas, lejos lo que da a entender este artículo (y, en relación con él, LECr art.520.2 bis.c), párrafo 2º y 778. 3), no siempre la obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN requiere de autorización judicial. En este sentido, no debe perderse de vista que, según una constante y reiterada doctrina del TS cuando aquellas muestras puedan obtenerse sin necesidad de emplear técnicas invasivas o extractivas como es el caso de restos biológicos expulsados o abandonados por el investigado, se permite la recogida de estos restos por la policía sin necesidad de autorización judicial.

4184 **b) Inspecciones y registros corporales** son todas aquellas medidas que suponen una actuación de reconocimiento -interno o externo- sobre el cuerpo humano. Este tipo de actuaciones no afectan al derecho fundamental a la integridad física. Sin embargo sí inciden en menor o mayor medida en el **derecho a intimidad**, por lo que solo son válidas si de adecúan al principio de proporcionalidad.

Ejemplo típico de diligencia en que la afectación del derecho a la intimidad es máxima es el **examen ginecológico** (examen que puede ser útil e incluso necesario para comprobar, p.ej., si se ha cometido un delito contra la libertad sexual); diligencia que, a juicio del TCo, encuentra cobertura legal suficiente en los art.399 y 478 de la LECr.

Ejemplo, por su parte, de diligencia en que la afectación del derecho a la intimidad es leve es el **cacheo**, esto es, el examen superficial del cuerpo de una persona. Podrá recurrirse a esta diligencia cuando existan indicios racionales para suponer que con ella pueden hallarse instrumentos, efectos u objetos relacionados con las funciones de prevención e investigación delictiva propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De esto ya se infiere que nos encontramos ante una diligencia típicamente policial, cuya práctica no requiere de autorización judicial. Esto no obstante, los cacheos deben realizarse del modo que cause menos perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, a quien deberá informarse de las razones que motivan su realización (LO 4/2015 art.20).

4185 **c) Como en los cacheos, también en la denominada «prueba de alcoholemia»** el derecho afectado es la **intimidad**. Por el contrario, abundan las resoluciones del TCo que niegan que esta diligencia afecte al derecho a la integridad física (Const art.15), a la libertad personal (Const art.17) y al derecho a no declarar contra sí mismo (Const art.24.2).

Regulada en la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y en el Reglamento General de Circulación, el control de alcoholemia y de sustancias estupefacientes es una **diligencia policial**, que se proyecta sobre el cuerpo de una persona, normalmente a través de la espiración de aire, al objeto de detectar el consumo de alcohol o de otro tipo de sustancias que puedan afectar negativamente a la seguridad del tráfico.

Obviamente estamos ante una diligencia que se incorpora al **atestado policial** y cuya práctica ni requiere de autorización judicial previa, ni está sometida a posterior control del juez. Con todo, al tratarse de una medida de imposible reproducción en el juicio oral y emplearse en ella instrumental técnico, esta diligencia puede servir como **prueba preconstituida**, pero solo si se practica correctamente y es ratificada por los agentes que la practicaron en el juicio oral.

En relación igualmente con esta diligencia, hay que añadir dos **datos** más:

El **primero** es que, aunque el sometimiento a esta medida es obligatorio, no puede realizarse coactivamente. Con todo, negarse a su práctica es constitutivo de un delito de desobediencia que está castigado con mayor pena incluso que algunos delitos contra la seguridad vial.

El **segundo** dato en el que conviene reparar es en que tradicionalmente se negaba que una sentencia condenatoria pudiera fundarse exclusivamente en la prueba de alcoholemia, con base en que lo que había que acreditarse era la influencia del alcohol o de otras sustancias sobre la conducción, haciendo esta última peligrosa. Hoy día, sin embargo, las cosas son al revés, pues lo que sanciona el Código Penal (CP art.379.2) es «en todo caso» la conducción con determinadas tasas de alcohol en aire espirado o en sangre.

4186 Circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias o bienes (LECr art.263 bis)

La diligencia **consiste** en permitir la circulación o entrega de estas sustancias o bienes por el territorio español, o su entrada o salida de él, pero bajo vigilancia y al objeto bien de descubrir quiénes están implicados en la comisión de estos delitos, bien de prestar auxilio a las autoridades extranjeras a estos mismos fines.

Esta diligencia puede ser **autorizada por** el juez de instrucción competente, por el fiscal y por los jefes o mandos superiores de las unidades orgánicas de la policía judicial, si bien en este último caso debe darse cuenta al Ministerio Fiscal o, si ya hay abierta causa pendiente por estos hechos, al propio juez de instrucción. En cualquier caso, la medida se condiciona a la importancia del delito, a sus específicas circunstancias y a las posibilidades reales de vigilancia y control. Además, su adopción debe autorizarse por resolución fundada, en la que, de ser posible, habrá de especificarse su objeto, así como el tipo y cantidad de la sustancia que se trate.

Por lo demás, son trasladables a esta diligencia las garantías ya vistas para la detención y apertura de la correspondencia, con la salvedad de que, en aquellos casos en que se sustituya la sustancia encontrada por otra inocua, no es necesaria la presencia del interesado.

4187 Infiltración policial o agente encubierto (LECr art.282 bis)

La infiltración policial es una técnica de investigación con la que se busca obtener información del hecho delictivo, fundamentalmente mediante la ocultación de la identidad del infiltrado y de su condición de funcionario de la policía judicial.

Nos hallamos, sin duda, ante una medida **restrictiva de derechos fundamentales**, pues al margen de que la propia actuación del agente encubierto pueda comprometer los derechos del art.18 de la Const e incluso el derecho a no declarar contra sí mismo, lo que en todo caso lesiona servirse de una identidad supuesta y trazar lazos ficticios de confianza con el investigado es el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (Const art.10.1).

4188 Presupuestos y objeto

Esta medida se encuentra sujeta a **autorización del juez de instrucción** (o del Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al juez), que ha de expresarse en resolución motivada.

La autorización ha de venir referida a uno o varios funcionarios de la policía judicial, a quienes se permitirá actuar bajo identidad supuesta (que se le otorgará desde el Ministerio del Interior) en un caso concreto y relacionado con las actividades propias de la delincuencia organizada. En este sentido, y según especifica la LECr art.282 bis.4 se entiende por «**delincuencia organizada**» la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin delitos como el secuestro; trata de seres humanos; prostitución; tráfico de armas o sustancias prohibidas; y terrorismo, entre otros muchos.

El juez también puede extender su autorización para que el funcionario de policía actúe bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en **canales cerrados de comunicación**. En este caso la autorización valdrá tanto para la investigación de cualquiera de los delitos arriba mencionados, como para los previstos en el art.588 ter.a de la LECr (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos 3 años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de las TICs.)

Para **determinadas actuaciones** del agente encubierto, sin embargo, aquella autorización genérica no es bastante, resultando precisa, por el contrario, una **autorización específica**. Así, es necesaria este otro tipo de autorización para realizar cuantas actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales (p.e. para la entrada y registro en un domicilio o para realizar escuchas telefónicas); para enviar o intercambiar archivos ilícitos o para identificar técnicamente los que él reciba del investigado; y para obtener imágenes o grabar las conversaciones que mantenga con este último el agente encubierto, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

4189 Tiempo y forma de practicarla

Esta medida no está sujeta a unos plazos máximos; durará lo necesario a los fines de la investigación.

Lo que sí está sujeto a plazo legal es la identidad supuesta que, como vimos le es otorgada al agente encubierto desde el Ministerio del Interior: esta se otorgará por un plazo de 6 meses, prorrogables por períodos de igual duración.

En cuanto a la práctica de la medida, la Ley exige que la información que vaya obteniendo el agente encubierto se ponga en conocimiento, a la mayor brevedad posible, de quien autorizó la infiltración.

4190 Efectos

Los resultados obtenidos a resultados de la infiltración policial -viene a decir el art.282 bis de la LECr - deben aportarse en su integridad al proceso y tendrán el valor que en conciencia les otorgue el órgano judicial competente.

Independientemente de lo anterior, debe llamarse la atención acerca de que, durante el proceso, el agente encubierto ostenta un status privilegiado si es llamado a declarar como testigo, ya que, recibirá la protección que la LO 19/1994 dispensa a los testigos y peritos, pero con el matiz de que, tanto durante la instrucción como en el juicio oral, no se revelará a la defensa la identidad real del agente encubierto, sino la ficticia (LECr art.282 bis.2).

En otro orden de cosas, y para finalizar, es importante tener en cuenta que el agente encubierto está **exento de responsabilidad penal** por las actuaciones realizadas en su labor de investigación, siempre que su conducta sea proporcionada a los fines de la investigación y, además, no constituya provocación para delinquir.

E. Medidas cautelares en el proceso penal

4194	1. Medidas cautelares personales	4200
	2. Medidas cautelares reales	4225
	3. Medidas cautelares contra las personas jurídicas encausadas	4230
	4. Otras medidas cautelares	4234

4195 Durante el transcurso del proceso penal, el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado puede verse limitado por la aparición de no pocas circunstancias que pudieran poner en peligro su éxito. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que el sujeto imputado se fugue, impidiendo, por regla general, que se pueda celebrar el juicio oral; o que se destruyan las fuentes de prueba de tal forma que desaparezca el material que podría haber servido de base a una sentencia de condena; o que desaparezcan física o jurídicamente los bienes con los que el imputado o el responsable civil debería responder ante las víctimas por los daños y perjuicios causados por el hecho ilícito.

Para conjurar este tipo de peligros está prevista la adopción de una serie de actos restrictivos de la libertad o del patrimonio de los responsables de los hechos perseguidos, que se adoptan durante el curso del proceso penal y que están a su servicio, que conocemos como medidas cautelares. En función de si recaen sobre la persona del sujeto que ha de responder penalmente o sobre sus bienes o sobre los de terceros sobre los que también puedan recaer las consecuencias del hecho ilícito, distinguimos entre medidas personales o reales, respectivamente.

4196 Toda medida cautelar depende de la concurrencia de dos **presupuestos**:

a) La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, que, en el ámbito penal debe mejor formularse como *fumus delicti comissi*, que se traduce en la necesidad de que existan **indicios racionales de que se ha cometido un hecho delictivo**.

b) El **peligro en la demora** o *periculum in mora*, que exige justificar en cada caso que el tiempo que transcurre mientras se ventila el proceso pone en riesgo su continuación (por ejemplo, porque el imputado está en rebeldía y, por regla general, hay que suspender el proceso hasta que aparezca) o la efectividad de una eventual sentencia (si, por ejemplo, el sujeto desaparece antes de que se dicte sentencia o si hace desaparecer su patrimonio para el momento en que se le exija su responsabilidad civil).

4197 Pese a que las medidas cautelares personales afectan al derecho fundamental a la libertad (Const art.17) mientras que las medidas cautelares reales o patrimoniales restringen un derecho no fundamental como es la propiedad, ambas comparten una serie de **características comunes** que las configuran:

- jurisdiccionalidad, porque solo pueden ser acordadas por un órgano judicial, salvo en el caso de la detención, que, en cualquier caso, se adopta también preordenada a la puesta a disposición del sujeto cuanto antes a disposición judicial;

- instrumentalidad porque, en tanto en cuanto sirven para garantizar el éxito del proceso, dependen de su existencia y, por tanto, han de levantarse cuando este finaliza;

- provisionalidad dado que duran mientras subsistan las circunstancias que las justificaron, por lo que han de ser modificadas en caso de que estas cambien;

- proporcionalidad, que implica que, sometida a un juicio sobre su «razonabilidad», la medida elegida sea la más idónea para el fin perseguido y la menos gravosa de entre todas las posibles, para evitar que se utilicen como penas anticipadas que serían contrarias a la presunción de inocencia (TCo 108/1984).

1. Medidas cautelares personales

4200 En los marginales siguientes se tratará de la citación, la detención, la prisión y la libertad provisional, la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, y, finalmente, de la orden de protección.

4202 Citación

Considerada como una medida precautelar, la citación consiste en el acto de llamar a la persona o **personas físicas** a quienes se le imputa un hecho punible para comparecer al juzgado para ser oída (LECr art.486 a 488). Si el sujeto desatiende esta citación sin alegar justa causa, esta medida se podrá convertir en orden de detención.

En el caso de las **personas jurídicas**, la citación se hará en su domicilio social, requiriéndolas para que nombren abogado y procurador para el procedimiento dado que, si no lo hacen, se designarán de oficio (LECr art.119.1.a).

4204 Detención

Concepto y supuestos de detención. Para cumplir con la exigencia de contar con la presencia del sujeto imputado en el proceso penal, puede restringirse su libertad de forma más o menos gravosa. La detención supone la privación de libertad más liviana que puede imponerse al sujeto con el fin de asegurar su presencia en el proceso, restringiendo su libertad de movimientos durante un tiempo limitado. Como antes se señaló, se trata de la única medida cautelar que no ha de ser acordada necesariamente por un juez. De hecho, en ciertos casos incluso los particulares puede detener, debiendo de forma inmediata poner al sujeto a disposición policial o judicial. La ley permite esta detención por **particulares** en los tres casos siguientes (LECr art.490):

- supuestos de flagrancia;
- cuando se tratase de un sujeto fugado;
- cuando el imputado hubiere sido declarado en rebeldía.

Además de en estos tres casos, la **policía** tiene la obligación de detener, incluso sin autorización judicial, en los supuestos previstos en el art.492 de la LECr , esto es cuando se trate de un sujeto frente al que pesa ya una resolución judicial de procesamiento (lo que exime a los agentes del deber de examinar si concurren los presupuestos legales habilitantes) o cuando, aún sin estar procesado, frente a él pesen «motivos bastantes» para creer que ha cometido el hecho delictivo por el que se le detiene. Exige en este caso la jurisprudencia que existan indicios o sospechas racionales, de cierta entidad, basados en hechos concretos, y no meras hipótesis o conjeturas. Salvo en estos casos, la detención es generalmente ordenada o por el Ministerio Fiscal o por el órgano judicial que sea competente en el momento en que se aprecie la necesidad de la detención. En cualquier caso, con independencia de quién haya sido el sujeto que ha procedido a la detención, se deberá poner al detenido cuanto antes a disposición judicial en garantía de su derecho a la libertad.

Como se deduce de lo anterior, la detención puede producirse en tres **momentos distintos del proceso penal**:

- a) **Antes** de este comience, en los supuestos de flagrancia o cuando se aprecien en un sujeto motivos bastantes de haber participado en un hecho delictivo.
- b) **Durante** su tramitación, al detenido o preso fugado o al imputado en rebeldía.
- c) **Una vez terminado** el procedimiento para aprehender a condenados que se fuguen del establecimiento en donde estaban privados de libertad. En cualquier caso, la ley exige que, con independencia del momento en que se lleve a cabo, la detención se practique «en la forma que menos perjudique al detenido (o preso) en su persona, reputación y patrimonio», imponiendo de esta forma a quienes la llevan a cabo la obligación de velar «por los derechos constitucionales al honor, la intimidad e imagen de aquellos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información» (LECr art.520.1).

4205 Pueden distinguirse dos **regímenes distintos de detención**:

- a) Comunicada, que constituye la regla general y que se ajusta a los límites temporales antes señalados y al disfrute de todos los derechos del art.520 de la LECr;
- b) Incomunicada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
 - necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona; o

- necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (LECr art.509.1).

La **incomunicación** durante la detención, que habrá de acordarse por auto (LECr art.527.2), implica privación de los derechos reconocidos en la LECr excepto los del art.520, si bien atendiendo a las circunstancias del caso, alguno de estos derechos podrían también resultar limitados. En concreto, se prevé que se pueda acordar que se designe de oficio al abogado, que el detenido no tenga derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado, que el detenido no pueda comunicarse con todas o algunas de las personas con las que tiene derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense, o que el detenido o su abogado no tengan acceso a las actuaciones (LECr art.527). En cualquier caso, se prohíbe este tipo de detención para **menores** de 16 años (LECr art.509.4).

4206 Duración de la detención. En cuanto al plazo de duración de la detención, habrá que atender al art.17.2 de la Const (y, en igual sentido, al art.520.1, párrafo 2º de la LECr) -y no al art.496 de la LECr- que establece dos **consideraciones básicas** en cuanto al tiempo razonable para poner al sujeto en libertad o a disposición de la autoridad judicial:

- la primera, que el parámetro básico para juzgar la legitimidad de esta medida es el siguiente: que solo ha de durar «el tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»;

- la segunda, la fijación de un plazo máximo de 72 horas que no cabe en ningún caso sobrepasar.

Esto supone, por tanto, que perfectamente puede ser ilegal una detención dentro del plazo de las 72 horas si ya no era necesaria (entre otras, TCo 88/2011).

Una vez que el detenido es puesto a disposición judicial, el juez cuenta con 72 horas para decretar la libertad o la prisión provisional (LECr art.497), salvo que el sujeto se hubiera fugado, en cuyo caso se le conduce directamente al centro penitenciario (LECr art.500). En el caso de que el detenido sea **menor de edad**, la policía cuenta con un plazo máximo de 24 horas para ponerlo en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, quien, en las siguientes 48 horas, deberá decidir sobre su situación personal (LO 5/2000 art.17.5).

4207 Derechos del detenido. Aunque desde la aprobación de la Constitución el detenido ya gozaba de un estatuto que le garantizaba una amplia protección, con la última reforma operada por la LO 13/2015 , se han reforzado aún más sus garantías. En su nueva redacción, el art.520 de la LECr establece que toda persona detenida (o presa preventiva) deberá ser **informada por escrito**, «en un lenguaje sencillo y asequible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata» de los hechos que se le atribuyen y de las razones por las que se le priva de libertad, así como de los derechos que le asisten. Para ello la información deberá adaptarse a la edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que se pudiera derivar una limitación de su capacidad para entender el alcance de esa información. En especial se le comunicarán los siguientes derechos:

a) Derecho a guardar silencio, a no contestar alguna o algunas de las preguntas o a manifestar que solo declarará ante el juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar abogado y a ser asistido por él sin demora injustificada, pudiendo establecerse esa comunicación por teléfono o videoconferencia si estuvieran lejos o no fuera posible de inmediato.

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones necesarias para impugnar la legalidad de la detención.

e) Derecho a que, sin demora justificada, se ponga su detención en conocimiento de familiar o persona que desee; en el caso de los extranjeros supone derecho a informar a la oficina consular de su país.

f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora justificada, con un tercero de su elección, salvo que quien estuviera a su cargo apreciara riesgo para la vida, libertad o integridad física de un tercero o para prevenir una situación que pudiera poner gravemente en riesgo el resultado de la investigación.

g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país.

h) Del derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o hable el castellano o lengua oficial de las actuaciones, o de personas sordas o con discapacidad auditivas u otras dificultades del lenguaje.

i) Derecho al reconocimiento por médico forense.

j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita.

k) Derecho a que se le informe del plazo legal de detención y de la existencia del procedimiento de *habeas corpus*.

El detenido (o preso preventivo) podrá **conservar** durante todo el tiempo de su privación de libertad la **declaración escrita en su poder**.

Cuando el detenido fuera un **menor**, deberá ser puesto a disposición de las secciones de menores de la fiscalía y se deberá comunicar el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda de hecho. Si

tuviera la capacidad modificada judicialmente, la información sobre sus derechos se le hará a quien tenga la patria potestad o guarda, dando cuenta al Ministerio Fiscal (LECr art.520.4).

4208 Asistencia letrada al detenido. El detenido debe necesariamente contar con asistencia letrada, por lo que, en caso de que no nombre uno de su elección, se le nombrará de inmediato uno del turno de oficio por el colegio de abogados. La única **excepción** está prevista para el caso de detenciones por hechos susceptibles de ser tipificados únicamente como delitos contra la seguridad del tráfico ya que, siempre que se haya informado clara, sencilla y comprensible al detenido de su derecho a la asistencia letrada, este podrá renunciar a ella, renuncia que podrá revocar en cualquier momento (LECr art.520.8). El **abogado designado** debe acudir «con la máxima premura» a asistir al detenido y, en cualquier caso, siempre dentro del **plazo** máximo de 3 horas desde la recepción del encargo. En caso de que no personarse en ese plazo, el colegio de abogados nombra otro, que debe comparecer en el mismo plazo, sin perjuicio de las posibles responsabilidades disciplinarias en que podría incurrir. La asistencia de abogado **consiste en:**

a) Solicitar, en su caso, que se le informe si al detenido (o preso) de sus derechos y que se proceda al reconocimiento médico exigido.

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. Al terminar la práctica de estas diligencias puede solicitar 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 que tiene el prestar o denegar su consentimiento a la práctica de diligencias que se soliciten.

d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que declare ante la policía, el fiscal o el juez, salvo en el caso de incomunicación (LECr art.520.7).

Salvo en los casos excepcionales previsto en el art.118.4 de la LECr , las **comunicaciones** entre abogado y detenido (o preso) tendrán carácter confidencial.

4209 Procedimiento de «habeas corpus». Para el caso de que el detenido entienda que ha sufrido una privación de libertad ilegal, se ha previsto su protección a través de un procedimiento denominado *habeas corpus*, garantizado por el art.17.4 de la Const, que se desarrolla en la LO 6/1984. Se trata de un procedimiento «ágil, de cognición limitada» (TCo 37/2008), dirigido a «obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente» (LO 6/1984 art.1) en cualquiera de los siguientes cuatro **supuestos:**

a) Se produjo detención fuera de los supuestos legales o sin haberse cumplido las formalidades o exigencias legales.

b) Está internada ilícitamente en cualquier establecimiento o lugar.

c) Se ha sobrepasado el plazo legal.

d) Se han vulnerado las garantías constitucionales de los detenidos.

De este procedimiento conocerá el **juez de instrucción** que corresponda conforme a los siguientes **criterios** (LO 6/1984 art.2):

a) El del lugar en que se encuentre el privado de libertad.

b) Si no constare, el del lugar en que se produzca la detención.

c) En su defecto, en el lugar en donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Este procedimiento puede ser iniciado tanto por el propio órgano judicial de oficio como por el privado de libertad o por ciertos familiares, por el Ministerio Fiscal o por el Defensor del Pueblo (LO 6/1984 art.3). Pese a que la Ley no lo prevé expresamente, el Tribunal Constitucional ha admitido de forma reiterada que el abogado del detenido pueda formular esta petición, puesto que ha entendido que no lo solicita por él mismo sino «en su calidad de representante de los verdaderos interesados» (TCo 61/2003 y 37/2008).

La **petición**, que se hará por escrito, deberá contener, entre otros **datos:**

a) La identificación del solicitante y del privado de libertad.

b) El lugar en que se halle el privado de libertad y otras circunstancias relevantes.

c) Y, por último, el motivo concreto por el que se solicita el habeas corpus (LO 6/1984 art.4). No es preceptiva postulación para este trámite.

El juez de instrucción examinará si admite la petición (sus requisitos formales) sin que quepa su rechazo *a limine litis* por entender que no procede decretar la ilicitud de la detención, cuestión que deberá debatirse con audiencia del detenido y del Ministerio Fiscal, incluso con práctica de las pruebas que se propongan y se puedan practicar en el

acto. El juez cuenta con un plazo de 24 horas para realizar todas estas actuaciones y para dictar el auto resolviendo este procedimiento.

Se decretará el **archivo** en caso de que se entienda que la detención era conforme a derecho. En **caso contrario**, el juez podrá adoptar alguna de las siguientes **medidas**:

- a) Poner en libertad a que lo hubiere sido privado de ella ilegalmente.
- b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si hiciere falta en centro distinto o bajo la custodia de personas distintas.
- c) Que se ponga al sujeto inmediatamente a disposición judicial si hubiere transcurrido ya el plazo legal de detención (LO 6/1984 art.8).

La ley no prevé ningún **recurso** ordinario frente a esta resolución, si bien lo que sí que cabe es plantear directamente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

4210 Detención en espacios marinos. La LO 13/2015 ha previsto un tratamiento especial a los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de delitos contemplados en el art.23.4.d de la LOPJ . De este modo se señala que les serán aplicados los **derechos** generales del detenido «en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención». Asimismo, aunque su puesta a disposición judicial ha de llevarse a cabo en el **plazo** general de 72 horas, se prevé que esta pueda realizarse «por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo».

4211 Detención fuera del territorio español. En el caso de que el sujeto al que se le imputaren los hechos investigados en el proceso estuviera fuera del territorio español, el Estado deberá solicitar al país en el que se halle la detención y entrega del sujeto mediante el complejo mecanismo de extradición activa (LECr art.824 a 833). Se trata de un procedimiento lento, que normalmente se tramita por vía diplomática y sometido a muchas limitaciones y controles mutuos. Para que este procedimiento prospere es preciso que, o bien se trate de un supuesto previsto en un **tratado internacional** con dicho país, o bien esté previsto en su derecho escrito o consuetudinario o sea procedente en virtud del **principio de reciprocidad**.

Afortunadamente, en el ámbito de la **UE** ya desde hace años estos procedimientos se habían ido simplificando partiendo del **principio europeo de reconocimiento mutuo** hasta que en 2002 se aprobó la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE 18-7-2002) que consagró estos avances e introdujo un sistema simplificado y ágil de detención y entrega entre los miembros de la UE. Esta norma fue incorporada a nuestro ordenamiento mediante la L 3/2003 y la LO 2/2003 , sobre la **orden europea de detención y entrega**. Destaca este mecanismo porque establece una cooperación directa entre autoridades judiciales, evitando la compleja tramitación vía ministerial y diplomática, simplifica los trámites y la documentación a remitir mediante la creación de un documento único, sencillo y breve - que puede cumplimentarse a través de un formulario-, se establecen unos plazos muy breves para la adopción de la decisión sobre la entrega, incluye mecanismos que permiten la agilización de la cooperación judicial y la acción de la justicia, como la entrega temporal, reduce los motivos de denegación de la ejecución y suprime el principio de doble incriminación en determinadas circunstancias (TJUE 5-4-16, asuntos C-404/15 y C-659/15 ; 6-9-16, asunto C-182/15).

4212 Prisión y libertad provisional

En los marginales siguientes se analizan las cuestiones referidas a concepto y presupuestos, duración, modalidades de la prisión provisional, así como la libertad provisional y finalmente, el procedimiento para adoptar alguna de estas medidas.

4213 Concepto y presupuestos de la prisión provisional

La prisión provisional **consiste** en la privación de libertad de un sujeto mediante su ingreso en un centro penitenciario cuando pesan sobre él indicios racionales de la comisión de un hecho de apariencia delictiva que son objeto de un proceso penal pendiente. Dado que se trata de una medida cautelar que priva al sujeto afectado por ella de su derecho fundamental a la libertad de movimientos durante el tiempo que esta dure (Const art.17) debe ser adoptada solo cuando sea «objetivamente necesaria» y siempre que no exista otra medida menos gravosa con la que pueda alcanzarse el mismo fin (LECr art.503.2). Y, en cualquier caso, solo cabrá acordarla cuando se cumplan los **presupuestos legales** siguientes (LECr art.503 ; TS auto 15-3-16, EDJ 23829):

1. Que el hecho o hechos investigados en la causa presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a 2 años de prisión o inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de delito doloso.

2. Que pesen sobre el sujeto contra el que se va a dictar auto de prisión «motivos bastantes» para considerarlo responsable criminalmente del delito.

3. Que la prisión persiga uno de los siguientes fines:

- evitar el riesgo de fuga y asegurar así la presencia del imputado en el proceso cuando este se pueda inferir racionalmente de la valoración conjunta de la naturaleza del hecho, de la gravedad de la pena a imponerle, de su situación familiar, laboral y económica, así como de la inminencia de la celebración del juicio. Procederá acordarla por este fin cuando en los dos últimos años se hubieran acordado al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial (LECr art.503.1.a);

- evitar ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento cuando se entienda que existe un «peligro fundado y concreto» (LECr art.50.31.b);

- evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, en especial cuando se trata de alguna de las personas previstas en el CP art.173.2 (LECr art.503.1.c);

- evitar la reiteración delictiva, solo en casos de delitos dolosos (LECr art.503.2).

4214 Duración de la prisión provisional

Estas medidas, que están condicionadas a la existencia de un proceso pendiente, solo deben durar el tiempo estrictamente necesario para cumplir los fines previstos en la ley y en tanto estos subsistan (LECr art.504.1), por lo que quedan así sujetas a la doctrina constitucional del «plazo razonable». En cualquier caso, la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala a la vez unos límites temporales absolutos de duración de esta medida cautelar en función de los fines por los que se acordó. De este modo, se prevén dos **marcos temporales** distintos:

a) Cuando la prisión se decretó en virtud de los fines previstos en el art.503.1.3º.a y c. y 503.2 de la LECr , su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a 3 años, o de 2 años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a 3 años. Estos plazos son susceptibles de una sola prórroga cuando «concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada» en esos plazos, prórroga que durará hasta 2 años, cuando el delito tuviera señalada una pena privativa de libertad superior a 3 años, o de hasta 6 meses, si el delito tuviera señalada una pena igual o inferior a 3 años.

Cuando el encausado fuera condenado, la Ley permite que, si se recurre la sentencia y mientras este se resuelve, se pueda prorrogar la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia.

b) Cuando la prisión se hubiera acordado en virtud del motivo previsto en el art.503.1.3.b) de la LECr, su duración no podrá exceder de 6 meses.

Para el **cómputo de estos plazos**, la Ley permite tener en cuenta el tiempo que el imputado ha estado detenido o en prisión provisional en la misma causa, si bien se excluirá el tiempo en que la causa hubiere sufrido dilaciones por razones no imputables a la Administración de Justicia (LECr art.504.5). Asimismo, se reconoce que el tiempo transcurrido en prisión provisional será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada (CP art.58).

4215 Modalidades de prisión provisional

La prisión provisional puede adoptar una de las modalidades siguientes:

1. Prisión provisional **comunicada**, que constituye el régimen general y supone que el preso preventivo goza de todos los derechos del art.520 de la LECr.

2. Prisión provisional **incomunicada**. Se trata de un régimen excepcional que ha de acordarse mediante resolución motivada cuando concurren alguna de las siguientes **circunstancias**:

- necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona; o

- necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (LECr art.509.1).

La incomunicación no podrá ser mantenida más del tiempo estrictamente necesario para «practicar con urgencia las diligencias» tendentes a evitar esos peligros, sin que pueda exceder del límite temporal de 5 días. Solo cabrá una única **prórroga** máxima de otros 5 días en los casos en que se haya acordado la prisión en causa por alguno de los delitos del art.384 bis de la LECr u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas. En ningún caso podrá adoptarse este régimen de prisión provisional para **menores** de 16 años (LECr art.509.4).

A diferencia de lo que ocurría antes de la LO 12/2015, la incomunicación no conlleva una limitación automática de sus **derechos**, sino que deberá ser el **juez** el que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda dictar un auto para privarle de los siguientes derechos:

a) Designación de abogado de su confianza.

b) Comunicación con todas o alguna de las personas con la que tiene derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, Ministerio Fiscal y médico forense.

c) Entrevista reservada con su abogado.

d) Acceso a las actuaciones -a través de su abogado o él mismo-, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de su detención (LECr art.527.1).

Se impone al juez controlar de forma efectiva el desarrollo de la incomunicación, solicitando, en su caso, información para constatar el estado del detenido y el respecto a sus derechos (LECr art.527.2 y 3).

3. Prisión provisional de **cumplimiento en sitio distinto a un centro penitenciario** (LECr art.508). Se prevén dos **supuestos** de cumplimiento de la prisión provisional en sitio distintos a una institución penitenciaria:

a) Cuando por razón de enfermedad del encausado el internamiento pudiera suponer un riesgo grave para su salud, se permitirá que se verifique esta medida en su domicilio, con la debida vigilancia.

b) Cuando para que no se frustre el éxito de un tratamiento de desintoxicación al que estuviere siendo sometido el encausado, se permite que se sustituya la prisión por el ingreso en el centro oficial u organización en que siga el tratamiento.

Tanto en su adopción como una vez que ya se ha acordado, esta medida habrá de ajustarse al mismo sistema de garantías que ya señalamos antes que rige para el detenido.

4216 Libertad provisional

(LECr art.528 s)

Se trata de una medida cautelar alternativa, menos gravosa para el investigado. Supone una limitación más leve de la libertad del encausado, que deberá cumplir ciertas prestaciones que le imponga el juez, tales como, por ejemplo, su comparecencia periódica ante el tribunal. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación el juez podrá acordar la retención del pasaporte (LECr art.530). Puede adoptar dos **modalidades**, con o sin fianza. La fianza se determinará en función de la naturaleza del delito, del estado social y antecedentes del encausado y de las demás circunstancias que pudieran influir en el que pudiera ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial (LECr art.531).

4217 Procedimiento para adoptar la prisión y la libertad provisional

En cuanto al procedimiento para acordar prisión o libertad provisional, salvo que se acuerde esta última sin fianza, el juez siempre deberá convocar a una **audiencia** (conocida como «vistilla») para decidir sobre la situación personal del encausado en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de las 72 horas siguientes a la puesta a disposición judicial del detenido. Deberán asistir a este acto tanto el investigado, asistido por su abogado, el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas. No cabrá adoptar medida cautelar alguna si ninguna de las partes así lo solicita (LECr art.505). Terminada la vista, el juez deberá dictar **auto** con una motivación suficiente y razonable (TCo 179/2011), que deberá ser notificado también a los ofendidos o perjudicados que pudieran verse afectados por el contenido de la resolución. Se trata de una **resolución recurrible** en apelación conforme al régimen previsto en la LECr art.766, lo que implica que cabe plantear previamente recurso de reforma. Su tramitación será preferente y deberá quedar resuelta, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días (LECr art.507).

Conforme avanza el curso de la causa, las circunstancias que justifican la restricción de la libertad pueden variar y motivar así una **modificación** de la situación personal del encausado. En este sentido, el artículo 539 LECr permite al tribunal mejorar su estado, acordando su libertad o modificando su régimen de libertad provisional en términos más favorables, sin que se precise ni petición de parte ni celebración alguna de vista. Por el contrario, sí que se precisa que alguna parte acusadora solicite la revisión de la situación personal del encausado si quiere agravarse su estado, que deberá hacerse, en todo caso, previa audiencia de las partes interesadas (LECr art.505). La LOPJ prevé en su art.294 la posibilidad de reclamar al Estado una **indemnización** en caso de que la prisión acordada fuera indebida, precepto que recientemente ha recibido una interpretación más amplia por el Tribunal Constitucional, en la que considera que esta debe concederse incluso en caso de falta de pruebas para no lesionar la presunción de inocencia (TCo 8/2017).

4219 Prohibición de residir o acudir en un determinado lugar

Para la mejor protección de las víctimas de una amplia lista de delitos de especial gravedad previstos en el CP art.57 (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

de domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico) la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha previsto la posibilidad de acordar de forma cautelar al encausado la prohibición de «residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o comunidad autónoma». Igualmente podrá acordar la prohibición cautelar de acudir a estos sitios o de aproximarse o comunicarse, «con la graduación que sea precisa», a determinadas personas (LECr art.544 bis).

Para la adopción de estas medidas se atenderá a la situación económica del encausado, a sus condiciones de salud, a su situación familiar y laboral.

En caso de **incumplimiento**, deberá el juez convocar a las partes para la celebración de una audiencia para acordar una medida más restrictiva de la libertad, como puede ser la prisión provisional o la orden de protección.

4221 Orden de protección

En el ámbito de los **delitos de violencia doméstica**, el legislador ha introducido la posibilidad de acordar una orden de protección a favor de las víctimas de delitos contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o la seguridad que se hayan podido cometer contra alguna de las personas mencionadas en el CP art.173.2 , siempre que aprecie una situación objetiva de riesgo para la víctima (LECr art.544 ter). A diferencia del resto de medidas cautelares personales analizadas hasta este momento, la orden de protección puede ser adoptada también de oficio, si bien también cabe que sea instada por la víctima o un familiar o por el Ministerio Fiscal. La adopción de esta medida precisa de la celebración de una audiencia contradictoria (LECr art.544 ter.4). Normalmente, es acordada por el juez de guardia.

Destacan dos **notas esenciales** de estas órdenes de protección. En primer lugar, que confieren a la víctima un «estatuto integral de protección», que comprende tanto la adopción de cualesquiera de las medidas cautelares penales ya analizadas, como de medidas civiles, así como de medidas de asistencia y protección social previstas en el ordenamiento jurídico. Y, en segundo lugar, que podrán hacerse valer ante cualquier autoridad y administración pública.

2. Medidas cautelares reales

4225 Varias son las **responsabilidades pecuniarias** que pueden dilucidarse en un proceso penal:

a) Las que derivan de la pena de multa.

b) Las derivadas del ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

c) Las impuestas como costas procesales. Para evitar el peligro de que desaparezcan los bienes con los que hacer frente a estas responsabilidades patrimoniales están previstas las que conocemos como medidas cautelares reales, a las que se refieren los art.589 s. de la LECr .

Las dos medidas cautelares reales contempladas en la LECr eran la fianza y el embargo, a las que han de añadirse las previstas en la LEC, tras la remisión que hace a esta norma el art.764.2 de la LECr en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido. Las diligencias que se lleven a cabo en relación a estas medidas se instruirán en pieza separada.

La **fianza** puede ser personal, pignoraticia o hipotecaria. Se acuerda mediante auto, recurrible en apelación (LECr art.596). Con carácter subsidiario a la fianza, para el caso de que este no se preste, podrán afectarse de forma provisional bienes de los responsables pecuniarios mediante su **embargo**, que se rige tanto por los art.579 s. de la LECr como, de forma supletoria, por las disposiciones de la LEC.

De igual modo que ocurre con las medidas personales, también las reales son susceptibles de **reforma durante el transcurso del proceso**, pudiendo ampliarse fianza o embargo en el caso de que «sobrevinieren motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias» pueden exceder de la cantidad prefijada (LECr art.611) o reducirse a menor cantidad si se considerare que «la cantidad mandada afianzar es superior a las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieren imponerse al procesado» (LECr art.612).

3. Medidas cautelares contra personas jurídicas encausadas

4230 Dada la especialidad de las personas jurídicas, por lógica no les son de aplicación las medidas cautelares personales estudiadas (nº 4204 s.) (detención, prisión y libertad provisional). De igual manera, se han entendido que tampoco le son aplicables a sus representantes legales no encausados por razones de proporcionalidad (Circular de la FGE 1/2011). Por esta razón el legislador apreció la necesidad de prever una serie de medidas cautelares que se ajustaran a la naturaleza de la persona jurídica y, de este modo, con la LO 5/2010 , introdujo tres en el art.33.7. *in fine* del CP, a las que se remite el art.544 quáter de la LECr. Son las siguientes:

- clausura temporal de los locales o establecimientos;
- suspensión de las actividades sociales;
- intervención judicial.

La adopción de estas medidas también queda sujeta a la **petición de parte** y a la celebración de una **vista** a la que se citará a las partes personadas. Contra el **auto** en el que se acuerden se establece la posibilidad de recurrir en **apelación**, que tendrá carácter preferente (LECr art.544 quáter).

En cuanto al aseguramiento de una eventual **responsabilidad patrimonial**, es enteramente de aplicación la regulación general de las medidas cautelares reales.

4. Otras medidas cautelares

4234 En los marginales siguientes nos referiremos a:

- a) La privación cautelar del permiso de conducir vehículos a motor (CP art.41 s).
- b) Intervención de vehículo (LECr art.764.4).

4236 **Privación cautelar del permiso de conducir vehículos a motor**
(CP art.41 s.)

Como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo derivado de la conducción de vehículos a motor, el juez puede imponer la privación cautelar del carnet de conducir. Para ello el art.529 bis de la LECr prevé en estos casos que, si el investigado se halla en libertad, se le recoja el carnet y se incorpore al proceso, comunicando a su vez este hecho al organismo administrativo que lo haya expedido.

4238 **Intervención de vehículo**
(LECr 764.4)

En el ámbito del procedimiento abreviado el legislador ha previsto la posibilidad de acordar la intervención de un vehículo bien ser para practicar sobre él alguna investigación, bien para asegurar responsabilidades pecuniarias en tanto no conste acreditada la solvencia de quien debiera responder económicamente.

F. Periodo intermedio

4239	1. Terminación de la fase de instrucción	4240
	2. Periodo intermedio	4244
	3. Práctica de nuevas diligencias	4248
	4. Decisión sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento	4252

1. Terminación de la fase de instrucción

4240 La terminación de la fase de instrucción se produce, en general, mediante una resolución en forma de **auto** que, según el tipo de procedimiento, puede ser:

- el auto de conclusión de sumario que pone fin a la fase de instrucción del proceso penal ordinario por delitos graves (LECr art.622);
- el auto que pone fin a las diligencias previas del procedimiento abreviado (LECr art.779); o
- la resolución que pone fin a las diligencias urgentes del procedimiento para el enjuiciamiento rápido (LECr art.798).

Al mismo tiempo que declara **concluida la fase** de instrucción del proceso, el juez puede adoptar alguna de las **resoluciones** siguientes:

1. Si, a la vista de las investigaciones, entiende que los hechos son constitutivos de **delito leve**, ordenará lo que proceda para la celebración del correspondiente juicio sobre delitos leves (LECr art.624 y 779.1.2ª).
2. Si estima que se trata de delito cuyo enjuiciamiento corresponde a la **jurisdicción militar**, se inhibirá en favor de los tribunales militares (LECr art.779.1.3ª).
3. Si estima que se trata de delito cometido por un **menor de edad**, remitirá las actuaciones al fiscal de menores (LECr art.779.1.3ª).

4. En el **procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido** (no en el proceso penal ordinario por delitos graves), puede acordar el sobreseimiento del proceso cuando considere que «el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración», o bien, aunque considere que el hecho puede ser constitutivo de delito, cuando no hubiere autor conocido (LECr art.779.1.1ª y 798.2.1ª).

5. En el enjuiciamiento rápido, cuando no se pueda seguir investigando mediante las diligencias urgentes porque se haya agotado el plazo previsto en el art.799 de la LECr, pero el juez considere que los **hechos no están suficientemente aclarados** y que se debe seguir investigando, ordenará que continúe la instrucción como diligencias previas del procedimiento abreviado (LECr art.798.2.2ª).

6. Fuera de los casos anteriores, al declarar **concluida la instrucción**, el juez ordenará que continúe el proceso, abriéndose la llamada fase o periodo intermedio del proceso penal.

2. Periodo intermedio

4244 El periodo intermedio del proceso penal se abre cuando el juez de instrucción da por finalizada la fase de instrucción. En el periodo intermedio las actuaciones de la fase de instrucción se ponen a disposición de las **partes** (especialmente de las acusadoras), quienes **pueden**:

- pedir que se complete la instrucción, solicitando actuaciones que, a su juicio, debería haber realizado el juez de instrucción y que no realizó; y

- si consideran que la instrucción está completa, pedir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

El periodo intermedio finaliza con una resolución judicial en forma de **auto** que decide, bien la apertura del juicio oral, bien el sobreseimiento. Si todas las partes acusadoras piden el sobreseimiento, el tribunal debe acordarlo. Si alguna de las partes acusadoras pide la apertura del juicio oral, la regla general es que el tribunal debe acordarla y solo excepcionalmente cabe el sobreseimiento.

El **tribunal** que conoce de la fase intermedia del proceso penal es distinto en función del tipo de proceso de que se trate:

- en el **juicio ordinario por delitos graves** conoce de la fase intermedia el tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo de la causa (normalmente la Audiencia Provincial);

- en el **procedimiento abreviado** y en el **enjuiciamiento rápido** conoce de la fase intermedia el juez de instrucción.

3. Práctica de nuevas diligencias

4248 Cuando las partes no están conformes con la finalización de la instrucción, porque entienden que el juez omitió la práctica de alguna diligencia de investigación (o algún procesamiento) que debía haber realizado, pueden pedir, abierta la fase intermedia, que se lleven a cabo estas actuaciones. El procedimiento varía según el tipo de proceso:

a) En el **juicio ordinario**, después del auto de conclusión del sumario, las partes (acusaciones y procesados) pueden pedir a la Audiencia que revoque dicho auto y ordene al juez de instrucción que practique las diligencias que se interesen. La Audiencia decide lo que estime procedente, sin estar vinculada por las peticiones de las partes (LECr art.627, 630 y 631).

b) En el **procedimiento abreviado**, tras el auto de conclusión de las diligencias previas, se da traslado de las actuaciones a las partes acusadoras (no al encausado) quienes disponen de un plazo de 10 días para solicitar al propio juez de instrucción la práctica de diligencias complementarias. Si esta petición la efectúa el fiscal, el juez debe acceder a ella. Si la realizan las acusaciones particulares, el juez decide lo que estime procedente (LECr art.780.2). El encausado no puede pedir, en este trámite, diligencias complementarias. Si no está conforme con la conclusión de las diligencias previas debe recurrir (reforma y apelación) el auto acordando dicha conclusión (LECr art.779.1.4ª).

c) En el procedimiento de **enjuiciamiento rápido**, el juez, antes de dictar la resolución que pone fin a las diligencias urgentes, oye a las partes (a todas, acusadores e investigado) sobre la procedencia de poner fin a la investigación o de continuar la instrucción del proceso (LECr art.798). Las partes pueden alegar la necesidad de que se practiquen diligencias de instrucción adicionales. El juez decide lo que estime procedente, sin estar vinculado por las peticiones de las partes, ni siquiera las del fiscal. Si el juez entiende que es necesario practicar más diligencias de instrucción, y no pueden llevarse a cabo dentro del plazo que el art.799 establece para las diligencias urgentes (instrucción del enjuiciamiento rápido), ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado (es decir, continúa abierta la fase de instrucción, pero se abandona el cauce procesal del enjuiciamiento rápido y continúa el proceso por el cauce del procedimiento abreviado).

4252 Terminada la instrucción y tras la práctica, en su caso de las diligencias complementarias, las partes deben dirigirse al tribunal que conozca de la fase intermedia y solicitar:

- el **sobreseimiento** de la causa, si entienden que no existe base en la instrucción para formular acusación;
- la **apertura del juicio oral**, si estiman que procede formular acusación.

La decisión del juez o tribunal sobre la apertura de juicio oral o sobreseimiento está vinculada por las **peticiones formuladas por las partes**, con el siguiente **alcance**:

1) Si todas las partes acusadoras solicitan el sobreseimiento: el juez o tribunal debe acordar el sobreseimiento (LECr art.642 a 644; 782 y 800). Antes de dictar esta resolución, el juez o tribunal que no esté conforme con la petición de sobreseimiento puede intentar agotar todas las posibilidades de que se produzca acusación. A estos efectos la Ley permite al juez o tribunal:

- poner en conocimiento de los ofendidos o perjudicados que no se hubiesen personado como parte la petición de sobreseimiento del fiscal, para que aquellos, si lo desean, ejerciten la acción penal (LECr art.642, 643 y 782.2.a); y
- remitir la causa al superior jerárquico del fiscal que haya pedido el sobreseimiento, para que aquel decida si procede o no sostener la acusación (LECr art.644 y 782.2.b). Si, agotadas estas comunicaciones, no se formula ninguna acusación, el juez o tribunal debe acordar necesariamente el sobreseimiento.

2) Si alguna parte acusadora (basta que sea una sola) **solicita la apertura del juicio oral:** el juez o tribunal debe acordar, como regla, la apertura del juicio oral. No obstante, el órgano jurisdiccional puede acordar el sobreseimiento, aunque alguna parte acusadora (o incluso todas ellas) haya pedido la apertura del juicio oral en los siguientes casos:

- cuando considere que el hecho no es constitutivo de delito (LECr art.645 y 783.1);
- solo en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido, cuando el juez, aun estimando que el hecho es constitutivo de delito, considere que no existen indicios racionales de criminalidad contra la persona a quien las partes acusadoras pretendan acusar (LECr art.783.1).

4260 Concepto y clases de sobreseimiento

El sobreseimiento es la resolución judicial en forma de auto que pone fin al proceso penal, una vez finalizada la fase de instrucción y sin entrar en la fase de juicio oral. El sobreseimiento **procede**:

- cuando ninguna de las partes acusadoras formula acusación o bien,
- cuando formulándose acusación por alguna de las partes acusadoras el juez o tribunal estima que el hecho no es constitutivo de delito o, en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido, el juez estima que no existen indicios racionales de criminalidad contra la persona a quien se pretenda acusar.

En el **procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido** el juez también puede acordar el sobreseimiento en la resolución que pone fin a la instrucción, sin necesidad de esperar a las peticiones de las partes, cuando «estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración» o cuando «aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido» (LECr art.779.1.1ª).

Cuando hay **varios encausados**, el sobreseimiento puede ser total, si afecta a todos ellos, o parcial, si afecta solamente a alguno o algunos. El sobreseimiento total pone fin al proceso; el parcial únicamente cierra el proceso para los encausados a quienes se refiere, abriéndose el juicio oral para el resto (LECr art.634).

4261 Desde otra perspectiva, atendiendo a sus presupuestos y efectos, se debe distinguir entre el sobreseimiento libre y el sobreseimiento provisional.

A) El sobreseimiento libre. El sobreseimiento libre es el que se basa en las siguientes **causas** (LECr art.637):

- que no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa;
- que el hecho no sea constitutivo de delito; o
- que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

En general, el sobreseimiento libre presupone una investigación realizada en la fase de instrucción que ha conseguido esclarecer suficientemente los hechos, poniendo de manifiesto que no hay delito o, cuando menos, que los investigados están exentos de responsabilidad. Por eso, el auto de sobreseimiento libre tiene eficacia de cosa juzgada material, esto es, impide que con posterioridad pueda incoarse otro proceso penal sobre los mismos hechos y frente a los mismos sujetos.

B) El sobreseimiento provisional. El sobreseimiento provisional es el que se basa en las siguientes **causas** (LECr art.641):

- que la investigación de la fase de instrucción no justifique debidamente la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa;
- que resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

En general, el sobreseimiento provisional presupone una investigación realizada en la fase de instrucción que no ha conseguido esclarecer suficientemente los hechos, de tal manera que, aunque esa investigación no permita formular acusación, tampoco conduce a descartar por completo que el delito se haya cometido o que los investigados sean responsables. Por eso, el auto de sobreseimiento provisional no tiene eficacia de cosa juzgada material, quedando abierta la posibilidad de que con posterioridad, si se descubren nuevas pruebas, se pueda abrir de nuevo el proceso penal sobre los mismos hechos y frente a los mismos sujetos.

4263 Recursos contra el auto de sobreseimiento

Cuando el auto de sobreseimiento se dicta a petición de todas las partes acusadoras ninguna de las partes tiene interés en recurrir. En los casos en que alguna parte acusadora haya pedido apertura del juicio oral y el juez o tribunal hubiese acordado el sobreseimiento, la parte que hubiese pedido la apertura del juicio oral puede **recurrir el auto** de sobreseimiento, conforme a las siguientes **reglas**:

- en el **proceso ordinario por delitos graves** el auto de la Audiencia acordando el sobreseimiento libre puede ser recurrido en casación, solamente por infracción de ley, siempre que la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada (LECr art.848);
- en el **procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido**, el auto de sobreseimiento es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (LECr art.766), y la resolución de la Audiencia será recurrible en casación en los términos previstos en la LECr art.848 .

La Ley permite también interponer recurso contra el auto de sobreseimiento a las **víctimas del delito**, aunque no estuvieran personadas como parte en la causa. En los casos de muerte o desaparición ocasionada por algún delito, podrán recurrir el cónyuge o pareja de hecho y los parientes a que se refiere el art.109 bis de la LECr. A tal efecto, el sobreseimiento debe ser comunicado a la víctima que no sea parte en el proceso (LECr art.636 y 779.1.1ª) y el recurso deberá interponerse en los 20 días siguientes a la comunicación.

G. Fase de plenario o juicio oral

4270	1. Formulación de la acusación y la defensa	4275
	2. Actuaciones de previas al inicio de las sesiones del juicio	4285
	3. Cuestiones previas	4290
	4. Publicidad de las sesiones del juicio oral	4300
	5. Desarrollo del juicio oral	4310
	6. Suspensión del juicio oral	4330

4271 La fase de plenario o juicio oral se abre con el auto de apertura del juicio oral y finaliza normalmente con la sentencia que condena o absuelve al acusado. El contenido normal de la fase de plenario comprende las siguientes **actuaciones**:

1. Presentación de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y acusaciones particulares personadas.
2. Presentación del escrito de defensa del acusado.
3. Actuaciones de previas al inicio de las sesiones del juicio: admisión de pruebas, recusación de peritos, práctica de prueba anticipada, señalamiento del juicio, citaciones para comparecer en el juicio.
4. Planteamiento y decisión de cuestiones previas.
5. Celebración del juicio oral.
6. Sentencia.

4275 En los siguientes marginales se analizan los escritos de acusación, de defensa y las variaciones procedimentales en uno y otro caso, según el tipo de proceso.

4277 **Escritos de acusación**
(LECr art.650 y 781.1)

Como **regla general**, las partes acusadoras han de formular la acusación por escrito. Por **excepción**, en el enjuiciamiento rápido se admite la acusación en forma oral, y en el juicio sobre delitos leves la acusación se formula oralmente.

En los escritos de acusación deberán expresarse las siguientes **circunstancias**:

1ª. Los hechos punibles que resulten del sumario.

2ª. La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituya.

3ª. La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios.

4ª. Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.

5ª. Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito.

6ª. Cuando se ejercite la acción civil derivada del delito, la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida, así como 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.

7ª. Las pruebas que se propongan para su práctica en el juicio oral, con las listas de testigos y peritos que el acusador pretenda que declaren o informen en el juicio (LECr art.656 y 781.1, párrafo 2º).

8ª. La solicitud de práctica de prueba anticipada (LECr art.657, párrafo 3º y 781.1, párrafo 3º).

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 resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia (LECr art.653).

En el mismo trámite, el **actor civil** presentará su escrito limitado a la formulación de sus pretensiones de restitución, reparación o indemnización frente a los responsables civiles (LECr art.651, párrafo 2º).

4279 **Escrito de defensa**

De los escritos de acusación se da traslado al acusado o a los acusados, para que presenten sus escritos de defensa. Si en este trámite no tuviesen ya abogado y procurador, se les designa de oficio (LECr art.652 y 784).

El **contenido** del escrito de defensa incluye los siguientes puntos:

1º. Se debe pronunciar, por conclusiones numeradas y correlativas a las de la acusación, si están o no conformes con cada una, consignando, en su caso, los puntos de divergencia (LECr art.652);

2º. Las pruebas que el acusado proponga para su práctica en el juicio oral (LECr art.656, párrafo 1º y 784.2);

3º. La solicitud de práctica de prueba anticipada (LECr art.784.2).

Los terceros responsables civiles podrán presentar en este trámite sus **escritos de contestación** a las pretensiones patrimoniales que se hubiesen formulado frente a ellos (LECr art.652).

En el escrito de defensa los **acusados** pueden también manifestar su **conformidad** con la acusación más grave, lo que puede dar lugar a la inmediata terminación del proceso con sentencia condenatoria en los términos que se verán más adelante (LECr art.655 y 784.3).

4281 **Procedimiento de los trámites de acusación y defensa**

Como siempre, hay variaciones procedimentales según el tipo de proceso:

1) En el **juicio ordinario por delitos graves**: las partes acusadoras piden, primero, la apertura del juicio oral, sin formular en ese momento la acusación (LECr art.627 i.f.); una vez acordada la apertura del juicio oral, se da traslado de las actuaciones a las partes acusadoras para que presenten sus escritos de acusación que, en este proceso, se denominan «escritos de calificación provisional»; si hay varias partes acusadoras, los traslados se efectúan sucesivamente, emplazando a cada una por 5 días para que presente sus calificaciones provisionales (LECr art.649).

y 651); agotados los traslados a las partes acusadoras, se entregan las actuaciones a los acusados y a los terceros civilmente responsables, con traslados también sucesivos para que en 5 días presenten sus escritos de defensa (LECr art.652).

2) En el procedimiento abreviado: los escritos de acusación han de presentarse al mismo tiempo que se solicita la apertura del juicio oral (LECr art.780.1 y 781); acordada la apertura del juicio oral por el juez, se da traslado de las actuaciones a los acusados para que presenten sus escritos de defensa (LECr art.784.1).

3) En el procedimiento de enjuiciamiento rápido: la apertura del juicio oral se acuerda en una comparecencia de las partes ante el juez. Abierto el juicio oral, el fiscal debe formular su acusación inmediatamente (puede hacerlo oralmente o por escrito); no obstante, si hay acusaciones particulares personadas, se concede al fiscal y a las acusaciones un plazo de 2 días para presentar el escrito de acusación; la defensa del acusado también puede formularse inmediatamente después de la acusación, oralmente o por escrito, o dentro de un plazo que no puede exceder de 5 días (LECr art.800).

2. Actuaciones de previas al inicio de las sesiones del juicio

4285 Desde que se presentan los escritos de acusación y de defensa hasta que se inicia el acto del juicio oral tienen lugar las siguientes actuaciones:

1º. Remisión del proceso al tribunal competente para el juicio oral (LECr art.784.5). Esta remisión de efectúa solo en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido, ya que en el proceso ordinario por delitos graves el proceso se remite al tribunal competente para el juicio oral al concluir la instrucción, de manera que la fase intermedia y la presentación de los escritos de acusación y defensa se realiza ya ante este tribunal.

2º. El tribunal competente para el juicio oral **debe decidir:**

- sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes para su práctica en el juicio oral (LECr art.659, 785.1 y 800.6);
- el señalamiento de fecha para la celebración del juicio oral (LECr art.659 V y 785.2); en el enjuiciamiento rápido la fecha del juicio la señala el juez de instrucción (LECr art.800.3);
- ordenar que se cite al juicio a todas las personas que deban participar en él: las partes, testigos, peritos, etc. (LECr art.660, 661, 664 y 785); en el enjuiciamiento rápido algunas citaciones se realizan por el juez de instrucción y otras por el juez de lo penal (LECr art.800.3, 6 y 7).

3º. En el tiempo que media entre la presentación de los escritos de acusación y defensa **y la celebración del juicio oral** se pueden producir, además, a instancia de parte, las siguientes actuaciones:

- recusación de peritos (LECr art.662);
- práctica de prueba anticipada, cuando fuere de temer que alguna prueba propuesta por las partes no se pueda practicar en el juicio oral, o que pudiere motivar su suspensión (LECr art.657, párrafo 3º y 785.1).

3. Cuestiones previas

4290 Después de la apertura del juicio oral, la Ley permite a las partes plantear al tribunal competente para el juicio oral ciertas cuestiones que, de ser estimadas, impiden la celebración del juicio oral. Estas cuestiones previas se plantean antes de que se inicien las sesiones del juicio (en el proceso ordinario por delitos graves) o, ya iniciado el juicio oral, en los momentos iniciales del mismo, antes de la práctica de las pruebas (en los procedimientos abreviado y de enjuiciamiento rápido).

4291 En el **proceso ordinario por delitos graves** solo pueden alegarse como cuestiones previas determinadas circunstancias que taxativamente enumera la Ley, más algunas otras admitidas por la jurisprudencia. Las previstas en la Ley (LECr art.666) son las siguientes:

1ª. Declinatoria de jurisdicción. Supone la alegación como cuestión previa de la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal; su estimación provoca la remisión del proceso al tribunal que sea competente (LECr art.674, párrafo 3º).

2ª. Cosa juzgada. Supone la alegación como cuestión previa de que el acusado ya ha sido juzgado por los mismos hechos en un proceso penal anterior finalizado con sentencia firme condenatoria o absolutoria o con auto de sobreseimiento libre; su estimación provoca la finalización del proceso por auto de sobreseimiento libre; si hay otros acusados no afectados por la cosa juzgada, el proceso continuará para ellos (LECr art.675).

3ª. **Prescripción del delito.** Supone la alegación, como cuestión previa, de la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito (CP art.130 y 131); su estimación conduce a la finalización del proceso por auto de sobreseimiento libre (LECr art.675).

4ª. **Falta de autorización administrativa para procesar** en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a leyes especiales. Puede aplicarse en procesos penales contra diputados o senadores, cuando no se haya obtenido la autorización de la respectiva cámara legislativa por medio del suplicatorio. Su estimación da lugar a que el tribunal mande subsanar inmediatamente el defecto, quedando entretanto en suspenso la causa, que se continuará según su estado, una vez concedida la autorización (LECr art.677).

También prevé la Ley que se aleguen como cuestiones previas la **amnistía** o el **indulto** (LECr art.666.4ª). Pero, por distintas razones, ni la amnistía ni el indulto pueden actualmente constituir el objeto de una cuestión previa en el proceso penal.

4292 En el **procedimiento abreviado** (y en el **enjuiciamiento rápido**), además de las previstas para el juicio ordinario, se pueden plantear como cuestiones previas las siguientes (LECr art.786.2):

1º. Vulneración de algún derecho fundamental.

2º. Concurrencia de alguna causa de suspensión del juicio oral.

3º. Nulidad de actuaciones.

4º. Cuestiones relativas al contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto (en este caso no se trata de impedir la celebración del juicio; se puede tratar de evitar que se practique alguna prueba: por ejemplo, alguna prueba que se considere obtenida con vulneración de derechos fundamentales).

4294 **Artículos de previo pronunciamiento**

(LECr art.666 a 679)

En el juicio ordinario por delitos graves la Ley denomina a las cuestiones previas «artículos de previo pronunciamiento». Estos «artículos» se pueden plantear por cualquiera de las partes por escrito, dentro de los 3 primeros días del plazo que tengan para presentar los escritos de acusación o de defensa (LECr art.667).

Planteado algún artículo de previo pronunciamiento, se abre un **incidente con alegaciones** escritas del resto de las partes sobre la cuestión previa planteada, posible práctica de pruebas y celebración de vista (LECr art.668 a 673).

Finalizada la tramitación del incidente, el tribunal decide por medio de **auto**. Si estima procedente el artículo que se hubiese suscitado, ordenará lo que corresponda: remitir la causa al tribunal competente, sobreseer libremente el proceso o mandar que se subsane la falta de autorización, según los casos (LECr art.674 a 677). Si desestima la cuestión previa, continuará el proceso en el trámite en que se encontraba cuando se planteó el artículo de previo pronunciamiento (LECr art.679). Las cuestiones previas desestimadas, excepto la declinatoria, se pueden plantear de nuevo en el juicio oral para que se decida sobre ellas en la sentencia (LECr art.678).

4296 **Cuestiones previas en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido**

En los procedimientos abreviado y de enjuiciamiento rápido las cuestiones previas se plantean al comienzo del juicio oral, inmediatamente después de que el letrado de la Administración de Justicia lea los escritos de acusación y de defensa. Tras esa lectura, el tribunal abre un «turno de intervenciones» para que las partes puedan formular oralmente las cuestiones previas que estimen procedentes.

A continuación, el juez o tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia (LECr art.786.2).

4. **Publicidad de las sesiones del juicio oral**

4300 Las sesiones del juicio oral son públicas, bajo pena de nulidad (LECr art.680). La publicidad de las sesiones **implica**, como regla:

- que puede asistir a ellas cualquier persona, sin necesidad de justificar un interés especial; y

- ausencia de restricciones a la información sobre el juicio en los medios de comunicación, incluyendo la grabación y difusión de las sesiones en medios audiovisuales.

La única **limitación a la información** que se establece con carácter general es la prohibición de divulgar o publicar 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 (LECr art.681.3).

No obstante, en determinadas circunstancias, el tribunal puede adoptar **medidas restrictivas de la publicidad**, bien ordenando la celebración del juicio a puerta cerrada, bien poniendo límites adicionales a la difusión de las actuaciones del juicio en los medios de comunicación.

4302 Celebración del juicio a puerta cerrada

La celebración a puerta cerrada del juicio, o de algunas de sus sesiones o actuaciones se puede acordar por el tribunal de oficio o a instancia de cualquiera de las partes cuando sea necesario por alguna de las siguientes **causas**:

- cuando lo exijan razones de seguridad u orden público;
- cuando sea necesario para la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima;
- cuando lo imponga el respeto debido a la víctima o a su familia;
- cuando resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.

Antes de ordenar la celebración a puerta cerrada, el tribunal debe oír a las partes. Acordada la medida, en las actuaciones afectadas solamente podrán estar presentes el Ministerio Fiscal, las personas lesionadas por el delito, las partes y las personas que, por acreditar un especial interés en la causa sean expresamente autorizadas por el juez o el presidente del tribunal.

4304 Restricciones a la información sobre el juicio

El tribunal puede acordar la adopción de las siguientes **medidas** para la **protección de la intimidad** de la víctima y de sus familiares:

- prohibir 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 (LECr art.681.2);
- prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares (LECr art.681.2);
- restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio acordando determinadas limitaciones a la grabación de imagen o sonido respecto a determinadas pruebas o personas, o prohibiendo que se facilite la identidad de las víctimas, testigos, peritos u otras personas que intervengan en el juicio.

Las medidas restrictivas de la información a través de **medios audiovisuales** solo pueden acordarse 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 (LECr art.682).

5. Desarrollo del juicio oral

4310 En esta fase de celebración del juicio oral deben considerarse las siguientes **cuestiones**:

- a) Dirección de los debates.
- b) Iniciación de la vista.
- c) Práctica de las pruebas.
- d) Ratificación o modificación de las conclusiones de las partes.
- e) Informes finales.
- f) Última palabra y conclusión del juicio.
- g) Documentación de la vista.

4312 Dirección de los debates del juicio

El juicio oral se celebra ante el tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo de la causa que, según la gravedad del delito puede ser un **tribunal colegiado** (Audiencia Provincial, Sala de lo Penal) o un **tribunal unipersonal** (juzgado de lo penal, Juzgado Central de lo Penal). En el primer caso, la dirección de los debates del juicio corresponde al magistrado que presida el tribunal colegiado; en el segundo, al juez.

Al juez o presidente le corresponde:

- dirigir los debates cuidando de impedir las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto a los defensores la libertad necesaria para la defensa (LECr art.683);
- conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al tribunal y a los demás poderes públicos (LECr art.684).

A estos efectos, el juez o presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerase oportuno; podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del juzgado competente, así como corregir en el acto con multa las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la Ley una corrección especial (LECr art.684). Si fuese el acusado quien alterase el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando estas en su ausencia (LECr art.687).

4314 Iniciación de la vista: lectura de la acusación y la defensa, cuestiones previas y conformidad

Al comienzo de la vista del juicio oral del proceso penal pueden tener lugar las siguientes **actuaciones**:

1. Lectura por el letrado de la Administración de Justicia de los escritos de acusación y defensa (LECr art.701, párrafos 2º y 3º y 786).
2. Solo en procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido: «turno de intervenciones» para el planteamiento de cuestiones previas y decisión del tribunal sobre estas cuestiones (LECr art.786.2);
3. Eventual manifestación por el acusado de su conformidad con la acusación más grave; expresada esta conformidad, el juicio puede concluir, dictándose sentencia de inmediato. En el juicio ordinario estas actuaciones se practican al inicio del juicio, antes de la lectura de los escritos de acusación y defensa (LECr art.688 a 700); en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido la conformidad del acusado puede expresarse en el juicio oral (LECr art.787).

4316 Práctica de las pruebas

La práctica de las pruebas tiene lugar en el acto del juicio oral. Como **regla**, solamente se practicarán las pruebas propuestas oportunamente por las partes y admitidas por el tribunal (LECr art.728). **Excepcionalmente**, pueden practicarse también, aunque no hayan sido propuestas por las partes en sus escritos, las siguientes pruebas:

- 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;
- las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación; y
- las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el tribunal las considera admisibles (LECr art.729).

4317 En cuanto al **orden** se practican primero las pruebas que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con las propuestas por los demás acusadores, y, por último, con la de los acusados (LECr art.701, párrafo 4º). Las pruebas de cada parte se practican según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas (LECr art.701, párrafo 5º). El presidente, sin embargo, puede alterar este orden a instancia de parte, y aun de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad (LECr art.701, párrafo 6º).

4318 La LECr. regula la práctica de las siguientes pruebas en el juicio oral:

a) **Declaración de testigos**. Los art.702 a 722 de la LECr regulan la práctica de la prueba de testigos en el juicio oral; cabe también el **careo** (LECr art.713). La declaración de los **acusados** no está regulada como medio de prueba, sino en el contexto de la confesión a efectos de conformidad, lo que no impide que dichas declaraciones se produzcan y se valoren como prueba, aunque no haya conformidad del acusado (LECr art.688 a 700).

En la regulación de la práctica de la prueba testifical en el juicio se presta especial atención a la protección de los testigos **menores de edad o con discapacidad** necesitados de especial protección y de las **víctimas** que deban declarar como testigo cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección. La declaración de estos testigos se llevará a cabo utilizando medios técnicos que eviten la confrontación visual de los testigos con el acusado siempre que ello resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del acto (LECr art.707). Se prohíbe también que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que excepcionalmente

el tribunal lo considere procedente para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima (LECr art.709).

b) **Informe de peritos.** A su práctica en el juicio oral se refieren los LECr art.723 a 725 .

c) **Examen de los documentos y piezas de convicción.** Los documentos y piezas de convicción deben encontrarse a disposición del tribunal en el lugar en que se celebre el juicio (LECr art.688); y el tribunal los examina directamente (LECr art.726).

d) **Inspección ocular.** Como regla general, la inspección ocular debe practicarse como prueba anticipada antes de que se inicien las sesiones del juicio; pero, excepcionalmente, puede practicarse también cuando el juicio ya ha comenzado, suspendiendo las sesiones para que el tribunal y las partes se desplacen al lugar en que deba practicarse la prueba (LECr art.727).

Las declaraciones de acusados y testigos, y los informes de peritos, se pueden llevar a cabo mediante **videoconferencia** cuando concurren las circunstancias previstas en la LECr art.731 bis .

Además de lo anterior, se pueden leer en el juicio las **diligencias practicadas en la fase de instrucción** que por causas independientes de la voluntad de las partes no puedan volver a practicarse en el acto del juicio (LECr art.730).

4319 Ratificación o modificación de las conclusiones de las partes

Después de practicadas las pruebas, las partes pueden modificar las conclusiones de sus escritos de acusación o de defensa, presentando nuevos escritos (LECr art.732 y 788.3). En este trámite, el tribunal puede plantear a las partes cuál es la calificación que considera más acertada (LECr art.733) a fin de que si lo consideran procedente, modifiquen sus calificaciones.

En el **procedimiento abreviado**, el tribunal puede solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados (LECr art.788.3). Asimismo, si las partes acusadoras cambian la tipificación penal de los hechos o aprecian un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el juez o tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de 10 días, a petición de la defensa, a fin de que esta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas (LECr art.788.4).

4321 Informes finales

Antes de dar por finalizado el juicio, el tribunal concede la palabra a las partes para que formulen oralmente sus informes finales. Las **partes acusadoras** expondrán en sus informes «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» (LECr art.734, párrafo 2º). El **actor civil** limitará su informe a los puntos concernientes a la responsabilidad civil (LECr art.735). Finalmente, informan los **defensores** de los acusados y de los terceros responsables civiles (LECr art.736).

4323 Última palabra y conclusión del juicio

La LECr reserva a los acusados el derecho a la última palabra en el acto del juicio. A estos efectos, tras los informes finales, el presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al tribunal y al que contestare afirmativamente, le será concedida la palabra (LECr art.739).

El presidente cuidará de que los procesados al usarla no ofendan la moral ni falten al respeto debido al tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario.

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).

4325 Documentación de la vista

Como regla general, el desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (LECr art.743.1). En principio, el letrado de la Administración de Justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías, en cuyo caso no será preciso que el letrado de la Administración de Justicia esté presente en la sala, ni que extienda acta (LECr art.743.2).

La presencia del letrado de la Administración de Justicia en la sala y la redacción de acta queda limitada a casos excepcionales previstos en la LECr art.743.2 a 5 .

4330 Como regla, iniciado el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión (LECr art.744). El tribunal puede, no obstante:

- retrasar la fecha de inicio de las sesiones cuando las partes, por motivos independientes de su voluntad, no tuvieran preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos (LECr art.745);
- acordar la suspensión del juicio oral, después de iniciado, en los casos previstos en la LECr art.746 .

Cuando haya de **prolongarse indefinidamente** la suspensión del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada, y se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas las personas reemplazables (LECr art.749).

Para el **procedimiento abreviado**, la LECr art.788.1 regula la suspensión del juicio, por tiempo máximo de 30 días, cuando concurren las causas del art.746.

H. Formación del convencimiento del juzgador

4332	1. Principio de libre valoración de la prueba y la «mínima actividad probatoria»	4335
	2. Materiales probatorios valorables por el tribunal penal	4340
	3. La llamada prueba de indicios	4350
	4. Prueba obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales	4355
	5. La regla de decisión en caso de incertidumbre: carga de la prueba y presunción de inocencia	4360

1. Principio de libre valoración de la prueba y la «mínima actividad probatoria»

4335 Terminado el juicio oral, el tribunal penal ha de dictar sentencia «apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados» (LECr art.741).

La apreciación de las **pruebas «en conciencia»** no significa que para que el tribunal pueda condenar al acusado baste una íntima convicción de sus miembros sobre la culpabilidad del acusado, no importando cómo se haya formado esa convicción ni a partir de qué datos o fuentes de información.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo sobre el derecho a la presunción de inocencia (Const art.24.2) insiste en la necesidad de que toda condena penal se base, cuando menos, en una mínima actividad probatoria de cargo practicada con respeto de las **garantías procesales**. Esta exigencia se traduce en las dos consecuencias siguientes:

1. Existiendo esa mínima actividad probatoria, el tribunal penal ha de valorarla en conciencia y, si llega a la convicción de que el acusado es culpable, dictar la correspondiente sentencia condenatoria.
2. Faltando la mínima actividad probatoria, el tribunal penal ha de dictar necesariamente sentencia absolutoria, por imposición del principio de presunción de inocencia y con absoluta independencia de cuál sea el íntimo convencimiento del tribunal acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado; en consecuencia, aunque el tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, si no existe la mínima actividad probatoria, deberá dictar sentencia absolutoria.

2. Materiales probatorios valorables por el tribunal penal

4340 Como **regla general**, la convicción del tribunal sobre los hechos que hayan sido objeto de acusación debe formarse teniendo en cuenta únicamente las pruebas practicadas en el acto del juicio: declaraciones de los acusados en el juicio, testigos que declaran en el juicio, peritos que informan en el juicio, documentos, papeles y piezas de convicción que se encuentren presentes en la sala en que se celebra el juicio y sean directamente examinados por el tribunal que ha de dictar la sentencia.

Por vía de **excepción**, la Ley permite que el tribunal tenga en cuenta, para formar su convicción, materiales fácticos distintos de las pruebas practicadas en el juicio, que se examinan a continuación.

4342 Prueba anticipada

Son pruebas que se practican antes de la celebración del juicio oral, cuando es previsible que, de esperar al juicio oral, no podrán llevarse a cabo (por ejemplo, la declaración de un testigo gravemente enfermo, que previsiblemente fallecerá antes de iniciarse las sesiones del juicio). La Ley permite la **práctica** de prueba anticipada:

1. Ante el juez de instrucción, en la fase de instrucción del proceso: prueba testifical anticipada (LECr art.448, 777.2 y 797.2) y prueba pericial anticipada (LECr art.467 y 471).

2. Ante el tribunal competente para el juicio oral y la sentencia, antes de la celebración de las sesiones del juicio. Por esta vía cabe la práctica anticipada de cualquier clase de pruebas «que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión» (LECr art.657, párrafo 3º).

4344 Actos de investigación de la fase de instrucción: las lecturas

Como **regla general**, el tribunal penal no puede basar su convicción en las diligencias de investigación de la fase de instrucción. El tribunal penal no puede valorar como prueba, por ejemplo, la declaración de un testigo ante el juez de instrucción, cuando ese testigo no declara en el juicio oral; ni el informe de un perito en la fase de instrucción, si el perito no comparece en el juicio oral. Ahora bien, por vía de **excepción**, el tribunal puede tener en cuenta a efectos probatorios las diligencias de investigación de la fase de instrucción en los siguientes casos:

1. Si el acusado o un testigo, al declarar **en el juicio oral contradicen sus declaraciones ante el juez de instrucción**. En estos casos, las partes pueden pedir que se lean en el juicio las declaraciones prestadas por el acusado o el testigo en la fase de instrucción e interrogar al declarante sobre las contradicciones que se observen entre lo que declaró ante el juez de instrucción y lo que declara en el juicio oral. Cuando se proceda de esta forma, el tribunal, al dictar sentencia, podrá tener en cuenta tanto lo que el testigo haya declarado en el juicio oral como lo que declaró ante el juez de instrucción (LECr art.714).

2. **Diligencias de investigación** de la fase de instrucción que **no puedan ser reproducidas en el juicio oral** por causas independientes de la voluntad de las partes (por ejemplo, un testigo que declaró ante el juez de instrucción sin las formalidades especiales de la prueba anticipada, que luego no puede comparecer en el juicio oral por haber fallecido repentinamente antes del inicio de las sesiones). En estos casos las partes pueden pedir la lectura o reproducción en el juicio oral de la diligencia de investigación de que se trate (en el ejemplo, se leería o se reproduciría la grabación de la declaración del testigo ante el juez de instrucción). El tribunal, al dictar la sentencia, podrá tener en cuenta para formar su convicción el contenido de la lectura o reproducción de la diligencia de investigación de que se trate (LECr art.730).

Tratándose de declaraciones de víctimas **menores de edad o de víctimas con discapacidad** necesitadas de especial protección, prestadas en la fase de instrucción con los requisitos de la prueba anticipada (LECr art.448), se admite su lectura o reproducción en el acto del juicio aunque no fuera imposible la asistencia del testigo a dicho acto (LECr art.730).

4346 Actos de investigación de la policía judicial

Son las declaraciones que el investigado o testigos prestan ante la policía, los registros efectuados por los agentes policiales en casos de delito flagrante, los informes de la policía sobre sus propias percepciones en el momento en que intervienen ante la noticia del delito, etc. Todos estos elementos constan en el atestado y tienen el valor de denuncia (LECr art.297). No son, por tanto, material apto para que el tribunal pueda basar en él su convicción sobre la culpabilidad del acusado.

Los datos descubiertos por la policía en sus investigaciones deben ser objeto de prueba testifical en el juicio oral, mediante la declaración como testigos de los agentes policiales que intervinieron en la investigación (LECr art.717).

3. La llamada prueba de indicios

4350 La prueba de los hechos punibles puede ser directa (por ejemplo, un testigo declara que vio al acusado romper la luna del escaparate de la joyería, tomar las joyas y salir huyendo) o indirecta (nadie vio al acusado cometer el delito, pero se han encontrado en su casa las joyas robadas y el mazo que se empleó para romper el escaparate; en la luna del escaparate, además, hay huellas dactilares pertenecientes al acusado y este fue visto tomando copas en un bar contiguo a la joyería poco antes de cometerse el delito).

La convicción del tribunal sobre la culpabilidad del acusado puede basarse tanto en prueba directa como en prueba indirecta o por indicios. En relación con la prueba indirecta o por indicios la **jurisprudencia** del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo exige:

1. Que los hechos básicos o indicios hayan sido probados (en el ejemplo, para que se pudiera condenar al acusado sería necesario que estuviesen plenamente probados los indicios señalados: que las joyas estaban en poder del

acusado, que el mazo encontrado en la casa del acusado fue el utilizado para romper la luna, que el acusado tocó la luna del escaparate, etc.).

2. Que entre esos hechos básicos o indicios y el hecho punible que se trata de probar (en el ejemplo, que fue el acusado quien rompió el escaparate y sustrajo las joyas) exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

3. Que el tribunal exprese, en la motivación de la sentencia, el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los hechos básicos o indicios probados, llega a la conclusión de que el acusado ha cometido el delito.

4. Prueba obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales

4355 El art.11.1 de la LOPJ dispone que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». En el proceso penal esta norma conduce, en ocasiones, a que el tribunal penal no pueda tener en cuenta ciertos elementos probatorios que demuestran la culpabilidad del acusado: por ejemplo, un registro domiciliario practicado por la policía sin consentimiento del titular del domicilio y sin autorización judicial; o la apertura, por la policía, sin autorización judicial, de una carta en la que se encuentra un sobre con drogas, etc.

La **ineficacia** de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales se extiende también a aquellas otras pruebas que sean consecuencia de la obtenida ilícitamente (doctrina de los frutos de árbol envenenado). La jurisprudencia, no obstante, matiza esta regla en los casos en que no existe la denominada «conexión de antijuridicidad», esto es, cuando pueda racionalmente apreciarse, atendidas las circunstancias del caso, que la prueba derivada de una prueba ilícita anterior se hubiese obtenido igualmente aunque esta última no hubiera existido.

La existencia de prueba ilícita no impide la **condena** si existen en el proceso otras pruebas no contaminadas de ilicitud que demuestren la culpabilidad del acusado; ahora bien, si las únicas pruebas incriminatorias existentes en la causa se han obtenido ilícitamente o derivan de prueba ilícita sin que pueda excluirse la «conexión de antijuridicidad», el tribunal penal está obligado a absolver al acusado, incluso aunque sea patente su culpabilidad.

5. La regla de decisión en caso de incertidumbre: carga de la prueba y presunción de inocencia

4360 Siempre que el tribunal penal, tras valorar las pruebas, no consiga la **plena certeza** sobre la comisión del delito o la atribución de este al acusado, debe dictar sentencia de fondo absolutoria. Para que proceda la absolución, por tanto, no es precisa la plena certeza de la inocencia del acusado, sino que basta con que la prueba valorable por el tribunal no demuestre la culpabilidad. En caso de que, tras la **valoración de las pruebas**, no se despeje la incertidumbre sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, este debe ser absuelto por el tribunal. Este es el alcance del **principio in dubio pro reo**, que es una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia (Const art.24.2).

I. Sentencia penal

4363	1. Concepto y clases	4365
	2. Formación y estructura	4370
	3. Requisitos	4375

1. Concepto y clases

4365 La sentencia penal es la resolución judicial que pone fin al proceso, pronunciándose sobre lo que ha sido su objeto y decidiendo bien la absolución, bien la condena del encausado. La sentencia penal solo permite estos contenidos; no son admisibles, por tanto, las denominadas «sentencias absolutorias de la instancia», es decir, aquellas que dejan imprejuzgado el fondo del asunto y que no obstan a un nuevo proceso sobre los mismos hechos (LECr art.144 y 742).

De ordinario es el tribunal ante el que se ha celebrado el juicio oral quien «apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los mismos encausados», dicta sentencia (LECr art.741, párrafo 1º). No obstante, conviene no olvidar que los procesos en que la conformidad del encausado permite prescindir de la celebración del juicio oral y de la prueba también concluyen con este tipo de resoluciones.

4366 Las sentencias penales pueden ser de las siguientes **clases**:

1. Atendiendo a su **contenido**: condenatorias o absolutorias.

2. Si se atiende en cambio a su **forma**: escritas u orales. Por lo general, las sentencias penales se dictan por escrito. En ciertos casos, sin embargo, la Ley faculta al órgano jurisdiccional para que exprese oralmente el fallo junto con una sucinta motivación, pudiendo redactar la sentencia con posterioridad. Así se contempla para los procesos de los que conoce el juzgado de lo penal (LECr art.789.2) y para las sentencias de conformidad recaídas en el marco del procedimiento abreviado y de los juicios rápidos (LECr art.787.6 y 801.2); casos ambos en que, si la sentencia se dicta de viva voz y las partes manifiestan su decisión de no recurrir, aquella adquiere firmeza en el acto. La forma oral también parece permitirse para las sentencias que ponen fin al proceso especial por aceptación de decreto (LECr art.803 bis i) y al juicio sobre delitos leves (LECr art.973.1).

3. Por último, en función de su **impugnabilidad**: definitivas o firmes, según que, respectivamente, pongan fin a la instancia y sean susceptibles de recurso, o no puedan recurrirse.

2. Formación y estructura

4370 En lo relativo a la formación y estructura de la sentencia penal coexiste en nuestro ordenamiento una **doble regulación**: la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr art.141 a 162) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ art.249 a 267). Obviamente, el carácter más reciente de esta segunda Ley, unido a su mayor rango en la jerarquía normativa, conduce a considerar tácitamente derogados aquellos preceptos de la Ley procesal penal que, en este contexto, se opongan a lo previsto en la Ley Orgánica.

4371 La **formación** de la sentencia difiere según que esta se dicte por un **órgano unipersonal o colegiado**. En este último caso, el ponente confecciona un borrador de sentencia que somete a la deliberación y votación de los restantes miembros de la Audiencia o tribunal que estuvieron en la vista, exigiéndose mayoría absoluta para su aprobación. Una vez aprobada, la sentencia se redacta por el Ponente y se firma por todos los miembros del órgano colegiado, si bien estos últimos podrán salvar su voto, lo que dará lugar a que, junto a la sentencia, se publique también el **voto o votos particulares** formulados. En todo caso, se dicten por órganos unipersonales o colegiados, las sentencias definitivas han de **notificarse a las partes y a sus procuradores** (LECr art.160). También han de notificarse a las **víctimas del delito**, aunque no se hayan personado en las actuaciones (esta notificación es preceptiva si la sentencia recae en el marco de un procedimiento abreviado; en otro caso la sentencia solo se notifica a las víctimas si es que estas últimas así lo solicitan expresamente (LECr art.789.4 y 742, párrafo 4º y L 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito art.7.1).

4372 Las sentencias penales responden a la siguiente **estructura** (LECr art.142 y LOPJ art.248.3):

a) **Encabezamiento**: en el que, además de consignarse el lugar, la fecha, el juzgado o tribunal sentenciador, y la identidad, en su caso, del magistrado ponente, se hace constar el tipo de procedimiento seguido, los hechos delictivos objeto del proceso (i.e.: el tipo penal que integran) y las partes que han intervenido.

b) **Antecedentes de hecho** (antes llamados «resultandos»): en este apartado han de concretarse, en párrafos separados y numerados, los hechos relacionados con las cuestiones que deban resolverse; las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa; y, de haber hecho uso de ella, la tesis planteada por el tribunal a las partes (LECr art.733 o art.788.3).

c) **Hechos probados**: este apartado integra la motivación fáctica de la sentencia. En él han de consignarse, también en párrafos separados y numerados, los hechos que el órgano sentenciador considere acreditados en virtud de la prueba practicada en el juicio oral, incluidos aquellos que conciernan a la responsabilidad civil *ex delicto*. Como recalca la jurisprudencia, esta motivación debe ser clara y no incurrir en contradicciones, lo que es tanto como decir que el órgano sentenciador no debe redactar estos hechos de forma genérica, ni incluir en este relato conceptos jurídicos que predeterminen el fallo o que sean contradictorios con los incluidos en la fundamentación jurídica, ni limitarse a declarar los hechos que considere no probados.

d) **Fundamentos de derecho** (antes llamados «considerandos»): este otro apartado integra la motivación jurídica. Fundamentalmente esta motivación debe alcanzar a la calificación jurídica de los hechos punibles que se consideren probados; a la participación del encausado o encausados en ellos; a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; y a la calificación de los hechos que se estimen probados en relación con la responsabilidad civil *ex delicto*. En este apartado también es usual incluir los pronunciamientos que corresponda hacer en materia de costas (P.e. LECr art.239 s.) y, en su caso, la declaración de querrela calumniosa.

e) **Parte dispositiva o fallo**: en ella el órgano sentenciador absolverá o condenará al encausado, determinando el alcance de la pena impuesta y sus consecuencias accesorias. Asimismo, es en este apartado donde se plasman los pronunciamientos que corresponda hacer sobre la responsabilidad civil *ex delicto*.

4375 Los requisitos de la sentencia penal son la exhaustividad, la motivación y la correlación entre la propia sentencia penal y la acusación.

4377 Exhaustividad

La sentencia penal debe de ser exhaustiva; en ella no pueden omitirse los pronunciamientos que resulten necesarios en relación con los contenidos constitutivos de las pretensiones de la acusación y de la defensa. Aplicado a la sentencia el deber de exhaustividad supone, por tanto, que en ella han de resolverse todos los aspectos controvertidos deducidos en juicio por las partes; o, con palabras de la Ley, que en la sentencia «se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los acusados (léase encausados) no solo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales (entiéndase delitos leves) de que haya conocido en la causa» (LECr art.742, párrafo 1º).

Ni que decir tiene que este deber de exhaustividad, cuyo **incumplimiento** «sanciona» la LECr art.851.3º , impide utilizar la técnica de las desestimaciones tácitas a la que en otra época recurrían nuestros tribunales para tratar de justificar su silencio acerca de lo que había sido objeto de la acusación y de la defensa.

Igual de evidente es que el requisito de la exhaustividad encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24.1), toda vez que entre los contenidos de este derecho se encuentra el de obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del asunto.

4379 Motivación

A los pronunciamientos exigibles a la sentencia penal sobre las cuestiones que hayan de resolverse en el proceso, debe preceder una motivación suficiente que evidencie que el órgano sentenciador no ha actuado con arbitrariedad.

Este segundo requisito de la sentencia -el de la motivación- alcanza tanto a los hechos objeto del proceso (motivación fáctica) como al derecho que se aplica (motivación jurídica). Más aún: como hemos tenido ocasión de apuntar, la sentencia penal debe explicitar también los medios probatorios tenidos en cuenta por el juzgador para fundamentar su convicción sobre los hechos que se declaran probados. En este último orden de cosas, interesa tener en cuenta que, según **doctrina** constante y reiterada del **Tribunal Supremo**:

1º) No es posible una simple valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial.

2º) Que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo al juicio, «sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas».

3º) Que, en el caso de tratarse de diversos acusados, deben individualizarse los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada.

4º) Que, en caso de tratarse de prueba indirecta, han de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados (TS 9-6-15).

Pero la motivación no es solo un requisito formal o estructural de la sentencia penal. Es también una **exigencia constitucional** (Const art.120.3) que, como la exhaustividad, encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24.1) en la medida en que este derecho también implica el de conocer los razonamientos seguidos por el órgano sentenciador a la hora de valorar las pruebas y aplicar el derecho al caso concreto. Si las sentencias penales deben ser motivadas es, en efecto, para satisfacer el derecho del justiciable a comprender la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

4381 Correlación entre acusación y sentencia

Bajo la expresión «correlación entre acusación y sentencia» lo que se quiere significar es que esta última no puede traspasar ciertos límites marcados por la acusación e incluso por otros actos de petición y alegación de las partes. Antes de ver cuáles son esos límites a los que viene sujeta la sentencia penal, han de dejarse claros dos **aspectos**:

1. El primero es que, para determinar si se cumple -o no- este requisito, ha de procederse a comparar dos términos: las calificaciones definitivas de la acusación, de un lado, y la sentencia en su conjunto, de otro.

2. El segundo aspecto que debe quedar claro es el fundamento de este deber de correlación entre acusación y sentencia. En este sentido, es de hacer notar que si bien este requisito guarda cierto paralelismo con el deber de congruencia que se predica de la sentencia civil, trabar equivalencias entre uno y otro resulta del todo errado, ya que mientras el deber de congruencia de la sentencia civil encuentra su fundamento en el principio dispositivo, el deber

de correlación entre la acusación y la sentencia penal tiene como fundamento el principio acusatorio y el principio de contradicción o de defensa.

Sobre la base del principio acusatorio, la sentencia penal solo puede pronunciarse sobre los hechos objeto del proceso tal y como los mismos han sido delimitados por la acusación, y solo para condenar o absolver a quien ha sido acusado o encausado por aquellos hechos. Por exigencia, pues, de este principio, no cabe que la sentencia penal se desvincule de la acusación en dos concretos extremos: los hechos y la persona del encausado.

Por su parte, el **principio de contradicción** impone que, para que la sentencia penal pueda apartarse de otros elementos de la acusación, como la calificación jurídica (lato sensu) o la pena, el órgano sentenciador debe someter previamente esas posibles modificaciones a la contradicción de las partes. A este fin responden los art.733 y 788.3, párrafo 2º de la LECr para el procedimiento abreviado.

Sentado la anterior, y en lo que hace ya a los **límites** que la sentencia penal no puede traspasar, conviene diferenciar entre el procedimiento ordinario y el procedimiento abreviado.

4382 Correlación entre acusación y sentencia en el procedimiento ordinario

De la lectura conjunta del art.733 y del art.851.4 de la LECr (que prevé como motivo de casación que la sentencia condene por un delito más grave que el que hubiese sido objeto de la acusación, si antes no se hubiese hecho uso de la tesis del art.733 de la LECr), bien cabe deducir que, en el marco de este procedimiento, **se infringe el deber de correlación** cuando la sentencia:

- se pronuncia sobre un hecho (o sobre un sujeto) distinto del que fue objeto de acusación; o
- condena por un delito más grave que el mantenido acusación, a menos que en este último caso el tribunal haya procedido a plantear su tesis a las partes.

Ahora bien, a tenor de aquellos mismos preceptos, si ocurre esto último, si el tribunal pone a debate de las partes un tipo penal distinto y más grave que el sostenido por la acusación, entonces sí le estaría permitido al tribunal desvincularse de la acusación, de suerte que en su sentencia podría condenar por un delito de mayor gravedad que el mantenido por las partes acusadoras, aun cuando ninguna de ellas hubiera hecho suya su tesis. Hasta aquí, como decimos, los límites a los que, según una lectura literal de los art.733 y 851.4 de la LECr, han de atenerse las sentencias recaídas en el procedimiento ordinario.

Ocurre, sin embargo, que la interpretación que de estos preceptos han venido realizando nuestros tribunales en los últimos tiempos es muy distinta de lo que dice la letra de la Ley. Así las cosas, bajo el discutidísimo argumento de que el principio acusatorio exige también la vinculación del tribunal sentenciador a la calificación jurídica y a la pena mantenidas por la acusación, lo que, en este contexto, viene defendiendo la jurisprudencia es que el tribunal sentenciador debe recurrir al planteamiento de la tesis para desvincularse de los términos de la acusación cuando entienda que procede condenar por un delito más grave que el sostenido por esta, o que concurre una agravante no apreciada por la acusación, o un grado de participación de la conducta criminal o un grado de participación más intenso. Y también que debe plantear su tesis a las partes cuando su propósito sea condenar por delito más leve que el sostenido por la acusación si es que no es homogéneo con este. Pero al tribunal no le basta con formular su tesis para desvincularse de estos extremos de la acusación; a estos efectos, es necesario, además, que su propuesta sea asumida por alguna de las partes acusadoras, pues de otro modo -se dice- el tribunal adoptaría una posición acusadora y perdería su imparcialidad.

4383 En suma: la **visión minimalista** mantenida por el legislador de 1882 sobre lo que debía ser el grado de vinculación de la sentencia respecto de los términos de la acusación, **ha derivado** con el tiempo y por obra de la jurisprudencia **en el extremo contrario**, esto es, en una visión partidaria de la máxima vinculación del órgano sentenciador a los extremos de la acusación, **concluyéndose en este sentido que:**

1º. El tribunal no puede alterar los hechos objeto del proceso en su sentencia, ni condenar o absolver a quien no ha sido encausado.

2º. El tribunal no puede atribuir a los hechos una calificación jurídica distinta de la mantenida por las partes acusadoras, a no ser que:

- de ser aquella calificación más grave que la sostenida por la acusación (o entender que concurre una agravante no apreciada por esta, o un grado de participación de la conducta criminal o un grado de participación más intenso), haya propuesto la tesis del art.733 de la LECr y alguna de las acusaciones haya asumido su planteamiento; o
- de ser aquella calificación de igual o menor gravedad que la mantenida por la acusación, exista homogeneidad entre lo solicitado por esta y lo recogido por el tribunal, que suponga tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos (en este sentido, y a título de ejemplos, el TS aprecia homogeneidad entre los delitos de detención ilegal y coacciones; entre el homicidio en grado de tentativa y las amenazas; o entre los delitos de integración en organización terrorista y colaboración con bandas armadas).

3º. Al tribunal le está vedado imponer pena más grave que la solicitada por la acusación.

4384 Correlación entre acusación y sentencia en el procedimiento abreviado

El régimen de correlación entre acusación y sentencia en el procedimiento abreviado resulta también de la conjunción de dos artículos: el art.788.3, párrafo 2º y el art.789.3 de la LECr. Este segundo precepto establece: «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el juez o tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo 2º del art.788.3».

Como a nadie escapa, este precepto es fiel reflejo de aquella **línea jurisprudencial** que postula la máxima vinculación de la sentencia penal a los extremos de la acusación en el marco del procedimiento ordinario. **En consecuencia**, en el seno de este otro procedimiento:

1º. El juez o tribunal no puede efectuar en su sentencia «una mutación sustancial» de los hechos objeto del proceso, ni condenar o absolver a quien no ha sido encausado.

2º. El tribunal no puede atribuir a los hechos una calificación jurídica distinta de la mantenida por las partes acusadoras, a no ser que:

- de ser aquella calificación más grave que la sostenida por la acusación (o entender que concurre una agravante no apreciada por esta, o un grado de participación de la conducta criminal o un grado de participación más intenso), haya actuado conforme previene el art.788.3 de la LECr y alguna de las acusaciones haya asumido su planteamiento; o

- de ser aquella calificación de igual o menor gravedad que la mantenida por la acusación, exista homogeneidad delictiva.

3º. Al tribunal le está prohibido imponer en su sentencia pena más grave que la pedida por las partes acusadoras. Respecto de este límite no dijimos antes que lo que en principio interpretó el Tribunal Supremo es que esta prohibición no obstaba a que el tribunal sentenciador, haciendo uso de sus facultades individualizadoras, impusiera una pena más grave que la solicitada por la acusación pero dentro de la horquilla de la pena abstracta prevista para el tipo penal. Con el tiempo, sin embargo, esta lectura ha sido abandonada en favor, una vez más, de la teoría de la máxima vinculación. Así pues, lo defendido ahora por el Alto Tribunal es 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 del Pleno de la Sala Segunda del TS 20-12-06, EDJ 353057).

Vistos los extremos de la acusación a los que el juez o tribunal sentenciador está vinculado, resta, para finalizar, ver cuál es el **espacio en que sí permite la desvinculación**. Como fácilmente se adivina, este espacio es muy pequeño. Así, dejando al margen el expediente de los art.733 y 788.3 de la LECr, lo único que le está permitido al tribunal sentenciador es la ya mencionada posibilidad de sostener una calificación igual o menos grave que la sostenida por la acusación siempre que ello no conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado; y, dentro también de estos límites, la de imponer una pena menos grave que la pedida por las acusaciones.

J. Recursos

4385	1. Recursos contra resoluciones del juez de instrucción	4390
	2. Recursos contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia	4395
	3. Recursos contra sentencias y autos definitivos	4400

1. Recursos contra resoluciones del juez de instrucción

4390 En general, contra los **autos del juez de instrucción** caben los recursos de reforma y de apelación (LECr art.217). El recurso de reforma es no devolutivo, esto es, corresponde su conocimiento al mismo juez de instrucción que haya dictado la resolución impugnada (LECr art.219 y 220). El recurso de apelación es devolutivo, correspondiendo su conocimiento a un tribunal distinto y superior en la jerarquía judicial que en este caso es la Audiencia Provincial (LOPJ art.82.1.2º).

Tratándose de **autos dictados por los juzgados centrales de instrucción**, la competencia para la apelación corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LOPJ art.65.5º).

El **recurso de reforma** procede contra todos los autos del juez de instrucción, salvo que la Ley expresamente lo excluya. En cuanto al **recurso de apelación**, hay que distinguir:

- en el **juicio ordinario** por delitos graves solamente procede cuando expresamente la Ley lo conceda; cuando la Ley guarda silencio no cabe apelación, sino otro recurso devolutivo de tramitación más sencilla denominado recurso de queja (LECr art.217 y 218);

- en el **procedimiento abreviado**, cabe apelación contra todos los autos del juez de instrucción, salvo que la Ley expresamente lo excluya (LECr art.766.1).

En el **juicio ordinario por delitos graves** es necesario agotar previamente el recurso de reforma antes de apelar, aunque se pueden formalizar los dos recursos en el mismo escrito para que se admita la apelación automáticamente al desestimarse la reforma (LECr art.222). En el procedimiento abreviado puede interponerse directamente la apelación, siendo la reforma previa potestativa para el recurrente (LECr art.766.2).

El recurso de reforma se debe interponer en el **plazo** de 3 días, resolviendo el juez en el segundo día desde la entrega de las copias del recurso a las demás partes (LECr art.222).

4391 La **tramitación del recurso de apelación** es distinta según se trate de proceso ordinario por delitos graves (LECr art.221 a 232) o de procedimiento abreviado (LECr art.766). La diferencia más importante es que en las apelaciones del juicio ordinario por delitos graves siempre se celebra vista, en la que el recurrente expone oralmente las razones en que basa la impugnación y las demás partes formulan sus alegaciones (LECr art.230); en el procedimiento abreviado, como regla general, no se celebra vista ante la Audiencia, por lo que las razones de la impugnación han de expresarse en el escrito de interposición y las alegaciones de las demás partes se formulan también por escrito (LECr art.766.3). En el procedimiento abreviado la vista es preceptiva, si la solicita el apelante, solamente en la apelación contra el auto que acuerda la prisión provisional; puede celebrarse también, si el tribunal lo estima conveniente, en apelaciones sobre otras medidas cautelares (LECr art.766.5).

4392 En el juicio ordinario por delitos graves, los autos del juez de instrucción que la Ley no declara expresamente apelables pueden ser impugnados mediante otro recurso devolutivo denominado **recurso de queja** (LECr art.218). Este recurso se interpone ante el tribunal superior competente (LECr art.219), que resolverá «lo que estime justo» previa petición de informe al juez y dictamen del Ministerio Fiscal (LECr art.233 a 235).

2. Recursos contra resoluciones del letrado de la Administración de Justicia

4395 Contra las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia en el proceso penal caben los siguientes recursos:

1) Recurso de reposición, que se da contra todas las diligencias de ordenación y contra los decretos de los letrados de la Administración de Justicia, excepto en aquellos supuestos en que proceda la interposición directa de recurso de revisión por así preverlo expresamente la Ley. Lo resuelve mediante decreto irrecurrible el mismo letrado de la Administración de Justicia que haya dictado la resolución impugnada (LECr art.238 bis).

2) Recurso de revisión directo, que se da contra los decretos de los letrados de la Administración de Justicia en aquellos supuestos en que así lo prevea expresamente la Ley. Lo resuelve mediante auto irrecurrible 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 (LECr art.238 ter).

3. Recursos contra las sentencias y autos definitivos

4400 Contra las **sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia** cabe **recurso de apelación**. También son recurribles en apelación los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre (LECr art.846 ter.1). La **competencia** para conocer de la apelación corresponde a los siguientes tribunales:

1. Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales (LOPJ art.73.3.c).

2. Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LOPJ art.64 bis).

4401 Contra las sentencias dictadas por los **juzgados de lo penal y los juzgados centrales de lo penal en procedimientos abreviados** cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, en el primer caso, y ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el segundo (LECr art.790.1).

Contra las sentencias dictadas en **juicio sobre delitos leves por los juzgados de instrucción** cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

4402 El recurso de apelación frente a las sentencias **abre una segunda instancia**, en la que es posible denunciar cualquier error que se entienda cometido en la sentencia apelada, tanto en la apreciación de los hechos (valoración de la prueba) como en la aplicación del derecho.

Hay que hacer notar, no obstante, que la Ley limita el alcance del error en la apreciación de la prueba, cuando se invoca como motivo de apelación por las partes acusadoras a fin de que se anule la sentencia absolutoria o se agrave la condena, a las siguientes infracciones:

- insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica;

- apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia; o

- omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada (LECr art.790.2, párrafo 3º). Si se estima la apelación por alguno de estos motivos, el tribunal de apelación devuelve el procedimiento al tribunal *a quo*, para que dicte nueva sentencia, pudiendo ordenar que se repita el juicio y que cambie la composición del tribunal (LECr art.792.2).

4403 Estas **limitaciones a la revisión** del juicio de hecho en perjuicio del reo por parte del tribunal de apelación, derivan de dos **exigencias impuestas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, siguiendo la doctrina del TEDH (TCo 167/2002 y otras muchas posteriores):

1º. Que el acusado debe ser necesariamente oído por el tribunal penal que le condena por primera vez, lo que implica que el tribunal de apelación no puede revocar la absolución y condenar al acusado sin oír a este de manera directa, y

2º. Que los hechos considerados probados en la primera instancia sobre la base de pruebas cuya valoración dependa de la inmediación (declaraciones del acusado y de testigos, fundamentalmente) no pueden ser modificados por el tribunal de apelación salvo que se vuelvan a practicar en su presencia las pruebas de que se trate.

La regulación de la prueba en la segunda instancia no autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia (TS 19-7-12, EDJ 196519) y de ahí que la posibilidad de revisión del juicio fáctico en perjuicio del reo se limite legalmente a determinadas infracciones cuya apreciación no requiere la repetición de pruebas ante el tribunal de apelación.

4404 La **tramitación y decisión** de los recursos de apelación contra las sentencias está regulada en la LECr art.790 a 792 y 846 ter .

El recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos deben interponerse en el **plazo** de 10 días. El escrito de interposición debe expresar las razones en que se basa el recurso (quebrantamiento de normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas, infracción de normas penales) y se presenta ante el tribunal *a quo*. Si el recurso reúne los requisitos exigidos, el tribunal lo admite a trámite y se da traslado a las demás partes para que presenten escritos de alegaciones en plazo común de 10 días (LECr art.790).

A continuación, **se remiten las actuaciones al tribunal ad quem**, que resolverá sobre la admisión de la **prueba** propuesta por las partes. Solo se admitirán las que no se pudieron proponer en la primera instancia, las propuestas indebidamente denegadas y las admitidas que no fueron practicadas por causas no imputables a quien las propuso. Solamente se señala **vista** si se admiten pruebas que deban practicarse en ella o cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada (LECr art.791). Cuando se haga señalamiento de vista, la víctima que así lo haya solicitado deberá ser informada por el letrado de la Administración de Justicia en los términos previstos en la LECr art.791.2 .

El recurso se resuelve mediante **sentencia**, que se dicta en los 5 días siguientes a la vista oral, o en los 10 días siguientes a la recepción de las actuaciones en el órgano *ad quem*, cuando no se hubiera celebrado vista (LECr art.792.1). Cuando se estime el recurso por quebrantamiento de alguna forma esencial del procedimiento la sentencia ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba cuando se cometió la infracción procesal (LECr art.792.3).

Contra la sentencia dictada en apelación cabe **recurso de casación** en los términos previstos en la LECr art.847 (LECr art.792.4).

K. Casación penal

4405	1. Tribunal competente	4410
	2. Resoluciones recurribles en casación	4415
	3. Motivos de casación	4420
	4. Tramitación del recurso de casación	4430
	5. Sentencia de casación	4435

1. Tribunal competente

4410 La competencia para conocer del recurso de casación penal corresponde siempre a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (LECr ; LOPJ art.57.1.1º).

2. Resoluciones recurribles en casación

4415 Son recurribles en casación las siguientes resoluciones de los tribunales penales:

1. Las sentencias dictadas por la sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia (procesos contra aforados) o en segunda instancia (LECr art.847.1.a).1º).
2. Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (LECr art.847.1.a.2º).
3. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, únicamente cuando el recurso se base en infracción de ley de la LECr art.849.1º (LECr art.847.1.b);
4. Los **autos** para los que la ley autorice el recurso de casación de modo expreso y 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 (LECr art.848). El recurso de casación contra autos únicamente puede basarse en infracción de Ley.

Quedan **exceptuadas** del recurso de casación las sentencias de apelación que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia (LECr art.847.2).

3. Motivos de casación

(LECr art.849 a 851)

4420 Igual que la casación civil, la casación penal es un recurso extraordinario en el que solo se admiten impugnaciones basadas en ciertos motivos tasados.

4422 Motivos de casación por infracción de ley

Son los siguientes:

- 1º. Infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal; la infracción ha de apreciarse atendiendo a los hechos que la sentencia impugnada declare probados (LECr art.849.1º).
- 2º. 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 (LECr art.849.2º).

4424 Motivos de casación por quebrantamiento de forma producido en el desarrollo del juicio oral

Son los siguientes:

- 1º. Denegación indebida de alguna diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma por las partes (LECr art.850.1º).
- 2º. Omisión de la citación a cualquiera de las partes para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que el no citado hubiese comparecido en tiempo, dándose por citado (LECr art.850.2º).
- 3º. Indebido rechazo por el presidente del tribunal de preguntas pertinentes y de manifiesta influencia en la causa dirigidas por alguna de las partes a un testigo, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella (LECr art.850.3º).
- 4º. Indebido rechazo de cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio (LECr art.850.4º).
- 5º. No suspensión del juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía (LECr art.850.5º).

4426 Motivos de casación por quebrantamiento de forma producido en la sentencia

Son los siguientes:

- 1º. Deficiencias en la declaración de hechos probados:

- que en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados; o
- que resulte manifiesta contradicción entre ellos; o
- que se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo (LECr art.851.1º); o
- que en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados (LECr art.851.2º).

2º. Falta de correlación entre la acusación y la sentencia:

- omisión de pronunciamiento cuando la sentencia no resuelva sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa (LECr art.851.3º); o
- que la sentencia condene por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, salvo que el tribunal hubiese planteado su tesis a las partes y alguna de las partes acusadoras hubiese modificado su acusación conforme a ella (LECr art.851.4º).

3º. Deficiencias en la composición del tribunal:

- que la sentencia haya sido dictada por menor número de magistrados que el señalado en la Ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen (LECr art.851.5º); o
- que haya concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado (LECr art.851.6º).

Al margen de los motivos tasados indicados, cabe siempre fundar el recurso de casación en **vulneración de precepto constitucional** (LECr art.852 y LOPJ art.5.4). A través de esta vía se pueden denunciar en casación cualesquiera infracciones cometidas en el proceso que comporten vulneración de derechos fundamentales (presunción de inocencia, principio acusatorio, etc.), aunque no encajen en ninguno de los motivos relacionados en los art.849 a 851 de la LECr.

4. Tramitación del recurso de casación

4430 El recurso **se prepara** por escrito ante el mismo tribunal que dictó la sentencia impugnada (tribunal *a quo*), en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia (LECr art.855 a 857). Si el tribunal *a quo* considera que la resolución no es recurrible o que no se cumplen los requisitos formales, denegará tener por preparado el recurso (LECr art.858). Contra esta resolución cabe recurso de queja ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (LECr art.862 a 871). Cuando el tribunal «a quo» resuelva tener por preparado el recurso, emplazará a las partes para que comparezcan ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entregando al recurrente o remitiendo directamente a dicha Sala la documentación necesaria para la sustanciación del recurso (testimonio de la resolución impugnada y otras certificaciones y documentos a que hace referencia el art.861 de la LECr. (LECr art.859 a 861).

Dentro del **plazo** que se le haya dado para comparecer ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el recurrente deberá interponer el recurso, formalizándolo por escrito en el que tendrá que expresar las concretas infracciones en que basa su impugnación y el motivo de casación en que encaja cada una de ellas (LECr art.874). Las demás partes personadas disponen de un plazo de 10 días para impugnar el recurso (LECr art.882).

A continuación, la Sala decide sobre la **admisión o inadmisión del recurso** (LECr art.883). Las **causas de inadmisión** son (LECr art.884 y 885):

- 1º.** Que el recurso se interponga por causas distintas de las expresadas en los art.849 a 851 de la LECr.
- 2º.** Que el recurso se interponga contra resoluciones no recurribles en casación.
- 3º.** Que en el recurso no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquellos, salvo que la impugnación se base en error en la apreciación de la prueba (LECr art.849.2º).
- 4º.** Que no se hayan cumplido los requisitos que la Ley exige para la preparación o interposición del recurso.
- 5º.** En los recursos por quebrantamiento de forma durante el desarrollo del juicio oral, que el recurrente no hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta.
- 6º.** En los recursos por error en la apreciación de la prueba conforme al art.849.2º de la LECr, que el documento o documentos invocados para demostrar la equivocación del juzgador no hubieran figurado en el proceso o no se designen concretamente las declaraciones de aquellos que se opongan a las de la resolución recurrida.
- 7º.** Que el recurso carezca manifiestamente de fundamento.

8º. Que el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

Cuando se trate de recursos de casación contra **sentencias dictadas en apelación** por las **Audiencias Provinciales** y la Sala de lo Penal de la **Audiencia Nacional** se podrá acordar la inadmisión mediante providencia sucintamente motivada siempre que se aprecie por unanimidad carencia de interés casacional (LECr art.889, párrafo 2º).

4431 Admitido el recurso, se celebrará **vista** en los siguientes **casos**:

- cuando las partes solicitaran la celebración de vista y la duración de la pena impuesta o que pueda imponerse fuese superior a 6 años;
 - cuando el tribunal, de oficio o a instancia de parte, estime necesaria la vista;
 - cuando las circunstancias concurrentes o la trascendencia del asunto hagan aconsejable la publicidad de los debates;
 - cuando, cualquiera que sea la pena, se trate de delitos contra la seguridad exterior o interior del Estado, contra la Administración de Justicia o cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (LECr art.893 bis.a).
- Si no se celebra vista, la sala dicta **sentencia** sin más trámites (LECr art.893 bis.b). Si se señala vista, esta se celebra conforme a lo previsto en la LECr art.894 a 898 y se dicta la sentencia dentro de los 10 días siguientes (LECr art.899).

5. Sentencia de casación

4435 Si se desestima el recurso de casación, la sentencia declarará no haber lugar al recurso y condenará al recurrente en costas (LECr art.901). La sentencia recurrida quedará firme.

La sentencia que estime el recurso de casación por cualquiera de sus motivos declarará haber lugar al recurso y casará y anulará la resolución recurrida, sin hacer imposición de costas (LECr art.901). La estimación del recurso de casación tendrá, además, los siguientes **efectos en función de la clase de motivo** cuya estimación haya dado lugar a la casación de la sentencia impugnada:

1. Cuando se haya estimado algún motivo de **casación por quebrantamiento de forma**, la sentencia ordenará la devolución de la causa al tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho (LECr art.901 bis.a).
2. Cuando se haya estimado un motivo de **casación por infracción de ley o por error en la apreciación de la prueba**, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho (la denominada «segunda» sentencia, porque se dicta a continuación de la que estima el recurso de casación). Esta sentencia decide de nuevo sobre la acusación que haya sido objeto del proceso, sujeta a la limitación de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada (si recurrió el condenado) o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor (LECr art.902).
3. Cuando se haya estimado un motivo basado en **infracción de precepto constitucional**, se repondrán las actuaciones al momento en que se cometió la falta, cuando la infracción se haya cometido en el procedimiento, causando indefensión, o se dictará segunda sentencia, decidiendo sobre el fondo, cuando la infracción se haya cometido en la sentencia (violación de la presunción de inocencia, por ejemplo).

Si en el proceso hubieran sido condenados varios acusados y solamente uno de ellos interpone el recurso de casación, la sentencia que decida el recurso afectará a todos, incluso los no recurrentes, en lo que les sea favorable. Si la sentencia de casación fuera desfavorable no perjudicará a los no recurrentes (LECr art.903).

L. La cosa juzgada y la revisión penal

4440	1. La cosa juzgada penal	4441
	2. La revisión penal	4450
	3. Anulación de sentencias dictadas en ausencia del acusado	4465

1. La cosa juzgada penal

4441 **Resoluciones con fuerza de cosa juzgada**

En el ámbito penal, la cosa juzgada material se predica de las siguientes resoluciones:

- sentencias firmes, ya sean condenatorias o absolutorias;

- autos de sobreseimiento libre firmes.

4442 Eficacia negativa de la cosa juzgada penal

Finalizado un proceso penal con alguna de las resoluciones anteriores queda excluido cualquier proceso posterior que tenga por objeto los mismos hechos atribuidos al mismo sujeto.

Para valorar la **identidad del objeto del segundo proceso** con el del ya terminado por resolución firme se atiende únicamente:

- al hecho punible; y

- a la persona del acusado; si en ambos procesos coinciden estos dos elementos se considera que el objeto es idéntico y el segundo proceso debe quedar excluido por la eficacia de cosa juzgada material de la resolución que puso fin al primer proceso.

En particular, que el **acusador** en el segundo proceso sea distinto que en el primero no afecta a la identidad de objeto entre los dos procesos.

Sí caben **procesos posteriores contra el mismo sujeto** pero por hechos distintos, o procesos posteriores por el mismo hecho, pero atribuido a distintos sujetos.

4444 Ausencia de efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal

Lo resuelto en una sentencia o auto de sobreseimiento libre firmes no vincula en ningún caso, en sentido positivo o prejudicial, a los tribunales penales que conozcan de procesos posteriores cuyo objeto coincida parcialmente con el del proceso en que se dictó la sentencia o auto de sobreseimiento.

4446 Tratamiento procesal de la cosa juzgada penal

El acusado en un proceso que entienda que, en un proceso anterior, se le ha juzgado ya por los mismos hechos, puede alegar la cosa juzgada:

1. En el **proceso penal ordinario**, como artículo de previo pronunciamiento (LECr art.666.2ª). Si se desestima la cosa juzgada en el trámite de artículos de previo pronunciamiento, podrá alegarse de nuevo en el juicio oral (LECr art.678).

2. En el **procedimiento abreviado**, en el juicio oral, dentro del turno de intervenciones que se abre, antes de la práctica de la prueba, para el planteamiento de cuestiones previas (LECr art.786.2).

Si **se estima la cosa juzgada**, el tribunal penal podrá fin al segundo proceso mediante auto de sobreseimiento libre (LECr art.675).

2. La revisión penal

4450 La revisión permite dejar sin efecto sentencias penales condenatorias firmes cuando se producen o se conocen, con posterioridad, determinados hechos o circunstancias que ponen de manifiesto que la condena es injusta.

4452 Motivos de revisión

(LECr art.954)

La Ley solo admite la revisión de sentencias penales condenatorias firmes por los siguientes motivos:

1. 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 es 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.

2. 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.

3. Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.

4. 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.

5. 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.

6. La revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo procede también en caso de contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.

7. La violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos cometida en la resolución judicial firme cuya revisión se pretenda, siempre que la violación haya sido declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante la revisión.

Además de por los motivos señalados, también se puede solicitar la revisión en caso de declaración de **inconstitucionalidad de la norma** penal en que se base la condena (LECr ; LOTC art.40.1), y en caso de que un sujeto hubiese sido condenado por los mismos hechos por la **jurisdicción ordinaria** y por la **jurisdicción militar** (LECr ; Ley Procesal Militar art.328.5º).

4454 Competencia

La competencia para conocer de las demandas de revisión penal corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (LECr ; LOPJ art.57).

4456 Legitimación activa

Pueden solicitar la revisión el **penado** y, cuando este haya fallecido, su **cónyuge**, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable (LECr art.955). El **Fiscal General del Estado** podrá 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). El Ministerio de Justicia, previa formación de expediente, podrá ordenar al Fiscal General del Estado que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello (LECr art.956).

La revisión basada en sentencia del TEDH que declare la violación del CEDH solo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso, la revisión debe ser solicitada dentro del plazo de un año desde la firmeza de la sentencia del TEDH.

4458 Procedimiento

La revisión debe «promoverse» por alguno de los legitimados. A continuación, la Sala Segunda del TS decide si autoriza o deniega la interposición del recurso; antes de tomar esta decisión debe oír al Ministerio Fiscal y puede ordenar diligencias de investigación (LECr art.957).

Autorizada la interposición del recurso, el recurrente dispone de 15 días para hacerlo. Una vez formalizada por escrito la solicitud de revisión, se sigue la tramitación del recurso de casación (LECr art.959).

4460 Sentencia de revisión

La sentencia que estima la revisión anulará la sentencia impugnada (LECr art.958). Cuando la revisión se base en alguno de los motivos a que se refieren los subapartados a) y d) del apartado 1 del artículo 954, la sentencia mandará al tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito, instruir de nuevo la causa.

En el **caso a) del art.954.1 de la LECr** cabe que tras la nueva instrucción de la causa, sea juzgado y condenado de nuevo el penado que solicitó y obtuvo la revisión porque, aun prescindiendo de las pruebas falsas u obtenidas mediante delitos, quede acreditada su culpabilidad. En estos casos se tendrá en cuenta para el cumplimiento de la pena que se imponga en el segundo proceso todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia (LECr art.960 I).

En el **caso d) del art.954.1 de la LECr** cuando los hechos o pruebas de nuevo conocimiento deban conducir a la absolución, el Tribunal Supremo viene considerando que «no ha lugar a diferir el dictado del pronunciamiento absolutorio a otro órgano jurisdiccional», ya que la estimación de dicho motivo de revisión lleva consigo necesariamente la apreciación de la inocencia del condenado (TS 5-6-12, EDJ 111590 ; 15-2-12, EDJ 16698 ; 16-3-11, EDJ 60681 , entre otras).

Cuando el **penado** que haya obtenido la revisión **resulte finalmente absuelto**, bien en la propia sentencia de revisión, bien en la que se dicte en el proceso posterior, el mismo penado o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado (LECr art.960, párrafo 2º).

4465 En el **procedimiento abreviado** y en el **enjuiciamiento rápido** cabe la celebración del juicio oral en ausencia del acusado. Según la LECr art.786.1, párrafo 2º, «la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el art.775 de la LECr, no será causa de suspensión del juicio oral si el juez o tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de 2 años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de 6 años».

Los acusados que hayan sido condenados sin estar presentes en el juicio oral pueden pedir, en cualquier momento en que comparezcan o sean habidos, la anulación de la sentencia, aunque esta sea firme (LECr art.793).

La **petición** debe basarse en que no concurrían los requisitos exigidos en el art.786.1 de la LECr para que fuera procedente la celebración del juicio en su ausencia y la estimación de la solicitud de anulación conlleva la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio con presencia del acusado.

Al condenado en ausencia se le debe **notificar la sentencia** inmediatamente que comparezca o sea habido. A partir de la notificación dispone de 10 días para pedir la anulación. La solicitud se tramita como el recurso de apelación (LECr art.793).

M. Procedimiento abreviado

4470	1. Competencia	4472
	2. Fase de instrucción: diligencias previas	4475
	3. Periodo intermedio	4485
	4. Fase de juicio oral	4490

4471 Se siguen los trámites del procedimiento abreviado en los procesos penales por 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 (LECr art.757).

1. Competencia

4472 Para la **fase de instrucción** (diligencias previas) y el **periodo intermedio**, la competencia corresponde a los juzgados de instrucción, a los juzgados de violencia sobre la mujer (delitos del art.14.5.a y b) o a los juzgados centrales de instrucción (delitos del art.65 de la LOPJ).

Para el **juicio oral** y la **sentencia**, la competencia corresponde a:

- los juzgados de lo penal o los juzgados centrales de lo penal, cuando el proceso se refiera a delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a 5 años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de estas no exceda de 10 años (LECr art.14.3);

- la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, si el delito está castigado con penas más graves (LECr art.14.4).

2. Fase de instrucción: diligencias previas

4475 Antes de la apertura de las diligencias previas, la Ley contempla la posible intervención de la policía (LECr art.769 a 772) o la posible existencia de una investigación previa realizada por el Ministerio Fiscal (LECr art.773.2).

La **policía** debe acudir de inmediato a lugar de los hechos y llevar a cabo, si fuera preciso, las actuaciones urgentes a que se refiere la LECr art.770 : procurar que los heridos sean atendidos por un facultativo, tomar fotografías, recoger y custodiar los efectos, instrumentos o pruebas del delito, trasladar el cadáver si fuese necesario, identificar a las personas que se encuentren en el lugar de los hechos, intervenir el vehículo y retirar el permiso de circulación. La policía también deberá informar sobre sus respectivos derechos al sujeto investigado y a las víctimas del delito (LECr art.771).

El **Ministerio Fiscal**, ante la noticia del delito, puede llevar a cabo una investigación preliminar, antes de solicitar al juez de instrucción la incoación de las diligencias previas. A estos efectos, el fiscal puede practicar él mismo u ordenar a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de

la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Entre las diligencias de investigación que el fiscal puede acordar se prevé expresamente que puede hacer comparecer ante sí a cualquier persona a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías que en las prestadas ante el juez o tribunal. En todo caso, el fiscal debe informar a la víctima de sus derechos y efectuar la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

El fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción. En otro caso instará del juez de instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

La investigación preliminar del Ministerio Fiscal debe cesar en el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (LECr art.773.2).

En las diligencias previas el **juez de instrucción** practica las diligencias de investigación que considera necesarias y adopta las medidas cautelares. En el procedimiento abreviado no se dicta auto de procesamiento.

4476 En cuanto a la **investigación**, se aplican las normas que regulan el sumario con algunas especialidades (pocas) previstas en la LECr art.762, 777 y 778 .

Las **especialidades** se refieren a:

- identificación del sujeto investigado y de los testigos (LECr art.762.7ª);
- designación de intérprete para los investigados y los testigos que no hablen o entiendan el español (LECr art.762.8ª);
- información sobre la preexistencia de la cosa, en los delitos contra la propiedad (LECr art.762.9ª);
- informes y declaraciones sobre la conducta del investigado (LECr art.762.10ª);
- incorporación a la causa de determinados documentos cuando el proceso se refiera a delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor u otras actividades que requieran seguro obligatorio (LECr art.762.11ª);
- práctica anticipada de declaraciones de testigos cuando fuese de temer razonablemente que no podrán practicarse en el juicio oral (LECr art.777.2);
- informes periciales (LECr art.778.1); y
- actuaciones del médico forense (LECr art.778.3 a 6).

En general, se trata de simplificar la instrucción eliminando o suavizando algunas exigencias establecidas en la regulación del sumario. Así, en las diligencias previas del procedimiento abreviado se puede prescindir de ciertos documentos o trámites, cuando no sean imprescindibles: certificado de nacimiento del investigado, certificados y declaraciones sobre conducta del investigado, acreditación de la preexistencia de la cosa, autopsia.

4477 En cuanto a **medidas cautelares**, se rigen por las normas generales (LECr art.763), si bien hay normas especiales para medidas cautelares reales (LECr art.764 y 765). Así, en el primero se prevén reglas especiales sobre la constitución de cauciones para asegurar la responsabilidad civil, afianzamiento por la entidad aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio, intervención del vehículo, retención del permiso de circulación e intervención del permiso de conducción (LECr art.764) y en el segundo medidas especiales en caso de delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor: pago de una pensión provisional para las víctimas y permiso para salir del territorio español a investigados con residencia fuera de España (LECr art.765).

4478 Las diligencias previas terminan con una resolución en forma de **auto** que dicta el juez de instrucción y que puede tener uno de los siguientes **contenidos** (LECr art.779.1):

1. Sobreseimiento del proceso, si el juez estimare:

- que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración; o
- si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido. El sobreseimiento será libre o provisional (LECr art.637 y 641).

2. Remitir lo actuado al juez competente para conocer del juicio sobre delitos leves, si reputare delito leve el hecho investigado en las diligencias previas.

3. Inhibirse a favor del tribunal militar competente, cuando el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar.

4. Trasladar lo actuado al fiscal de menores, si todos los investigados fuesen menores de edad penal.

5. Ordenar la continuación del procedimiento abreviado, si el hecho constituyera delito comprendido en el ámbito de aplicación de esta clase de proceso.

4479 En la resolución que acuerde seguir adelante el procedimiento abreviado se **debe expresar**:

- la determinación de los hechos punibles; y
- la identificación de la persona a la que se le imputan.

Esta resolución no puede adoptarse respecto de sujetos que no hayan declarado ante el juez de instrucción (LECr art.775.).

3. Periodo intermedio

4485 En el procedimiento abreviado el periodo intermedio se desarrolla ante el juez de instrucción. Finalizadas las diligencias previas con la resolución que ordena la continuación del procedimiento (LECr art.779.1.4º) el juez traslada las actuaciones a las **partes acusadoras**, quienes **pueden**:

- pedir la práctica de **diligencias complementarias**, cuando estimen que las diligencias previas practicadas no son suficientes para tomar posición sobre la procedencia de la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Cuando sea el fiscal quien pida diligencias complementarias el juez debe acordarlas; si las piden acusadores particulares, el juez decide lo que estime procedente (LECr art.780.2);
- presentar escrito de acusación con **solicitud de apertura del juicio oral** (LECr art.781); o
- pedir el **sobreseimiento**, si estiman que no procede formular acusación (LECr art.782).

En este trámite solo intervienen las partes acusadoras (no el investigado); el Tribunal Constitucional considera que, a diferencia de lo que sucede en el juicio ordinario, en el procedimiento abreviado no es exigible la intervención del investigado a efectos de posible solicitud de diligencias complementarias o para pedir el sobreseimiento.

Ante las peticiones de las partes acusadoras sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento, el juez decide conforme a las reglas generales ya expuestas. Conviene recordar, en cualquier caso, que hay una especialidad importante en esta materia, ya que en el procedimiento abreviado el juez puede acordar el sobreseimiento cuando estime que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, aunque alguna parte acusadora (o incluso todas) hubiese formulado acusación y solicitado la apertura del juicio oral (LECr art.783.1). Esta posibilidad de acordar el sobreseimiento por falta de indicios racionales de criminalidad cumple en el procedimiento abreviado la misma función que en el juicio ordinario desempeña el auto de procesamiento.

4. Fase de juicio oral

4490 Si se dicta auto de apertura del juicio oral, el juez da traslado del escrito de acusación al acusado, emplazándole para que presente el escrito de defensa; una vez presentado este escrito o transcurrido el plazo para hacerlo, se remiten las actuaciones al tribunal competente para el juicio oral y la sentencia (LECr art.784).

El tribunal enjuiciador, al recibir las actuaciones, decide lo que proceda sobre la admisión o inadmisión de pruebas y acuerda lo necesario para la celebración del juicio. En el procedimiento abreviado no cabe plantear artículos de previo pronunciamiento para que sean decididos antes de iniciarse las sesiones del juicio oral.

El día señalado se celebra el juicio oral (LECr art.786 a 788). A la víctima que así lo hubiera solicitado se le informará por escrito de la celebración del juicio, aunque no sea parte ni deba intervenir (LECr art.785.3). El juicio se desarrolla conforme a las **reglas generales**, con **algunas especialidades** ya examinadas, que cabe ahora relacionar sucintamente:

- el juicio se puede celebrar en **ausencia del acusado** cuando la pena solicitada no exceda de 2 años de privación de libertad y concurra el resto de circunstancias exigidas en la LECr art.786.1 ;
- al comienzo del juicio, antes de la práctica de la prueba, el juez o tribunal abre un turno de intervenciones para que las partes puedan plantear **cuestiones previas**; si se plantean, el tribunal las resuelve en el mismo acto (LECr art.786.2);
- en el acto del juicio, antes de la práctica de la prueba, el abogado defensor del acusado, con la conformidad del este puede pedir que se dicte **sentencia de conformidad** con la acusación más grave, en los términos y con los efectos previstos en el art.787 de la LECr ;
- hay algunas especialidades en materia de **aplazamiento y suspensión del juicio oral**, reguladas en el art.788.1 de la LECr ;
- respecto a la **prueba pericial**, se dispone que el informe pericial puede ser prestado solo por un perito, y que no es necesario que se ratifiquen en el acto del juicio oral los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes (LECr art.788.2);

- tras la práctica de la prueba el tribunal puede someter a las partes **preguntas sobre puntos determinados** con vistas a lograr un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos (LECr art.788.3);

- si en sus **conclusiones definitivas** las partes acusadoras cambian la calificación de los hechos o aprecian alguna circunstancia determinante de agravación de la pena, el tribunal puede acordar, a petición de la defensa, un **aplazamiento de la sesión** de hasta 10 días para que la defensa pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y pruebas frente a las nuevas conclusiones de los acusadores (LECr art.788.4).

Finalizado el juicio se dicta la **sentencia** en los términos expresados en el art.789 de la LECr. Si la sentencia se dicta por el juez de lo penal (no por la Audiencia), puede pronunciarse en forma oral, al finalizar el juicio y adquirir firmeza de inmediato si las partes manifiestan su voluntad de no recurrir; en tal caso, el juez de lo penal puede decidir de inmediato sobre las medidas de sustitución o suspensión de la ejecución de la pena previstas en el Código Penal.

Contra las sentencias de las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictadas en procedimiento abreviado cabe **recurso** de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente (LECr art.846 ter.1); las sentencias de los juzgados de lo penal son apelables ante la Audiencia Provincial y las de los juzgados centrales de lo penal, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LECr art.790.1).

N. Procedimiento para el enjuiciamiento rápido

4495	1. Ámbito de aplicación	4500
	2. Actuaciones de la policía judicial	4505
	3. Diligencias urgentes	4510
	4. Comparecencia de los art.798 y 800 de la LECr	4515

4497 Se trata de un procedimiento introducido en nuestro ordenamiento por la L 38/2002 , que pretende acelerar la tramitación del proceso penal por medio de los siguientes **mecanismos**:

1. Se pretende que la instrucción y las actuaciones del periodo intermedio se completen ante el Juzgado de guardia, antes de que finalice el servicio de guardia (LECr art.799). En grandes poblaciones (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Málaga, etc.) el servicio de guardia dura 24 o 48 horas.

2. Terminadas las actuaciones ante el juzgado de guardia, el mismo juez de guardia efectúa el señalamiento de fecha para el juicio oral ante el Juzgado de lo Penal, dentro de los 15 días siguientes.

3. Si el acusado presta su conformidad con la acusación más grave ante el juez de guardia, este puede dictar, cuando proceda, la sentencia de conformidad. En este caso, el mismo día en que el detenido entra en el Juzgado por primera vez para declarar ante el juez, puede salir del juzgado con la sentencia.

1. Ámbito de aplicación

4500 El procedimiento de enjuiciamiento rápido debe seguirse cuando concurren las siguientes **circunstancias** (LECr art.795):

1. Que se haya presentado en el juzgado atestado policial en el que aparezcan identificadas las personas a quien se atribuye la comisión del delito.

2. Que se trate de 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.

3. Que en el delito a que se refiera el atestado concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- que se trate de delitos flagrantes (LECr art.795.1.1ª); o bien

- que se trate de alguno de los delitos que enumera la LECr art.795.1.2ª (lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el CP art.173.2; hurto; robo; hurto y robo de uso de vehículos; delitos contra la seguridad del tráfico; delitos de daños referidos en el CP art.263; delitos contra la salud pública previstos en el CP art.368.2; delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los art.270, 273, 274 y 275 del CP); o bien

- que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla (LECr art.795.1.3ª).

2. Actuaciones de la policía judicial

4505 Cuando intervenga la policía ante delitos susceptibles de enjuiciamiento rápido, su actuación está sujeta a las normas generales y, además, a ciertas exigencias especiales que tienen como finalidad facilitar que la instrucción pueda completarse ante el servicio de guardia del juzgado. La LECr art.796 exige a la policía que:

- cite al sujeto investigado no detenido para comparecer ante el juzgado de guardia;
- cite a los ofendidos o perjudicados para comparecer, el mismo día que el investigado, ante el juzgado de guardia;
- cite a los testigos para comparecer, el mismo día que los anteriores, ante el juzgado de guardia;
- reclame, cuando sean necesarios, ciertos informes periciales, con objeto de que dichos informes sean remitidos con la mayor celeridad al juzgado de guardia.

3. Diligencias urgentes

4510 El procedimiento para el enjuiciamiento rápido comienza con el auto de apertura de diligencias urgentes (LECr art.797.1). Estas diligencias constituyen la **fase de instrucción** del procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

El juez de guardia puede ordenar cualquier diligencia de investigación que pueda practicarse en el acto o antes de que finalice el servicio de guardia. En particular, pedirá los antecedentes penales del investigado, recabará los informes periciales que sean necesarios para la calificación y no se hubiesen recibido en el juzgado, tomará declaración al investigado, previa información de sus derechos, informará de sus derechos a los ofendidos o perjudicados e interrogará a los testigos, pudiéndose practicar careos y reconocimientos en rueda (LECr art.797.1).

4. Comparecencia de los art.798 y 800 de la LECr

4515 Concluida la práctica de las diligencias urgentes, el juez de guardia abre de inmediato una comparecencia a la que asisten las partes (fiscal, investigado y acusaciones particulares, cuando las haya) y en la que se tratan, sucesivamente, las dos cuestiones siguientes:

1. El juez, previa audiencia de las partes, decide **si procede continuar la tramitación** del procedimiento de enjuiciamiento rápido o poner fin a este procedimiento y continuar la tramitación como diligencias previas del procedimiento abreviado (LECr art.798.2). Esta decisión depende de que las diligencias urgentes practicadas sean o no suficientes para que se puedan considerar cumplidos los fines de la instrucción penal. La Ley considera la posibilidad de que, dados los brevísimos plazos previstos para la práctica de las diligencias urgentes, no sea posible completar la investigación de los hechos; para este supuesto, no se fuerza la continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido, lo que obligaría a las partes a decidir si formulan o no acusación y al juez a resolver sobre la apertura de juicio oral o sobreseimiento partiendo de una investigación insuficiente. En lugar de esto, se dispone que, cuando las investigaciones realizadas en las diligencias urgentes no sean suficientes, se ponga fin al procedimiento de enjuiciamiento rápido y se convierta el procedimiento en diligencias previas del procedimiento abreviado, en las que, sin limitaciones de tiempo, pueda completarse la investigación.

En este trámite cabe también que el juez, previa audiencia de las partes, ponga fin al proceso con alguna de las resoluciones previstas en los ordinales 1º, 2º y 3º del art.779.1 de la LECr (sobreseimiento, incoación de juicio sobre delito leve, inhibición en favor de la jurisdicción militar o remisión de las actuaciones al fiscal de menores).

2. Si el juez de guardia decide que debe continuar la tramitación del procedimiento de enjuiciamiento rápido, dicta resolución oral ordenándolo así y continúa la **comparecencia** para que las partes (todas: acusadores y encausado) pidan lo que consideren procedente según las reglas del procedimiento abreviado (LECr art.800.1).

Acordada la apertura del juicio oral, el fiscal y las acusaciones particulares deben formular su **acusación**, ante el propio juzgado de guardia, que se comunica a los acusados para que formalicen su **defensa**. El juez de guardia señala entonces la fecha de celebración del juicio oral y se remiten las actuaciones al juzgado de lo penal (LECr art.800.2, 3, 4 y 5).

Si el acusado, en lugar de presentar escrito de defensa expresa ante el juez de guardia su **conformidad** con la acusación más grave, el propio juez de guardia, previa comprobación de que se dan todos los requisitos de admisibilidad de la conformidad, dicta la sentencia imponiendo al acusado la pena solicitada por la acusación más grave reducida en un tercio (LECr art.801).

Para el **juicio oral, la sentencia y los recursos** rigen las mismas normas que en el procedimiento abreviado, acortándose algunos plazos (LECr art.802 y 803).

Ñ. Juicio sobre delitos leves

(LECr art.962 a 977)

4520 Como su nombre indica, su objeto es el enjuiciamiento de infracciones penales constitutivas de delito leve. Son delitos leves los castigados con pena leve (LECr ; CP art.13.4). Las penas leves son las previstas en el CP art.33.4 , que no incluyen privación de libertad, sino únicamente privación de otros derechos, inhabilitación, prohibiciones de acercarse o de comunicarse con la víctima u otras personas, localización permanente, multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

4525 Competencia

La competencia para el conocimiento del juicio sobre delitos leves corresponde, como regla general, a los **juzgados de instrucción** (LECr art.14.1). Los **juzgados de violencia sobre la mujer** tienen competencia para el conocimiento y fallo de los juicios por amenazas leves (LECr ; CP art.171.7), por coacciones leves (LECr ; CP art.172.3), y por injurias o vejaciones injustas de carácter leve (LECr ; CP art.173.4), cuando la víctima sea la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También cuando el delito se cometa sobre los descendientes, propios o de la esposa 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 de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género (LECr art.14.5.d).

4530 Procedimiento

En el juicio sobre delitos leves no hay fase de instrucción. Ante la noticia del delito (por denuncia o atestado, normalmente; más raramente querrela), el juez ordena la celebración del juicio. La denuncia o el atestado se presentan normalmente en el juzgado de guardia, salvo que no proceda la presentación del atestado ante el juez por no existir autor conocido (LECr art.284).

El Juzgado ha de acordar entonces la **celebración del juicio o el sobreseimiento** del procedimiento. A este respecto, la Ley contempla tres **posibilidades**:

1. Sobreseimiento y archivo de diligencias, que será acordado por el juez cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

- el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad, y
- no exista un interés público relevante en la persecución del hecho (en los delitos leves patrimoniales, no existe tal interés cuando se haya reparado el daño y no exista denuncia del perjudicado) (LECr art.963.1.1ª y 964.2.a).

2. Celebración del juicio inmediata, en el propio Juzgado de guardia y antes de que el servicio de guardia finalice. Procede en los siguientes casos:

- juicios por delito leve de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias. En estos casos se exige a la policía que efectúe las citaciones ante el juzgado de guardia de las personas que deban comparecer en el juicio para facilitar la celebración inmediata de este (LECr art.962);

- otros juicios por delito leve, cuando la noticia del delito llegue al juzgado mediante atestado o denuncia presentada en el juzgado, «si, estando identificado el denunciado, fuere posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia y concurren el resto de requisitos exigidos por el artículo 963.» En estos casos, las citaciones no las efectúa la policía, sino el juzgado y, por tanto, será más difícil, en la práctica, que el juicio pueda celebrarse de inmediato (LECr art.964.2).

3. Cuando no proceda la inmediata celebración del juicio por delito leve, se señalará fecha para la celebración del juicio, citando a quienes deban comparecer. El señalamiento se hará «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» (LECr art.965.1.1ª). Si la competencia para conocer del juicio correspondiese a otro Juzgado, se remitirá lo actuado al Juzgado competente para que este efectúe el señalamiento y ordene las citaciones (LECr art.965.1.2ª).

4531 Tanto si se celebra de inmediato en el servicio de guardia como si se señala para una fecha posterior, el juicio sobre delitos leves está sujeto a las siguientes **reglas**:

a) Si el denunciado reside fuera de la demarcación del juzgado, no tendrá obligación de concurrir al acto del juicio, y podrá dirigir al juez escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa, así como apoderar a abogado o procurador que presente en aquel acto las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviere (LECr art.970).

b) La ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado correctamente, a no ser que el juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquel (LECr art.971).

c) Para el denunciante, el ofendido o perjudicado y el investigado, no es preceptiva la asistencia de abogado en el acto del juicio, salvo que se trate de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos 6 meses (LECr art.967.1).

d) El fiscal asistirá a los juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En esos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena (LECr art.969.2).

e) El juicio es público y consta de las siguientes actuaciones:

- lectura de la querrela o de la denuncia, si las hubiere;
- el examen de los testigos y práctica de las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante y el fiscal;
- declaración del acusado, examen de los testigos que presente en su descargo y práctica de las demás pruebas que ofrezca y fueren pertinentes; y
- informes orales de las partes sobre lo que crean conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, hablando primero el Fiscal, después el querellante particular o el denunciante y, por último, el acusado (LECr art.969.1).

f) La sentencia se puede dictar en el acto al finalizar el juicio o dentro de los 3 días siguientes. Es apelable ante la Audiencia Provincial. Si se dicta la sentencia al finalizar el juicio y las partes manifiestan su voluntad de no recurrir, el juez declara la firmeza de la sentencia y se procede a su ejecución (LECr art.973 a 976).

O. Proceso por aceptación de decreto

4535 Cuando el Ministerio Fiscal considere que la pena aplicable al delito por el que se siga la causa 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, la LECr permite que se siga el denominado «proceso por aceptación de decreto», introducido por la L 41/2015 . La **aplicación del mecanismo procesal** de la aceptación de decreto **requiere** lo siguiente:

1º. Que se hayan iniciado diligencias de investigación por la fiscalía o se haya incoado un procedimiento judicial y no haya finalizado la fase de instrucción (LECr art.803 bis a).

2º. Que las diligencias se refieran a delitos para los que el Código Penal prevea pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o 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 (LECr art.803 bis.a.1º).

3º. Que no esté personada acusación popular o particular en la causa (LECr art.803 bis.a.3º).

4º. Que el Ministerio Fiscal dicte un decreto en el que proponga pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o, en su caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista. También podrá proponer medidas de restitución e indemnización.

Si el Código Penal prevé **pena de prisión**, el decreto deberá expresar los motivos por los que el fiscal entiende que la pena de prisión debe ser sustituida. El decreto debe incluir también los siguientes contenidos:

- identificación del investigado;
- descripción del hecho punible;
- indicación del delito cometido y
- mención sucinta de la prueba existente (LECr art.803 bis.c).

5º. Que el juez de instrucción autorice la propuesta del Ministerio Fiscal.

El decreto se remite al juzgado de instrucción y el juez dicta auto autorizando la propuesta si esta cumple los requisitos legales; en otro caso la propuesta será rechazada y el decreto del Ministerio Fiscal queda sin efecto (LECr art.803 bis.d y 803 bis.e).

6º. Que el encausado, con asistencia de abogado, acepte íntegramente la propuesta contenida en el decreto, tanto en lo que se refiere a las penas como, en su caso, a las pretensiones de restitución e indemnización (LECr art.803 bis.h).

El **auto de autorización del decreto** se notifica al encausado, a quien se cita a una comparecencia ante el juez para que manifieste si acepta o rechaza el decreto (LECr art.803 bis.f).

Si el encausado no comparece, el decreto queda sin efecto. Comparecido el encausado con su abogado, manifestará si acepta o rechaza la propuesta contenida en el decreto. En caso de rechazo, aunque sea parcial, de las sanciones o medidas propuestas, el decreto queda sin efecto (LECr art.803 bis.h).

Ante la **aceptación del decreto** por parte del encausado, el juzgado de instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme y, en el plazo de 3 días, documentará la resolución en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria. Esta resolución judicial no es recurrible (LECr art.803 bis i).

Si el decreto es **rechazado** el proceso continúa sin que el Ministerio Fiscal quede vinculado por lo que propuso en él, pudiendo solicitar penas distintas y más graves que las que propuso en el decreto (LECr art.803 bis j).

P. Proceso penal ante el Tribunal del Jurado

4539	1. Tribunal del Jurado	4540
	2. Incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado: la comparecencia para concretar la imputación	4545
	3. Diligencias de investigación	4550
	4. Periodo intermedio	4555
	5. Juicio oral	4565
	6. Veredicto	4580
	7. Sentencia	4585
	8. Recursos	4590

1. Tribunal del Jurado

4540 El Tribunal del Jurado se compone de 9 jurados y un magistrado-presidente, integrante de la Audiencia Provincial (en caso de delitos cometidos por sujetos aforados el magistrado-presidente pertenece a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia).

La **función de los jurados** consiste en emitir el veredicto, declarando probado o no probado el hecho justiciable y proclamando la culpabilidad o inculpabilidad de los acusados (LOTJ art.3.1 y 2). Al **magistrado-presidente** le corresponde dictar la sentencia, en que recogerá el veredicto del jurado e impondrá, en su caso, la pena que corresponda (LOTJ art.4).

La **competencia** del Tribunal de Jurado se extiende al conocimiento de los procesos penales por homicidio (CP art.138 a 140) y otros delitos que relaciona el art.1.2 de la LOTJ :

- a) Homicidio (CP art.138 a 140).
- b) Amenazas (CP art.169.1º).
- c) Omisión del deber de socorro (CP art.195 y 196).
- d) Allanamiento de morada (CP art.202 y 204).
- e) Infidelidad en la custodia de documentos (CP art.413 a 415).
- f) Cohecho (CP art.419 a 426).
- g) Tráfico de influencias (CP art.428 a 430).
- h) Malversación de caudales públicos (CP art.432 a 434).
- i) Fraudes y exacciones ilegales (CP art.436 a 438).
- j) Negociaciones prohibidas a funcionarios (CP art.439 y 440).
- k) Infidelidad en la custodia de presos (CP art.471).

2. Incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado: comparecencia para concretar la imputación

4545 El procedimiento especial se incoa mediante auto, cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado (LOTJ art.24).

No basta la mera noticia del delito; es necesario que el delito se impute a persona determinada. Cuando se tenga noticia de un delito de la competencia del Tribunal del Jurado, pero no se pueda imputar a ninguna persona, se incoará sumario o diligencias previas y, una vez que en el sumario o diligencias previas se identifique a algún sujeto que deba ser investigado, se convertirá el procedimiento en el especial para los casos en que es competente el Tribunal del Jurado.

4547 Comparecencia para «concretar la imputación»

Una vez incoado el proceso, el juez de instrucción convocará al investigado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a una comparecencia, cuyo objeto principal es dar a conocer al investigado la existencia de la imputación (LOTJ art.25).

En la comparecencia, las partes podrán solicitar la práctica de las diligencias de investigación que estimen oportunas. Tras la comparecencia el juez adoptará una de las decisiones siguientes (LOTJ art.26):

- acordar el sobreseimiento de la causa, si concurre alguna de las circunstancias previstas en la LECr art.637 y 641 ; o bien
- acordar la continuación del procedimiento, ordenando la práctica de las diligencias que estime procedentes.

3. Diligencias de investigación

4550 Tras la resolución judicial acordando la continuación del procedimiento se practican las diligencias de investigación que el juez ordene conforme a las siguientes reglas:

1. Diligencias **solicitadas por las partes**. Las partes pueden solicitar diligencias de investigación:

- en la comparecencia para concretar la imputación (LOTJ art.25.3 i.f.);
- dentro de los 5 días siguientes al de la comparecencia o al de aquel en que se practicara la última de las ordenadas (LOTJ art.27.2).

El juez ordenará practicar o practicará por sí solamente las que considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudiesen practicarse directamente en la audiencia preliminar (LOTJ art.27.1).

2. Diligencias **ordenadas de oficio** por el juez, como complemento de las solicitadas por las partes, limitadas a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras. El juez puede acordar las que estime necesarias, si se cumplen los requisitos anteriores (LOTJ art.27.3).

4. Periodo intermedio

4555 Solicitud de apertura del juicio oral y escritos de calificación

Practicadas, en su caso, las diligencias de investigación, las partes disponen de un **plazo** de 5 días para instar lo que estimen oportuno respecto de la apertura del juicio oral (LOTJ art.27.4). Si ninguna de las partes interesa la apertura del juicio oral, el juez acordará el **sobreseimiento**.

La **petición de apertura** del juicio oral debe efectuarse mediante la presentación del escrito de acusación, que debe contener los extremos a que se refiere el art.650 de la LECr y en él pueden proponerse diligencias complementarias para su práctica en la audiencia preliminar. Del escrito de acusación se dará traslado al acusado, para que formule su defensa en los términos del art.652 de la LECr y proponga diligencias complementarias para su práctica en la audiencia preliminar (LOTJ art.29).

4557 Audiencia preliminar

Su finalidad es decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (LOTJ art.30.1). Las partes pueden alegar lo que estimen conveniente sobre la procedencia de abrir el juicio (LOTJ art.31.3). Se practican las diligencias susceptibles de llevarse a cabo en el propio acto, propuestas antes o durante la propia audiencia preliminar (LOTJ art.31.1 y 2).

4559 Apertura del juicio oral o sobreseimiento

Concluida la audiencia preliminar, el juez, en el mismo acto o dentro de los 3 días siguientes, decidirá mediante auto sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento (LOTJ art.32). En el auto que manda abrir el juicio se deben expresar:

- el hecho o hechos justiciables que serán objeto de enjuiciamiento;
- las personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civiles;

- las razones que justifican la procedencia de abrir el juicio oral; y
- el órgano competente para el enjuiciamiento (LOTJ art.33).

5. Juicio oral

4565 Designación del Magistrado-Presidente

El juez emplazará a las partes para que se personen ante la Audiencia Provincial (o ante el Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo). Recibidas las actuaciones por el órgano correspondiente, este designará al magistrado-presidente que por turno corresponda (LOTJ art.35).

En el proceso ante el Tribunal del Jurado no se remiten al órgano enjuiciador todas las actuaciones realizadas en el juzgado de instrucción, sino únicamente testimonio de algunas de ellas (escritos de calificación de las partes, documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral, auto de apertura del juicio oral y otros testimonios que soliciten las partes). Estos testimonios se remiten por el juzgado de instrucción al tribunal en cuyo ámbito se vaya a celebrar el juicio, junto con los efectos e instrumentos del delito ocupados y demás piezas de convicción (LOTJ art.34).

4567 Cuestiones previas

Las partes, al personarse ante el tribunal superior, podrán plantear ante el magistrado-presidente cuestiones previas, que se resolverán siguiendo la tramitación de los artículos de previo pronunciamiento de la LECr (LOTJ art.36).

Además de las cuestiones que se pueden plantear como cuestiones previas en el juicio ordinario y en el procedimiento abreviado (LECr art.666 y 793.2), en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado se puede suscitar, en este trámite:

- la ampliación del enjuiciamiento a hechos no incluidos en el auto de apertura de juicio oral;
- la exclusión de hechos efectivamente incluidos; e
- impugnar los medios de prueba propuestos por las partes y proponer nuevos medios de prueba (LOTJ art.36.1).

4569 Auto de hechos justiciables

A continuación, el magistrado-presidente debe dictar el auto de hechos justiciables. En esta resolución deben expresarse los hechos que los jurados deberán tener o no por probados (incluidos también los que fundan el grado de participación o ejecución) y el delito o delitos que dichos hechos constituyan. En el mismo auto, el magistrado-presidente resolverá sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes y sobre la anticipación de su práctica y señalará día para la celebración del juicio oral (LOTJ art.37).

4571 Constitución del Tribunal del Jurado

Se produce el día señalado para la celebración del juicio oral, conforme a las siguientes **reglas**:

a) Cada 2 años ha de realizarse en cada provincia un sorteo para confeccionar una lista de candidatos a jurado (LOTJ art.13 a 16).

b) Para cada proceso, de entre esa lista se efectúa un sorteo para designar 36 jurados que son convocados para día en que deba tener lugar el comienzo de las sesiones del juicio oral (LOTJ art.18 a 23).

c) El día señalado para el comienzo del juicio, si concurren al menos 20 de los 36 candidatos citados, el magistrado-presidente interrogará a los candidatos, a fin de comprobar si concurren en cada uno de ellos los requisitos necesarios. En este momento, las partes podrán recusar al candidato que no cumpla los requisitos (LOTJ art.38).

Si concurren menos de 20 candidatos, se impone multa a los no comparecidos y se hace nuevo señalamiento convocando a hasta 8 candidatos más designados por sorteo (LOTJ art.39).

d) A continuación se procede a un sorteo para seleccionar a los 9 jurados que formarán parte del tribunal y a los 2 suplentes (LOTJ art.40).

e) Durante el sorteo y a medida que se va extrayendo el nombre de cada candidato designado, las acusaciones y las defensas podrán plantearles preguntas y recusar, respectivamente y sin alegar motivo alguno, a 4 de los candidatos (LOTJ art.40.3).

f) Completado el proceso de selección, se constituye el Tribunal del Jurado, procediéndose acto seguido a recibir juramento o promesa a los jurados (LOTJ art.40.5 y 41).

4573 Desarrollo de las sesiones del juicio oral

Se inicia con la lectura por el letrado de la Administración de Justicia de los escritos de calificación de las partes. Sigue un turno de intervenciones en que las partes exponen al jurado lo que estimen pertinente sobre sus calificaciones

y finalidad de la prueba propuesta. En este momento pueden proponer nuevas pruebas con tal de que puedan practicarse en el acto del juicio (LOTJ art.45).

En la práctica de la **prueba** se aplican las siguientes **reglas especiales** (LOTJ art.46):

a) Los jurados, por medio del magistrado-presidente y previa declaración de su pertinencia, podrán dirigir, por escrito, a los testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba.

b) Los jurados pueden examinar los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, en los mismos términos en que puede hacerlo el tribunal en el resto de los procedimientos (LECr art.726).

c) Si se practica la prueba de inspección ocular, el tribunal se constituirá en su integridad, es decir, con los jurados, en el lugar del suceso.

d) Las diligencias remitidas por el juez instructor pueden ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba.

e) Las partes pueden interrogar a los peritos, testigos y al acusado sobre las contradicciones que entiendan existentes entre lo que manifiestan en el juicio oral y lo dicho durante la instrucción. No podrán, sin embargo, leerse dichas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones realizadas en la instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, carecen de valor probatorio.

Practicada la prueba, las partes podrán **modificar** sus **conclusiones** y el magistrado-presidente hacer uso de la facultad a que se refiere el art.788.3 de la LECr. (someter a las partes preguntas sobre puntos determinados en relación con la prueba de los hechos y su valoración jurídica). Si en este momento del proceso las partes califican los hechos como un delito no atribuido al conocimiento del Tribunal del Jurado, este seguirá conociendo (LOTJ art.48).

4575 Disolución del jurado

Procede por los siguientes **motivos**:

1º. Cuando se produce la suspensión del juicio, por alguna de las causas previstas en la LECr, el magistrado-presidente puede acordar la disolución del jurado, debiendo hacerlo en todo caso si la suspensión ha de prolongarse durante más de 5 días (LOTJ art.47); en este caso, el juicio tiene que celebrarse de nuevo con otro jurado.

2º. Al concluir los informes, a instancia de parte o de oficio, puede acordarse la disolución si no resulta del juicio la existencia de prueba de cargo para fundar una condena. El juicio concluye con sentencia absolutoria (LOTJ art.49).

3º. Cuando las partes soliciten la terminación del proceso por sentencia de conformidad, en los términos previstos en el LOTJ art.50 .

4º. Por desistimiento de los acusadores de la petición de condena, en cuyo caso se disolverá en jurado y se dictará sentencia absolutoria (LOTJ art.51).

6. Veredicto

4580 Concluido el juicio, el magistrado-presidente somete al jurado el objeto del veredicto. A tal fin, redacta un **cuestionario** conforme a lo dispuesto en el art.52 de la LOTJ. Antes de entregar al jurado el escrito que recoge el objeto del veredicto, el magistrado-presidente lo somete a las partes para que aleguen lo que estimen oportuno sobre la inclusión o exclusión de hechos (LOTJ art.53). A continuación, los jurados se retiran para emitir su veredicto, permaneciendo incomunicados durante todo el tiempo en que dure la deliberación (LOTJ art.55 y 56).

Los jurados deben **votar sobre los hechos y sobre la culpabilidad o inculpabilidad** del acusado. Para que un hecho se declare probado, se requieren 7 votos, cuando el hecho fuese contrario al acusado, y 5, cuando fuese favorable (LOTJ art.59.1). Para establecer la culpabilidad se precisan 7 votos; para la inculpabilidad son precisos 5 (LOTJ art.60).

El resultado de la votación se hace constar en **acta** que se entrega al magistrado-presidente (LOTJ art.61 y 62), quien podrá devolverla al jurado si advierte los defectos detallados en el art.63 de la LOTJ o no se han obtenido las mayorías necesarias. Si se producen hasta tres devoluciones sin subsanación, el magistrado-presidente disolverá el jurado y se convocará de nuevo el juicio con un jurado nuevo (LOTJ art.65).

El veredicto del jurado será leído por su **portavoz** en audiencia pública. Leído el veredicto, el jurado **cesa** en sus funciones (LOTJ art.62 y 66).

7. Sentencia

4585 Si el veredicto es de **inculpabilidad**, el magistrado-presidente dicta, en el acto, sentencia absolutoria del acusado a que se refiera, ordenando, en su caso, la inmediata puesta en libertad (LOTJ art.67).

Cuando el veredicto es de **culpabilidad**, el magistrado-presidente, antes de dictar la sentencia, concede la palabra al fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El informe se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de los beneficios de remisión condicional, si el jurado hubiere emitido un criterio favorable a esta (LOTJ art.68). Tras estas audiencias, el magistrado-presidente dicta la sentencia conforme a lo previsto en el art.70 de la LOTJ .

8. Recursos

4590 Son recurribles en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma (LECr art.846 bis.a):

- las sentencias dictadas por el magistrado-presidente en el ámbito de la Audiencia Provincial; y
- los autos dictados por el magistrado-presidente resolviendo las cuestiones del art.36 de la LOTJ .

El recurso de apelación solo puede basarse en ciertos **motivos tasados** previstos en el art.846 bis.c de la LECr. El **procedimiento** de este recurso de apelación está regulado en los art.846 bis.d, e y f de la LECr.

Los **motivos** en que puede basarse el recurso de apelación son los siguientes:

- a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión.
- b) Infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.
- c) Indebida desestimación de la solicitud de disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo.
- d) Indebida disolución del jurado.
- e) Vulneración de la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carezca de toda base razonable la condena impuesta (LECr art.846 bis.c).

4591 La apelación consta de una primera fase ante el órgano *a quo*, en la que se da traslado a las demás partes del escrito de interposición del recurso, quienes podrán impugnarlo por escrito o formular recurso supeditado de apelación. Completadas estas actuaciones, se emplaza a las partes ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y, personado el apelante ante dicha Sala, se celebra vista y se dicta sentencia en los 5 días siguientes.

Contra la sentencia dictada en apelación por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia cabe recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (LECr art.847).

Q. Otros procesos penales especiales

4595	1.	Proceso penal contra senadores y diputados: el suplicatorio	4600
	2.	Proceso por delitos de injuria y calumnia contra particulares	4605
	3.	Proceso por delitos cometidos por medio de imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación	4610
	4.	Procedimiento de decomiso autónomo	4615

1. Proceso penal contra senadores y diputados: el suplicatorio

4600 Los procesos penales que se sigan contra diputados y senadores se encuentran condicionados por las siguientes **previsiones constitucionales**:

1. **Fuero especial** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que determina que en las causas contra diputados y senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Const art.71.3).
2. **Inmunidad parlamentaria**, cuyo contenido es:

- los diputados y senadores solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito; y
- no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva (Const art.71.2).

4602 Estas previsiones constitucionales se traducen en las siguientes **especialidades** en los procesos penales que se sigan contra senadores y diputados:

a) La **competencia** para conocer del proceso corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Para la **instrucción** se designa de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un magistrado instructor que no forma parte del tribunal en la fase de juicio oral (LOPJ art.57). Las denuncias o querellas contra senadores o diputados se formularán ante el Tribunal Supremo (L 9-2-1912 art.4). Si se incoa un proceso por un juez de instrucción, ya de oficio, ya por denuncia o querella, y apareciesen indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente, se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo (LECr art.2 ; L 9-2-1912).

b) Respecto a la **detención**, no se aplican los presupuestos de los art.490 y 491 LECr, y únicamente es procedente en caso de flagrante delito. Cuando el senador o diputado fuere delincuente *in fraganti* puede ser detenido sin autorización de la Cámara a que pertenezca; pero en las 24 horas siguientes a la detención debe ponerse lo hecho en conocimiento dicha Cámara (LECr art.751).

c) En cuanto al **derecho de defensa**, la admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra un senador o un diputado, debe ser puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados; y estos pueden ejercitar el derecho de defensa en los términos previstos en el art.118 de la LECr, incluso antes de que se solicite y conceda la autorización de la Cámara legislativa (LECr art.118 bis).

d) La Sala Segunda del Tribunal Supremo debe pedir **autorización a la Cámara legislativa** correspondiente para proceder contra un senador o diputado (Const art.71.2 ; LECr art.750 y L 9-2-1912 art.5). La solicitud de autorización para proceder contra un senador o diputado se denomina **suplicatorio** (LECr art.755).

El suplicatorio se remite a la Cámara que corresponda, en la que se tramita con arreglo a las previsiones de su Reglamento (LECr ; Reglamento del Senado art.22; Reglamento del Congreso art.13 y 14).

Desde que se solicita la autorización a la Cámara, las actuaciones procesales relativas al senador o diputado quedan suspendidas (LECr art.753 ; L 9-2-1912 art.6).

Si la Cámara **concede autorización** para proceder contra el senador o diputado, continúa el proceso penal, en el que se investigará la participación en el delito del parlamentario investigado o encausado, se formulará, en su caso, acusación frente a él y se dictará sentencia condenatoria o absolutoria (LECr ; L 9-2-1912 art.7). Si la cámara **deniega la autorización** se pone fin al proceso penal, respecto de parlamentario afectado, mediante auto de sobreseimiento libre (LECr art.754 ; L 9-2-1912 art.7).

2. Proceso por delitos de injuria y calumnia contra particulares

4605 Los delitos de injuria y calumnia, como regla general, solo se pueden perseguir penalmente si la persona ofendida o su representante legal ejercitan la acción penal presentando querella. Se procede de oficio únicamente cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos (LECr ; CP art.215.1).

La **competencia** para la instrucción y enjuiciamiento se determina según las reglas generales (LECr art.14). Atendidas las penas señaladas a estos delitos la competencia para la instrucción corresponderá al juzgado de instrucción del lugar de comisión del delito, y la competencia para el enjuiciamiento al juzgado de lo penal.

El **procedimiento** a seguir será el **abreviado**, con las siguientes **especialidades**:

1. Las **diligencias previas** solo se incoarán en virtud de querella del ofendido (LECr ; CP art.215.1).

2. Para la admisión de la **querella** han de cumplirse los siguientes requisitos:

- haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o haberlo intentado sin efecto, acreditándolo con la correspondiente certificación (LECr art.804);

- cuando se trate de injuria o calumnia vertidas en juicio, será necesario acreditar además la autorización del juez o tribunal ante quien hubiesen sido inferidas (LECr art.805).

3. Instrucción en caso de **injuria o calumnia vertida por escrito**: se presentará, siendo posible, el documento que contenga la injuria o calumnia; el documento deberá ser reconocido por la persona legalmente responsable y se

comprobará si ha existido o no publicidad; en función del resultado de estas diligencias el juez de instrucción dictará la resolución que proceda conforme al art.779 de la LECr (LECr art.806 y 807).

4. Instrucción en caso de injuria o calumnia inferida verbalmente: se celebra una comparecencia (la Ley la denomina «juicio verbal») ante el juez de instrucción a la que son convocados el querellante, el querellado y los testigos que puedan dar razón de los hechos. Terminada la comparecencia el juez decide sobre la procedencia de continuar o no el proceso, conforme a lo previsto en el art.779 de la LECr (LECr art.808, 809 y 812). En la comparecencia se pueden proponer y practicar pruebas, pero no se admiten los testigos de referencia (LECr art.813).

5. La fase intermedia, el juicio oral y la sentencia se rigen por lo previsto para el **procedimiento abreviado**.

3. Proceso por delitos cometidos por medio de imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación

4610 La LECr art.816 a 823 bis establece ciertas especialidades para la fase de instrucción de los procesos penales que tengan por **objeto**:

a) Delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación (LECr art.816).

b) Delitos cometidos a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (LECr art.823 bis).

En la **instrucción** de las causas que se sigan por estos delitos se han de tener en cuenta las siguientes **especialidades**:

1. El juez ordenará el **secuestro de los ejemplares del impreso o de la estampa** en que se encuentren los contenidos delictivos, así como el molde de la estampa; si se trata de delitos cometidos por medios audiovisuales, el juez podrá acordar, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva (LECr art.816 y 823 bis).

Solo se consideran instrumentos o efectos del delito los ejemplares impresos del escrito o estampa y el molde de esta (LECr art.821).

2. Se **averiguará el autor** del delito, conforme a las siguientes **reglas**:

a) Se tomará declaración para averiguar quién haya sido el autor real al director o redactores de la publicación y al responsable del establecimiento tipográfico en que se haya hecho la impresión o grabado (LECr art.817 y 818)

b) Cuando no pudiere averiguarse quién sea el autor real del escrito o estampa, o cuando por hallarse domiciliado en el extranjero o por cualquier otra causa no pudiere ser perseguido, se dirigirá el procedimiento contra las personas subsidiariamente responsables, por el orden establecido en el CP art.30 (LECr art.819).

Si durante el curso de la causa apareciere alguna persona que, por el orden establecido en el citado artículo del Código Penal, deba responder criminalmente del delito antes que el procesado, se sobreeserá la causa respecto a este, dirigiéndose el procedimiento contra aquella (LECr art.821).

El CP art.30 dispone que en los delitos que se cometan utilizando **medios o soportes de difusión mecánicos** los autores responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1.º los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo; 2.º los directores de la publicación o programa en que se difunda; 3.º los directores de la empresa editora, emisora o difusora y 4.º los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

c) No será bastante la confesión de un supuesto autor para que se le tenga como tal y para que no se dirija el procedimiento contra otras personas, si de las circunstancias de aquel o de las del delito resultaren indicios bastantes para creer que el confeso no fue el autor real del escrito o estampa publicados (LECr art.820)

3. La **instrucción** de la causa se dará por **finalizada** en cuanto se hayan unido a las actuaciones el impreso, grabado u otro medio mecánico de publicación que haya servido para la comisión del delito, y se haya averiguado el autor o la persona subsidiariamente responsable (LECr art.823).

4615 Normalmente, el decomiso de los bienes y de las ganancias ilícitas a que se refiere el CP art.127 s. se acuerdan en la sentencia que pone fin al proceso penal, sin dar lugar a un proceso distinto que tenga por objeto únicamente el decomiso.

No obstante, excepcionalmente, la procedencia y la extensión del decomiso puede ser enjuiciada en un procedimiento ad hoc, con ese exclusivo objeto, que la LECr regula en los artículos 803 ter.e y siguientes.

El procedimiento de decomiso autónomo es **aplicable**, en particular, en los siguientes **casos**:

- cuando el Fiscal, en su escrito de acusación, se limita a solicitar el decomiso de bienes, pero remitiendo expresamente la determinación de los bienes a decomisar a un procedimiento autónomo posterior a la terminación por sentencia firme de la causa penal (LECr art.803 ter.e, ap.2.a);

- cuando la solicitud de decomiso se base en que se ha cometido un hecho punible pero no sea posible el ejercicio de la acción penal frente al presunto responsable por fallecimiento, rebeldía, incapacidad u otras causas (LECr art.803 ter.e, ap.2.b).

4616 La **competencia** para conocer del procedimiento de decomiso autónomo corresponde al tribunal que haya dictado la sentencia firme en la causa penal o, cuando no se haya dictado sentencia, al tribunal penal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida o al tribunal penal que fuera competente para conocer el enjuiciamiento de la causa si esta no se hubiera iniciado (LECr art.803 ter.f).

La **legitimación activa** para promover un procedimiento de decomiso autónomo corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal (LECr art.803 ter.h).

Promovido el procedimiento, su **tramitación** se acomoda a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal, con las particularidades que resultan de lo establecido en la LECr art.803 ter.g y siguientes .

R. Ejecución penal

4620	1. Tribunal competente para la ejecución penal	4625
	2. Ejecución de las penas privativas de libertad	4630
	3. Alternativas al ingreso en prisión	4635
	4. Ejecución de penas privativas de derechos	4640
	5. Ejecución de la pena de multa	4645
	6. Ejecución de las medidas de seguridad	4650
	7. Ejecución de pronunciamientos sobre responsabilidad civil	4655
	8. Terminación de la ejecución penal	4660

4622 Una vez firme la sentencia penal condenatoria, se procede a su ejecución por el tribunal competente. El tribunal lleva a cabo la ejecución de oficio, sin necesidad de que se solicite por el Ministerio Fiscal ni por ninguna parte acusadora.

La ejecución penal es una actividad estatal que debe desarrollarse con estricta sujeción al principio de legalidad. En este sentido, el CP art.3 dispone que la ejecución de las penas y medidas de seguridad ha de basarse en sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales, y desarrollarse en la forma prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan y bajo el control de los jueces y tribunales competentes.

Tratándose de **penas privativas de libertad**, su ejecución debe ajustarse, en particular, a las exigencias que derivan de la Const art.25.2 , que:

- ordena que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad se orienten hacia la reeducación y reinserción social;

- garantiza al condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma el disfrute de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria; y

- reconoce al penado, en todo caso, los derechos a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

4625 El tribunal competente para la ejecución penal es:

1. Para la ejecución de sentencias dictadas en **juicio sobre delito leve** es competente el juzgado de instrucción o de violencia sobre la mujer que haya dictado la sentencia de primera instancia (LECr art.984).
2. La ejecución de las sentencias recaídas en el **proceso por aceptación de decreto**, cuando el delito sea leve, corresponde al juzgado que la hubiera dictado (LECr art.985, párrafo 2º).
3. Para la ejecución de sentencias dictadas en **procedimiento abreviado** en que haya conocido en primera instancia un juzgado de lo penal es competente el juzgado de lo penal, incluso cuando la sentencia que deba ejecutarse sea la dictada por la Audiencia Provincial en apelación (LECr art.792.3).
4. Para la ejecución de sentencias dictadas en **procedimiento de enjuiciamiento rápido** es competente el juzgado de lo penal, incluso si la sentencia firme de cuya ejecución se trate ha sido dictada por el juez de instrucción, en caso de conformidad del acusado (LECr art.801.4) o cuando se trate de la ejecución de la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial (LECr art.803 en relación con art.792.3).
5. Para el **resto** de las causas por delito, la competencia para la ejecución de la sentencia corresponde al tribunal que haya dictado la que sea firme (LECr art.985). No obstante, si la sentencia firme es la dictada por el Tribunal Supremo en casación, la ejecución corresponderá al tribunal que hubiese dictado la sentencia recurrida (LECr art.986).

En la ejecución de las penas de privación de libertad, además del tribunal que sea competente según lo indicado tiene una intervención muy relevante el **juzgado de vigilancia penitenciaria**.

El desarrollo de la ejecución penal depende de cuál sea la clase de pena que se imponga en la sentencia, lo que aconseja tratar separadamente la ejecución de las distintas clases de penas.

2. Ejecución de las penas privativas de libertad

4630 Es, sin duda, el caso más frecuente y también el que presenta mayor dificultad, no solo por ser más complejas las actuaciones, sino porque en la ejecución de penas privativas de libertad intervienen pluralidad de órganos públicos, jurisdiccionales y administrativos, cuyas funciones no están siempre bien delimitadas, y porque, además, en su regulación inciden numerosas disposiciones legales y reglamentarias en abigarrada mezcolanza no exenta de contradicciones y lagunas.

Las principales **fuentes normativas** en materia de ejecución de penas privativas de libertad son la Constitución Española, en particular su art.25.2, el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la legislación penitenciaria (LO 1/1979 , General Penitenciaria (en adelante, LOGP), y Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996). Sobre esta materia inciden también normas internacionales, entre las que cabe destacar el Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, de 21-3-1983, así como numerosos convenios bilaterales sobre la misma materia entre España y otros Estados (Argentina, Brasil, China, Cuba, Marruecos, Méjico, Rusia y Tailandia, entre otros).

4631 Con todas las reservas que derivan de la anterior advertencia, las **principales características** de la ejecución de las penas de privación de libertad se pueden resumir en lo siguiente:

1. El juez o tribunal competente para la ejecución debe adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el **condenado ingrese en el establecimiento penal** destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las autoridades administrativas (LECr art.990).

Las **«medidas necesarias»** incluyen expedir el denominado mandamiento de penado u orden de ingreso en prisión que, junto con el testimonio de la sentencia, se remite por el tribunal al centro penitenciario (LOGP art.15.1 ; RD 190/1996 art.15 y 16), y llevar a cabo la liquidación de la condena para determinar el tiempo de privación de libertad del condenado, abonando, en su caso, el tiempo que este hubiese estado en prisión provisional (CP art.58 y 59).

Si el condenado estuviese en prisión provisional, al recibir la anterior documentación en el centro penitenciario, cambiará su situación de preso preventivo a penado. Si estuviese en libertad, deberá ingresar en prisión, lo que podrá hacer voluntariamente (LOGP art.15.1 y RD 190/1996 art.16) o bien conducido por la autoridad, previa requisitoria para su búsqueda y captura, si fuere necesario, que mandará expedir el tribunal de la ejecución (LECr art.836).

2. A partir del ingreso en prisión, el **condenado queda sujeto al régimen penitenciario**, que se aplica, en principio, por la administración penitenciaria, si bien bajo el control del juez de vigilancia penitenciaria en los términos previstos en la legislación penitenciaria.

4632 Al **juez de vigilancia penitenciaria** le corresponde, en general, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley (LOPJ art.94.1). Estas **funciones** incluyen:

- resolver sobre las propuestas de libertad condicional y revocaciones de la libertad condicional;
- aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena;
- aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a 14 días;
- resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias;
- resolver los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado;
- resolver sobre las peticiones o quejas de los internos en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos;
- autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a 2 días, excepto de los clasificados en tercer grado;
- conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento (LGP art.76.2).

4633 **3.** Corresponde al tribunal de la ejecución, finalmente, aprobar la **libertad definitiva** del penado, una vez cumplida íntegramente la pena (LOGP art.17.3 y RD 190/1996 art.24).

4. Cuando el condenado solicita **indulto**, corresponde al tribunal sentenciador emitir informe «sobre la justicia o conveniencia» de la concesión de la gracia (L18-6-1870 art.25) y, en su caso, resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena mientras no se resuelva sobre el indulto (CP art.4.4).

5. En la ejecución de **penas de localización permanente** corresponde al juez:

- determinar el lugar en que deba permanecer el penado, en la propia sentencia o posteriormente en auto motivado, pudiendo acordar incluso, en la sentencia, el cumplimiento en establecimiento penitenciario en fines de semana y festivos;
- resolver sobre la solicitud del reo de cumplimiento de la condena durante los sábados y domingos o de forma no continuada; y
- acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo (CP art.37).

3. Alternativas al ingreso en prisión

4635 El tribunal de la ejecución tiene competencia, además, para conocer y decidir las siguientes **incidencias**:

- sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros por su expulsión del territorio español (CP art.89); y
- suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a 2 años (CP art.80 a 87).

El Código Penal permite la **suspensión de la ejecución** de las penas privativas de libertad no superiores a 2 años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (CP art.80.1).

Con carácter general, para que pueda acordarse la suspensión, han de concurrir los siguientes **requisitos**:

- que el condenado haya delinquido por primera vez;
- que la pena de cuya suspensión se trata no exceda de 2 años; y
- que se hayan satisfecho (o sea previsible que serán satisfechas) las responsabilidades civiles y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en la sentencia (CP art.80.2).

Excepcionalmente se puede prescindir de los dos primeros requisitos anteriores cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen (CP art.80.3), o cuando el penado hubiese cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las drogas y se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitación (CP art.80.5). También se puede acordar la suspensión, aunque no se cumpla ninguno de los requisitos anteriores, cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (CP art.80.4).

La **conurrencia de los requisitos** que en cada caso procedan no determina por sí sola la procedencia de la suspensión. El juez o tribunal debe valorar las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas (CP art.80.1, párrafo 2º).

La suspensión **se puede acordar**:

- en la sentencia, cuando resulte posible; o

- en resolución independiente, una vez declarada la firmeza de la sentencia. Antes de resolver se oír a las partes y, en particular, al ofendido, cuando se trate de delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del mismo (CP art.80.6 y 82).

La suspensión de la ejecución **se puede condicionar** por el tribunal al cumplimiento de determinadas condiciones o deberes previstos en el CP art.83 , así como al cumplimiento de determinadas prestaciones o medidas previstas en el CP art.84 .

El juez fijará la **duración** de la suspensión conforme a lo previsto en el CP art.81 . La suspensión tendrá una duración de 2 a 5 años para las penas privativas de libertad no superiores a 2 años, y de 3 meses a un año para las penas leves; en caso de suspensión por estar el penado deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitación de su dependencia de las drogas, el plazo de suspensión será de 3 a 5 años.

Si durante el plazo de suspensión el **penado delinque o incumple grave y reiteradamente** los deberes y condiciones que se le hayan impuesto se revocará la suspensión y se ordenará la ejecución de la pena (CP art.86.1). Pasado el plazo de suspensión sin haber cometido delitos y habiendo cumplido todas las condiciones impuestas, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena (CP art.87).

4. Ejecución de penas privativas de derechos

4640 La ejecución de las penas privativas de derechos a que hace referencia el CP art.39 puede requerir la adopción de medidas muy variadas, en función del contenido de la pena de cuya ejecución se trate. Corresponde al tribunal de la ejecución adoptar en cada caso las medidas que sean procedentes para que la pena tenga efectividad. Para la ejecución de ciertas penas existen algunas previsiones especiales que se indican a continuación.

Cuando se trata de la ejecución de penas privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o prohibiciones de aproximarse o de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas, entre las medidas que el tribunal puede acordar se contempla expresamente el control a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (CP art.48.4).

Respecto de la pena de **trabajos en beneficio de la comunidad**, se confía expresamente su ejecución al juez de vigilancia penitenciaria que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios, debiendo ajustarse el cumplimiento de esta pena a las previsiones del CP art.49 .

En los casos en que se haya impuesto la pena de **privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores**, el letrado de la Administración de Justicia procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena (LECr art.794.2ª).

5. Ejecución de la pena de multa

4645 La multa se debe pagar en los plazos o momentos que determine el tribunal (CP art.50.6). Si **no se paga voluntariamente** se procede contra el patrimonio del condenado por la vía de apremio y si tampoco se consigue así la satisfacción del importe de la multa, se debe hacer efectiva la responsabilidad personal subsidiaria (CP art.53), mediante privación de libertad del condenado o mediante trabajos en beneficio de la comunidad a razón de un día de privación de libertad o una jornada de trabajo por cada dos cuotas de multa insatisfechas, pudiendo cumplirse la privación de libertad mediante localización permanente cuando se trate de delitos leves. Tratándose de multa impuesta a una persona jurídica, si esta no paga voluntariamente, el tribunal podrá acordar la intervención de la persona jurídica hasta el completo pago de la multa.

En la ejecución de las penas de multa el **juez puede modificar** el importe de la multa cuando después de la sentencia varíe la situación económica del penado (CP art.51 y 52.3). Cuando se trate de multas impuestas a **personas**

jurídicas el juez podrá fraccionar el pago durante un periodo de hasta 5 años atendiendo a las circunstancias previstas en el CP art.53.4.

6. Ejecución de las medidas de seguridad

4650 Cuando en la sentencia penal se aplican medidas de seguridad (CP art.95) en la ejecución de dichas medidas el tribunal penal competente debe revisar periódicamente la procedencia de su mantenimiento.

Cuando se trate de **medidas de seguridad privativas de libertad** o de una **medida de libertad vigilada** que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, la revisión periódica se hará previa propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión formulada por el juez de vigilancia penitenciaria, quien deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las AAPP competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (LECr ; CP art.98.1).

Si se trata de **medidas no privativas de libertad**, el tribunal competente para la ejecución recabará directamente de las administraciones, facultativos y profesionales correspondientes, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva (LECr ; CP art.98.2).

A la vista de la propuesta del **juez de vigilancia penitenciaria** y de los informes recabados y previa audiencia de la persona sometida a la medida, del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de las víctimas del delito que lo hubieran solicitado, el tribunal adoptará la decisión que proceda mediante resolución motivada (LECr ; CP art.98.3).

La **resolución del tribunal** podrá tener cualquiera de los **contenidos** siguientes (LECr ; CP art.97):

- mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta;
- decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto;
- sustituir una medida de seguridad por otra que se estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate; acordada la sustitución, si el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida;
- dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, bajo condición de que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, pudiendo alzarse la suspensión si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el CP art.95 .

4651 En el caso de **conurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad**, el tribunal ordenará primero el cumplimiento de la medida. Una vezalzada la medida de seguridad, se cumplirá la pena, abonándose el tiempo de cumplimiento de la medida. No obstante, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, el tribunal podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna medida de seguridad no privativa de libertad (LECr ; CP art.99).

4652 En caso de **quebrantamiento de las medidas de seguridad**, el tribunal debe actuar del siguiente modo:

1. Si la medida quebrantada fuera de internamiento, el tribunal debe ordenar el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado (LECr ; CP art.100.1).
2. El quebrantamiento de otras medidas puede dar lugar a la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento, en las condiciones previstas en el CP art.100.2 .
3. La negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido no se considera quebrantamiento, pero podrá dar lugar a que el tribunal acuerde la sustitución del tratamiento rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate (LECr ; CP art.100.3).

7. Ejecución de pronunciamientos sobre responsabilidad civil

4655 Los pronunciamientos de la sentencia penal en materia de responsabilidad civil ordenando la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, se ejecutan por el tribunal penal competente para la ejecución de la sentencia, con arreglo a las **normas que regulan la ejecución civil**.

Así debe entenderse a la vista de lo que disponen los art.613 y 614, en relación con el art.536 de la LECr, así como el art.984, párrafo 3º, también de la LECr, que remite a la LEC en cuanto a la ejecución de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil de las sentencias dictadas en **juicio sobre delito leve**. Respecto de las **tercerías de dominio y de mejor derecho**, el art.996 de la LECr. remite también especialmente a las disposiciones de la LEC.

Entran en juego, por tanto, las previsiones de la LEC en materia de ejecución dineraria mediante **embargo y apremio** respecto a los pronunciamientos de condena dineraria (las indemnizaciones, principalmente), pero también las previsiones sobre ejecución no dineraria por deberes de entregar cosas (para la restitución, por ejemplo), o por deberes de hacer personalísimo o no personalísimo (para la ejecución de ciertos pronunciamientos de reparación del daño).

En la ejecución de los pronunciamientos de condena dineraria se procederá normalmente a la realización de las **fianzas o embargos** que se hubiesen practicado como medidas cautelares reales (LECr art.613) y solamente cuando no se hayan adoptado esas medidas o resulten insuficientes se procederá contra otros bienes.

4656 Existen, no obstante, algunas **previsiones especiales** en la LECr y en el Código Penal que conviene tener en cuenta:

1. Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil son susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECr art.989.1).

2. Para la averiguación de bienes pertenecientes al condenado sobre los que hacer efectivas las responsabilidades civiles, el letrado de la Administración de Justicia puede encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado (LECr art.989.2).

Tratándose de delitos contra la **Hacienda pública, contrabando y contra la Seguridad Social**, los órganos de recaudación de la Administración Tributaria o, en su caso, de la Seguridad Social, tienen competencia para realizar la investigación patrimonial, bajo la supervisión del tribunal, así como para ejercer las facultades previstas en la legislación tributaria o de Seguridad Social, remitir informes sobre la situación patrimonial, y poner en conocimiento del juez o tribunal las posibles modificaciones de las circunstancias que sean relevantes para la ejecución (LECr art.990, párrafo 4º).

3. El CP art.115 permite que la sentencia penal deje pendiente para la ejecución la determinación del importe de los daños e indemnizaciones que hayan de satisfacerse en concepto de responsabilidad civil. Cuando, de acuerdo con este precepto, la sentencia penal no fije la cuantía indemnizatoria, lo hará el tribunal penal de la ejecución mediante auto tras la sustanciación de un breve incidente con audiencia de las partes y posible práctica de pruebas regulado en el art.794.1ª de la LECr .

No obstante, cuando sea la sentencia dictada en juicio sobre **delito leve** la que no fije el importe de la indemnización en cantidad líquida, la determinación de dicho importe deberá hacerse conforme a las previsiones de la LEC, si se atiende a la remisión que se efectúa para tal supuesto en el art.974.2 de la LECr . Este precepto remite al art.984 de la LECr , cuyo párrafo 3º remite en general a la LEC, remisión que para este supuesto habrá que entender referida al incidente de liquidación de condenas ilíquidas regulado en los art.712 s. de la LEC .

8. Terminación de la ejecución penal

4660 La ejecución penal finaliza normalmente con el **cumplimiento íntegro de la condena**. El cumplimiento extingue la responsabilidad penal (CP art.130.1.2º) y, consecuentemente, da lugar a la terminación de la ejecución.

Ahora bien, antes de que se cumpla íntegramente la condena también puede **extinguirse la responsabilidad penal en determinados casos** que dan lugar también a la finalización de la ejecución penal o a que esta no llegue siquiera a comenzar si no se hubiese puesto en marcha con anterioridad (LECr ; CP art.130.1):

- muerte del reo;
- remisión definitiva de la pena, cuando se haya suspendido su ejecución y el penado no haya delinquido durante el plazo fijado;
- indulto;
- perdón del ofendido, en los casos en que la Ley vincule al perdón efectos extintivos de la responsabilidad criminal;
- prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

4661 Por razones diferentes, también pone fin a la ejecución penal la **anulación de la sentencia** que se esté ejecutando, lo que puede suceder:

- en caso de estimación de un recurso de revisión, conforme a los art.954 s. de la LECr ; o
- si se estima un recurso de amparo constitucional que comporte la anulación de la sentencia penal.

S. Proceso penal de menores

4670	1. Tribunal competente	4675
	2. Investigación previa del fiscal y decisión sobre apertura de expediente	4680
	3. Expediente	4685
	4. Medidas cautelares	4695
	5. Conclusión del expediente y remisión de las actuaciones al juez de menores	4700
	6. Audiencia	4705
	7. Sentencia y recursos	4710
	8. Ejecución	4715

4672 El **objeto** del proceso penal de menores es la exigencia de la responsabilidad penal de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por hechos tipificados en el Código Penal o en otras leyes especiales como hechos constitutivos de delito.

A través del proceso **se determina**:

- la responsabilidad del menor investigado en relación con el hecho delictivo que sea objeto de la causa (en cuanto a esto, no existen diferencias sustanciales con el objeto del proceso penal);

- en caso de que se aprecie la responsabilidad del menor, se determina también mediante el proceso la medida o medidas que puedan resultar procedentes para la reeducación del menor delincuente, de entre las previstas por la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

1. Tribunal competente

4675 La competencia para el conocimiento del proceso penal de menores corresponde, como **regla general**, al juzgado de menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo (LORPM art.2.3).

Cuando sean objeto de un mismo proceso varios delitos cometidos por un menor en diferentes lugares, el juzgado de menores competente se determina atendiendo al lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, a los criterios de la LECr art.18 (LORPM art.20.3).

No obstante, cuando el proceso se refiera a organizaciones y grupos terroristas y a delitos de **terrorismo** (CP art.571 a 580) cometidos por menores, la competencia corresponde al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (LORPM art.2.4).

2. Investigación previa del fiscal y decisión sobre apertura de expediente

4680 La LORPM atribuye la instrucción del procedimiento al Ministerio Fiscal (LORPM art.16.1). Ante la noticia del delito cometido por un menor el fiscal debe practicar las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho. A continuación puede decidir:

1. El archivo de las actuaciones, si estima que el hecho no es constitutivo de delito o no hay autor conocido (LECr ; LORPM art.16.2).

Aunque no se den las anteriores circunstancias, el fiscal puede desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o delitos leves, salvo que el menor hubiese cometido antes otras infracciones penales de igual naturaleza. Cuando desista de la incoación de expediente, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil. El desistimiento se debe comunicar también a las víctimas y perjudicados conocidos, haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil (LECr ; LORPM art.4 V y 18).

2. La incoación de expediente, que implica propiamente el comienzo del procedimiento.

4685 La incoación del expediente se notifica inmediatamente al menor, a sus representantes legales y al perjudicado. El menor debe designar abogado y, si no lo hace en plazo de 3 días, se le nombra de oficio. A partir de la incoación del expediente el menor tiene los derechos a que se refiere el art.22.1 de la LORPM.

4687 Diligencias de investigación

En el expediente, el Ministerio Fiscal debe practicar las diligencias que sean necesarias para:

- valorar la participación del menor en los hechos; y
- establecer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa (LORPM art.23).

El **letrado del menor** puede solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias considere necesarias (LORPM art.26.1).

Pueden personarse en el procedimiento como **acusadores particulares** las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento y especialmente las previstas en el art.25 de la LORPM. Los acusadores particulares personados en el expediente podrán solicitar también al fiscal la práctica de las diligencias que consideren necesarias en el expediente (LORPM art.4 IV y 26.1). Para facilitar el ejercicio de este derecho, el letrado de la Administración de Justicia debe informar a las víctimas y a los perjudicados (LECr art.109 y 110). Si no se personan ni hacen renuncia ni reserva de acciones civiles, serán ejercitadas por el Ministerio Fiscal si correspondiere (LORPM art.4).

Para la práctica de **diligencias restrictivas de derechos fundamentales** es necesaria autorización del juez de menores (LORPM art.26.3).

4689 Informe del equipo técnico

Pieza esencial del expediente es el informe del equipo técnico (LORPM art.27). El informe es **requerido por** el Ministerio Fiscal y tiene por **objeto** la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley. El equipo técnico puede proponer:

- una intervención socio-educativa sobre el menor;
- que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, si lo considera conveniente y en interés del menor; y
- la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

Una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remite inmediatamente al juez de menores y da copia del mismo al letrado del menor.

4691 Desistimiento en interés del menor

Una vez incoado el expediente, cuando el hecho imputado al menor sea delito menos grave o delito leve, el fiscal puede desistir de la continuación del mismo, en interés del menor, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (LORPM art.19).

4. Medidas cautelares

4695 Quien practique la detención dispone de un plazo de 24 horas para poner al menor detenido en libertad o a disposición del fiscal (LORPM art.17). El fiscal, en un plazo máximo de 48 horas, debe decidir si procede dejar en libertad al menor o ponerle a disposición del juez de menores, para que este adopte alguna de las medidas cautelares a que se refieren los art.28 y 29 de la LORPM.

La **detención** de los menores está detalladamente regulada en el art.17 de la LORPM, que se refiere a los derechos del menor detenido, duración máxima de la detención, condiciones de la misma y *habeas corpus*.

Las **medidas cautelares** que el juez de menores puede adoptar son:

- internamiento en centro;
- libertad vigilada;
- prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez; y
- convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (LORPM art.28).

En los casos de **exención de la responsabilidad por enajenación mental u otras circunstancias** previstas en el CP art.20.1º, 2º o 3º , se deberán adoptar las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho (LORPM art.29).

5. Conclusión del expediente y remisión de las actuaciones al juez de menores

4700 Concluida la instrucción, el fiscal debe ordenar la conclusión del expediente, notificándosela a las partes personadas y remitirá al juez de menores el expediente (LORPM art.30). Junto al expediente, el fiscal remitirá al juzgado un **escrito de alegaciones**, en el que podrá:

- solicitar el sobreseimiento de las actuaciones si, a su juicio, concurre alguno de los motivos previstos en la LECr, o
- solicitar la imposición de alguna de las medidas previstas legalmente.

Cuando el fiscal solicite la **adopción de medidas**, su escrito debe hacer referencia a los siguientes puntos:

- descripción de los hechos;
- valoración jurídica de los mismos;
- grado de participación del menor;
- breve reseña de las circunstancias personales y sociales de este;
- exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que aconsejen las medidas solicitadas;
- exigencia de responsabilidad civil, en su caso; y
- proposición de la prueba de que intente valerse en defensa de su pretensión (LORPM art.30.1 y 2).

6. Audiencia

4705 Recibido el **escrito de alegaciones** del fiscal con el expediente en el juzgado de menores, se dará traslado a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de 5 días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. A continuación, se trasladarán las actuaciones al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que, en el plazo de 5 días, formulen su escrito de alegaciones y propongan la **prueba** de que se intenten valer (LORPM art.31).

El menor y su letrado pueden expresar su conformidad con el escrito del fiscal y la medida por este solicitada, en cuyo caso el juez de menores dicta sin más trámites la sentencia imponiendo la medida de que se trate, siempre que concurren los requisitos de la LORPM art.32.

A falta de conformidad, el **juez de menores**, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, adoptará alguna de las siguientes **decisiones**:

- la celebración de la audiencia;
- el sobreseimiento de las actuaciones, mediante auto motivado;
- el archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal;
- la remisión de las actuaciones al juez competente, cuando el juez de menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto;
- practicar por sí las pruebas propuestas por las partes que hubieran sido denegadas por el fiscal durante la instrucción, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso.

Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

4706 Cuando se acuerde la **celebración de la audiencia**, esta se producirá en el día señalado conforme a las **reglas** siguientes:

1. La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando el juez así lo acuerde (LORPM art.35.1).

2. El juez podrá acordar, en interés de la persona encausada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación (LORPM art.35.2).

3. El letrado de la Administración de Justicia informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden. El juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con ambos extremos, oído el abogado del menor, el juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el abogado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia (LORPM art.36).

4. El juez invitará al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y al abogado del menor a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado. Seguidamente, el juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados (LORPM art.37.1).

5. Seguidamente se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida, y la que, previa declaración de su pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto, oyéndose asimismo al equipo técnico sobre las circunstancias del menor (LORPM art.30.2).

6. A continuación, el juez oirá al Ministerio Fiscal y al abogado del menor sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oirá también al equipo técnico. Por último, el juez oirá al menor, dejando la causa vista para sentencia (LORPM art.30.2).

7. Sentencia y recursos

4710 En el plazo de 5 días desde la finalización de la audiencia, el juez de menores dictará sentencia, en que resolverá motivadamente sobre la medida o medidas propuestas (LORPM art.38). El juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular (LORPM art.8).

La sentencia puede acordar la **suspensión del fallo**, si se dan los presupuestos, requisitos y condiciones que, a tal efecto, se establecen en la LORPM art.40 .

Frente a la sentencia dictada por el juez de menores cabe **recurso de apelación** ante la Audiencia Provincial (LORPM art.41.1). Contra las sentencias dictadas por el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LORPM art.41.4).

Las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales en segunda instancia son recurribles en **casación** para unificación de doctrina ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando se hubiera impuesto alguna de las medidas a que se refiere el art.10 de la LORPM (LORPM art.42).

8. Ejecución

4715 El control de la ejecución de las medidas impuestas a menores de edad penal corresponde al **juez de menores** que dictó la sentencia correspondiente (LORPM art.44).

En la ejecución de las medidas de internamiento que se cumplan en establecimiento penitenciario, corresponde al juez de menores competente para la ejecución decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida y

al **juez de vigilancia penitenciaria** el control de las incidencias de la ejecución de la medida en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria (LORPM art.44.3).

Las **AAPP competentes** para facilitar los medios necesarios para la ejecución de las medidas son las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla, que son responsables de la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en la LORPM (LORPM art.45).

Cuando **no** se hubiese **acordado** la **suspensión** de la ejecución del fallo en la propia sentencia, podrá acordarse, si resultara procedente, mediante auto motivado del juez competente para la ejecución, en los términos previstos en el art.40 de la LORPM.

Fuera del caso anterior, las sentencias deben ejecutarse con estricta sujeción al principio de legalidad (LORPM art.43) y ateniéndose a las detalladas previsiones de los art.46 a 60 de la LORPM.

Derecho Civil

4945	A. Representación en el negocio jurídico. Representación directa e indirecta. Representación voluntaria y legal. El poder	4947
	B. Responsabilidad extracontractual	4973
	C. Derecho de obligaciones	5052
	D. Compraventa	5094
	E. Permuta	5110
	F. Donación	5112
	G. Arrendamiento	5122
	H. Sociedad	5136
	I. Préstamo	5144
	J. Depósito	5152
	K. Fianza	5162
	L. Transacción	5171
	M. Arbitraje	5173
	N. Juego y apuesta	5175
	Ñ. Renta vitalicia	5177
	O. Alimentos	5179
	P. Propiedad. Registro de la propiedad	5181
	Q. Derechos reales y garantías	5222
	R. Matrimonio	5285
	S. Filiación	5330
	T. Edad	5366
	U. Incapacitación	5370
	V. Nacionalidad	5377
	W. Sucesiones	5380
	X. Registro Civil. Eficacia de los asientos. Publicidad y rectificación	5475

A. Representación en el negocio jurídico. Representación directa e indirecta. Representación voluntaria y legal. El poder

4947 A la hora de llevar a cabo algún **acto jurídico** es posible que el sujeto lo realice directa o personalmente o que otro lo haga en su lugar a través de la representación. El que otorga el poder a otro es el representado, poderdante o, en su caso, mandante. Quien **actúa por otro** es llamado representante, apoderado o mandatario.

Se trata de una figura frecuente en el tráfico jurídico, que facilita la **gestión y llevanza de los intereses** de toda índole de las personas y que recibe la tutela del ordenamiento jurídico.

«Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien **no tenga su autorización o representación** legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante» (CC art.1259).

El precepto es el único que dedica el CC al concepto de representación y a la **eficacia** de lo hecho por el supuestamente representante (*falsus procurator*) cuando **no existe poder**. Fuera de ello la regulación aplicable se encuentra en el contrato de mandato aunque no se trate exactamente de la misma figura (CC art.1709 a 1739).

La **representación voluntaria** surge del negocio jurídico en cuya virtud autorizamos a otro para que actúe en nuestro nombre. Lo que haga el otro producirá efectos en nuestra esfera jurídica mediante la legitimación que se confiere a través del apoderamiento. El representante, con mayor o menor amplitud, actúa siguiendo el criterio de determinación del representado.

La representación puede darse aislada, **para un único acto** jurídico (por ejemplo autorizamos a alguien para que recoja un documento que solo se entrega al interesado, o una prueba médica), **o para varios** (autorizo a un hermano para que actúe por mí en todas las tramitaciones de la sucesión de nuestro padre). Puede también formar parte de alguna relación jurídica más compleja, así un contrato de mandato (nombramos un mandatario para que gestione nuestros intereses en una empresa), o un arrendamiento de servicios, en cuyo caso ese otro contrato es la causa o justificación del apoderamiento.

Por el contrario en la **representación legal** la legitimación surge de la ley, haciendo abstracción de la voluntad del representado. El representante gestiona un patrimonio o interés ajeno, mediante lo que se conoce como «heteronomía», atendiendo a la voluntad y criterio del propio representante.

1. Representación voluntaria

4949 Representación directa

El representante actúa en nombre y por cuenta del representado. Los que tratan con él saben que está actuando en una esfera jurídica ajena y los efectos de lo hecho por él se producen «inmediatamente» en el patrimonio del representado. Influye en el tratamiento de los vicios en la declaración de voluntad y en los requisitos de capacidad que se exigen al representante. Algunos entienden que es la única representación aunque se trata de una postura aislada. También se ha dicho que el representante sólo actúa en interés del representado, y no en el suyo propio, lo que tampoco es exacto.

Un caso de representación directa puede ser el recurso a un *nuntius*. Aunque se ha negado su carácter de representante puede ser considerado así cuanto su actuación depende de un **previo apoderamiento**. Si se limita a un simple acto material (llevar un documento) y sin el mencionado apoderamiento no habrá representación.

4951 Representación indirecta

Figura más compleja desde el punto de vista de la técnica jurídica. El representante actúa **por cuenta del poderdante** (está llevando a cabo un negocio por encargo de aquel), pero lo hace en nombre propio. Esto es, el que contrata con él no sabe que está obrando para otro. En este caso los efectos del negocio encomendado se producirán en el representante (es el propio representante, por ejemplo, quien ha comprado las acciones) y después será necesario otro acto jurídico para que los efectos se produzcan en el representado. Tal configuración influye en la capacidad y en la responsabilidad.

4953 Representación y mandato

Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra» (CC art.1709). En teoría son figuras diferentes, así se ha venido destacando por la doctrina y por la Jurisprudencia (TS 16-2-1935, seguida por otras muchas). Aun cuando en la práctica suelen darse unidas (mandato representativo) en teoría el mandato es un **contrato**, quedando obligado el mandatario a obrar por cuenta del mandante, bien en su nombre, bien en el propio nombre del mandatario, mientras que la representación es un **acto unilateral** por el que el poderdante faculta al apoderado para obrar en su nombre, aunque no queda obligado a ello. El TS suele destacar que el mandato afecta a las relaciones internas, mientras que el apoderamiento es un concepto de naturaleza formal que trasciende a lo externo; así como que el primero tiene su origen en un contrato obligatorio, surgiendo la representación de un acto unilateral de apoderamiento que puede mantenerse independiente de aquel.

4955 Sujetos

Representado, poderdante o, en su caso mandante es quien autoriza o encarga a otros la gestión de sus intereses. Apoderado, representante o, en su caso, mandatario quien actúa por cuenta de otro.

El **poderdante** debe tener capacidad para realizar el acto para el que se otorga el poder de representación (de otra manera sería fácil burlar la falta de capacidad), así como para ejercitar válidamente las facultades conferidas en el poder. Puede serlo un menor emancipado si el contenido se mueve en el ámbito de lo que permite el CC art.323 , necesitando complemento de capacidad en otro caso.

El **representante**, si es **representación directa**, en principio no requiere la capacidad necesaria para llevar a cabo el negocio representativo, pues sus **efectos** se producen **en el representado** o mandante (el menor emancipado podría realizar para otro los actos que no le permite el CC art.323 realizar por sí solo). Incluso algunos autores entienden que le bastaría capacidad para entender y querer.

Si es **representación indirecta** es necesario que el representante tenga capacidad para poder actuar como parte en el negocio representativo, pues los **efectos** del negocio se producirán **en su persona y patrimonio**, pudiendo derivarse responsabilidades que comprometan sus bienes. «En este caso el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante» (CC art.1717).

En el caso del **mandato** el CC art.1716 dispone: «El menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores». En realidad de lo que se trataría es de limitar las acciones derivadas del incorrecto cumplimiento del mandato (contrato del que pueden surgir responsabilidades), limitando el poder de agresión del mandante acreedor a los bienes enumerados en el CC art.323 .

4957 Poder o apoderamiento

Negocio jurídico unilateral por el que el poderdante confiere el poder de representación permitiendo que otro actúe por su cuenta y, en su caso, en su nombre. Legitima y justifica la actuación del representante. En teoría rige el principio de **libertad de forma**, aunque en muchos casos el ordenamiento puede exigir que el poder se recoja en escritura pública (por ejemplo, el CC art.1280 , poder general para pleitos, poder para contraer matrimonio). En la práctica, por la trascendencia de la figura puede exigirse que conste en escritura pública.

El poder, o el mandato, puede ser **general o especial**. «El mandato es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante. El segundo uno o más negocios determinados» (CC art.1712). Por ejemplo, autorizamos a que nos representen en un grupo de relaciones, o en todas las relativas a ciertas esferas; o bien sólo para un negocio concreto.

Más importancia reviste el límite que establece el CC art.1713 que exige un poder especial, en el sentido de un apoderamiento expreso al respecto, cuando se autorice a otro para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier **acto de riguroso dominio**. Si se otorga un poder general, sin especificar esas facultades, sólo comprenderá actos de administración.

El negocio de apoderamiento recibe el nombre de poder. Nombre con el que también se conoce en el tráfico al documento en el que consta el apoderamiento.

4959 Negocio representativo

Se conoce como tal el negocio que lleva a cabo el representante por cuenta del representado (por ejemplo, la compra de la casa que queremos y que realiza en nuestro nombre el apoderado). Si es representación directa los requisitos de la **declaración de voluntad** (vicios o discrepancias) se valorarán en la persona del representado (por ejemplo si sufrió error, dolo, etc.). Como ya se ha dicho la **capacidad** para realizar ese negocio concreto la debe poseer el representado. Si estamos ante una representación indirecta habrá que tener en cuenta que sea la declaración del representante la que esté adecuadamente formada, así como el hecho de que se le exigirá capacidad para llevar a cabo el negocio representativo.

4961 Actuación del representante

El CC establece una serie de deberes que debe cumplir el mandatario y que pueden extrapolarse a la representación en general. Así:

a) Deber de fidelidad, esencial en una institución basada en la confianza que inspira el representante, entendido en sentido amplio como lealtad que impide tutelar el abuso en el ejercicio de la representación, la autocontratación o el hecho de actuar en el único beneficio del representante. Existen no pocos procedimientos judiciales por abuso en el ejercicio del poder en el marco de representaciones entre familiares (por ejemplo, parientes que apoderan o otros y estos se aprovechan en su propio beneficio).

b) Debe atenerse en su ejercicio a las instrucciones del representante, en el marco del mandato: «En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia» (CC art.1719). La doctrina critica que se exija una diligencia estándar o de tipo medio, especialmente cuando el apoderamiento forme parte de una relación profesional que exigiría una diligencia mayor (por ejemplo, un abogado o procurador).

c) Debe informar y dar cuenta de sus gestiones al representado: «Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo» (CC art.1720). Dentro de ese deber de informar debe ir dando cuenta de sus gestiones, pudiendo solicitar las instrucciones necesarias.

d) Deber llevar a cabo la gestión encomendada Aplicable al mandato, por el hecho de ser un contrato, pero no a la representación pues, como ya se vio, por sí sola no obliga al tratarse de un negocio unilateral. «El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante» (CC art.1718).

4963 Obligaciones del representado

En sede de mandato, los CC art.1727 recogen las obligaciones del mandante, extrapolables a la representación. Destaca la obligación de cumplir las obligaciones contraídas por el representante (CC art.1727), (por ejemplo, pagar el precio de la casa comprada); colaborar en la ejecución del mandato (por ejemplo, anticipando cantidades o

facilitado documentación); pagando la retribución si así se ha pactado; o, finalmente, dejando indemne el patrimonio del representante, esto es reintegrándole gastos o resarcándole daños sufridos (CC art.1718 y 1719).

4965 Consecuencias de la extralimitación del representante

El representante se extralimita cuando actúa sin poder (no es representante o ya se extinguió el apoderamiento), o se extralimita en su función (realiza algo para lo que no estaba apoderado). El CC art.1259 habla en tal caso de que el negocio será «nulo», lo que no es radicalmente exacto, el negocio es «ineficaz», está en un estado de suspensión temporal a la espera de que lo ratifique el representado (lo podrá hacer si le resulta ventajoso o beneficioso); o lo revoque la otra parte (se entiende la otra parte del negocio representativo al conocer que el representante actuó sin poder).

La **ratificación** es así la declaración de voluntad del poderdante de querer el negocio indebidamente realizado para el por el representante. Se realiza *ex post*, a diferencia del apoderamiento que se lleva a cabo *ex ante*.

4967 Extinción

Las causas se recogen en CC art.1732 , dentro del mandato. No coinciden con las causas normales de extinción de obligaciones por la especial naturaleza que se predica de la representación o el mandato como negocios basados en especiales relaciones de confianza, permitiéndose rupturas unilaterales. Así:

a) **Revocación**: declaración de voluntad unilateral del mandante de poner fin al mandato. Libre y sin tener que alegar causa alguna. En algunos supuestos, cuando el mandato interesa también al mandatario y el apoderamiento es tan solo un instrumento dentro de un complejo de relaciones contractuales, llega el Tribunal Supremo a admitir los pactos de irrevocabilidad.

b) **Renuncia del mandatario**: dejando a salvo el resarcimiento de daños que la misma pueda ocasionar al mandante (CC art.1736).

c) **Incapacitación** del mandatario.

d) **Muerte**, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia

Excepcionalmente no se extinguirá por muerte cuando se trate de un **apoderamiento preventivo o mandato de protección**, previsto para desplegar efectos cuando el mandante pierda capacidad.

2. Representación legal

4969 Se dirige fundamentalmente a facilitar la gestión de los patrimonios de las personas faltas de capacidad (menores o incapacitados), o bien la administración de bienes que, por la causa que sea, no pueden ser, al menos de modo transitorio, administrador por su titular (ausencia, patrimonios hereditarios, bienes con sujetos transitoriamente indeterminado, etc.). En ella el representante actúa en nombre de otro pero por su cuenta, suple la **voluntad del representado**, derivando la representación y sus efectos directamente de la ley, así como (habitualmente) la designación de la persona que ostentará esa función. En muchos casos participa de la naturaleza de las instituciones de protección y guarda.

4971 Principales supuestos de representación legal

Se distinguen los siguientes:

a) La patria potestad: los padres son los representantes legales de sus hijos menores o de los mayores incapacitados en el caso de prórroga o rehabilitación de la patria potestad (CC art.154 y 171 , entre otros).

b) La tutela: el tutor es el representante legal de los menores y de los incapacitados (CC art.267).

c) El curador: no suple al incapacitado, completa su capacidad o le asiste (CC art.289).

d) Defensor judicial (CC art.299).

e) Representante del ausente (CC art.184 s.).

f) Representante del desaparecido (CC art.181).

g) Administrador de una herencia en administración (CC art.804).

h) Albacea testamentario (CC art.902).

i) Administrador del concursado (LCon art.35).

B. Responsabilidad extracontractual

4973	1. Concepto	4974
	2. Función	4982
	3. Elementos	4984
	4. Reparación del daño	5010
	5. Prueba del daño	5012
	6. Prescripción de la acción	5014
	7. Responsabilidad por hechos ajenos	5016
	8. Responsabilidad por animales	5024
	9. Responsabilidad por la tenencia de cosas	5026
	10. Responsabilidad objetiva en leyes especiales	5038

1. Concepto

4974 Hablamos de responsabilidad para referirnos a la obligación de reparar un daño antijurídico que se ha causado a otro sujeto. Cuando ese daño deriva del incumplimiento de una obligación previa de origen contractual entre el autor y el perjudicado surgirá una responsabilidad contractual. Cuando el daño deriva de un ilícito penal, hablamos de responsabilidad civil derivada del ilícito penal. Cuando el daño deriva del incumplimiento del **principio general de no causar daño a otro** *alterum non laedere*, hablamos de responsabilidad extracontractual. La responsabilidad extracontractual se regula con carácter general en CC art.1902 s. , y supone la obligación de reparar el daño causado a otra persona por un **comportamiento culposo o negligente**, activo u omisivo, que no es constitutivo de un ilícito penal ni deriva del incumplimiento de una relación previa entre víctima y autor.

4976 Responsabilidad contractual-Responsabilidad extracontractual

La distinción teórica de ambos tipos de responsabilidad se presenta sencilla desde el momento en que la primera es aquella que surge en el caso de incumplimiento de una obligación previa entre la partes más allá de la órbita de lo estrictamente pactado en el contrato, mientras la responsabilidad extracontractual es aquella que deriva del incumplimiento del principio general de no causar daño a otro; sin embargo, en la práctica es complicado diferenciarlas en algunos supuestos, siendo esencial realizarlo por el distinto régimen jurídico de una y otro (preinscripción, daños indemnizables, causas de exoneración,...). La Jurisprudencia en estos casos ha consagrado la **teoría de la yuxtaposición de responsabilidades**, lo que permite al demandante plantear alternativa o subsidiariamente ambas acciones, y el principio de unidad de culpa civil según la cual el Juzgador queda vinculado por los hechos pudiendo encuadrar la conducta en la culpa contractual o extracontractual (TS 23-12-04, EDJ 225029).

4978 Responsabilidad civil derivada del ilícito penal

(CP art.109 s.)

La responsabilidad civil derivada de delito o falta se regula por las normas contenidas en el Código Penal, su finalidad es la misma que la responsabilidad civil general: reparar los daños causados. La diferencia es que los hechos causantes de dichos daños son constitutivos de un ilícito penal, por ello podrá ser **declarada por el juez** penal. La prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil derivada del delito es de 5 años (CC art.1964) frente al plazo de un año de la responsabilidad civil general.

4980 Responsabilidad subjetiva-responsabilidad objetiva

La responsabilidad subjetiva se fundamenta sobre la idea de **culpa**. El autor de los daños responde siempre que haya actuado con culpa, es decir, con falta de la diligencia debida y, precisamente, esa actuación negligente es la causante de los daños. Por el contrario, la responsabilidad objetiva es aquella en que la imputación de la responsabilidad se justifica sólo en la **relación de causalidad** de haber producido el daño a través de un determinado comportamiento, salvo que concurra una causa de exoneración. La regla general del Código Civil es la responsabilidad por culpa (CC art.1902), pero existen supuestos de responsabilidad objetiva en el propio Código (CC art.1905 y 1910) y sobre todo en la legislación especial.

2. Función

- 4982 Las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil pretenden fundamentalmente reparar el daño causado, que el perjudicado se encuentre en una situación similar a la que tendría de no haber sufrido el daño, en definitiva, compensarle por el daño sufrido. Se diferencian:
- a) **Función preventiva:** la finalidad de la obligación de reparación derivada de la responsabilidad civil es evitar que se reproduzcan conductas causantes de daños.
 - b) **Función punitiva:** la obligación de reparar es una verdadera sanción para el responsable de los daños.

3. Elementos

- 4984 El Código Civil señala que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado» (CC art.1902). De acuerdo con esta delimitación del artículo señalado podemos señalar como elementos de la responsabilidad civil extracontractual:

- la acción u omisión (nº 4986);
- la antijuridicidad (nº 4988);
- la culpabilidad (nº 4990);
- el daño (nº 4999); y
- la relación de causalidad (nº 5004).

4986 Acción u omisión

Para que surja la responsabilidad es necesario que se produzca un **comportamiento humano**, activo u omisivo que causa el daño, es decir, se precisa la realización de una acción o la omisión de la misma, cuando se estuviera obligado a realizarla previamente o sin existir esa obligación directa cuando debía realizarla para que no se produjera el daño (TS 25-3-10, EDJ 52515). La regla general, aunque veremos las excepciones correspondientes, es que la responsabilidad extracontractual surge por **actos propios**, es decir, el autor y responsable de la acción u omisión es quien responde de los daños que cause su comportamiento. Las personas jurídicas responden de los daños causados por los órganos que las representan (TS 10-3-94, EDJ 2184).

4988 Antijuridicidad

Para que el comportamiento generador de los daños dé lugar a responsabilidad civil es necesario que sea antijurídico o como dice el CC art.1902 que **sea ilícito**, es decir, contrario a la norma, lo que sucederá cuando vulnere el principio general de no causar daño a otro. La antijuridicidad **quedará excluida** y no surgirá la responsabilidad del autor de los daños en los siguientes supuestos:

- **legítima defensa**, cuando el daño sea provocado en la defensa de un bien o derecho del autor de los daños, siempre que el daño provocado sea menor que el que pretende evitar (TS 28-6-96, EDJ 3757 ; 5-5-08, EDJ 66888);
- **cumplimiento de un deber**, cuando los daños se deriven del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, siempre y cuando éste no sea abusivo (TS 9-4-90);
- **estado de necesidad**, cuando la actuación del sujeto era necesaria para evitar un daño mayor (TS 6-11-06, EDJ 337352);
- **consentimiento de la víctima**, supone el permiso de la víctima para la causación de los daños o la asunción del riesgo de que los daños se produzcan como consecuencia de la participación en una determinada actividad en la que la posibilidad de que se deriven daños es elevada. En estos casos, si no concurre otra circunstancia determinante del daño, si se llega a producir el mismo, su responsable queda exonerado de responsabilidad (TS 22-12-09, EDJ 307246 ; 7-7-06, EDJ 275366).

4990 Culpabilidad

El Código Civil señala como base de la responsabilidad la culpa o negligencia cuando señala «**interviniendo culpa o negligencia**», por lo que el autor de los daños responderá siempre que su comportamiento sea culposo o negligente, independientemente del grado de culpa mayor o menor, ya que el artículo señalado no hace distinción al respecto (CC art.1902 ; TS 20-5-97, EDJ 3806). Si se responde por culpa o negligencia, resulta evidente que la responsabilidad del sujeto surge también en los casos de **actuación dolosa** o intencionada.

Por tanto la culpabilidad como elemento de la responsabilidad extracontractual se integra de dos conceptos dolo (nº 4992) y culpa (nº 4994).

4992 Dolo

Supone la intencionalidad del autor tanto en su comportamiento como en la causación de los daños, por eso en la mayoría de las ocasiones su comportamiento será constitutivo de un ilícito penal. A nivel de responsabilidad extracontractual estos supuestos son excepcionales y no presentan diferenciación en sus consecuencias.

4994 Culpa

Se concreta en la falta de la diligencia debida, es decir, se corresponde con una **actuación negligente o imprudente**; no hay intención de causar el daño producido con la conducta, pero la realización de ésta sin la diligencia debida produce el resultado dañoso. Con carácter general, salvo que la norma exija otra cosa, la **diligencia debida** será la diligencia media concretada en el canon del buen padre de familia, que supone la realización de la conducta que cualquier persona media en esa circunstancia hubiera realizado, llevando al límite, vía jurisprudencial, esta diligencia (TS 25-3-11, EDJ 71300), que será mayor cuando el sujeto llamado a actuar sea un profesional, en este caso, la diligencia exigida en el ámbito de su actividad profesional será más rigurosa.

Para determinar el concepto de culpa hay que atender a los criterios de previsibilidad y evitabilidad:

a) La **previsibilidad** supone que el sujeto antes de su actuación y atendiendo a criterios de normalidad y razonabilidad pueda prever que de su conducta puedan derivarse unos daños y aún así realiza la misma.

b) La **evitabilidad** supone que previstos esos daños aún así el sujeto decide actuar sin realizar las acciones o poner los medios que hubieran sido necesarios para evitar el daño. Por tanto, cuando el sujeto pudo prever los daños y aún así actuó sin intentar evitar los mismos existirá culpabilidad en su conducta.

La dificultad de probar en muchas ocasiones la culpa de la víctima y con ella la imposibilidad de reparar el daño causado, ha justificado que sin olvidar la base culpabilística de la responsabilidad consagrada en el Código Civil, la jurisprudencia ha realizado una progresiva objetivización de la **responsabilidad extracontractual** con el fin de facilitar a la víctima la reparación de los daños causados.

Las técnicas o instrumentos utilizados por los Tribunales se concretan en: inversión de la **carga de la prueba**, la prueba de la culpa del autor por parte de la víctima en muchas ocasiones resultaba impracticable, por lo que a nivel jurisprudencial se empezó a aplicar la inversión de la carga de prueba, de manera que era el autor de los daños quien debía probar que había actuado diligentemente (TS 24-1-02, EDJ 440 ; 26-7-06, EDJ 253100), se presume por tanto la culpa del agente en la conducta que causa los daños; **«doctrina del riesgo»**, de forma que si el ejercicio de una determinada actividad de la que obtiene un beneficio entraña una serie de riesgos que pueden concretarse en daños el sujeto que pone en marcha la misma debe responder de los daños que genere (TS 12-7-99, EDJ 14503 ; 27-1-01, EDJ 11744).

4997 Concurrencia de culpas

Culpa del autor y la víctima Cuando la causación de los daños se deriva de una conducta culposa de un tercero y además concurre la negligencia de la víctima, ésta debe soportar los daños que se deriven de su comportamiento negligente y sólo podrá exigir la reparación de los daños imputables a la conducta culposa del tercero (TS 23-2-10, EDJ 14201 ; 30-3-11, EDJ 25769); por tanto, cuando concorra la culpa exclusiva de la víctima no habrá lugar a indemnización alguna (TS 30-7-08, EDJ 173075 ; 22-2-10, EDJ 12421).

En cuanto a la **concurrencia de culpa del autor y caso fortuito** o conducta de otro sujeto, cuando en la causación de los daños concorra la conducta culposa de una persona pero los mismos se deriven también de caso fortuito, sólo podrá exigirse responsabilidad al autor de los daños por la parte de los mismos que se deriven de su comportamiento, de manera que los derivados de caso fortuito deberá soportarlos la víctima. Del mismo modo, cuando en la causación de los daños concorra culpa de varios sujetos cada uno soportará la parte de los daños que se puedan imputar a su comportamiento (TS 12-10-05; 23-2-10, EDJ 14201). En realidad lo que acontece en estos supuestos es una concurrencia de causas, es decir, distintos comportamientos culposos que contribuyen a la causación de los daños.

4999 Daño

Es la base de la responsabilidad, si no existen daños no surge la responsabilidad, no hay obligación de reparar, aunque exista conducta culposa y antijurídica, por lo que el daño debe ser cierto y debe quedar probado. Se considera daño cualquier lesión menoscabo en los bienes y derechos del sujeto, dignos de protección jurídica, ya sean patrimoniales o no. En este sentido, podemos diferenciar daños patrimoniales y daños personales. Estos daños incluyen tanto el **daño emergente**, como el **lucro cesante**. El daño emergente son las pérdidas efectivamente sufridas. Por su parte, el lucro cesante son las ganancias que razonablemente deja de obtener el sujeto a consecuencia del daño (TS 28-2-02, EDJ 6284 ; 31-3-09, EDJ 38277). Podemos incluir como categoría de daños indemnizables la **pérdida de oportunidades** que se corresponde con las ganancias que hubiera podido obtener el sujeto, pero sobre las que no hay certeza que se hubieran alcanzado, de no haberse producido los daños.

5002 Daños patrimoniales

Se corresponde con daños materiales, causados en los bienes o derechos de contenido patrimonial o económico de la víctima.

1. Daños **personales** son los daños que suponen una lesión o ataque a la vida o integridad física del sujeto.
2. Daños **morales** son aquellos que afectan a intereses espirituales del ser humano, bien directamente por suponer un atentado contra bienes o derechos de la personalidad, o bien indirectamente por derivarse de un daño personal o patrimonial (TS 31-5-07, EDJ 68110 ; 27-12-11, EDJ 338567).

5004 Relación de causalidad

Para que surja relación de causalidad no sólo es necesario la conducta negligente y los daños, sino que es necesario que entre uno y otro exista una relación de causalidad, esto es, que los daños sean **imputables o debidos** a dicha conducta; «el conjunto de condiciones empíricas antecedentes, que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido» (TS 20-10-06, EDJ 319053). Precisamente, la constatación de este nexo causal será lo que permita exigir responsabilidad al sujeto. Existen diversas **teorías** para determinar la relación de causalidad:

a) Teoría de la **equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non**, según la cual el sujeto que con su comportamiento ha contribuido a la causación de los daños responde, aunque su intervención sea mínima (TS 10-6-08, EDJ 131352); todo resultado es resultado de una multitud de condiciones, siendo todas ellas, desde el punto de vista causal, igualmente necesarias, y por tanto, equivalentes.

b) Teoría de la **causalidad más próxima**, será causa del daño la más inmediata y directa en causación del daño; el resto de circunstancias que influyen en su producción son condiciones no causas (TS 21-3-50).

c) Teoría de la **causalidad adecuada**, es la usada mayoritariamente por los Tribunales, supone reconocer que existe relación de causalidad cuando el comportamiento es adecuado para causar los daños, si puede considerarse apto para producir el resultado dañoso existirá relación de causalidad (TS 29-4-03, EDJ 9563).

5006 Ruptura

No surgirá responsabilidad, aunque existan daños, cuando se produzca una ruptura de la relación de causalidad, esto es, cuando no es posible imputar los daños al autor del comportamiento porque existe otra causa que ha contribuido directamente a la causación de los daños. En este sentido, se produce la ruptura del **nexo causal** cuando concurre caso fortuito o fuerza mayor, la conducta del perjudicado o la intervención de terceros:

1. Si los daños se deben a **caso fortuito o fuerza mayor** se rompe la relación de causalidad y no existirá, en principio, obligación de reparar los daños. Podemos delimitar el caso fortuito-fuerza mayor con relación a las notas de **imprevisibilidad e inevitabilidad**, de forma que la afirmación de caso fortuito implica la calificación del suceso impeditivo como imprevisible e inevitable:

- **imprevisible**, por cuanto conforme a las reglas de la lógica y la normalidad era imposible prever que aconteciera;
- **inevitable**, por cuanto, aún previsible, era imposible impedir su acaecimiento y/o los daños derivados del mismo.

Cuando el suceso causante del daño revista estas notas, imprevisibilidad e inevitabilidad, hablaremos de fuerza mayor si los hechos resultan externos al ámbito de control del sujeto, y hablaremos de caso fortuito, cuando el suceso se produce en el ámbito de control del sujeto (TS 6-3-03, EDJ 4336 ; 28-10-04, EDJ 160040). Aunque el CC en principio atribuye efectos similares a ambos, a saber, ruptura de la relación de causalidad y exoneración de la responsabilidad, a veces, las consecuencias de uno y otro difieren y se responde por el caso fortuito y no por la fuerza mayor (responsabilidad patrimonial de la Administración).

5008 2. Cuando en la causación de los daños concurre la **conducta de la propia víctima**, también se produce una ruptura de la relación de causalidad. Cuando el comportamiento de la víctima es la única causa del evento dañoso, por lo que se tiene que exonerar de responsabilidad al demandado (TS 24-12-08; 24-7-08, EDJ 173079). Sin embargo, en la mayoría de los supuestos lo que acaecerá será una concurrencia de causas, en el sentido de que los daños tengan su causa parte en la actuación de un tercero, parte en el comportamiento de la víctima, en cuyo caso habrá que proceder a un reparto de responsabilidades (TS 22-2-10, EDJ 12421). Cuando el perjudicado asuma voluntariamente la participación en una **actividad de riesgo** (asunción del riesgo), su consentimiento o su voluntariedad a la misma, no excluye automáticamente la responsabilidad del organizador de aquella, sino que la asunción del riesgo sólo se corresponde con los riesgos normales que se deriven de la actividad y no los extraordinarios o los que puedan deberse a una mala organización de la actividad (TS 8-7-05, EDJ 113517 ; 21-5-08, EDJ 82728).

3. La **acción de un tercero** en la causación de los daños supone la ruptura de la relación de causalidad. Se produce cuando el daño no puede ser atribuido al presunto agente sino a la actuación de otro sujeto, lo que exonera de responsabilidad al agente material del daño. Para ello es necesario que la conducta del primero no cause directamente los daños, si contribuye a los mismos junto con el comportamiento del tercero, de nuevo, habrá una concurrencia de

causas en la producción de los daños y, consecuentemente, reparto de responsabilidad entre los sujetos causantes del daño (TS 11-5-88; 14-2-06, EDJ 11940).

4. Reparación del daño

5010 La finalidad última de la responsabilidad civil es la reparación del daño causado, es deber que recae sobre el responsable y el derecho que tiene la víctima. La reparación del daño puede ser *in natura* o reparación por equivalente.

a) La **reparación in natura** supone la reparación en forma específica, lo que supone restituir las cosas a su estado originario, sin embargo, llevar cabo este tipo de reparación no resulta posible en muchas ocasiones, especialmente, en el caso de daños no patrimoniales.

b) No siendo posible la reparación in natura habrá que acudir a la **reparación por equivalente o indemnización** de los daños, para lo que habrá que proceder a su valoración, lo que en el caso de los daños personales o morales resulta complicado. La obligación de indemnizar el daño es una deuda de valor por lo que se abonará el valor del daño cuando se pague la indemnización.

5. Prueba del daño

5012 Corresponde la prueba del daño, así como del resto de elementos que integran la responsabilidad extracontractual, a la víctima (LEC art.217.2.); excepción hecha de la prueba de la culpa, que la dificultad de probar la misma por parte de la víctima, ha justificado que la jurisprudencia entienda que probados los hechos, los daños y la relación de causalidad entre uno y otro se presume la culpa del autor, quien deberá probar lo contrario si quiere exonerarse de responsabilidad (inversión de la carga de la prueba).

6. Prescripción de la acción

5014 El plazo general de ejercicio de la acción indemnizatoria del daño extracontractual es de un año (CC art.1968.2), sin perjuicio del mayor plazo previsto en algunas leyes especiales pudiendo interrumpirse el mismo de acuerdo con las reglas generales (CC art.1973). En cuanto al **cómputo del plazo**, se iniciará según el CC art.1968.2 desde el momento que lo supo el **agraviado**, lo que va a depender en cierta medida del tipo de lesiones y del momento en que se manifiesten las mismas. En el caso de daños personales, esto sucederá cuando se hayan determinado las lesiones totales, incluyendo las psicológicas y/o cuando haya cesado íntegramente el resultado dañoso, en el caso de los daños continuados.

7. Responsabilidad por hechos ajenos

(CC art.1903)

5016 La regla general es que se responde por hechos propios, pero la regla general, a veces, se excepciona y surge la responsabilidad por actos de terceros. El fundamento último de esta responsabilidad por hecho ajeno es la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, pero la jurisprudencia ha objetivado esta responsabilidad y en escasas ocasiones ha admitido la prueba liberatoria. Son todos supuestos de responsabilidad directa.

5018 **Responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos. Responsabilidad de los tutores**

Responden los padres por los daños causados por los hijos menores de edad o incapaces que estén bajo su guarda. Para que los padres respondan de los hechos de los hijos es necesario que los daños sean imputables a éstos, es decir, que los daños se deban a una **conducta culposa del menor** o sin que exista conducta negligente del menor cuando nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Los presupuestos para que surja esta responsabilidad son:

- que el hijo sea **menor de edad o** tenga su **capacidad modificada legalmente** y se encuentre bajo la tutela, o patria potestad prorrogada o rehabilitada;

- que se encuentre **bajo la guarda de los padres** en el momento de causación de los daños, este presupuesto adquiere especial importancia en el caso de que la guarda no corresponda conjuntamente a ambos progenitores (TS 10-11-06, EDJ 306299 ; 8-3-08).

En este caso, aunque en ocasiones la Jurisprudencia ha optado por atribuir la responsabilidad al progenitor que en el momento de causación de los daños tenía atribuida la guarda del hijo (TS 11-10-90, EDJ 9254), lo normal es que se exija responsabilidad a ambos padres. En términos similares se regula la responsabilidad de los tutores por

los tutelados, menores o incapaces, con la única diferencia que en este caso se exige la **convivencia del tutor y tutelado**, para exigir la responsabilidad del primero por los hechos causados por el menor o incapaz.

5020 Responsabilidad de los centros docentes

Los titulares de un centro docente de enseñanza no superior, público o privado, responden de los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias (TS 4-6-07, EDJ 70067 ; 30-6-09, EDJ 150923). La responsabilidad recae sobre el **titular del centro educativo**, persona física o jurídica, pública o privada. En el caso de titularidad pública la responsabilidad se determinará conforme a las normas previstas en la LRJSP. Para que surja la responsabilidad del centro docente es necesario que:

- sea un **centro de enseñanza no superior**;
- que el causante de los daños sea **menor de edad**; y
- que el daño se produzca durante el **espacio y tiempo** en el que el alumno está **bajo el control del personal** del centro, desarrollando cualquier tipo de actividad escolar o extraescolar organizada por aquél.

Corresponde la carga de la prueba al centro docente.

5022 Responsabilidad de los empresarios por daños causados por sus dependientes

Los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables de los perjuicios causados por sus dependientes en el **desarrollo de la actividad** en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Los presupuestos para que surja la responsabilidad del empresario son:

- la relación de dependencia; y
- que los daños se deriven del desarrollo de las funciones que le han sido encomendadas por el empresario.

En cuanto a la **relación de dependencia** no exige la jurisprudencia una relación laboral como tal, basta que el causante de los daños actúe bajo las órdenes del empresario, aún sin relación contractual entre ellos (TS 30-10-03, EDJ 127694 ; 6-5-09, EDJ 72813). Además, es necesario que los daños sean consecuencia del **desarrollo de las funciones** que le han sido encomendadas. En los casos en los que el empresario responda por los hechos de sus empleados se prevé una acción de regreso a su favor.

8. Responsabilidad por animales

5024 Señala el Código Civil que el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los **perjuicios que causare**, aunque se le escape o extravíe (CC art.1905). Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de **fuerza mayor** o de culpa del que lo hubiese sufrido. Nos encontramos ante un caso de responsabilidad objetiva, derivada del riesgo de la posesión o utilización de los animales, por lo que resulta suficiente que se produzca el daño causado por un animal para que surja **responsabilidad del poseedor** o de quien se sirve de él, aun no imputándose a este sujeto ningún tipo de culpa o negligencia. Sólo se extinguirá su responsabilidad cuando pruebe la fuerza mayor, es decir, que la causa de los daños ha sido imprevisible e inevitable y se encontraba **fuera de su ámbito de control**, o que los daños se deben a la culpa exclusiva de la víctima. El responsable es el poseedor del animal o quien se sirve del mismo. Esta responsabilidad se aplica, por tanto, en los casos que exista un animal que se encuentre bajo la posesión de hecho del hombre, e incluso cuando la misma falte por haberse escapado o extraviado (TS 9-6-06, EDJ 89293 ; 9-9-14, EDJ 176187).

9. Responsabilidad por la tenencia de cosas

(CC art.1907 a 1910)

5026 El Código Civil regula una serie de supuestos de responsabilidad en los que la nota común es la responsabilidad del propietario de un bien, o quien ostente su control, por los **daños** que cause el mismo o las personas que se sirven de aquél.

5028 Responsabilidad del propietario en caso de ruina del edificio

El propietario de un edificio responde de los daños causados por la ruina de todo o parte de él, cuando se deban a la falta de las reparaciones necesarias (CC art.1907). La diligencia del propietario se manifiesta en la realización de las **reparaciones necesarias** para evitar ese estado de ruina, lo que se corresponderá con el cumplimiento de las obligaciones impuestas en CC art.389 y 391 . Sin embargo, producidos los daños por ruina del edificio se presume

la culpa del propietario, por lo que en cierta forma se produce la **objetivización de la responsabilidad** (TS 19-7-07, EDJ 100767).

El responsable es el propietario, que responde por la ruina de cualquier tipo de construcción o quien esté obligado a evitar ese **estado de ruina** (TS 25-2-87, EDJ 1550). El CC art.1909 establece que si el daño se debe a un defecto de construcción, además de contra el propietario, el perjudicado podrá dirigirse contra el **arquitecto**, o, en su caso, contra el **constructor**, dentro de los plazos legales, previstos en la Ley de ordenación de la Edificación. Cuando en este caso responda el propietario podrá repetir contra arquitecto o constructor.

5030 Responsabilidad por la explosión de máquinas o inflamación de sustancias explosivas (CC art.1908.1)

El Código Civil obliga al propietario de máquinas o sustancias explosivas a responder por los daños causados por su explosión cuando las máquinas no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia o se produzca la inflamación de sustancias explosivas si no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

La responsabilidad tiene carácter subjetivo, pero desde el momento que se presume que la explosión o la inflamación de las sustancias explosivas se debe a una **falta de cuidado** del propietario en su conservación o mantenimiento se está objetivizando la culpa.

5032 Responsabilidad del propietario de árboles (CC art.1908.2)

Dispone el Código Civil que el propietario de un árbol situado en **sitios de tránsito** responde por los daños que cause su caída, salvo que la misma se deba a fuerza mayor. De nuevo, nos encontramos ante un caso de responsabilidad objetiva, que tendrá lugar cuando la caída se deba a la conducta de un tercero, la propia culpa de la víctima o a un acontecimiento imprevisible e inevitable TS 9-5-05, EDJ 71445).

5034 Responsabilidad del responsable de emanaciones y humos (CC art.1908.3)

Es responsable, el propietario de cloacas o depósitos de materias infectantes de los daños que se deriven de las emisiones no tolerables de los mismos, salvo que esas emanaciones se deban a un defecto de construcción.

Además de contra el propietario, el perjudicado podrá dirigirse contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro de los plazos legales, previstos en la Ley de ordenación de la Edificación. Cuando en este caso responda el propietario podrá repetir contra **arquitecto o constructor**. Actualmente, esta responsabilidad se traslada a cualquier tipo de emisión que suponga un ataque al medio ambiente. Es una responsabilidad de carácter objetivo, con inversión de la carga de la prueba.

5036 Responsabilidad por caída de cosas (CC art.1910)

El Código Civil señala la responsabilidad del cabeza de familia que habita una casa o parte de ella por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. La responsabilidad que consagra esta norma no es directa del propietario sino de **quien tenga atribuido su uso**, que puede ser el propietario, o un tercero (arrendatario, usufructuario, etc).

Se responde por los daños que cause la caída de cosas voluntaria o no, las filtraciones de líquidos u otras sustancias, no sólo hacia el exterior sino también en el **interior de la vivienda**. Es una responsabilidad objetiva del «cabeza de familia» que podrá repetir posteriormente contra el causante de los daños (TS 4-12-07, EDJ 233278).

10. Responsabilidad objetiva en leyes especiales

5038 Existen supuestos en los que la responsabilidad surge al margen de toda idea de culpa, siendo lo importante la **relación de causalidad**, es decir, que los daños se puedan imputar a un determinado comportamiento al margen de la conducta diligente o no del sujeto, se habla entonces de responsabilidad objetiva. El sujeto que causa los daños responde pese a que haya actuado sin culpa y sólo se verá exonerado si prueba la ruptura de la relación de causalidad.

5040 Responsabilidad por daños causados por vehículo de motor (RDLeg 8/2004)

El Texto Refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor consagra una responsabilidad objetiva para los daños personales y una responsabilidad por culpa en los términos del CC art.1902 .

Respecto a los **daños personales** el conductor responsable de los daños no responderá cuando fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

No se considerarán casos de fuerza mayor los **defectos del vehículo** ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos (RDLeg 8/2004 art.1.1). El **conductor y el propietario del vehículo** son responsables de los daños personales sean producto de la circulación de un vehículo a motor. Para garantizar esta responsabilidad la ley obliga a la contratación de un **seguro obligatorio**.

La cuantificación de los daños personales debe hacerse obligatoriamente de acuerdo con el baremo de daños que aparece en la Ley, baremo que ha sido utilizado por los Tribunales para determinar los daños en otros supuestos de responsabilidad.

5042 Responsabilidad por productos defectuosos

El LGDCU art.137 obliga a responder al productor de los daños que se deriven de un producto defectuoso, entendiéndose por éste, aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación (TS 12-7-14). Para que surja esta responsabilidad el consumidor deberá probar el **defecto**, el **daño y la relación de causalidad** entre ambos para obtener la reparación de los daños causados. No obstante, no surgirá esta responsabilidad en los siguientes supuestos cuando:

- no se había puesto en circulación el producto;
- es posible presumir que el defecto no existía cuando el producto se puso en circulación;
- el producto no había sido fabricado para la venta o distribución, ni fabricado, importado etc. en el marco de una actividad profesional o empresarial;
- el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a la normativa vigente;
- el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del mismo;
- el estado los conocimientos científicos existentes cuando se puso en circulación no permitían saber la existencia del defecto.

La responsabilidad por productos defectuosos tiene un plazo de **preinscripción** especial de 3 años desde que se produjeron los daños.

5044 Responsabilidad por navegación aérea

La responsabilidad por daños derivados de la navegación aérea de personas, equipajes y cosas tiene naturaleza objetiva como se desprende de la Ley Navegación Aérea que dispone que «La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el **accidente o daño** y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia» (L 48/1960 art.120).

Es una responsabilidad limitada en su cuantía, salvo que se pruebe que los daños se deben a **culpa del transportista u operador** que responderá de sus propios actos y de los de sus empleados (TS 4-7-14, EDJ 196423). Se impone la asegurabilidad obligatoria y los plazos de preinscripción se acortan respecto al plazo general, al exigir la ley un plazo de 6 meses para la reclamación de los daños.

5046 Responsabilidad por daños derivados de la caza

(L 1/1970)

La Ley de caza obliga al cazador que con ocasión del desarrollo de una actividad de caza causa unos daños a un tercero a responder en todo caso, salvo cuando los daños se deban a **fuerza mayor**, culpa exclusiva de la víctima. El carácter objetivo de la responsabilidad justifica la exigencia de asegurabilidad obligatoria. Cuando no estuviera identificado el autor del daño la responsabilidad será solidaria entre todos los miembros de la partida de caza (TS 28-4-06, EDJ 65261).

5048 Responsabilidad por daños causados por la energía nuclear

(L 12/2011 art.16)

La Ley sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos obliga a responder de manera objetiva a los explotadores de las **instalaciones radiactivas** situadas en territorio nacional en las que se manejen, almacenen, manipulen o transformen materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares serán responsables de conformidad con la presente ley, por los daños causados dentro del **territorio nacional**, que sean consecuencia de un accidente, siempre que tales daños se produzcan como resultado de la emisión de radiaciones

ionizantes y tanto si tal accidente ocurre dentro de las instalaciones, como durante el transporte, almacenamiento o manejo de dichos materiales en cualquier lugar fuera de las mismas. Como en los casos anteriores es una responsabilidad limitada en su cuantía y que exige un seguro de responsabilidad obligatorio que dé cobertura a los daños causados.

5050 Responsabilidad por daños causados por la Administración

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (Ley Régimen jurídico de las Administraciones públicas art.139). Es una responsabilidad objetiva, responde tanto del funcionamiento normal como anormal y sólo se exonera cuando los daños sean imprevisibles o inevitables conforme al **estado de la ciencia y de la técnica** en el momento de producirse; la culpa de la víctima no permitirá exonerar a la Administración, tan sólo moderar su responsabilidad (TS 3-12-12, EDJ 303149 ; 30-4-13, EDJ 55410).

C. Derecho de obligaciones

5052	Elementos	5056
	Fuentes	5058
	Clases	5060
	Cumplimiento	5072
	Incumplimiento	5081
	Garantías	5091
	Extinción	5092

5054 Obligación es un **vínculo jurídico** que une a dos personas, llamadas acreedor y deudor. En virtud de ese vínculo jurídico estas personas son titulares de diversos derechos, deberes y responsabilidades. El deudor queda sujeto a **realizar una prestación** a favor del acreedor, para la satisfacción de un interés de este digno de protección, y a este le compete un correspondiente **poder** (derecho de crédito) para pretender y exigir tal prestación.

El **acreedor** goza de un derecho subjetivo (de crédito) que le faculta para exigir al deudor un comportamiento que puede consistir en dar, hacer, o no hacer alguna cosa. El **deudor** es sujeto de un deber jurídico, que consiste en observar ese determinado comportamiento o realizar la prestación.

Si el deudor incumple o cumple mal su obligación, la deuda se convierte en **responsabilidad**, como consecuencia del incumplimiento.

5056 Elementos y causa

Son elementos de la obligación:

a) **Vínculo**: es el nexo que liga a una persona con la otra. Este vínculo engloba:

- el débito, deuda o deber de prestación frente al que existe el derecho de crédito a exigir el cumplimiento, y
- la responsabilidad, que se genera para el deudor en caso de cumplimiento defectuoso o incumplimiento de la prestación, y de la que responde el deudor con su patrimonio.

b) **Sujetos**: son las personas ligadas por el vínculo. Sujeto activo es el acreedor, mientras que el sujeto pasivo de la obligación es el deudor. En cada una de las posiciones, activa o pasiva, pueden confluir una pluralidad de sujetos.

c) **Prestación**: es el contenido u objeto de la obligación y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado. Tiene como finalidad satisfacer un **interés del acreedor**, que puede ser o no pecuniario. Y debe consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (CC art.1088).

Toda prestación ha de cumplir tres **requisitos**:

- ser posible (nadie puede obligarse a algo que sea imposible);
- lícita (no ser contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres); y
- determinada o determinable (conforme a criterios fijados de antemano, excluyéndose que pueda quedar al arbitrio de una de las partes, ni tampoco al acuerdo posterior de las dos).

La **causa** es el fin objetivo o inmediato a que la obligación se dirige. Puede ser onerosa o gratuita. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno (CC art.1275).

5058 Fuentes

Las obligaciones nacen de:

- a) la ley (que impone al sujeto observar una determinada conducta);
- b) los contratos (que tienen para las partes fuerza de ley y deben cumplirse al tenor de lo dispuesto en ellos). Por el **principio de autonomía de la voluntad**, las partes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no vayan contra las leyes, la moral y el orden público (CC art.1255). La voluntad de las partes puede verse viciada por error (falsa representación de la realidad que rodea al contenido del contrato), violencia e intimidación (empleo de fuerza física o psicológica irresistible por una de las partes), y dolo (uso de palabras o maquinaciones para engañar a una de las partes);
- c) los cuasicontratos;
- d) actos u omisiones tipificados como ilícitos penales, que generan la responsabilidad civil procedente del delito; y
- e) actos y omisiones en que intervenga culpa o negligencia que generan obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual.

Las obligaciones que nacen de los **cuasicontratos** se generan por un hecho lícito y voluntario del autor que produce consecuencias, normalmente indemnizatorias. Los cuasicontratos admitidos en nuestro derecho son:

- gestión de negocios ajenos (CC art.1888); y
- cobro de lo indebido por error (CC art.1895) y el enriquecimiento sin causa.

La **voluntad unilateral** no es fuente de obligaciones, por sí sola, sino que debe ser aceptada por otro sujeto para generar realmente obligaciones.

5060 Clases de Obligaciones

La clasificación de las obligaciones puede hacerse atendiendo a diferentes criterios:

- por razón de la prestación (nº 5062);
- atendiendo a la pluralidad de sujetos que pueden concurrir en el lado activo (de créditos) o pasivo (de deudas) (nº 5066);
- según la interconexión entre las obligaciones (nº 5068); y
- otras clases de obligaciones (nº 5070).

5062 Por razón de la prestación

Podemos distinguir:

1. **Obligaciones positivas y negativas** Según el comportamiento del deudor consista en realizar una acción o una omisión.

a. Las obligaciones **negativas**: son aquellas en las que la prestación consiste en un no hacer o en tolerar que el acreedor haga algo.

b. Las obligaciones **positivas**: se dividen en obligaciones de dar y hacer:

- En la **obligación de dar**, el deudor se obliga a entregar una cosa al acreedor, que puede ser genérica o determinada. En caso de entrega de cosa determinada, surgen una serie de obligaciones complementarias, como la de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia hasta su entrega (CC art.1094), la de entregar todos sus accesorios aunque no hayan sido mencionados (CC art.1097), y la de entregar al acreedor los frutos que la cosa haya tenido desde que nace la obligación de entrega (CC art.1095).

- En la **obligación de hacer**, el deudor se obliga a realizar una determinada actividad, que puede tener como finalidad, únicamente el desarrollo de dicho comportamiento (obligación de medios) o bien obtener un determinado resultado.

2. **Obligaciones transitorias o de tracto único** Son aquellas en las que la prestación se agota en un solo acto o en varios aislados, y obligaciones **duraderas**, llamadas de tracto continuo o periódico, en las que la prestación consiste en conductas permanentes o reiteradas en el tiempo.

3. **Obligaciones alternativas** Son las que tienen por objeto varias prestaciones posibles entre las que el deudor debe elegir una para cumplir con ella íntegramente, a menos que la elección se hubiese otorgado expresamente al acreedor (CC art.1132). La individualización de la prestación con que ha de cumplirse se llama concentración. A partir de la concentración, la obligación pierde toda especialidad. El acreedor tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor han desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de esta (CC art.1135).

5064 4. Obligaciones facultativas Son aquellas en las que se debe una prestación totalmente individualizada, pero en el momento de cumplir, el deudor puede liberarse ejecutando la prestación debida o la facultativa.

5. Obligaciones genéricas y específicas Obligación específica es aquella cuyo objeto está individualmente determinado, mientras que la obligación genérica es aquella que presenta un objeto determinado por características genéricas (que son comunes a todas las que forman el género) y sin que se identifiquen o se individualice, dentro del género los concretos bienes que serán objeto de entrega. El obligado debe un ejemplar cualquiera dentro del género del que se trate. Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica cuya calidad y circunstancia no se hubiesen expresado, el acreedor no puede exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (CC art.1167).

A partir de la especificación, la obligación genérica se convierte en específica. La especificación puede realizarse mediante el cumplimiento, o con carácter previo al mismo (cuando así haya sido dispuesto por las partes).

6. Obligaciones divisibles e indivisibles Según que en abstracto puedan ser cumplidas o no por partes iguales, mediante el fraccionamiento de la prestación total en varias menores de contenido homogéneo y valor proporcional, que produzcan al acreedor una utilidad cuantitativamente menor que el todo pero cualitativamente igual a este. Se reputan indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial. Las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza son susceptibles de cumplimiento parcial. En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular (CC art.1151).

7. Obligaciones pecuniarias Dentro de las obligaciones de dar, cobra especial relevancia la obligación pecuniaria, consistente en entregar una **suma de dinero** en concepto de tal. Es una obligación genérica, cuyo género es el dinero. Puede consistir en entregar una cantidad de dinero, es decir de unidades monetarias, o de pagar en dinero un determinado valor. En este último caso, es habitual pactar cláusulas de estabilización para eliminar el efecto negativo de la devaluación monetaria y la inflación.

Las obligaciones de cantidad de dinero pueden clasificarse en **obligaciones líquidas o ilíquidas**. Las obligaciones de cantidad son líquidas cuando no sólo está determinado en qué consiste la obligación, sino que también está fijada numéricamente su cuantía.

Dentro de las deudas pecuniarias destaca la **obligación de intereses**, consistente en que el deudor se obliga a pagar una cantidad de cosas de la misma especie que las debidas, proporcional a la cuantía de estas y a la duración del plazo de abono de la deuda. Los intereses pueden ser retributivos o resarcitorios, pueden tener un origen de carácter legal, judicial o convencional, y su cálculo puede realizarse conforme al interés pactado o el legal. No pueden ser usurarios ni leoninos, puesto que en tal caso se declararían nulos, debiendo el prestatario devolver exclusivamente el principal adeudado.

5066 Atendiendo a la pluralidad de sujetos que pueden concurrir en el lado activo (de créditos) o pasivo (de deudas)

Se distingue entre obligaciones mancomunadas y solidarias. En nuestro Derecho, la regla es la mancomunidad (CC art.1137), salvo en la responsabilidad extracontractual donde la regla se invierte.

a) En la obligación mancomunada, cada deudor debe y cada acreedor tiene derecho a exigir sólo una parte de la obligación total (puede exigirse separadamente su parte y con independencia de los demás). Cuando se trata de obligaciones mancomunadas divisibles, se habla de **obligaciones parciarias**, dado que la obligación se desgaja en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya.

b) En la obligación solidaria, cada acreedor tiene derecho a la totalidad de la prestación, y cada deudor está obligado a prestar el todo, aunque sólo una porción de dicha deuda es suya. Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial, como reclamar la totalidad de la deuda al deudor (CC art.1141). El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios pero, si hubiese sido judicialmente demandado por alguno, a éste debe hacer el pago (CC art.1142).

5068 Según la interconexión entre las obligaciones

Pueden ser obligaciones unilaterales y bilaterales.

Son **bilaterales** cuando existe una reciprocidad, porque ambas obligaciones son la una contrapartida de la otra. Se trata de dos obligaciones englobadas en una relación jurídica superior que abarque a ambas. Cuando simplemente una persona está obligada frente a otra, o aunque se deban mutuamente no hay conexión entre sus obligaciones, se habla de **obligación unilateral**.

Las obligaciones bilaterales tienen dos especialidades frente a las unilaterales: La exigencia de cumplimiento simultáneo, salvo acuerdo en contrario o disposición especial; y la aplicación en caso de incumplimiento de una obligación del CC art.1124 , a cuyo tenor, cuando uno de los obligados no cumple y el otro ha cumplido o está dispuesto a cumplir, éste puede exigir el cumplimiento forzoso, o la resolución de la obligación, y en cualquiera de los

supuestos, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Y aun habiendo optado por el cumplimiento, puede optar por la resolución cuando el cumplimiento resultare imposible.

5070 Otras clases de obligaciones

Por lo que también podríamos mencionar otras clases de obligaciones, entre las que destacan:

a) Las obligaciones principales y accesorias. La principal puede existir por sí sola, la accesoria presupone otra principal de la que depende y en función de la que se justifica, tendiendo a asegurarla o a completar sus efectos. La obligación accesoria sigue la suerte de la principal.

b) Las obligaciones puras, condicionales o a plazo. Las partes pueden pactar que la obligación esté sometida a plazo (inicial o final) o a condición (suspensiva o resolutoria) cuyo régimen se disciplina en CC art.1121 a 1129 .

5072 Cumplimiento de la obligación

El pago o cumplimiento consiste en la realización por el deudor del comportamiento previsto en la obligación. El pago es la ejecución de la prestación debida (CC art.1157) que extingue la obligación (CC art.1156.1º). El fin natural de la obligación es proporcionar la satisfacción del interés del acreedor mediante el cumplimiento de la **prestación debida**, y en su defecto, la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le reporte.

5073 Requisitos

El pago ha de cumplir una serie de requisitos consistentes en que respecto a la **obligación**, ésta debe ser existente, exigible, y estar vencida. En cuanto a la **prestación**, se requiere la ejecución exacta de la conducta constitutiva de aquella prestación, lo que implica la identidad y la integridad (e indivisibilidad) del pago. Cuando la prestación debida es un negocio jurídico, se precisa la declaración (expresa o tácita) de realizarla con el fin de cumplir la obligación (*solvendi animo*).

5074 Circunstancias del pago

La exactitud del pago implica la realización del mismo en el lugar, tiempo y forma debidos.

a) El lugar del pago será el que se haya pactado. En su defecto, si es cosa determinada, debe entregarse en el lugar en que la cosa existiera en el momento de constituir la obligación. Como norma de cierre, el cumplimiento se realizará en el domicilio del deudor, y si se excluye este, y no puede fijarse otro lugar conforme a las reglas del CC art.1171 , será en el domicilio del acreedor.

b) El tiempo del cumplimiento, en principio, la obligación ha de cumplirse tan pronto como existe. En este sentido, las obligaciones puras y las sometidas a condición resolutoria o a término final deben pagarse inmediatamente (CC art.1113.1º y 2º y CC art.1125 *a contrario sensu*). En cambio, las obligaciones bajo condición suspensiva, han de cumplirse cuando la condición se cumpla (CC art.1113 *a contrario sensu*) y las sometidas a término inicial, cuando éste llegue (CC art.1125) o cuando la ley lo declare vencido.

c) En cuanto a la forma, la obligación ha de cumplirse realizando la prestación, según la naturaleza de la misma, la buena fe y el uso (CC art.1258) en la forma y con la diligencia que en ella o en la ley se determine. Si nada se ha especificado, debe observarse la diligencia de un buen padre de familia. Los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez: consentimiento, objeto y causa (CC art.1278). Son elementos accidentales del contrato la condición, el término y el modo.

Respecto a los **gastos**, salvo pacto en contrario, los gastos que origine el cumplimiento (por hacerlo en el tiempo, lugar y forma debidos) son de cuenta del deudor (CC art.1168), porque se trata de gastos ocasionados y necesarios para realizar exactamente la prestación prometida.

5076 Imputación del pago

Es la designación de la deuda a la que debe aplicarse la prestación realizada por el deudor entre aquellas deudas iguales que tiene con el mismo acreedor. La imputación la realiza el **deudor**, según su voluntad, en declaración recepticia. Tiene algunos límites, así en caso de obligación de intereses, mientras no se cubran estos, no puede aplicarse el pago al capital. En defecto de imputación por el deudor, la ley determina una serie de **reglas** consistentes en el pago del interés antes que capital, de la deuda más onerosa para el deudor, y como regla de cierre, el pago a prorrata entre todas ellas (CC art.1173 y 1174).

5077 Sujetos del pago

El deudor es el sujeto activo o **solvens** en el pago: en principio debe pagar el deudor, por sí o mediante otra persona que obre en su nombre, o por su cuenta, pero también se admite el pago hecho por un tercero. El acreedor sólo puede rechazar el pago de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al estipular la obligación (CC art.1161). El **solvens** debe tener **capacidad** para realizar el acto en que

consista el cumplimiento. En las obligaciones de dar, el pagador ha de tener, además, la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla.

El acreedor es el sujeto pasivo del pago o **accipiens** : sólo puede recibir la prestación ejecutada el acreedor (o su representante legal o voluntario), o la persona autorizada para recibir el pago en su nombre (CC art.1162), quien puede recibirlo pero no exigir su cumplimiento. El **accipiens** debe tener la capacidad necesaria para administrar sus bienes. No obstante, el pago hecho a un acreedor incapaz es válido en aquello (todo o parte en) que le fue útil. Igualmente es válido el pago hecho de buena fe al acreedor aparente, y el hecho a un tercero que le haya sido útil al acreedor.

5079 Subrogados del pago

Existen otros medios distintos al pago, a los que se atribuyen los efectos del mismo, por lo que se denominan subrogados del pago: son la dación en pago, el pago por cesión de bienes, la compensación, la condonación, la confusión y la consignación:

a) La dación en pago implica el acuerdo entre acreedor y deudor, posterior al nacimiento de cualquier tipo de obligación, mediante el cual el deudor cumplirá realizando una prestación distinta de la prevista, quedando liberado cuando la realice, aunque el valor de la deuda y del bien entregado no sea el mismo.

b) Con el pago por cesión de bienes, no se extingue directamente la obligación, sino que el deudor acuerda con sus acreedores la cesión de determinados bienes para que con el producto de su venta, estos cobren sus créditos hasta donde alcance el producto obtenido por ellos. En lo que reste, la deuda subsiste.

c) La compensación, es un modo de extinción de las obligaciones, *ope iuris*, que se da cuando dos personas, por derecho propio, son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. En dicho caso, el crédito y la deuda se extinguen en la cantidad concurrente, sean o no una cantidad de dinero.

d) La condonación o remisión: es la renuncia (expresa o tácita) del acreedor, a título gratuito, a su derecho de crédito. Como consecuencia de esta renuncia el derecho se extingue y el deudor queda liberado de la deuda principal y las accesorias a la misma.

e) En la confusión se extingue la deuda cuando se reúnen en una misma persona las posiciones jurídicas de deudor y acreedor (p.e. el deudor heredero del causante acreedor) se extingue la deuda cuando se reúnen en una misma persona las posiciones jurídicas de deudor y acreedor (p.e. el deudor heredero del causante acreedor).

f) En la consignación, si el acreedor rechaza injustificadamente el ofrecimiento de pago realizado por el deudor, este tiene, al margen de otros efectos jurídicos, (como la mora *accipiendi*), la posibilidad de liberarse de la obligación mediante la consignación. Ésta consiste en depositar la cosa debida a disposición de la autoridad judicial (CC art.1178.1º). La obligación se extingue cuando el juez declara que la consignación está bien hecha.

5081 Incumplimiento

Se produce desde el momento en que el deudor no realiza exactamente el comportamiento previsto en la obligación. Sus efectos varían en función de cuáles sean la causa (imputable o no al deudor) y la entidad del mismo (es decir que se trate de cumplimiento parcial, o defectuoso, o moroso, o incumplimiento total).

5082 Causas del incumplimiento

Se clasifican según el incumplimiento sea imputable al deudor (dolo o culpa) o no (caso fortuito y fuerza mayor):

1. Causas imputables al deudor:

a) El dolo consiste en la transgresión voluntaria y consciente de la obligación, es decir es obrar de mala fe. No se requiere la intención de dañar, sólo que exista un incumplimiento premeditado. No se presume nunca, por lo que ha de probarlo quien lo alegue.

b) La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de la diligencia debida y exigible, esto es, la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La obligación puede expresar cuál es el **nivel de diligencia exigible**, si no lo hace, se entenderá que debe observarse la que correspondería a un buen padre de familia (CC art.1104). La culpa del deudor se presume *iuris tantum* (CC art.1183). La culpa puede graduarse:

- máxima (**culpa lata**) consistente en no proceder ni siquiera con la más elemental diligencia que cualquiera guarda;
- **culpa leve** u omisión de la diligencia normal; y
- **culpa levísima** consistente en omitir la diligencia que sólo observan las personas más cuidadosas.

La culpa puede ser valorada en **abstracto** (objetiva, con referencia a la diligencia del hombre medio) o en **concreto** (subjetiva, con respecto al nivel de diligencia que pone el interesado en sus propios asuntos). A falta de pacto sobre cuál haya de ser la diligencia exigible, se aplica la diligencia de un buen padre de familia (CC art.1104).

2. Causas no imputables al deudor: el deudor no responde de aquellos supuestos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueran inevitables (CC art.1105). Las notas que caracterizan al caso fortuito y la fuerza mayor son, respectivamente, la **imprevisibilidad y la inevitabilidad**, y la procedencia interna o externa del hecho impeditivo, con respecto al poder de decisión del deudor. Para la exoneración de responsabilidad es preciso que junto a la inevitabilidad, el deudor haya desplegado la diligencia que debía observar en el cumplimiento de la obligación.

5084 Tipos de incumplimiento

Puede ser incumplimiento total o cumplimiento inexacto de la prestación:

1. El incumplimiento total se da cuando falta por completo la realización de la prestación.

2. En el cumplimiento inexacto debe distinguirse a su vez, entre el cumplimiento puntual inexacto, en el que la prestación realizada no es idéntica a la prometida; y el cumplimiento **moroso**, en que el cumplimiento implica la ejecución de la prestación debida con posterioridad a que el deudor haya incurrido en mora.

La **mora** del deudor (*mora debitoris*) es el retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación (que ni impide ni hace inútil el cumplimiento tardío), del que es responsable el deudor. Para incurrir en mora además del retraso, es necesario que el acreedor haya reclamado el cumplimiento. A partir de la intimación al deudor, sea judicial o extrajudicial, el deudor incurre en mora (CC art.1100). Por excepción, la mora puede ser automática. En las obligaciones recíprocas, sólo quien ha cumplido o se ha allanado a cumplir, puede constituir en mora a la otra parte. Como consecuencia de la mora, el deudor debe indemnizar los **daños y perjuicios** ocasionados al acreedor, y responde a partir de la mora, de la imposibilidad de cumplir la prestación, aunque proceda de caso fortuito o fuerza mayor.

5086 Consecuencias del incumplimiento

Si el deudor no responde del incumplimiento, el acreedor debe soportar el cumplimiento inexacto o incumplimiento.

1. Imputable. Si la causa del incumplimiento es imputable al deudor, en tanto que responsable del mismo, cabe exigir al deudor bien el cumplimiento forzoso, bien la indemnización de daños y perjuicios, o ambos, en su caso.

2. Remedios. Cuando el deudor es responsable del no cumplimiento exacto de la prestación, el ordenamiento dispone, como regla, que si aún es posible obtener la prestación, se exija el cumplimiento forzoso, lo que implica la **ejecución in natura** de la prestación debida, sea por sí mismo, o a su costa. Sólo si no es posible lo anterior, cabe el **cumplimiento por equivalencia**, y, además, que se indemnicen al acreedor los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento inexacto o moroso. Excepcionalmente, en caso de obligaciones recíprocas, la ley concede al acreedor la facultad de optar libremente entre pedir el cumplimiento o la resolución, con la indemnización correspondiente en cada caso (CC art.1124).

5088 Alcance de la indemnización

La indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente (pérdida sufrida) como el lucro cesante (ganancia que se ha dejado de obtener) (CC art.1106) incluyendo tanto los derechos morales como los patrimoniales. Se distingue:

a) Si el incumplimiento se debe a **culpa** del deudor, se indemnizan los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Cabe la moderación judicial de la indemnización por culpa.

b) Si el incumplimiento es **doloso**, el deudor responde de todos los daños que conocidamente se deriven de él, aunque no estuvieran previstos o fueran imprevisibles y aunque no sean consecuencia necesaria de dicha falta (CC art.1107).

En cuanto a la **prueba**: El incumplimiento se presume culpable (por culpa del deudor, CC art.1183 , si bien se admite prueba en contrario) por lo que el acreedor debe probar, los daños y perjuicios causados y, en su caso, el dolo.

5090 Prescripción

La **acción** para exigir el cumplimiento, a tenor de lo dispuesto en el recién modificado CC art.1964 , prescribe a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Si se trata de una obligación de tracto continuo (sea de hacer o de no hacer), el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

5091 Garantías

El ordenamiento jurídico concede al acreedor determinadas garantías para procurarle la **satisfacción de su derecho**, frente a un posible incumplimiento del deudor.

- La garantía general y básica es la sujeción de todo el patrimonio del deudor para el cumplimiento de sus obligaciones (CC art.1911).

- La ley dispone determinadas **acciones en defensa del crédito** del acreedor, como son, con carácter general, pero subsidiario, las acciones subrogatoria, y revocatoria o pauliana, reguladas en el CC art.1111 , o en determinados supuestos, la acción directa.

- **Otras garantías** nacen del pacto entre las partes, y pueden ser de carácter real (hipoteca o prenda) o personal (cláusula penal, arras, o derecho de retención).

5092 Extinción

Las obligaciones se extinguen con carácter general (CC art.1156) por el pago o cumplimiento, por los subrogados del pago (dación, consignación, condonación y compensación), por novación (extintiva), por imposibilidad de la prestación, y por confusión.

D. Compraventa

5094	Obligaciones del vendedor	5097
	Obligaciones del comprador	5104
	Tiempo y lugar del pago del precio	5106
	Pago de gastos	5108

5095 Es el contrato bilateral y oneroso por el cual una de las partes, llamada vendedor, se obliga a entregar a la otra, denominada comprador, una cosa o derecho cuya existencia y legitimidad garantiza a cambio de una prestación de dinero.

No existe ninguna particularidad respecto a la capacidad para asumir la posición de vendedor o comprador. Las prohibiciones para celebrar el contrato de compraventa se enumeran en el CC art.1459 y se refieren únicamente al comprador.

Objeto: Cosa y precio. La cosa es el objeto de la prestación principal que asume realizar el vendedor. Incluye las cosas en sentido material o físico y los bienes inmateriales o no corporales. Debe ser posible, lícita y determinada o determinable. La obligación esencial del comprador es la de pagar el precio, que ha de ser cierto, en dinero o signo que lo represente.

Rige el **principio de libertad de forma**, aunque para determinados supuestos las partes podrán compelerse recíprocamente a adoptar una forma determinada.

Perfección del contrato Se produce con el consentimiento, pues se trata de un contrato consensual.

5097 Obligaciones del vendedor

Son las siguientes:

- custodiar y conservar la cosa que está obligado a entregar con la diligencia de un buen padre de familia;
- entregar la cosa objeto de la compraventa con todos sus accesorios;
- saneamiento de la cosa vendida;
- hacer frente, salvo pacto en contra, a los gastos de escrituras y a los impuestos que correspondan.

5098 Obligación de entrega de la cosa

La entrega de la cosa consiste en ponerla en poder y posesión del comprador. Esta entrega es lo que se llama la **tradición**.

La tradición puede ser **real o ficticia**. Real es la que ha sido definida, consistente en poner en poder y posesión del comprador la cosa. La ficticia es equivalente a la real y tiene lugar cuando en lugar de la entrega de la cosa física, lo que se hace es formalizar una escritura pública, se entregan llaves, etc.

5099 Tiempo y lugar de la entrega

La compraventa es un contrato bilateral y por tanto, las **obligaciones recíprocas** que produce tienen que cumplirse simultáneamente, salvo que se haya pactado otra cosa. Si se ha pactado un momento para la entrega, en tal momento debe hacerse.

Si se ha pactado un plazo para el pago del precio, el vendedor deberá entregar la cosa tras la perfección del contrato: y antes de que concluya el plazo.

El lugar de la entrega de la cosa no está regulado específicamente en relación a la compraventa, por lo que habrá de estarse a la regla general del lugar pactado, donde se encontraba la cosa, o el domicilio del deudor (CC art.1171).

5101 Gastos de la entrega

Corresponderán a quien se haya pactado. En defecto de pacto serán **a cuenta del vendedor**. Los gastos de otorgamiento de escrituras corresponden al vendedor, salvo pacto en contra.

5102 Saneamiento por evicción y por vicios ocultos

La obligación de saneamiento significa que el vendedor está obligado a proporcionar al comprador la **posesión pacífica** y las características aparentes de la cosa entregada.

Se designa con el nombre de saneamiento por evicción la obligación de proporcionar la posesión pacífica. Con el nombre de saneamiento por vicios ocultos, la de proporcionar las condiciones aparentes de la cosa. El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase, salvo pacto en contrario y que el vendedor ignorase tales vicios o defectos (CC art.1485). El comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos (CC art.1486).

5104 Obligaciones del comprador

La obligación del pago del precio es la obligación esencial del comprador.

Se trata de una obligación de dar consistente en la entrega de una suma de dinero. Es, pues, una típica obligación pecuniaria.

5106 Tiempo y lugar del pago del precio

El comprador ha de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato. En defecto de pacto, el pago se hará en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

Como obligación complementaria a la del pago del precio el comprador está obligado a pagar intereses en los tres casos que recoge el CC art.1501 .

5108 Pago de gastos

Se distinguen según sean:

a) De **transporte**: salvo pacto en contra, los gastos de entrega de la cosa son a cargo del vendedor. Los de transporte o traslación una vez entregada la cosa corresponden al comprador.

b) De copia **de la escritura y de inscripción registral**: los gastos de escritura son del vendedor. Salvo pacto en contrario, los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador. Los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, si se trata de cosa inmueble, son también a cargo del comprador.

E. Permuta

(CC art.1538 s.)

5110 El código contiene una escasa regulación de la permuta, remitiéndose a la compraventa, tal y como dispone el CC art.1541 , en todo aquello que sea compatible.

Contrato por el que una parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa a cambio de que ésta, a su vez, se obligue a transmitirle la propiedad de otra cosa. Se caracteriza por suponer un cambio de cosa por cosa y por la inexistencia de precio en dinero.

No hay en la permuta partes distintas como en la compraventa, sino que los permutantes tienen las mismas obligaciones. Cada permutante tiene la obligación de entregar la cosa y de saneamiento respecto al otro permutante.

Con respecto al **saneamiento por evicción** en el caso de la permuta hay reglas específicas (contenidas, básicamente, en el CC art.1540).

F. Donación

(CC art.618 s.)

5112	Obligaciones del donante	5115
	Obligaciones del donatario	5117
	Revocación de las donaciones	5118
	Reducción de las donaciones por inoficiosidad	5120

5113 Constituye una liberalidad que se realiza mediante contrato, en virtud del cual una parte, llamada donante, empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra parte, llamada donatario, que se enriquece.

El **Donante** es el que realiza la transmisión y el **donatario** es el que recibe y adquiere la cosa donada. Para ser donante se requiere plena capacidad de obrar y el poder de disposición de los bienes. En cambio, para ser donatario basta con tener capacidad jurídica. Sí se exige capacidad de obrar en el supuesto de aceptación de una donación modal.

A su vez, los derechos objeto de la donación pueden ser reales o de crédito. La cosa o derecho donado ha de ser concreto e individualizado.

En el caso de la **donación de cosas muebles** habrá de estarse a lo que dispone el CC art.632 . En el caso de donaciones de bienes inmuebles el CC art.633 deja claro que es necesaria la escritura pública.

El **perfeccionamiento del contrato** se produce cuando existe consentimiento y se observa la forma debida del contrato.

5115 Obligaciones del donante

Según el tipo de donación de que se trate, el donante estará obligado a transmitir la propiedad o derecho real sobre la cosa, o cumplir la deuda objeto de la obligación donada o liberar la obligación o gravamen.

No tiene obligación de saneamiento salvo si la donación es modal. Pero si se produce la evicción de la cosa donada, aunque el donante no responda, el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante.

5117 Obligaciones del donatario

Como negocio jurídico a título gratuito y como contrato unilateral, la donación no produce obligación alguna en el donatario. Cabe que se le imponga una carga o modo, pero la obligación en este caso del donatario no nace de la donación sino del modo.

5118 Revocación de las donaciones

Los supuestos de revocación de las donaciones son los siguientes:

- a) Por **superveniencia**: que el donante tenga, después de la donación, hijos aunque sean póstumos.
- b) Por **supervivencia de hijos**: que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.
- c) Por **incumplimiento del modo**: el modo constituye una obligación impuesta al donatario en el propio contrato que debe ser cumplida. Si la incumple, culpablemente, el donante o sus herederos pueden exigirle su cumplimiento forzoso o bien provocar la revocación de la donación.
- d) Por **ingratitude**: el código sanciona algunas conductas graves de ingratitud, reprobadas socialmente, con un efecto jurídico: si un donatario incurre en una de estas conductas la donación puede ser revocada. Estas conductas se encuentran expresadas en el CC art.648 .

Precisiones

Según la Ley 5/2006 , de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de **Cataluña**, relativo a los derechos reales, la acción revocatoria caduca al año contado desde el momento en que se produce el hecho que la motiva o, si procede, desde el momento en que los donantes conocen el hecho ingrato.

5120 Reducción de las donaciones por inoficiosidad

La legítima constituye una limitación en derecho de sucesiones a la facultad de disponer del testador. Con el fin de proteger el pago de la legítima, si en el caudal hereditario no hubiera bienes suficientes para hacer dicho pago, se podrán reducir las donaciones por inoficiosas.

G. Arrendamiento

5122	Arrendamiento de cosa	5124
	Arrendamiento de servicios	5126
	Arrendamiento de obra	5128
	Arrendamientos urbanos	5130

5123 El Código Civil lo concibe unitariamente a pesar de que su regulación, contenida en CC art.1542 s. establece que puede ser de cosas, de obras o de servicios.

Estos tres tipos de arrendamientos son contratos consensuales, onerosos, bilaterales y de ejecución continuada.

5124 Arrendamiento de cosa

Es el **contrato** por el cual una parte, arrendador, se obliga a entregar y mantener temporalmente la posesión de una cosa a la otra, arrendatario, por un precio cierto.

Son **sujetos** del contrato el arrendador, que se obliga a entregar la cosa y a mantener la posesión en el arrendatario, y éste, que se obliga a pagar el precio y recibe la posesión de la cosa. En principio se requiere simplemente la capacidad para contratar.

El **objeto** está constituido por la cosa y el precio. Puede ser objeto de arrendamiento todo tipo de cosas muebles o inmuebles. No puede serlo, en cambio, una cosa que se consume por el uso adecuado de la misma ni derechos susceptibles de uso o disfrute que sean personalísimos e intransmisibles.

Sobre el **precio**, el CC exige que sea un precio cierto, determinado o determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes. Normalmente se tratará de dinero, pero nada impide que consista en otra contraprestación. Puede satisfacerse periódicamente o de una sola vez.

Con carácter general rige el principio de libertad de forma, aunque con ciertas excepciones muy concretas:

Obligaciones del arrendador:

- entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato;
- mantener la posesión útil de la cosa al arrendatario.

Obligaciones del arrendatario:

- pagar el precio;
- usar la cosa arrendada con la diligencia de un padre de familia;
- debe poner urgentemente en conocimiento del arrendador la necesidad de reparaciones necesarias que a éste le corresponden;
- pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato, aunque cabe pacto en contra;
- devolver la cosa al extinguirse el arrendamiento.

El contrato se extingue por las **causas generales de extinción** de todos los contratos y además por las siguientes causas específicas: transcurso del plazo, pérdida del derecho de arrendador o por falta de prueba del precio.

5126 Arrendamiento de servicios

Es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a prestar a la otra un **servicio por precio cierto**.

Es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de carácter temporal.

a) **Sujetos**: una de las partes se obliga a prestar el servicio y tiene el derecho a percibir la remuneración. Según la mala terminología del CC se le denomina arrendador, aunque también se le llama trabajador, empleado o profesional. La otra parte o sujeto tiene el derecho a que se realice el servicio y se obliga a pagar el precio o remuneración. En términos del código sería el arrendatario, denominado en ocasiones como empleador. Ambos, arrendador y arrendatario, deben tener capacidad general para contratar.

b) **Objeto**: está constituido por la prestación de servicios y el precio. El primero puede ser de cualquier tipo, manual o intelectual. En cuanto al precio o remuneración puede consistir no solo en dinero, que será lo habitual si no en otra cosa o incluso en otro servicio. Puede fijarse por unidad de tiempo, que será lo habitual, o por un precio alzado o por resultados.

c) **Forma**: no es un contrato formal, sigue el principio de libertad de forma.

d) **Contenido**: La obligación del empleado o profesional es la de prestar el servicio. Es una obligación de hacer. Habrá de realizarse con la diligencia debida y adecuada a cada caso. Si no se ha pactado lo contrario, ha de hacerse personalmente. El empleador tiene que pagar el precio o remuneración.

e) **Duración**: Es un contrato esencialmente temporal.

Se extingue por las causas generales de los contratos y además, entre otras, por transcurso del tiempo o terminación del servicio prestado o por imposibilidad de su realización.

5128 Arrendamiento de obra

Es aquel contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una **obra por precio cierto**. La obra puede consistir en la creación o modificación de una cosa o en cualquier otro resultado producto de la actividad humana. La función del contrato no es tanto la actividad en sí como el resultado de la misma. Éste es el objeto del pago o retribución.

a) **Sujetos**: El sujeto que se obliga a ejecutar la obra es llamado contratista o arrendador.

El que tiene el derecho a recibir la obra y a pagar el precio se le denomina comitente o dueño de la obra o arrendatario.

b) **Objeto:** La obra y el precio. La obra puede ser de creación, modificación o de reparación. Tiene que ser posible, lícita, determinada. Puede ser material o inmaterial. El precio tiene que ser cierto.

c) **Forma:** Libertad de forma

d) **Obligaciones:**

- obligaciones del **contratista:** ha de realizar la obra, de acuerdo con lo pactado y según los usos y costumbres de cada caso concreto. Ha de realizarse en el tiempo pactado de forma expresa o tácitamente;

- obligaciones del **comitente o dueño de la obra:** debe cooperar con el contratista para que éste realice correctamente la obra. Está obligado al pago del precio que, si nada se ha pactado, será a la entrega de la obra.

e) **Extinción:** Además de por las causas generales de extinción de los contratos puede extinguirse por desistimiento del comitente o dueño de la obra, por muerte del contratista *intuitu personae* o por imposibilidad de ejecutar la obra.

5130 Arrendamientos urbanos

(L 29/1994)

Es el contrato de arrendamiento, regulado por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, cuyo objeto es una **finca urbana**, distinguiendo si ésta se destina a vivienda o a uso distinto al de vivienda.

El arrendamiento de **vivienda** es aquel que recae sobre una edificación habitable cuyo destino principal sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. El arrendamiento para **uso distinto al de vivienda** es aquel que recae sobre una edificación, para la que la ley no exige su habitabilidad, cuya finalidad primordial sea un uso distinto al de vivienda.

5132 Arrendamiento de vivienda

Dentro de este supuesto podemos distinguir:

1. **Duración del contrato:** la libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por **plazos anuales** hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea **indeterminado**. No procederá la prórroga obligatoria del contrato si, una vez transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Si llegada la fecha de **vencimiento del contrato**, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más. El arrendatario podrá **desistir del contrato** de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.

2. **Derechos y obligaciones de las partes:** se distinguen las siguientes:

a) Obligaciones del **arrendador:**

- entrega al arrendatario de la vivienda objeto del contrato. No es precisa la entrega física, basta la puesta a disposición;

- mantener la posesión útil de la vivienda al arrendatario, comprendiendo la conservación de la vivienda y la obligación de realizar las reparaciones necesarias para conservar la vivienda en condiciones de habitabilidad.

b) obligaciones del **arrendatario:**

- pagar la renta;

- usar la vivienda con la diligencia de un buen padre de familia, según lo pactado o según su naturaleza.

- conservación: debe poner en conocimiento del arrendador la necesidad de reparaciones que sean necesarias para la conservación de la vivienda. Podrá realizar él mismo las que sean urgentes y exigirle su importe.

- el arrendatario tiene los **derechos de tanteo y retracto**.

3. **La renta:** rige el principio de **autonomía de la voluntad**, es decir, la renta será la que libremente estipulen las partes. Se pagará en el tiempo que pacten las partes, a falta de pacto será mensual, debiéndose pagar en los primeros

siete días de cada mes. El lugar será también el que se pacte, a falta de pacto será en la vivienda arrendada. Debe efectuarse su **pago en metálico** salvo que se pacte otra cosa y el arrendador debe dar recibo del pago, a no ser que se haga el pago mediante procedimiento que acredite el mismo.

Durante la vigencia del contrato, la renta solo podrá ser revisada por el arrendador o el arrendatario en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato, en los términos pactados por las partes. En defecto de pacto expreso, no se aplicará revisión de rentas a los contratos.

5134 Arrendamiento para uso distinto del de vivienda

(LAU art.29 a 35)

Se rige fundamentalmente este arrendamiento por la autonomía de la voluntad de las partes. Son escasas las normas imperativas al respecto.

Su **duración** es la libremente pactada por las partes.

Las obligaciones de arrendador y arrendatario son básicamente las mismas que las previstas para el arrendamiento de vivienda.

Con respecto a la renta no existe ninguna previsión específica por lo que todo lo referente a ella queda bajo el principio de autonomía de la voluntad.

H. Sociedad

(CC art.1665 s.)

5136 Contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias.

Es un contrato consensual, bilateral o plurilateral, oneroso y conmutativo, *intuitu personae* y de tracto sucesivo.

Los sujetos son los socios, pudiendo ser dos o más. Se les aplican las reglas generales sobre la **capacidad de los sujetos**.

Es la actividad, lícita, de colaboración entre los contratantes-socios, para conseguir un fin lucrativo, común y partible. La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios. El interés común suele desdoblarse en **dos elementos básicos** de la sociedad:

- el **fondo común**, formado con las aportaciones de los socios;

- el **lucro común** partible, que significa que la sociedad se constituye para obtener un lucro o ganancia, que ha de ser común a todos los socios y repartirse entre los mismos.

Rige el principio de libertad de forma, aunque si se aportan bienes inmuebles será necesaria la escritura pública.

5138 Clases

Las sociedades **pueden ser**:

1. **Civiles-mercantiles**: el criterio de distinción entre ambas es por la finalidad u objeto: si es simplemente conseguir un fin lucrativo, común y partible, será sociedad civil; si este fin se pretende conseguir mediante la realización de actos de comercio, será sociedad mercantil.

2. **Universales-particulares**: la sociedad universal comprende todos los bienes de los socios, haciendo común el patrimonio de cada uno de ellos y comprendiendo todo tipo de actividades. Puede ser de todos los bienes presentes o de todas las ganancias. La sociedad particular se caracteriza por su nota negativa: no es universal y es la que se da hoy en día en la práctica. Se trata de una sociedad con limitación de aportaciones, no comprendiendo todos los bienes de los socios.

5140 Obligaciones de los socios

Están obligados a hacer la **aportación** a la que se han comprometido para la formación del patrimonio social, pudiendo consistir en dinero, bienes o industria. La aportación puede ser en propiedad, o del uso o disfrute manteniendo la propiedad el socio.

Respecto al deber de **fidelidad**, deben colaborar de buena fe en la obtención del fin común y no hacer nada perjudicial para la sociedad. En cuanto a la **distribución de ganancias y pérdidas**, a cada socio le corresponde una parte de las ganancias y, como la sociedad implica también una comunidad de riesgos, también le compete asumir una parte de las pérdidas. En esa distribución se aplicará en primer lugar lo pactado. Si solo se ha pactado la parte en las ganancias será igual su parte en las pérdidas. A falta de pacto, se distribuyen ganancias y pérdidas en forma proporcional a lo que se haya aportado. El socio industrial tiene la participación igual a la del que menos haya aportado.

5142 Extinción y liquidación

Además de las causas generales de extinción de los contratos se extingue por voluntad de cualquiera de los socios existiendo justo motivo, por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de ellos, cuando expira el término por el que fue constituida la sociedad o cuando se pierde la cosa o se termina el negocio que le sirve de objeto.

En cuanto a la **liquidación**, cuando se da alguna de estas circunstancias, y antes de la extinción propiamente dicha, ha de procederse a la liquidación de la sociedad. Se realizará la división y adjudicación del **patrimonio social**, según lo que hayan pactado los socios en el contrato de sociedad o acuerden en el mismo momento de la liquidación. A falta de pacto se aplican las reglas de la partición de la herencia.

I. Préstamo

(CC art.1740 s.)

5144	Comodato	5146
	Mutuo	5150

5145 Dentro de la denominación de préstamo el Código Civil recoge dos figuras contractuales diferenciadas:

1. El **comodato** es el préstamo de uso, se transmite la posesión de la cosa prestada pero no la propiedad, por lo que hay que devolver la misma cosa. Es esencialmente gratuito (nº 5146).
2. El **mutuo**, al que el Código llama también simple préstamo, en el que se transmite la propiedad de la cosa prestada, por lo que el prestatario debe devolver otra cosa de la misma especie y calidad. Puede ser gratuito o con pacto de pagar interés (nº 5150).

5146 Comodato

Es aquel contrato por el que un sujeto -comodante- entrega a otro -comodatario- una cosa para que la use durante cierto tiempo y se la devuelva. Es un contrato real, unilateral, gratuito y temporal. Se distinguen los siguientes elementos:

1. **Sujetos:** Comodante, es el que cede el uso de la cosa. Precisa la capacidad general para contratar y tener un derecho sobre la cosa que le permita ceder su uso. Comodatario: es el que recibe la cosa, y deberá devolverla. Se le exige la capacidad general para contratar.
2. **Objeto:** según el Código ha de tratarse de una cosa no fungible, aunque, en realidad, se quiere decir no consumible, pues el comodatario ha de devolver la misma. Puede ser tanto mueble como inmueble.
3. **Forma:** rige el principio de libertad de forma.

5147 4. **Contenido:** se distinguen los siguientes derechos y obligaciones según el sujeto:

a) Para el **comodatario:**

- Conservación de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia. Está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada; responde de los deterioros causados por su culpa y de su pérdida.
- Tiene derecho a usar la cosa según lo pactado o según la costumbre. No tiene derecho a los frutos salvo que se pacte expresamente.
- Devolución: debe devolver la cosa en el momento de extinguirse el contrato.

b) Para el **comodante:**

- El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada u otro derecho que tuviera sobre ella.
- Los gastos necesarios para la conservación de la cosa durante la vigencia del contrato los debe abonar el comodante siempre que el comodatario los ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo casos de urgencia.
- Responderá de los vicios conocidos y no comunicados al comodatario y responderá frente a éste de los daños causados que por esta causa hubiese sufrido.

5. **Extinción:** Además de por las causas generales de extinción de todo contrato, por llegar al plazo pactado o al uso para el que se prestó la cosa. No se extingue por la muerte de uno u otro de los contratantes, salvo que se haya celebrado *intuitu personae*.

5149 Precario

Es la posesión de una cosa, que se ha entregado sin pactar la duración ni el uso a que ha de destinarse, ni éste resulta de la costumbre. Se trata así de un **comodato sin duración** prevista que se extingue a voluntad del comodante.

5150 Mutuo

Es aquel por el que una parte, mutuante o prestamista, entrega a la otra, mutuuario o prestatario, una cosa fungible con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Puede pactarse además, la obligación de pagar interés. Es un contrato, por regla general, real, unilateral -sólo tiene obligaciones el mutuuario o prestatario-, gratuito -si se pacta obligación de pago de intereses es oneroso-, temporal y traslativo de dominio. Se distinguen los siguientes **elementos**:

a) **Sujetos**: El mutuante o prestamista es el que transmite la cosa fungible a la otra parte. Se precisa, por tanto, la capacidad general para contratar y el poder de disposición sobre la cosa. El mutuuario recibe la cosa en propiedad y devolverá otro tanto de la misma especie y calidad. Le basta la capacidad general para contratar.

b) **Objeto**: La cosa objeto del mutuo es siempre una cosa fungible, cosa sustituible. El prestatario no tiene que devolver la misma cosa que recibió sino otro tanto de la misma especie y calidad.

c) **Forma**: Rige el principio de libertad de forma.

d) **Contenido**:

- Para el **prestatario**: adquiere la propiedad de la cosa prestada y devolverá otro tanto de la misma especie y calidad en el momento correspondiente a la extinción del préstamo. Puede además tener la obligación de pagar interés.

- Para el **prestamista**: como contrato fundamentalmente unilateral no tiene obligación alguna.

e) **Extinción**: Además de por las causas generales de extinción de los contratos, normalmente se extingue por finalización de su plazo de duración, ya sea el pactado o el fijado por los tribunales en defecto de pacto.

J. Depósito

(CC art.1758)

5152 Es aquel contrato por el que una parte, depositante, entrega a la otra, depositario, una **cosa mueble**, que se obliga a custodiar y a restituir cuando le sea reclamada. Se trata de un **contrato de custodia**, en el que la obligación de custodiar una cosa se convierte en su esencia.

Como **características**, se trata de un contrato real, normalmente gratuito y unilateral, en cuanto que solo nacen obligaciones para el depositario. Si se pacta retribución será bilateral.

5153 Clases

Puede ser:

1. **Judicial o extrajudicial**: el extrajudicial puede ser necesario o voluntario.

2. **Civil o mercantil**: la normativa a aplicar será diferente en cada uno de estos casos. Será mercantil aquel en el que al menos una de las partes sea comerciante, las cosas depositadas sean objetos de comercio o constituya una operación mercantil.

5154 Depósito voluntario

Es extrajudicial, también se llama ordinario, y es aquel que se hace por la voluntad del depositante. Se distinguen los siguientes elementos:

a) **Sujetos**: el depositante que entrega la cosa y el depositario que la recibe y se obliga a custodiarla y restituirla. La capacidad es la general para contratar.

b) **Objeto**: La cosa depositada debe ser mueble. Debe estar en posesión del depositante, no siendo preciso que sea propietario de la misma, sino que basta con que sea poseedor.

c) **Forma**: libertad de forma.

d) **Obligaciones**: según el sujeto se distinguen las siguientes:

1. Obligaciones del **depositario**:

- **Custodia**: debe hacerlo con la diligencia de un buen padre de familia. No puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante. Si media tal permiso, el depósito queda desnaturalizado y se convierte en préstamo o comodato.

- **Restitución:** es la obligación de devolver la misma cosa al final de la custodia. Se produce la restitución cuando le sea pedida la cosa por el depositante, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución. Puede por propia iniciativa, y sin exigírselo el depositante, restituir la cosa si tiene justo motivo.

2. Obligaciones del **depositante:**

- **Retribución:** la regla general es que el contrato de depósito es gratuito, salvo pacto en contra. Si media tal pacto el contrato deviene oneroso y bilateral.

- **Indemnización:** el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle por todos los perjuicios que le haya supuesto el depósito. Tiene un derecho de retención como garantía del cumplimiento de esta obligación.

d) **Extinción:** Además de por las causas generales de extinción de los contratos se extingue por la exigencia de la **restitución** por el depositante o por la renuncia justificada por el depositario.

5156 Depósito irregular

Es aquel que recae sobre **cosa fungible**, en el que se transmite la propiedad de la cosa al depositario, el cual tiene la obligación de restituir no la misma cosa sino otro tanto de la misma especie y calidad. La diferencia con el mutuo es que en el depósito el depositario no puede servirse de la cosa, no puede utilizarla.

Se discute la admisión del depósito irregular, puesto que hay quienes sostienen que se trata, en todo caso, de un préstamo o comodato.

5158 Depósitos necesarios

Pueden ser:

a) **legal:** es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal. Cumple una función cautelar.

b) **miserable:** es el que tiene lugar por alguna calamidad como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras causas semejantes. El depositante no actúa con plena libertad para constituir el depósito y elegir el depositario.

c) **introducción de cosas en hospedaje:** es un depósito necesario consistente en la introducción de cosas en un alojamiento, como hotel, pensión, etc.

5160 Secuestro convencional y judicial

Es aquel contrato por el que dos o más personas que se creen con derecho a una cosa la depositan en un tercero que la restituirá en su caso a quien corresponda. Se trata de un contrato de depósito con la única especialidad que la restitución deberá hacerse al contratante que concierne.

El secuestro judicial no es un contrato. Es una **decisión judicial** por la que se ordena el depósito cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos.

K. Fianza

(CC art.1822 s.)

5162 Es el contrato por el que una parte, fiador, asume la obligación de cumplir la contraída por otro, fiado, en el caso de no hacerlo éste, frente a su acreedor.

La esencia de la fianza es, por tanto, su **función de garantía** de la obligación contraída por otro, el fiado, frente al acreedor de éste, que ve así reforzada la seguridad del cumplimiento de la obligación y protegido su crédito.

5163 Caracteres

Se distinguen los siguientes:

a) **Accesoriedad:** la fianza depende y está subordinada a una obligación principal, que es la que garantiza.

b) **Subsidiariedad:** la obligación del fiador es subsidiaria a la del deudor principal, pero en el sentido no de su existencia sino de su cumplimiento, es decir, el fiador cumplirá su obligación subsidiariamente, en el caso de que el deudor de la obligación principal la incumpla.

c) **Consensual.**

d) **Unilateral,** pues solo contrae obligaciones el fiador. Será bilateral si se pacta una contraprestación.

e) **Gratuito,** salvo que se pacte una contraprestación para el fiador, en cuyo caso será oneroso.

5165 Sujetos, objeto y forma de la fianza

El acreedor de la obligación principal y el fiador, pudiendo incluso constituir la fianza sin que intervenga el fiado o incluso aunque lo ignore o se oponga. Pueden intervenir los tres o solo fiador y deudor fiado, en cuyo caso, al no ser parte de la fianza el acreedor de la obligación principal estaríamos ante un contrato a favor de tercero.

La capacidad exigida es la general para obligarse.

El **objeto de la fianza** es la obligación principal garantizada. Debe ser una obligación válida.

Rige el principio de libertad de forma.

5167 Obligaciones de fiador

Cumplir la obligación garantizada en el caso de no hacerlo el deudor principal. Es una obligación idéntica a la del deudor. Cuando el acreedor le reclame que cumpla con la obligación garantizada porque no lo ha hecho el deudor de ésta puede oponer todas las excepciones que competan al deudor principal salvo las puramente personales. El fiador que paga la deuda se convierte en acreedor del deudor principal. Contra éste tiene una acción de reembolso.

5169 Extinción de la fianza

Por extinción de la obligación garantizada o por extinción de la fianza, con independencia de la obligación garantizada y subsistiendo ésta.

L. Transacción

(CC art.1809 s.)

5171 Es el contrato por medio del cual las partes deciden poner fin a una controversia jurídica entre ellas existentes, o un litigio ya planteado, mediante recíprocas concesiones.

Es un contrato de carácter consensual, bilateral y oneroso.

Respecto a los sujetos, basta la capacidad general para contratar; el CC art.1810, 1811 y 1812 prevé **reglas especiales de capacidad**.

En la transacción se da la libertad de forma. Y entre los **efectos** que tiene, se encuentra el de poner fin a la controversia existente entre las partes, que quedan obligadas a aceptar y cumplir el acuerdo alcanzado.

Se dan las causas generales de extinción de todos los contratos.

M. Arbitraje

(L 60/2003)

5173 Es el contrato por el que las partes pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición.

Entre las clases del arbitraje, se hallan:

- de **equidad**, cuando la discusión se resuelva atendiendo al propio entender y saber de los árbitros, y
- de **derecho**, cuando se resuelva en base al derecho positivo.

En el **convenio arbitral** las partes expresan su voluntad de someterse a la decisión del árbitro.

Los sujetos del arbitraje son las personas físicas o jurídicas que deciden someter su controversia al arbitraje. Además de la capacidad general para contratar, deben tener la **libre disposición** sobre las materias sometidas a los árbitros.

Puede tratarse de un conflicto ya existente o futuro, en cuyo caso ha de ser determinable sin necesidad de un nuevo convenio.

El procedimiento para la **designación de los árbitros** corresponde a las partes de común acuerdo bajo el respeto al principio de igualdad. La Ley prevé reglas supletorias para los casos en los que no sea posible el acuerdo.

El **laudo** es la resolución o respuesta que el árbitro o árbitros acuerdan para decidir el litigio que se les ha sometido a decisión. Debe dar respuesta a todos los aspectos discutidos. Contra él se podrá ejercitar una acción de anulación por alguna de las circunstancias contempladas en L 60/2003 art.41 .

N. Juego y Apuesta

5175 El contrato de juego puede definirse como el acuerdo de voluntades por el cual la parte que pierde en el juego se obliga a entregar dinero, una cosa o a realizar una determinada actividad a favor de la que gana.

El contrato de apuesta es el acuerdo de voluntades por el cual una de las partes se obliga a entregar a la que acierta la realización de un hecho o suceso incierto, dinero, una cosa determinada o efectuar una determinada actividad.

Son contratos consensuales, bilaterales y onerosos.

El **efecto principal** consiste en el derecho que tiene el que gana en el juego o acierta la apuesta a recibir la prestación que la otra parte se comprometió a entregar o realizar.

Ñ. Renta vitalicia

5177 Es el contrato que obliga al deudor a pagar una **pensión o rédito anual** durante la vida de una o más personas determinadas, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere con la carga de la pensión.

Es un contrato aleatorio, en el sentido de que la duración de la obligación de abonar la renta es incierta, pues depende de la **vida del pensionista**. Es, además, un contrato real, unilateral, de tracto sucesivo, oneroso y temporal.

La persona que entrega el capital y recibe la renta, se denomina **rentista**, pensionista o acreedor de la renta; y el **pagador**, que es quien recibe el capital y asume la obligación de pagar la renta. Ambos necesitan la capacidad general para contratar.

El **capital**, que debe estar formado por bienes muebles o inmuebles, y la renta, que consiste normalmente en dinero.

Tiene libertad de forma.

Al ser un **contrato unilateral** solo da lugar a obligaciones a cargo de quien recibe el capital. Su obligación principal es pagar al rentista la renta pactada.

Se extingue por las causas generales y por la **muerte de la persona** cuya vida se tuvo en consideración para fijar la duración del contrato (rentista o pagador).

O. Alimentos

5179 Es aquel contrato por el que una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.

Es aleatorio, consensual, oneroso, bilateral, de tracto sucesivo y temporal.

Como sujetos están:

- **alimentante**, que es quien se obliga a proporcionar los alimentos;
- **alimentista**, la persona física en cuyo beneficio se establece la obligación de alimentos.

La persona que entrega el capital puede ser el propio alimentista o un tercero.

Para el alimentante el objeto del contrato consiste en proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al alimentista. El **alcance** de los alimentos contractuales es más amplio que la obligación legal de alimentos del CC art.142 s . Para la otra parte del contrato el objeto es la entrega de un capital consistente en cualquier clase de bienes y derechos que sean transmisibles y tengan contenido económico que pasar a la titularidad del alimentante.

Impera la libertad de forma.

Las formas de **extinción** de esta figura, además de las generales, son:

- por muerte del alimentista,
- por resolución del contrato a instancia del alimentista,
- por confusión del obligado a prestar los alimentos con el alimentista y
- por el mutuo acuerdo de las partes.

En la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de **Galicia**, se conoce con el nombre de «vitalicio» y puede también otorgarse a favor de un tercero, debe constar en escritura pública y el cesionario podrá desistir del mismo en el plazo de seis meses.

P. Propiedad. Registro de la propiedad

5181	1. Propiedad	5182
	2. Registro de la Propiedad	5212

1. Propiedad

5182 La propiedad, a lo largo de la historia, ha servido para definir el estatuto jurídico que regula el acceso de los seres humanos a la **titularidad plena de los bienes**. En este sentido, la propiedad va mucho más allá del mundo del derecho. La propiedad fundamenta el sistema social, económico, político e, incluso, religioso, de un país. De ahí que, al intentar el ordenamiento jurídico definirla, sólo la está aprehendiendo como elemento estructural de la sociedad que la soporta. Sin duda, el régimen de la propiedad que contemple una sociedad en un momento determinado supone uno de los pilares en torno al cual se organiza.

Partiendo, por tanto, de ese protagonismo, es necesario tener presente un segundo punto de vista: la **relevancia del momento histórico** para definir el contenido del derecho de propiedad dentro de un ordenamiento jurídico. Los legisladores van a dotar de una dimensión positiva o negativa al mismo atendiendo al marco político-social en el que vaya a desenvolverse, siendo la propiedad una de las instituciones más sensibles, dada la preeminencia que tiene dentro del sistema y de la propia ideología que la envuelve.

Este enfoque todavía hemos de tenerlo más presente cuando en el tema que nos ocupa vamos a encontrarnos que conviven normas de finales del siglo XIX, el Código civil, con normas preconstitucionales, la Ley de Expropiación Forzosa (L 16-12-1954), o el resto de normas nacidas al amparo de un nuevo marco constitucional. De ahí, que el ya de por sí complejo mundo de la propiedad se va a tener que adaptar a una **realidad social** del tiempo en que ha de ser aplicada, como nos dice uno de los criterios interpretativos del CC art.3.1 , siendo más heterogénea, si cabe, que el ordinario de otras instituciones.

5184 Concepto: el art.348 del Código Civil

La propiedad es el **derecho real** más pleno que se puede tener sobre las cosas o los derechos.

Partiendo de este concepto tan simple, pero tan descriptivo sobre la propiedad, se ha de señalar que sí existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición de la **propiedad como derecho** desde 1889, y es la que encontramos en el CC art.348 que, expresamente señala:

«La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.»

Esta definición ha sido objeto de un análisis muy crítico por la doctrina y jurisprudencia, en gran medida por la obvia diferencia histórico-social en la que se creó y en la que hoy en día se tiene que aplicar. Sin duda alguna, ambos momentos son totalmente dispares y vienen regidos por principios rectores de la vida económica y social sumamente diferentes. Dos han sido, someramente, las **críticas** primordiales a este precepto que conceptualiza la propiedad:

a) recoge la idea clásica de que la propiedad es una suma de facultades, hoy totalmente superada y,

b) no hace ninguna indicación a la vertiente social de la propiedad privada.

5186 Estas opiniones tienen un claro fundamento y son desde luego ciertas. La primera de carácter técnico parece inatacable, no así la segunda. Formalmente el CC art.348 no define la propiedad con alusión a su idea social, pero la generalidad y, lo que es más importante, la elasticidad del precepto hace que pueda admitir dicha posibilidad. Con la referencia a las «limitaciones establecidas en las leyes», hace totalmente posible que mediante éstas se introduzca ese **criterio de sociabilidad**. Así lo entendió el TS desde muy pronto al interpretar el artículo, baste citar como ejemplo la TS 22-5-1914 que indica: «Si bien es esencia y atributo peculiar del dominio que aquel a quien pertenece una cosa pueda disponer de ella libremente, esta facultad no reviste caracteres absolutos y omnímodos, en razón a que toda propiedad se subordina siempre a limitaciones determinadas, ya por las leyes, ya por pactos convenidos o por costumbres establecidas y aceptadas».

A ello hay que añadir que el Código Civil se ha de reinterpretar conforme al texto constitucional con el que le toca convivir en cada momento. La **Constitución**, como norma suprema del ordenamiento de un país, prima sobre cualquier otra de rango inferior a ella, teniendo que adaptarse el ordenamiento preconstitucional a la misma con la interpretación que sea conforme a los nuevos valores y principios en ella recogidos y, de no ser esto posible, dicha norma tendrá que ser derogada por inconstitucional. Esto último no ha ocurrido con el CC art.348, siendo la referencia a las «limitaciones» lo suficientemente explícita y necesaria para que lo recogido en la Const art.33, y el resto de preceptos relativos a la propiedad incluidos en la Constitución, sea subsumible en el contenido de la propiedad y, por tanto, jerárquicamente respetuoso con el nuevo régimen en el que se ha de incardinar.

5188 Propiedad y Constitución Española. La función social

La Constitución de 1978 no define expresamente el derecho de propiedad privada como se hace en el CC, pero sí la reconoce junto con la **herencia** en Const art.33, que declara:

«1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

La doctrina y la jurisprudencia del **Tribunal Constitucional** entienden que sí es posible hablar de un concepto de propiedad privada constitucional, atendiendo no sólo Const art.33, sino al resto de disposiciones relativas al sistema económico y político elegido por la Constitución: Const. art.38, 40.1,45.2,46,128.1,129.2 y 130.1. Sin olvidar el condicionante que, para el régimen de la propiedad, se deriva del sistema tributario elegido por la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha hecho referencia a este derecho en numerosas ocasiones. Donde se recogen los puntos cardinales, que han sido reiterados por todas las posteriores sentencias que han tratado este tema, fue en la TCo 37/1987, emitida en Pleno, relativa al recurso de inconstitucionalidad planteado frente a diversos artículos de la Ley de Reforma Agraria de Andalucía (L 8/1994). Aquí interesa ver cómo compartimenta el contenido del derecho de propiedad privada que nos ofrece nuestro Tribunal Constitucional: «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir». (TCo 37/1987, fundamento jurídico 2).

Por tanto, acoge el concepto de **propiedad privada** como situación jurídica, como conjunto de derechos y deberes, si bien predominando los primeros sobre los segundos, ya que si no, se desfiguraría de tal manera el derecho de propiedad privada que no sería tal. El TCo 37/1987 establece su concepto atendiendo a su contenido, y a la diversidad de preceptos que se encargan de matizarlo.

5190 Entonces, ¿qué modelo de propiedad privada recoge nuestra Constitución de 1978? Las **características primordiales** del modelo de derecho de propiedad contemplado en la Constitución son:

1. Reconocimiento de la propiedad privada como derecho. Luego esa tiene que ser la nota dominante en su contenido.

2. Si bien es un derecho, la **función social** inherente al mismo «delimitará su contenido». En este mismo derecho conviven facultades y obligaciones atendiendo a la realidad social en la que nos desenvolvemos y al Estado social en que vivimos, al que responde nuestro ordenamiento jurídico.

3. Las leyes, debido a la función social de este derecho que impregna a determinados bienes, delimitarán el **contenido de la propiedad**.

4. La propiedad privada, al igual que todos los derechos recogidos en el Capítulo segundo del Título I, tiene un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador bajo sanción de inconstitucionalidad. Sin este contenido esencial no sería posible su identificación como tal y su diferenciación con otros **tipos de derechos**.

5. La privación de bienes y derechos que pertenezcan a alguien sólo puede realizarse si concurre: causa justificada de **utilidad pública o interés social**, y siempre mediante la correspondiente indemnización y de conformidad a las leyes.

6. El derecho de propiedad privada está incluido en Const Título I Capítulo II, 2ª, «De los derechos y deberes de los ciudadanos», derivándose de ello la importante consecuencia de que su régimen de tutela es el recogido en Const art.53.1. Es decir, que el derecho de propiedad privada y la herencia «vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en Const art.161.1.a), recurso de inconstitucionalidad», y,

7. El derecho a la propiedad privada debe de interpretarse conforme a los demás preceptos constitucionales relacionados con él (Const art.128.1,130.1, 39, 40.1, 47 ...).

5192 Contenido esencial y función social de la propiedad

Como se ve la propiedad derivada de la Constitución es una **propiedad funcionalizada**, acogiendo en su seno los deberes derivados de la implicación de la propiedad dentro de una sociedad. Pero, ¿en qué consiste el contenido esencial?, ¿hasta dónde pueden llegar esos deberes u obligaciones y a partir de qué punto ya no estaremos en presencia de la propiedad privada sino de otro derecho real limitado?

El contenido esencial de los derechos, cuyo precedente lo encontramos en la Ley Fundamental de Bonn art.19.2, ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional desde muy temprano. Así, encontramos en el TCo 11/1981, Fundamento Jurídico 8, una relevante referencia al contenido del mismo: «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas **facultades o posibilidades de actuación** necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello **referido al momento histórico** de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante **tradición** ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la **necesaria protección**.

5194 Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un **derecho subjetivo** no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar, los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.»

Pero, fijado lo que es el contenido esencial, nos falta responder a la pregunta fundamental de qué constituye el contenido esencial de la propiedad privada. A mi juicio, el contenido esencial lo constituyen las **facultades de uso, disfrute, enajenación y defensa**, pudiendo, en último caso el propietario, transformar las facultades sobre las que recae este derecho en su equivalente económico. Si se suprime totalmente una de ellas el derecho de propiedad estará desnaturalizado y, por tanto, dicha injerencia será inconstitucional por vulneración del Cont art.53.1. Las limitaciones, obedeciendo a la función social de este derecho, podrán ser parciales pero de ninguna manera absolutas.

5196 Propiedad y propiedades

La existencia de varios regímenes jurídicos reguladores de la propiedad es hoy innegable. La diversificación puede deberse a varios motivos:

- **subjetivo**: ya esté la propiedad en manos públicas o privadas y,

- **objetivo**: dependiendo del tipo de bienes en los que se proyecta; o por su finalidad o afección a la prestación de determinados servicios.

Independientemente del régimen público o privado para diferenciar la propiedad, que aquí no interesa, dentro de la propiedad privada se ha venido considerando desde hace tiempo que ésta no obedece a un tipo unitario sino que se diversifica conforme a su regulación.

Sin duda alguna ha sido la función social la causa principal de esta pluralidad de estatutos. La función social se presenta como la protección del **principio de solidaridad** a la hora de vivir en sociedad. Interés social que se muestra predominante en unos determinados tipos de bienes, no en todos, de ahí que la función social sea el motivo de la diferente regulación legal. Es el objeto lo que hace diferenciar al legislador. No es lo mismo ser propietario de un bien inmueble que de un mueble, de un Velázquez que de un bolígrafo, de una empresa que de una banqueta.

Según seamos propietarios de un determinado tipo de bienes u otros así será el régimen jurídico que se nos aplique. La razón, es clara, no todos los bienes tienen la misma **importancia social**, dependerá de su valor económico, cultural, energético, ambiental, su escasez, etc. A ello hay que unirle el **momento histórico** en el que se va a aplicar, ya que en cada situación histórica la sociedad tiene unos valores que propugna como superiores o dignos de mayor protección. Es el momento histórico el que determina la existencia de la función social de determinados bienes.

5198 La existencia de «propiedades» no es algo nuevo en los ordenamientos jurídicos, lo que sí que ha separado el **tratamiento jurídico en unas épocas** respecto a otras y porqué es en el siglo XX cuando se tildan muchos fenómenos de «propiedades», es por el increíble acrecentamiento de legislación especial para regular la propiedad privada en atención al tipo de bienes sobre los que se proyecta. La existencia de una legislación fuera de los Códigos conlleva el distanciamiento con el modelo recogido con carácter, más o menos, unitario, y, además, una limitación a la libertad de los propietarios, lo cual repelía al pensamiento liberal-burgués. La normativa especial tiene como consecuencia la **diversificación de regímenes** y el establecimiento de trabas a los titulares de derechos. No existe una ley «extra

muros» que trate de ampliar las facultades del propietario, entre otras cosas porque a tenor del CC art.348 no puede haber otro régimen más amplio que ese y porque nuestro legislador tiende a concebir únicamente la ley como elemento limitador en este campo (tanto en el CC art.348 como en la Const art.33.2).

Como corolario a lo expresado y, en esa línea, creo necesario añadir la opinión del Tribunal Constitucional: «La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como **derecho individual**, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el CC art.348 . Por el contrario, la progresiva incorporación de **finalidades sociales** relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad pueda recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la **flexibilidad o plasticidad actual del dominio**, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (TCo 37/1987, Fundamento jurídico 2).

5200 De todo ello, se han de señalar aunque sea sólo a modo de ejemplo más representativo que, en nuestro derecho, nos encontramos con las siguientes **propiedades privadas especiales**:

Propiedad inmobiliaria	RDLeg 2/2008	Texto refundido de la Ley de suelo.	26-6-08
Propiedad de montes	L 43/2003	Montes.	22-11-03
Propiedad industrial	L 11/1986 (1)	Patentes.	26-3-86
	L 24/2015 (2)	Patentes.	25-7-2015
	L 17/2001	Marcas.	08-12-01
Propiedad intelectual	RDLeg 1/1996	Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.	22-4-96
Propiedad horizontal	L 49/1960	Propiedad horizontal.	23-7-60
Propiedad de animales peligrosos	L 50/1999	Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos.	24-12-99
Propiedad histórica-cultural	L 16/1985	Patrimonio Histórico Español.	29-6-85

(1) Vigente hasta 1-4-2017.

(2) Vigente a partir del 2-4-2017.

5202 Caracteres

Visto lo anterior, se ha de señalar que la propiedad presenta unos caracteres más o menos unívocos en cualesquiera de sus manifestaciones que la caracterizan frente al resto de derechos reales. Son los siguientes:

a) **Plenitud**: en origen el propietario, como se viene señalando, es el titular de todas las facultades que le puede irrogar el ordenamiento jurídico a un ciudadano sobre un bien. Si la propiedad es el derecho más pleno, el resto de derechos reales son limitados ya que, por definición, no puede predicarse de ellos que tengan todas las facultades.

b) **Elasticidad**: como ha sido señalado por el TCo, el derecho de propiedad puede revestir distintos contenidos atendiendo al bien sobre el que recaiga, sin por ello dejar de ser propiedad. Pero también, puede perder temporalmente facultades a favor de otros sujetos y recuperarlas cuando las mismas dejan de tener efecto sobre ellos, retornando a quien ostente el derecho de propiedad. Esta *vis atractiva* de facultades perdidas, no es característica de ningún otro derecho real.

c) **Exclusividad**: el titular de este derecho está amparado por el ordenamiento jurídico como sujeto que puede impedir cualquier obstáculo en su goce respecto de cualquiera, aunque de ello no se derive que otros sujetos puedan ejercer algún derecho sobre la cosa.

d) **Perpetuidad**: la propiedad no está sujeta a limitaciones temporales como ocurre con el resto de derechos reales, salvo en lo que se refiera a limitaciones que por la función social se imponen a determinadas facultades de los propietarios de una cosa o derecho (p.e. las facultades patrimoniales en los derechos de autor).

La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes **se adquieren** y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. No siempre resulta necesaria la entrega directa, sino que también cabe la *traditio ficta*, como p.e. la simbólica (mediante la entrega, por ejemplo, de las llaves del inmueble), la *constitutum possessorium* (transformación o cambio de un título de dominio por un título precario, es decir, cuando el dueño de una cosa deja de serlo y se contiene en tenedor por título que no lleva tradición) y la *brevi manu* (ficción según la cual el mero tenedor de una

cosa adquiere mediante el dominio de la misma, presumiéndose la entrega por el solo hecho de la aceptación de la voluntad del adquirente). Pueden también adquirirse por medio de la prescripción (CC art.609).

5204 Defensa de la propiedad

Como se ha señalado al ver el contenido de la propiedad, una de las facultades que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad es la facultad de defender este derecho frente a las **inmisiones ilegales** de terceros. La defensa de la propiedad, al ser el derecho real más pleno que se puede tener sobre una cosa, se compone no sólo de las acciones específicas que la ley le otorga al titular por el hecho de serlo, sino por el conjunto de acciones que presentan cada una de las facultades que integran el dominio. Es decir, es una suma de medidas de defensa, si bien aquí, sólo nos vamos a referir por su especialidad a los **medios de defensa** más característicos de este derecho real. Entre esos medios exclusivos se han de citar:

- acción reivindicatoria (nº 5206);
- acción declarativa del dominio (nº 5208);
- acción negatoria (nº 5210).

5206 Acción reivindicatoria

Es, sin duda, uno de los elementos identificadores de la propiedad. Aparece recogida, como se vio, en CC art.348 si bien, ha sido la jurisprudencia quien ha tenido que matizar su contenido, requisitos e incluso su concepto. Tal parquedad del legislador no sólo afecta a la acción reivindicatoria, sino a la falta de regulación positiva de la mayor parte de **acciones del dominio**, como ocurre con la declarativa o la negatoria. De ahí que como se ha destacado, TS 3-6-64, el CC art.348 «incluye en su ámbito todas aquellas que protegen el derecho de propiedad, y que en un principio no tienen una concreción legal específica».

Puede definirse como el derecho del propietario no poseedor de exigir la **restitución de su bien**, concreto y determinado, contra quien lo posee indebidamente. O como ha señalado la ya clásica TS 1-3-54, «aquella acción de que dispone el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario para obtener la restitución de la cosa». Por tanto, la finalidad de esta acción es la recuperación de un determinado bien por su propietario. Bien que está en posesión de un tercero y que no tiene derecho a poseerlo frente al propietario. Es decir, el poseedor retiene indebidamente frente al propietario que lo reclama. Por ello se puede concluir que la acción reivindicatoria es una acción de carácter real, por cuanto se puede interponer frente a cualquier sujeto que perturbe el derecho del propietario; restitutoria, pues tal es su finalidad primordial y, de condena, ya que si triunfa el demandante se impone la realización al demandado de los actos conducentes a la restitución del bien.

Son **requisitos para su ejercicio** con éxito:

1. **Acreditación** por parte del demandante de su **condición de dueño**.
2. **Identificación del bien** objeto de la acción, que coincida con el que el demandante es titular.
3. **Posesión indebida** de la misma por el demandado.

5208 Acción declarativa del dominio

Se puede definir como aquella que tiene por finalidad la constatación o declaración de que el derecho propiedad sobre un bien pertenece a un determinado sujeto, frente a quien discute tal derecho o se lo atribuye, sin que el demandante tenga aspiraciones de restitución de dicho bien. Como **requisitos** la jurisprudencia ha destacado los siguientes:

1. El demandante ha de acreditar ser **titular del derecho** de propiedad sobre el bien.
2. La **identidad de la cosa**.
3. No es necesaria la **posesión del demandado**. A diferencia de la reivindicatoria el tema de la posesión inmediata o actual aquí es irrelevante. Sólo se discute la propiedad. La posesión puede tenerla el demandante, el demandado o un tercero, es igual. El triunfo de la acción no va a alterar el estado posesorio que va a seguir perteneciendo a quien lo ostentaba con anterioridad a la acción. La acción declarativa no es restitutoria, y ahí radica su principal diferencia con la reivindicatoria.
4. Necesidad de **protección jurídica** por parte del propietario. El actor debe temer por su seguridad, que el peligro temido sea de tal naturaleza que para evitarlo sea precisamente la declaración judicial la única medida adecuada posible, y que vaya dirigida contra su persona de un «modo serio, formal, deliberado y solemne» (TS 3-12-77).

5210 Acción negatoria

Aquella que autoriza al propietario de un bien para defender la libertad de su dominio y que se declare la inexistencia de limitaciones o cargas sobre él que son las que alega como suyas el demandado. Sus requisitos son: el demandante ha de probar que él es propietario del bien en cuestión y que la perturbación es ilegítima, ya sea presente o previsible.

5212 «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los **actos y contratos** relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.» (CC art.605). A continuación, señala sus efectos respecto de los derechos en él inscritos: «Los **títulos de dominio**, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.» (CC art.606) y «El Registro de la Propiedad será **público** para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos.» (CC art.607).

Por tanto, de tales preceptos no puede derivarse un concepto unitario sobre el Registro de la Propiedad sino, al menos, dos acepciones: la primera, la que se refiere al Registro de la Propiedad como **instrumento jurídico** destinado a dotar de seguridad el tráfico de los derechos sobre bienes inmuebles en nuestro país, y, otra segunda, que definiría al Registro como el **conjunto de libros formalmente organizados** en los que se extienden los actos relativos a la vida jurídica de los inmuebles y a los que tienen acceso los ciudadanos.

En esta segunda acepción, el Registro de la Propiedad está adscrito al Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Estando un Registrador al frente de cada uno que, en principio, coincidirán con cada partido judicial. Los Registradores son funcionarios, si bien, no cobran vía Presupuestos Generales sino que perciben sus honorarios a través de un arancel.

La **regulación jurídica** del mismo se encuentra principalmente en CC art.605 a 608 , el Decreto por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (D 8-2-1946) y el Decreto por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (D 14-2-1947).

5214 Principios hipotecarios

Con tal denominación se designan los principios jurídicos positivos en los que se inspira el Registro de la Propiedad y que caracterizan un **sistema registral** frente al resto. En España se pueden resumir en los siguientes:

1. Principio de **inscripción registral**: todo nace con la inscripción del inmueble en el Registro. El acceso de la finca al Registro y los posteriores avatares jurídicos de la misma surgen con la inscripción de la misma.

2. Principio de **exactitud registral**: dentro del mismo se incluyen el principio de legitimación, contemplado en la LH art.38 que determina: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos»; y el principio de fe pública registral consagrado en la LH art.34 : «El **tercero que de buena fe** adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los **adquirentes a título gratuito** no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.»

3. Principio de **especialidad**: tendente a que los datos que aparezcan en el Registro respecto a las fincas y los derechos sean diáfanos e indubitados (p.ej. LH art.119).

5216 4. Principio de **legalidad o calificación**: recogido en la LH art.18 : «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.»

5. Principio de **rogación**: la actividad registral debe iniciarse por aquel al que el ordenamiento le reconozca como parte interesada en el proceso de inscripción, nunca de oficio por parte del Registrador (LH art.6).

6. Principio de **tracto sucesivo**: LH art.20 , «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada»

7. Principio de **prioridad**: *prior in tempore potior in iure*, el primero en el tiempo tiene mejor derecho. Es decir, que el título más antiguo tiene prioridad sobre el más moderno en caso de conflicto (LH art.17, 24 y 25).

5218 Actos y derechos inscribibles

Básicamente aparecen recogidos en los artículos primero y segundo de la Ley Hipotecaria. Visto con anterioridad al art.1, el segundo declara: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos o declarativos del **dominio** de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de **usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres** y otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declare la **incapacidad legal** para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

Quinto. Los contratos de **arrendamiento de bienes inmuebles**, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.»

5220 Asientos del Registro

El Reglamento Hipotecario determina que «En los libros de los Registros de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o inscripciones: Asientos de presentación, inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales.» (RH art.41).

La inscripción es un asiento principal, definitivo y positivo, es decir, en él se manifiesta la constitución, transmisión o modificación de un derecho real sobre un inmueble. El contenido de la **inscripción extensa** lo recoge de una manera muy detallada el LH art.9 .

La **anotación preventiva** es un asiento de carácter temporal, eventual y dependiente. Consistente en un trámite del procedimiento registral que depende de otro asiento, ya sea de cancelación o de inscripción. Su artículo de referencia es el LH art.42 , que recoge la enumeración básica de posibles anotaciones preventivas.

La **cancelación**, por su parte, es un asiento accesorio, definitivo y negativo, ya que producen como efecto la extinción de la inscripción de la cual dependen (LH art.76).

Por último, la **nota marginal** es un asiento accesorio, definitivo y positivo y que, como su adjetivo calificativo indica, se extiende al margen de otros asientos.

Q. Derechos Reales y garantías

5222	1. Contenido de los derechos reales	5223
	2. Derechos reales en cosa ajena o limitativos del dominio	5233
	3. Derechos reales limitados de garantía	5256
	4. Derechos reales limitados de adquisición y sobre bienes incorporeales	5282
	5. Otros derechos de naturaleza real discutida	5284

1. Contenido de los derechos reales

5223 Se trata de derechos subjetivos que atribuyen a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa imponiendo a todos un deber de respeto y abstención.

Sus caracteres son:

a) La **inmediatividad** (poder directo e inmediato sobre la cosa que tiene el titular de un derecho real); y

b) La **absolutividad** (eficacia erga omnes del derecho real); que incluye dos facultades:

- **reipersecutoriedad** (persecución de la cosa cualquiera que sea quien la tenga) y

- **exclusividad** (posibilidad de adopción de medidas para evitar intromisiones o perturbaciones de terceros).

5225 Diferencias con los derechos de obligación

Estas son:

1. **Sujeto pasivo:** en el derecho real, la generalidad de las personas a las que se impone el deber general de respeto y abstención, y en el derecho de obligación, la persona o personas determinadas o determinables que ocupan la posición deudora a quien el acreedor puede exigirles la prestación.
 2. **Objeto:** en el derecho real, las cosas corporales o incorporeales, y en el derecho de obligación, la prestación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa (CC art.1088).
 3. **Eficacia:** la del derecho real es *erga omnes*, y es *inter partes* en el derecho de obligación.
 4. **Compatibilidad con otros:** el derecho real es «**derecho de exclusión**», salvo los casos de cotitularidad o que no puedan coexistir entre ellos (por ejemplo, dos propiedades sobre el mismo bien) o deben establecerse reglas para determinar su preferencia o rango (por ejemplo dos hipotecas sobre el mismo bien). El derecho de obligación es «**derecho de unión**»: no existen preferencias entre los derechos de crédito, salvo en cuanto al orden para satisfacer los mismos a cargo del patrimonio de un mismo deudor cuando este resulte insuficiente.
 5. **Principio rector:** en el derecho de obligación es el de autonomía de la voluntad (CC art.1255); en cambio, el derecho real se rige por el principio de orden público.
- El principio de libertad de forma del CC art.1278 quiebra en materia de derechos reales, ya que con frecuencia se exigirá para su constitución documento público ad probationem (CC art.1280) o incluso *ad solemnitatem* (hipoteca, superficie).
6. **Contrato:** es fuente del derecho de obligación (CC art.1089); pero necesita la tradición para constituir derechos reales (CC art.609), según la teoría del título y el modo.
 7. **Prescripción:** la del derecho real puede ser adquisitiva y extintiva, y en el derecho de crédito solo esta última, al no ser susceptibles de usucapión, cumpliendo los plazos y requisitos establecidos legalmente (CC art.1940 a 1960).
 8. **Duración:** el derecho real tienen vocación de **permanencia** (no necesariamente perpetuidad). El derecho de obligación tiene naturaleza **transitoria**, se extingue con el cumplimiento de la prestación.
 9. Los derechos reales se adquieren por **usucapión**, mientras que los de crédito no. No todos los derechos reales se pueden adquirir así, solo los derechos reales poseíbles.

5227 10. **Inscripción registral:** en principio reservada a los derechos reales, siendo el Registro de la Propiedad ajeno a los derechos de obligación.

Sin embargo, existen derechos reales **no susceptibles de inscripción:**

- a) Los **derechos reales sobre bienes muebles:** el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Debe tenerse en cuenta la existencia del Registro de Bienes Muebles, al que acceden, por ejemplo, los vehículos a motor o la maquinaria industrial, resultando a veces más práctico diferenciar entre bienes registrables y no registrables (LH art.1).
- b) La **posesión:** los títulos referentes al mero y simple hecho de poseer no son inscribibles (LH art.5).
- c) Aquellos que por tener su **origen directamente en la Ley** no necesitan de publicidad registral para ser eficaces frente a terceros, como la servidumbre natural de aguas (CC art.552) o los retractos legales (LH art.37.3).
- d) Las **servidumbres aparentes**, que nacen de hechos que deben ser captados necesariamente por los sentidos. El TS admite su oponibilidad a terceros pese a no figurar inscritas.

También existen **derechos personales inscribibles:**

- Los **arrendamientos** de bienes inmuebles y los subarrendos, subrogaciones y cesiones de los mismos (LH art.2.5).
- El **derecho de opción** (RH art.14).

5229 Clases

Por lo que respecta al debate sobre si los derechos reales son **numerus clausus o apertus**, la DGRN ha venido admitiendo el *numerus apertus* en varias resoluciones sobre la inscripción de figuras diversas:

- la **multipropiedad** (Resol 4-3-93),
- el **tanteo convencional** (Resol 20-9-66),
- el **leasing inmobiliario** (como derecho real autónomo y no simple conjunción de arrendamiento y opción de compra, Resol 26-10-98)
- o **modalidades atípicas de servidumbre** (como el derecho a instalar carteles en terraza ajena).

Si bien reconoce que la creación de derechos reales atípicos debe considerarse siempre excepcional, sometida a estrictos límites y requisitos (causa justificada para su creación, evitación de vinculaciones perpetuas de los bienes, perfil claro de su contenido y ejercicio y no se trata de garantías reales; aunque, por ejemplo, la Resol DGRN 8-6-11 defendió el *numerus apertus* para justificar la admisibilidad de la controvertida hipoteca en mano común). Nuestro Código Civil no dice nada al respecto, siendo el criterio mayoritario el de *numerus apertus*.

5231 Los derechos reales se reparten en **dos grupos**:

1. Los de **protección provisional**: en este primer grupo nos encontramos con la **posesión** (CC art.430 a 466): apariencia de poder sobre las cosas del mundo exterior con independencia de la existencia o no de una titularidad jurídico-real, provisionalmente protegida por el Derecho en tanto no se pruebe su falta de adecuación a la realidad jurídica. Es un derecho real, pues goza de inmediatividad (CC art.430 : tenencia de una cosa o disfrute de un derecho) y de absolutividad (CC art.446 : todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión).

Dicha apariencia provisional de derecho se sitúa en el ámbito de los derechos de cosas (propiedad, usufructo, uso, habitación, ciertas servidumbres, censo enfiteútico, superficie, prenda, anticresis), y de algunas relaciones obligatorias (arrendamiento, transporte, comodato, depósito) que recaen sobre el mundo exterior y permiten un ejercicio de hecho **con cierta estabilidad o duración** semejante al de los derechos reales.

2. Los de **protección definitiva**: en este segundo grupo, encontramos la **propiedad** y los derechos reales **en cosa ajena o limitativos del dominio** (nº 5233).

La **propiedad** se define como el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (CC art.348).

2. Derechos reales en cosa ajena o limitativos del dominio

5233	Usufructo	5234
	Uso y habitación	5240
	Servidumbre	5244
	Censos	5250
	Derecho de superficie	5252
	Derechos de sobreelevación y subedificación	5253
	Derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles	5254

5234 **Usufructo** (CC art.467)

Da derecho a disfrutar los **bienes ajenos** con obligación de conservar su forma y sustancia salvo que la Ley o el título de su constitución autoricen otra cosa.

Puede recaer sobre bienes **muebles e inmuebles** y derechos no personalísimos e intransmisibles. Es un derecho real limitado sometido a **límites temporales**: normalmente es vitalicio cuando el usufructuario es persona física y, cuando es jurídica, el CC art.515 impone un límite temporal de 30 años. Y es transmisible.

Se diferencia el **fideicomiso de residuo** del usufructo con facultad de disposición en que:

1. El **usufructuario** no deja de serlo, y el usufructo es un ius in re aliena. Además el instituido en usufructo aunque sea universal se reputa legatario. El usufructo es un derecho limitado por naturaleza al que se le ponen ampliaciones que no corresponden a su naturaleza. Además, no hay llamamiento sucesivo, sino que se distribuyen de manera inmediata las facultades integrantes del derecho.

2. El **fiduciario** es propietario y es heredero. Parte de una plenitud de facultades dominicales a las cuales se ponen limitaciones, que en este caso es lo excepcional (TS 9-2-98, EDJ 339).

5236 **Derechos del nudo propietario**

Estos **son**:

- enajenar los bienes, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario (CC art.489);
- hipotecarlos (LH art.107.2);
- hacer obras, mejoras y plantaciones (CC art.503);
- imponer servidumbres sobre la finca (CC art.595);

- inspeccionar la actuación del usufructuario sin causarle molestias (CC art.520).

5238 Derechos y obligaciones del usufructuario

Entre los **derechos** se encuentran:

- usar (CC art.480, 487 y 488), y
- aprovechar la cosa y percibir sus frutos (CC art.471 a 474).

En cuanto a las **obligaciones**, se encuentran:

1. **Anteriores al disfrute de los bienes** (CC art.491): formar inventario de los bienes y prestar fianza;

2. **Durante el usufructo:**

- guardar y conservar los bienes (CC art.497),
- realizar las reparaciones ordinarias (CC art.500),
- pagar las contribuciones y cargas (CC art.504),
- comunicar al propietario actos perjudiciales por parte de terceros (CC art.511);

3. **Al terminar el usufructo** (CC art.522): entregar la cosa al propietario.

El usufructo **se extingue** por:

- muerte del usufructuario;
- expiración del plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo;
- reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona;
- renuncia del usufructuario;
- pérdida total de la cosa objeto del usufructo;
- resolución del derecho del constituyente; y
- prescripción (CC art.513).

5240 Uso y Habitación

(CC art.524)

El **uso** da derecho a percibir de los bienes ajenos los que basten para satisfacer las necesidades del usuario y su familia aunque esta aumente.

El usuario tiene derecho a los **frutos** en una medida, la suya y la de su familia, aunque esta aumente. El consumo ordinario que lleva implícito el uso de la cosa es para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá.

La **habitación** da la facultad a su titular de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. No concede a su titular un derecho a los frutos y además el uso de la casa ha de serlo como vivienda (CC art.527).

5242 Caracteres comunes al uso y la habitación

Estos son:

- Su **contenido** se regula por su título constitutivo, en su defecto por el CC art.523 y 529 y, subsidiariamente, por las disposiciones del usufructo siempre que sean aplicables (CC art.528).
- Solo pueden recaer sobre **cosas corporales** dentro del comercio de los hombres, muebles o inmuebles, que proporcionen frutos directamente consumibles.
- Son **intransmisibles e indisponibles**, no pudiendo ser objeto de arrendamiento (CC art.525).
- Se **extinguen** por las mismas causas que el usufructo y por el abuso grave de la cosa usada y de la habitación (CC art.529), pero el mal uso no provoca la extinción. Si el titular del derecho de uso no lo utiliza de forma preferente, es decir, no habita en la vivienda o no le satisface sus necesidades primarias, existe un abuso de derecho que motiva su extinción (AP Lleida 17-5-06, EDJ 301918 ; AP Barcelona 26-1-01 EDJ 6720).

5244 Servidumbre

Gravamen impuesto sobre un inmueble a favor de otro perteneciente a distinto dueño (servidumbre predial, a que se refiere el CC art.530) o a favor de una o varias personas o de una colectividad (servidumbre personal, admitida por el CC art.531).

Hay diversas **clases**:

1. **Reales o personales**: las reales se constituyen en provecho de una persona, en cuanto propietaria de una finca determinada y las personales, a favor de una o varias personas, o de una comunidad, por su propia individualidad y no por poseer un predio.

2. **Legales o voluntarias** (CC art.536): por ley o voluntad de las partes. Y entre las **servidumbres legales** se encuentra la siguiente clasificación:

a) En materia de aguas (CC art.552 a 563 ; RDL 1/2001).

b) De paso (CC art.564 a 570).

c) De medianería (CC art.571 a 579).

d) De luces y vistas (CC art.580 a 585).

e) De desagüe de edificios (CC art.586 a 588).

f) Distancias y obras intermedias (CC art.589 a 593).

3. **Aparentes o no aparentes** (CC art.532): las primeras se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su uso y aprovechamiento. Las segundas no presentan indicio alguno exterior de existencia.

4. **Continuas y discontinuas** (CC art.532): el uso de las continuas es o puede ser incesante, sin la intervención del hombre. Las discontinuas se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre.

5. **Positivas y negativas** (CC art.533): la positiva impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y la negativa prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

5246 Las servidumbres **se caracterizan** porque:

a) No se presumen, siempre deben probarse (TS 4-11-97 y 8-10-88, EDJ 7819);

b) Exige la relación entre dos predios: «dominante» y «sirviente» (CC art.530).

c) Son indivisibles.

d) Deben tener una **causa perpetua**: satisfacer un interés permanente del predio dominante y descansar en una utilidad que pueda constantemente prestar el predio sirviente.

e) Se transmiten conjuntamente con la finca a la que sirven (CC art.534).

f) No son hipotecables, salvo la servidumbre de aguas (LH art.108).

El **dueño del predio dominante** puede (CC art.542 a 545):

- exigir la constitución de servidumbres pagando su precio;

- exigir su inscripción en el Registro (LH art.1.1);

- usar la servidumbre de la manera necesaria para satisfacer el interés amparado;

- usar todos los derechos accesorios.

5248 **Adquisición, modificación y extinción**

Las servidumbres **se adquieren** por:

- disposición de la ley;

- título y prescripción (CC art.537 a 540);

- signo aparente o destino del padre de familia (CC art.541).

En **Cataluña** el propietario o propietaria de más de una finca puede constituir entre estas las servidumbres que considere convenientes. Mientras que la falta de uso durante diez años contados desde el momento en que consta el desuso o el acto obstativo, excepto en caso de la servidumbre sobre finca propia (CCC libro quinto).

La **modificación** de las servidumbres se lleva a cabo:

- por convenio de los interesados (CC art.551 y 594);

- modificación voluntaria del dueño del predio sirviente del lugar y forma de uso de la servidumbre para evitar un sacrificio excesivo o innecesario al dueño del predio sirviente (CC art.545);

- modificación externa del predio dominante o sirviente (CC art.546.3);

- prescripción (CC art.547).

Pueden **extinguirse** en los siguientes casos (CC art.546):

- por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente;
- el no uso durante 20 años,
- cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse la servidumbre;
- llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional;
- la renuncia del dueño del predio dominante;
- la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

5250 Censos

(CC art.1623 y 1634)

Suponen la sujeción de bienes inmuebles al pago de un **canon** o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes. Producen acción real sobre la finca gravada.

Sus **caracteres** son:

- a) Se constituye sobre predios, al igual que las servidumbres.
- b) Pago del canon o renta que grava un inmueble.
- c) De tiempo indefinido.
- d) Redimible.
- e) Transmisible tanto las fincas gravadas como el derecho a percibir la pensión (CC art.1617).
- f) Indivisible salvo pacto en contrario (CC art.1618).
- g) Prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos (CC art.1620).

El Código Civil distingue dos tipos de censo:

- **consignativo**: se define como aquel por el que el censatario impone sobre el inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista (titular del derecho real de censo) por el capital que de este recibe en dinero (CC art.1606).

- **reservativo**: se define como aquel por el que una persona (propietario) cede a otra (censatario titular del derecho real de censo) el pleno dominio del inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que debe pagar el censatario (CC art.1607).

5252 Derecho de superficie

Atribuye a su titular el derecho a construir o plantar **sobre suelo ajeno**, pudiendo disfrutar de la construcción o plantación por un tiempo, a cambio del pago de una renta. No regulado por el CC, pero recogido en el RH art.16 y 30 (el TS 24-2-00, EDJ 2580 declaró nulo su párrafo 2º) con una más amplia regulación en urbanismo. La LH art.107 lo declara hipotecable.

5253 Derechos de sobreelevación y subedificación

Son derechos de superficie que permiten a su titular elevar plantas **sobre un edificio** o realizar construcciones **bajo su subsuelo**, adquiriendo su propiedad.

La criticada TS 10-5-99, EDJ 6844 mantiene que, una vez constituido el régimen de propiedad horizontal, el promotor no puede reservarse el derecho de sobreelevación al recaer sobre las cubiertas del edificio, elementos comunes y, como tales, pertenecientes a todos los propietarios del inmueble.

5254 Derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles

(RDL 8/2012)

Atribuye a su titular la facultad de disfrute exclusivo, durante un **período específico** de cada año, consecutivo o alterno, de un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o elemento común del edificio en el que se integra y esté dotado permanentemente con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios.

3. Derechos reales limitados de garantía

5256 Prenda

5259

Hipoteca	5263
Anticresis	5278
Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento	5280

5257 El principio de responsabilidad patrimonial universal del CC art.1911 no supone garantía bastante para el acreedor. Otros instrumentos garantizan el pago del crédito: las garantías **personales** (fianzas, avales) **y reales**. Las reales se regulan en el CC Libro IV, Título XV y en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16-12-1954.

Se trata de derechos accesorios de **realización de valor** que facultan al acreedor a realizar bienes del deudor, quedando afectos al pago, y a cobrarse la deuda con cargo a dichos bienes, con preferencia frente a otros deudores.

5259 Prenda
(CC art.1863)

Recae sobre **bienes muebles** e implica desplazamiento posesorio. En caso de derechos no instrumentalizados no resulta posible la traslación posesoria, sustituyéndose por una notificación (TS 3-2-09, EDJ 13333).

Tiene los siguientes **caracteres**:

1. Sujeta un bien ajeno al pago del crédito.
2. Derecho accesorio: su nacimiento y extinción depende del derecho de crédito que garantiza.
3. Conlleva desplazamiento de la posesión del bien del deudor al acreedor: de este modo se garantiza respecto de terceros la publicidad de la vinculación del bien al pago de la deuda.
4. Derecho de realización de valor: en caso de impago de la deuda el acreedor puede solicitar la ejecución del bien y cobrarse la deuda con cargo al mismo de forma preferente: es el *ius prelationis* (CC art.1922.2 y 1926.1).

El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder ante notario a la **enajenación de la prenda**, que se realizará en subasta pública y con citación del deudor y dueño de la cosa dada en prenda, en su caso: es el *ius distrahendi* (CC art.1872).

Respecto a sus **elementos**, se pueden diferenciar entre:

1. **Personales**: el acreedor pignoraticio, titular del derecho real de prenda y el deudor pignoraticio, persona obligada al pago de la obligación. El CC permite que terceros extraños a la obligación principal puedan asegurarla pignorando o hipotecando sus propios bienes. Los requisitos de capacidad son los generales previstos en la ley, si bien, es necesario que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña y que las personas que constituyan la prenda tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.
2. **Reales**: todas las cosas muebles en el comercio susceptibles de posesión. Pueden garantizarse también toda clase de obligaciones, ya puras o sujetas a condición suspensiva o resolutoria (desde la TS 19-4-97 se admite la pignoración de créditos como garantía real).
3. **Formales**: el CC no exige forma especial para constituir el derecho de prenda, pero exige se ponga en posesión del bien al acreedor o a un tercero de común acuerdo.

Se extingue al extinguirse la obligación principal garantizada. Se presume remitida la obligación accesoria de prenda, salvo prueba en contrario, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallase en poder del deudor.

5261 Derechos y obligaciones del acreedor

Estos **son**:

1. Da derecho al acreedor a **retener la cosa** en su poder o en el de terceros a quien hubiese sido entregada, hasta que se pague el crédito. Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda (CC art.1866).
2. El acreedor debe **cuidar la cosa** dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia, con derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida o deterioro (CC art.1867).
3. Si produce **intereses** compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital (CC art.1868).
4. Mientras no se le expropie de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella (CC art.1869). El acreedor podrá ejercitar las **acciones** que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero.

5. En caso de impago de la obligación garantizada el acreedor podrá **vender el bien pignorado**, conforme a la LEC o un proceso extrajudicial. Si la prenda consistiere en valores cotizables se venderán en la forma prevenida por el CCom.
6. El acreedor tiene derecho de **cobro preferente** (CC art.1922.2 y 1926.1).
7. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas (CC art.1870) y deberá cuidarlas con la **diligencia de un buen padre de familia**, respondiendo de los daños y perjuicios excepto en caso fortuito o fuerza mayor.
8. No puede el deudor pedir la **restitución de la prenda** contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso (CC art.1871).

5263 Hipoteca

Sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (CC art.1876 ; LH art.104).

En cuanto a sus características, son las siguientes:

1. Derecho **real** al sujetar bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación.
2. Derecho de **realización de valor**, aunque los bienes hayan pasado a terceros (CC art.1858 ; LH art.129).
3. Accesorio, ya que nace y depende de una **obligación de crédito** previa.
4. Al igual que la prenda es **indivisible**, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor (CC art.1860 ; LH art.122). No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo. Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito. El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extingan la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.
5. Derecho de **constitución registral**, ya que su nacimiento se condiciona a la inscripción en el Registro de la Propiedad (CC art.1875 ; LH art.145 y 149).
6. Recae sobre **bienes inmuebles** ajenos, enajenables y determinados (CC art.1874 ; LH art.106 a 108).
7. No implica **desposesión**, pues la publicidad se logra por la inscripción registral.
8. Los créditos hipotecarios gozan de **preferencia** (CC art.1923.3 y 1927.2).
9. Es un derecho **transmisible** e hipotecable.

La hipoteca exige escritura pública e inscripción en el Registro (LH art.145).

5265 Clases

Las hipotecas pueden ser:

1. **Voluntarias o legales**: las voluntarias tienen su origen en un acuerdo de voluntades, las legales en la ley. Tienen derecho a exigir hipoteca legal (LH art.168):
 - a) Las **mujeres casadas** sobre los bienes de sus maridos:
 - Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de notario.
 - Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado a sus maridos.
 - Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la Ley.
 - Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad.
 - b) Los **reservatarios** sobre los bienes de los reservistas en los casos señalados en el CC (CC art.811, 968 y 980) y en cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales.
 - c) Los **hijos sometidos a la patria potestad** por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres.
 - d) Los **menores o incapacitados** sobre los bienes de sus tutores, por los que estos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten, en lugar de la fianza hipotecaria, otra garantía establecida y autorizada por el CC.

e) El **Estado, las provincias y los pueblos**, sobre los bienes de los que contraten con ellos o administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeron estos, de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos.

f) El **Estado** sobre los bienes de los contribuyentes en los casos establecidos en la LH.

g) Los **aseguradores** sobre los bienes de los asegurados, también en los casos establecidos en la LH.

5267 2. **Ordinarias y de seguridad**: las ordinarias garantizan una obligación existente y cuyas características están determinadas en la inscripción registral. La de seguridad garantiza una obligación de cuantía dudosa.

3. **Comunes o preferentes**: en las comunes el orden de ejecución se determina conforme a la fecha del asiento registral. Las preferentes tienen una prelación privilegiada por disposición de la ley.

5268 Elementos

La hipoteca tiene elementos:

1. **Personales**: el acreedor y el deudor hipotecarios, este último dueño de la finca hipotecada (deudor de la obligación garantizada o no). El deudor hipotecario ha de ser dueño de la cosa y mayor de edad.

2. **Reales**: en general son hipotecables los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos (LH art.106).

Resultan **hipotecables** (LH art.107):

1. El derecho de **usufructo**: extinguiéndose la hipoteca cuando concluya el usufructo por hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

2. La **mera propiedad**: si el usufructo se consolida con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, salvo pacto en contrario.

3. Los **bienes anteriormente hipotecados**, aunque exista pacto de no volverlos a hipotecar.

4. El derecho **de hipoteca voluntaria**, quedando pendiente la que se constituya sobre él de la resolución del mismo derecho.

5. Los derechos de **superficie, pastos, aguas, leñas y otros** semejantes de naturaleza real.

6. Las concesiones administrativas de **minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público**, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

5270 7. Los bienes **vendidos con pacto de retro o a carta de gracia**, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.

8. El derecho **de retracto convencional**, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho y anticipando la cantidad que pare ello fuere necesaria.

9. Los **bienes litigiosos**, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, quedando la hipoteca pendiente de la resolución del pleito.

10. Los bienes **sujetos a condiciones resolutorias expresas**, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.

11. Los pisos o locales de un **edificio en régimen de propiedad horizontal**.

12. El **derecho del rematante sobre inmuebles subastados en un procedimiento judicial**. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

No son hipotecables (LH art.108):

1. Las **servidumbres**, a menos que se hipotequen junto con el predio dominante, excepción hecha de la de aguas.

2. Los **usufructos legales**, salvo el concedido al cónyuge viudo por el CC.

3. El **uso y la habitación**.

5272 Extensión

Respecto a la **obligación garantizada**, la hipoteca se extiende a todo el principal. En cuanto a los **intereses**, y en defecto de pacto, asegurará, en perjuicio de tercero, los de las dos últimas anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente. No puede pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Respecto del inmueble, la hipoteca se extiende (aparte del propio inmueble) a las **acciones** naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (TS 27-6-07, EDJ 80178 : a todos los bienes muebles que sean pertenencias de la cosa principal durante la vida de la hipoteca).

Salvo pacto o disposición legal, la hipoteca, no comprende los **objetos muebles** que se hallen colocados permanentemente en la **finca hipotecada**, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Si la finca hipotecada pasa a un **tercer poseedor** no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otras se hayan costado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo.

5274 Contenido

No priva de la propiedad al **dueño del inmueble**, el cual podrá usarla, transmitirla o gravarla nuevamente.

En caso de **venta de un inmueble hipotecado**: si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará tanto en las responsabilidades derivadas de la hipoteca como en la obligación personal garantizada, queda el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.

Si no se ha pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador ha descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará **subrogado** este en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.

En caso de **impago del crédito**, el acreedor hipotecario podrá acudir a dos acciones para exigir el pago: la personal y la hipotecaria. Podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, no alcanzando a los demás bienes del patrimonio del deudor (LH art.140).

Cuando la hipoteca **afecte a dos o más fincas** y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, el acreedor puede repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en la LH art.121 .

La **acción hipotecaria** podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados según LEC Libro III Título IV, con las especialidades de su capítulo V. En la escritura de constitución de la hipoteca puede pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado (CC art.1858) para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario con las formalidades establecidas en el RH (la TS 29-12-05 declara su legalidad).

5276 Extinción

La hipoteca se extingue, entre otras, por las siguientes **causas**:

- renuncia;
- acuerdo extintivo entre las partes;
- pérdida de la finca o extinción del derecho real;
- confusión o reunión en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor hipotecario;
- expiración del término o condición resolutoria;
- prescripción: 20 años (CC art.1964 y LH art.128);
- caducidad de la inscripción o cancelación del asiento registral.

5278 Anticresis

Autoriza a su titular para **percibir los frutos** de un bien inmueble del deudor, con el fin determinado de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieran, y después cuando no fueran debidos, a la satisfacción del capital de su crédito (CC art.1881).

Como **caracteres**, son los siguientes:

1. La finca puede pasar a poder del acreedor o de un tercero, quedando obligados a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca y a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación, deduciéndose de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto.
2. Si la finca se traslada del patrimonio del deudor se puede retener la cosa hasta el completo pago del crédito.
3. El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido, por lo que cualquier pacto en contrario devendrá nulo (por todas, TS 20-12-07, EDJ 251602). Y el acreedor en este caso puede pedir, siguiendo la LEC, el pago de la deuda o la venta del inmueble.
4. Se trata de un derecho accesorio (TS 10-5-89).

5280 Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento

(L 16-12-1954)

Son derechos reales de garantía sobre **bienes muebles**, pero que a diferencia de la prenda ordinaria no implican desplazamiento posesorio, lo que suplen a través de su publicidad registral.

Como **caracteres**, son los siguientes:

1. Solo pueden constituirse sobre los bienes enumerados en la ley.
2. Los bienes objetos de garantía han de ser enajenables y solo puede hipotecarse o pignorar la plena propiedad de los mismos, no cuotas indivisas ni derechos de usufructo sobre las mismas (L 16-12-1954 art.1.2).
3. El precio de los bienes hipotecados o pignorados ha de estar totalmente satisfecho.
4. Deben constituirse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de la posesión (Resol DGRN 12-5-08).
5. La inscripción tiene carácter constitutivo (para la Resol DGRN 18-3-08 es un elemento solo de eficacia en el caso de la prenda).
6. El Registro especial de gravámenes (L 16-12-1954 art.67 a 80) depende del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cargo de los Registradores de la Propiedad.
7. Los bienes gravados no pueden enajenarse sin el consentimiento del acreedor (L 16-12-1954 art.4).
8. El acreedor hipotecario o pignoraticio (L 16-12-1954 art.10) tiene para el cobro de sus créditos el mismo derecho de preferencia que el acreedor prendario.
9. Las acciones derivadas de estas garantías prescriben a los tres años (art.11). La Ley de 1954 regula dos procedimientos especiales:
 - judicial sumario (L 16-12-1954 art.92 y 93), y
 - extrajudicial ante notario (L 16-12-1954 art.94 y 95).

4. Derechos reales limitados de adquisición y sobre bienes incorporales

5282 El **retracto legal** (CC art.1521) es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.

El **tanteo legal** (mencionado en el CC en sede de censos: 1636 y 1656 y regulado en leyes especiales como la LAR o la LAU), es el derecho a adquirir una cosa en las mismas condiciones en las que su titular pretende enajenarla a un tercero.

Según el Código del **Derecho Foral de Aragón**, si concurren dos o más titulares en el ejercicio del derecho de abolorio, tendrá preferencia el descendiente más próximo en grado al enajenante.

El **derecho a retraer en la venta con pacto de retro** (CC art.1507 s.) es el derecho que se reserva el vendedor a recuperar la cosa vendida reembolsando el precio y determinados gastos. El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, salvo lo dispuesto en la LH respecto de terceros (CC art.1510).

Los derechos reales **sobre bienes incorporales** es una posibilidad que no ha sido siempre admitida en la doctrina, pero hoy existe cierta unanimidad en considerar derechos reales los derivados de:

- la **propiedad intelectual** y

- la **propiedad industrial**.

5. Otros derechos de naturaleza real discutida

5284 El **derecho de arrendamiento** o el de **opción**, que la mayoría de la doctrina considera derechos personales sin perjuicio de que en ocasiones puedan gozar de oponibilidad frente a terceros (por la legislación especial o por su inscripción registral).

El contrato de **opción** (promesa de venta) es aquel en el que una persona se compromete, dentro del plazo, a vender una cosa a favor de un tercero.

El **derecho de retención** que concede el CC a ciertos sujetos (CC art.453 , al poseedor; CC art.522 , al usufructuario; CC art.1600 , al que ejecuta una obra en cosa mueble; CC art.1730 , al mandatario; CC art.1780 , al depositario; CC art.1866 , al acreedor pignoraticio). Se considera una facultad más del derecho del que deriva, participando de la naturaleza real o personal de tal derecho.

R. Matrimonio

5285	1. Sistema matrimonial Español	5286
	2. Formas de celebración del matrimonio	5291
	3. Efectos personales del matrimonio	5296
	4. Nulidad, separación y disolución del matrimonio	5297
	5. Régimen económico del matrimonio. Cuestiones generales	5309
	6. Régimen de gananciales	5314
	7. Régimen de separación de bienes	5327
	8. Régimen de participación	5328

1. Sistema matrimonial Español

5286 El matrimonio es la **unión legal** entre dos personas del mismo o distinto sexo, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida (CC art.44).

Es un **negocio jurídico bilateral**, en cuanto acuerdo de voluntades de los contrayentes dirigidas a unirse en matrimonio. No obstante, sus consecuencias vienen establecidas de modo inderogable por el Ordenamiento Jurídico, y la autonomía de la voluntad de los contrayentes queda muy reducida.

El sistema matrimonial español es facultativo de libre elección de tipo anglosajón: Existe un único matrimonio civil que puede celebrarse en distintas formas: civil o religiosa.

Precisiones

La L 4/2017, modificó la LJV disp.final.21.3 en lo relativo a la **entrada en vigor** de la modificación de los artículos del CC que menciona (49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 62, 65 y 73), supeditándola a la fecha de la completa entrada en vigor de la L 20/2011 , del Registro Civil. Esta entrada en vigor, sucesivamente prorrogada y prevista últimamente para junio de 2018, ha sido nuevamente aplazada, hasta junio de 2020, por la L 5/2018 .

5287 Esponsales

Promesa del futuro matrimonio hecha y aceptada recíprocamente entre dos personas. No produce obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento (CC art.42). No obstante, el **incumplimiento** de la promesa cierta de matrimonio producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en relación al matrimonio cuando se rechace sin justa causa y la promesa haya sido hecha por un mayor de edad o por un menor emancipado (CC art.43.1).

5288 Uniones de hecho

Unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente o del mismo sexo en una relación de afectividad **análoga** a la del matrimonio.

En el **ámbito estatal**, a diferencia de lo que sucede en las Comunidades Autónomas, no hay legislación general sobre las uniones de hecho.

5289 Requisitos para celebrar el matrimonio

Son los siguientes:

1. Edad: no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (CC art.46.1). Por tanto, pueden contraer matrimonio: los mayores de edad y los menores emancipados por concesión de los padres o del juez, así como el mayor de 16 años que con consentimiento de los padres haga vida independiente (CC art.314 y 319). Se ha suprimido la posibilidad de que pudieran contraer matrimonio los menores de edad no emancipados que habiendo cumplido 14 años, hubieran obtenido dispensa del impedimento de edad (L 2/2015).

2. Libertad de estado: no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial (CC art.46.2).

3. Sanidad de juicio: el matrimonio requiere consentimiento matrimonial que no podrá prestarse por la persona que carece de entendimiento y voluntad. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento (CC art.56).

4. Parentesco: no pueden contraer matrimonio:

- los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción;
- los colaterales por consanguinidad (o adopción) hasta el tercer grado (CC art.47.1 y 2).

5. Muerte dolosa: no pueden contraer matrimonio los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (CC art.47.3).

En consecuencia, existen **impedimentos matrimoniales** que no permiten contraer matrimonio con cualquier otra persona (de edad, de vínculo) e impedimentos que no permiten contraer matrimonio entre sí a las personas afectadas (parentesco y muerte dolorosa). Son dispensables los impedimentos de muerte dolosa y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes (CC art.48).

5290 6. Consentimiento: supone la aptitud de querer y entender en el momento de otorgarlo, y saber que es el matrimonio. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (CC art.45.1). Será nulo, cualquiera que sea su forma de celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (CC art.73). El consentimiento debe prestarse por cada uno de los interesados, pero es posible el matrimonio mediante **apoderado** en los términos del CC art.55 .

En la prestación del consentimiento no debe concurrir error en la **identidad de la persona del otro contrayente**, o en aquellas cualidades que, por su entidad, hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial, ni coacción o miedo grave. En otro caso, el matrimonio será nulo (CC art.73. 4 y 5).

El consentimiento matrimonial ha de ser puro, si bien las **determinaciones accesorias** de la voluntad (condición, término o modo) se tendrán por no puestas (CC art.45.2).

Tanto el matrimonio simulado, aquel en el que el consentimiento se emite en forma legal por ambos contrayentes, pero sin una voluntad efectiva de contraer matrimonio, como el matrimonio con reserva mental de un cónyuge, aunque el otro lo desconozca, determinan la **nulidad** del matrimonio. Mientras no se pruebe lo contrario, se presume la correspondencia entre declaración y voluntad.

7. El expediente prematrimonial: la celebración del matrimonio civil requiere la tramitación de un expediente matrimonial previo en el que se acredite que concurren los requisitos legales necesarios. En determinados supuestos podrá exigirse dictamen médico sobre la aptitud de los contrayentes para prestar consentimiento (CC art.56).

No requieren expediente previo a su celebración los matrimonios **en peligro de muerte** (CC art.52). En el **matrimonio secreto** el expediente se tramitará reservadamente (CC art.54).

8. Matrimonio canónico o celebrado en otra forma religiosa: debe cumplir los requisitos exigidos para la validez del matrimonio civil. Por lo que se refiere al expediente prematrimonial, deben tenerse en cuenta el CC art.60, 63 y 65 .

2. Formas de celebración del matrimonio

5291 Cualquier español podrá contraer matrimonio fuera o dentro de **España**:

- a) Matrimonio civil en forma civil (nº 5292);
- b) En la **forma religiosa** legalmente prevista (nº 5293).

También puede contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del **lugar de celebración** (CC art.49). Si ambos contrayentes son extranjeros podrán casarse en España con arreglo a las formas prescritas para los españoles o en la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos (CC art.50).

5292 Matrimonio en forma civil

(CC art.51)

Son **competentes** para celebrar el matrimonio:

1º El Juez Encargado del Registro Civil y los Jueces de Paz por delegación de aquél.

2º El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

3º El Letrado de la Administración de Justicia o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

4º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (CC art.51.3 e Instrucción DGRN 3-8-15).

El matrimonio civil se debe celebrar ante dos testigos mayores de edad (CC art.57).

El matrimonio es válido a pesar de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del juez de paz, alcalde, concejal, letrado de la Administración de justicia, notario o funcionario autorizante si estos ejercieran sus funciones públicamente y al menos uno de los contrayentes hubiera procedido de **buena fe** (CC art.53).

5293 Matrimonio en forma religiosa

(CC art.59 y 60)

Tras la reforma operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el CC art.60 ha queda redactado en los siguientes términos (LJV):

«1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los **acuerdos de cooperación** entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles.

2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.

En este supuesto, el reconocimiento de **efectos civiles** requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.
- b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento.

3. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente.»

5294 Formas especiales

Estas conforman el:

- matrimonio **en peligro de muerte**. Esta dispensado de la previa formación de expediente y se aplican criterios especiales en cuanto a la persona aurtorizante y los testigos (CC art.52);

- matrimonio **mediante apoderado** (CC art.55);

- matrimonio **secreto**: la dispensa de la forma ordinaria se refiere a los requisitos de publicidad (CC art.54 y 64).

5295 Inscripción del matrimonio en el Registro civil

La celebración del matrimonio se hará constar en acta, si se celebra por el Encargado del Registro Civil, **Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Letrado de la Administración de Justicia**, o escritura pública, si lo celebra el Notario, con sus firmas y la de los **contrayentes y testigos**. Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo (LJV disp.trans.4º.2).

En cuanto a la inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa ha de tenerse en cuenta el CC art.63 . Los CC art.64 y 65 contienen reglas especiales.

En cuanto a los **efectos** de la inscripción, esta no tiene eficacia constitutiva, pero es necesaria para el reconocimiento de los efectos civiles. Entre los cónyuges, los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales, se dan y son oponibles entre ellos, esté o no inscrito, pero, el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceros (efectos económicos).

En caso de **matrimonio secreto**, hasta que no esté inscrito en el Registro civil ordinario, no perjudicará los derechos adquiridos por terceros de buena fe (CC art.64).

3. Efectos personales del matrimonio

5296 El matrimonio origina una serie de **deberes recíprocos** entre los cónyuges que son los siguientes: deber de respeto y ayuda mutua, de actuación en interés de la familia, de convivencia, de fidelidad, de compartir responsabilidades domésticas y de cuidar y atender a los ascendientes y a otras personas a su cargo (CC art.66 a 68).

Se trata de deberes incoercibles, pero que pueden generar **consecuencias**, tanto **civiles** como **penales**, en caso de incumplimiento.

Además, los cónyuges han de fijar de común acuerdo el **domicilio conyugal**. En su defecto, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia (CC art.70).

4. Nulidad, separación y disolución del matrimonio

5297	Nulidad	5298
	Separación	5303
	Disolución	5306
	Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio	5307

5298 Nulidad

Se produce en virtud de **causas coetáneas** a la celebración del matrimonio. La nulidad opera *ex tunc*, salvo para el contrayente de buena fe y para los hijos.

El Código Civil determina que es nulo cualquiera que sea su forma de celebración (CC art.73):

a) El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

b) El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren CC art.46 y 47 , salvo los casos de dispensa conforme al CC art.48 . Esta causa supone la existencia de impedimentos indispensables o no dispensados.

c) El matrimonio que se contraiga sin la intervención de las personas ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos. Ahora bien el matrimonio será válido, a pesar de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del autorizante si al menos uno de los contrayentes hubiera procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones públicamente (CC art.53 y 78).

d) El matrimonio celebrado por **error en la identidad** de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que por su entidad hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento.

e) El matrimonio contraído por **coacción** o **miedo grave**.

5299 1. La **acción de nulidad** corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, y no está sujeta, en principio, a plazo de ejercicio (CC art.74).

Por excepción, si la causa de nulidad es la falta de edad, mientras el contrayente sea menor, la acción solo pueden ejercitarla sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Una vez que alcance la **mayoría de edad**, solo podrá ejercitar la acción el cónyuge que se casó siendo menor en el plazo de un año a contar desde su mayoría de edad (CC art.75).

En los casos de **vicio del consentimiento**, la acción solo puede ejercitarla el cónyuge que hubiera sufrido el vicio durante el plazo de un año desde la cesación del error o desaparición de la causa del miedo.

2. **Efectos de la declaración de nulidad**: en cuanto a los cónyuges, quedan en libertad de estado y, en cuanto a los hijos, la afirmación del CC art.92.1 de que no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, es inútil porque esos deberes son consecuencia de la filiación y no del matrimonio.

Como consecuencias patrimoniales, la **sentencia firme**, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto (CC art.95.1). Si la sentencia declara la

mala fe de uno solo de los cónyuges, el de buena fe «podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas a régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte (CC art.95.2).

Otra consecuencia patrimonial es el derecho a una **indemnización** que adquiere el cónyuge de buena fe si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el CC art.97 (CC art.98).

5300 Convalidación del matrimonio nulo

Son convalidables **los siguientes matrimonios**:

1. El contraído por personas en quienes hubiera concurrido el impedimento de **edad**, si hubieran vivido juntas durante un año después de alcanzada la mayoría de edad (CC art.75.2).
2. El contraído por **error, coacción o miedo grave**, si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desaparecidas esas circunstancias (CC art.76.2).
3. El contraído con **impedimento dispensable** (el de parentesco del tercer grado colateral y muerte dolosa del cónyuge anterior o persona con la que hubiera estado unida por relación análoga de afectividad) se convalida por la obtención de la dispensa después de la celebración (CC art.48).

5301 Matrimonio putativo

La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los **hijos** y del contrayente o contrayentes de buena fe (CC art.79). La **buena fe** se presume, presunción «iuris tantum» que admite prueba en contrario, y ha de referirse al momento de celebración del matrimonio. A través del matrimonio putativo se protegen los efectos del matrimonio nulo producidos desde su celebración hasta la declaración de nulidad, pero no hay efectos posteriores a la sentencia.

5302 Nulidad del matrimonio canónico decretada por tribunales eclesiásticos y su eficacia en el orden civil

Los casados canónicamente pueden solicitar la nulidad ante los tribunales civiles o ante los tribunales eclesiásticos que decidirán si el matrimonio es nulo o no conforme al **Derecho canónico** y, posteriormente, conforme al CC art.80 cualquiera de las partes podrá solicitar la eficacia civil de la Resolución eclesiástica. La LEC art.954 a que se refiere este precepto ha sido derogado por la L 29/2015, sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

Precisiones

Sobre la cuestión deben tenerse en cuenta la L 29/2015 art.41 s. y, en especial, su artículo 46.

5303 Separación

Subsiste el vínculo conyugal, pero se produce una suspensión en la vida en común de los casados. La separación puede ser:

1. De hecho.

2. Legal; en este caso:

a) Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

- a petición de **ambos cónyuges** o de **uno con el consentimiento del otro**, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al CC art.90 .

- a petición de **uno solo de los cónyuges**, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación (CC art.81).

b) Conforme al CC art.82 :

«1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos

o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el secretario judicial o notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el secretario judicial o notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores».

5304 Acción de separación y efectos

La acción tiene carácter **personalísimo**. La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la **firmeza de la sentencia o decreto** que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública (CC art.82).

Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al **Registro Civil** para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe (CC art.83).

Se disuelve la **sociedad de gananciales** o el régimen de participación (CC art.1392 y 1415).

El cónyuge separado pierde sus derechos sucesorios en la **herencia** del otro (CC art.834 y 945).

Permite la revocación de las **donaciones** por razón del matrimonio (CC art.1343).

5305 Reconciliación

Supone la reanudación de la **convivencia conyugal** por parte de los cónyuges separados, con ánimo de que cese la situación jurídica de separación y sus efectos. Puede tener lugar durante la tramitación del procedimiento o una vez dictada la sentencia de separación y debe ponerse en conocimiento del juez que conozca, o haya conocido del proceso. No obstante, mediante resolución judicial serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiere tenido lugar **sin intervención judicial**, en la forma prevista en CC art.82 , la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el **Registro Civil** correspondiente (CC art.84).

5306 Disolución

Se produce en virtud de causas **sobrevenidas e independientes** de la celebración del matrimonio, y da lugar a la desaparición del vínculo «ex nunc». Tiene lugar, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio (CC art.85): por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, y por el divorcio.

1. El **divorcio** se decretará judicialmente, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el CC art.81 (CC art.86).

Los cónyuges también podrán acordar su divorcio **de mutuo acuerdo** mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en la forma y con el contenido regulado en CC art.82 , debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio (CC art.87).

La **acción de divorcio** puede ser ejercitada por los dos cónyuges. Tiene carácter **personalísimo**. Se extingue por muerte o declaración e fallecimiento de uno de los cónyuges y por la reconciliación posterior a la interposición de la demanda y anterior a la sentencia de divorcio, que deberá ser expresa (CC art.88.1).

Los **efectos** de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la **firmeza de la sentencia o decreto** que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en CC art.87 . No perjudicará a **terceros de buena fe** sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil (CC art.89).

2. **Disolución por Decisión Pontificia sobre matrimonio canónico rato y no consumado**: debe tenerse en cuenta el CC art.80 . El CC art.954 a que se refiere este precepto ha sido derogado por la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil (L 29/2015). Sobre la cuestión deben tenerse en cuenta el CC art.41 s. de esta Ley y, en especial, el art.46.

5307 Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio

Se exponen los siguientes:

1. **Efectos y medidas provisionalísimas:** se solicitan antes de la presentación de la demanda y son las contenidas en CC art.102 y 103 . Solo subsistirán si en el plazo de 30 días, a contar desde que fueron adoptadas, se presenta la demanda ante el juez o tribunal competente (CC art.104).

2. **Efectos y medidas provisionales:** presentada y admitida la demanda se producen por ministerio de la Ley los siguientes efectos:

a) Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia.

b) Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, así como la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica. A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro civil y, en su caso, en los de la propiedad y mercantil (CC art.102).

Además, el juez, en defecto de acuerdo aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estas, las medidas a que se refiere el CC art.103 relativas:

- a las **relaciones paterno-filiales;**

- a la **vivienda familiar** y al ajuar doméstico;

- a la contribución a las **cargas del matrimonio**, incluidas, si procede, las *litis expensas*, bases de actualización de cantidades y garantías para su pago;

- al **régimen económico** del matrimonio.

Estas medidas podrán ser sustituidas o confirmadas por la sentencia estimatoria.

5308 3. **Efectos y medidas definitivas:** pueden ser propuestas por los propios cónyuges en el convenio regulador que debe acompañarse en determinados supuestos, de modo que si son aprobadas se aplicarán a la nueva situación. El **contenido mínimo** del convenio regulador, así como otras circunstancias, se contemplan en el CC art.90 .

Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Cuando los cónyuges formalizasen los **acuerdos** ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Las **medidas** que el **juez adopte** en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser **modificadas** por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

En defecto de acuerdo de los cónyuges o cuando el mismo no sea aprobado, el juez en las **sentencias de separación, divorcio y nulidad** determinará las medidas que deben sustituir las ya adoptadas **respecto de los hijos:**

- ejercicio de la patria potestad, gastos de mantenimiento de los hijos, derecho de visita y comunicación, CC art.92 a 94 ;

- la vivienda y ajuar familiar (CC art.96);

- cargas del matrimonio;

- liquidación del régimen económico matrimonial (CC art.95);

- la pensión compensatoria o indemnización en caso de nulidad (CC art.97 a 101 ; el CC art.97, 99 y 100 han sido modificados por la L 2/2015), así como las garantías procedentes.

Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (CC art.91).

Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio: CC art.107 .

5309 Conjunto coherente de soluciones jurídicas dirigidas a la regulación de intereses y **cuestiones patrimoniales** que derivan del matrimonio.

5310 Sistema del Código civil

El CC sigue hoy el principio de **libertad de estipulación**. Las partes pueden pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen que tengan por conveniente, que puede ser uno de los previstos por la ley o uno atípico que constituyan (CC art.1315).

En defecto de **capitulaciones**, o si estas son ineficaces, el régimen económico será el de la sociedad de gananciales (CC art.1316). El CC establece además un sistema supletorio de segundo grado, el de separación, para el supuesto en que los cónyuges otorguen capitulaciones para excluir el régimen de gananciales, pero sin establecer ningún otro (CC art.1435.2).

Los R.E.M típicos regulados por el Código Civil son:

- régimen de gananciales (nº 5314 s.);
- régimen de separación (nº 5327 s.); y
- régimen de participación (nº 5328 s.).

Precisiones

En las **legislaciones forales**, el régimen económico matrimonial en defecto de capitulaciones matrimoniales o cuando sean ineficaces será:

Aragón: las normas del consorcio conyugal regulado en los art.210 y s (CDFA art.193).

Baleares: el régimen de separación de bienes (Comp Baleares art.3 para Mallorca, aplicable también a Menorca por remisión del Comp Baleares art.64 y 67.1 para Ibiza y Formentera);

Cataluña: el régimen económico de separación de bienes (CCC art.231-10);

Galicia: el régimen de gananciales (L 2/2006 art.171);

Navarra: el régimen de conquistas (Comp Navarra art.82);

País Vasco: las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el CC, salvo si ambos contrayentes son vecinos de Bizkaia, de Aramaio o LLodio, en cuyo caso se aplicará el régimen de comunicación de bienes. Cuando solo uno de los cónyuges tenga vecindad civil en la tierra llana de Bizkaia, en Aramaio o en Llodio, regirá, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de esta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio (L 5/2015 art.127).

5311 Régimen matrimonial primario

Disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial (CC art.1318 a 1324).

1. **Levantamiento de las cargas del matrimonio:** el CC art.1318.1º dispone que «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio». Por tales cargas debe entenderse los gastos de sostenimiento de la familia (CC art.1362). En cuanto al levantamiento de las cargas del matrimonio, el orden de aplicación de los bienes y la cuantía viene determinado por cada régimen.

2. **Litis expensas:** la cuestión se refiere a los gastos que ocasione un pleito en el que se vean envueltos los cónyuges y se contempla en el CC art.1318, 3º .

3. **Potestad doméstica:** el CC art.1319 se refiere a quién puede realizar los actos necesarios para atender las cargas del matrimonio. Este poder se llama «potestad doméstica». De las deudas contraídas en el ejercicio de esa potestad responderán solidariamente todos los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge.

4. Disposición de los **derechos sobre vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia:** para disponer de esos derechos, aunque pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso autorización judicial (CC art.1320.1).

Se protege la vivienda habitual familiar, no la usada en vacaciones, ni la que use uno de los cónyuges, así como los muebles de uso ordinario.

El **acto dispositivo** realizado en contravención del art.1320, es anulable a tenor del art.1322.1. Si el acto recayera sobre bienes gananciales y se realizará a título gratuito la sanción sería la nulidad absoluta (CC art.1322.2). No

obstante, la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al **adquirente de buena fe**.

5. Derecho del cónyuge sobreviviente al ajuar de la vivienda habitual común: el cónyuge superviviente tiene derecho a que se le entreguen las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común, sin computárselo en su haber. Se excluyen del ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor (CC art.1321). Se trata de un derecho económico matrimonial, no de un derecho hereditario.

6. Confesión sobre la titularidad de los bienes: la confesión de un cónyuge de que determinado bien es propiedad del otro vale como prueba, pero por sí sola no perjudicará a ningún acreedor ni a los legitimarios del cónyuge confesante (CC art.1324).

7. Falta de actuación conjunta de los cónyuges: los actos de administración y disposición realizados por uno solo de los cónyuges cuando fuese preciso el consentimiento de ambos, salvo confirmación expresa o tácita, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta en tales casos el consentimiento del otro cónyuge (CC art.1322).

8. Contratos entre cónyuges: los cónyuges pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial (CC art.1323).

5312 Capitulaciones matrimoniales

(CC art.1325 a 1335)

Contrato por el que se regula el régimen económico del matrimonio. Pueden otorgarse **antes o después** de la celebración del matrimonio.

En el primer caso, si este no llega a contraerse en el plazo de un año las capitulaciones quedan sin efecto.

5313 Donaciones por razón de matrimonio

Son las que cualquier persona hace **antes de celebrarse** el matrimonio, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos (CC art.1336).

Se rigen por las reglas especiales que establece el CC art.1338 a 1343 y, en su defecto, por las reglas ordinarias de la donación (CC art.1337).

La donación por razón de matrimonio produce **efectos inmediatos** y el donatario adquiere lo donado en el momento en que se produce la donación, pero esta quedará sin efecto si el matrimonio no se llega a celebrar en el plazo de caducidad de un año (CC art.1342).

6. Régimen de gananciales

(CC art.1344 a 1410)

5314 En este régimen junto a los bienes privativos de cada cónyuge, se forma una masa de bienes común a ambos cónyuges que reciben el nombre de gananciales.

En cuanto a la **naturaleza** de la sociedad de gananciales, es un tipo de comunidad germánica, propiedad colectiva o en mano común.

5315 Composición de las masas patrimoniales

1. Bienes Privativos: regla general (CC art.1346):

a) Los bienes y derechos que ya pertenecieran a los cónyuges al comenzar la sociedad de gananciales.

b) Los bienes que cada cónyuge adquiera después por título gratuito (donación, herencia o legado).

c) Los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

d) Los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. Estos bienes no pierden su carácter por el hecho de que la adquisición se realice con fondos comunes, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad.

e) Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.

f) El resarcimiento por los daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

g) Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

h) Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrantes o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

2. Bienes Gananciales: regla general (CC art.1347):

- Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Es decir, bienes procedentes de la actividad de los cónyuges.

- Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

- Los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

- Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

- Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el CC art.1354 .

5316 3. Reglas especiales sobre el carácter privativo o ganancial:

- Créditos aplazados (CC art.1348);
- Derechos de usufructo o de pensión (CC art.1349);
- Cabezas de ganado (CC art.1350);
- Ganancias procedentes del juego o de otras causas que eximan de la restitución (CC art.1351);
- Acciones y participaciones sociales (CC art.1352);
- Bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente (CC art.1353);
- Adquisiciones mixtas (CC art.1354);
- Bienes adquiridos por uno de los cónyuges constante la sociedad por precio aplazado (CC art.1356);
- Mejoras e incrementos patrimoniales (CC art.1359 y1360);
- Bienes gananciales por mutuo acuerdo (CC art.1355).

5317 Reembolsos

La obligación de reembolso se recoge con carácter general en el CC art.1358 que establece el deber de **reintegrar actualizado** el desembolso hecho por el patrimonio ganancial en uno de los privativos, o por uno de estos en el ganancial.

5318 Presunción de ganancialidad

Se presumen bienes gananciales los existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (CC art.1361).

5319 Responsabilidad de los bienes gananciales

Los bienes gananciales **responden**:

1. En todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno con el consentimiento expreso del otro (CC art.1367).

2. De las obligaciones contraídas por un cónyuge solo, sin ni siquiera el consentimiento del otro:

a) Cuando las hubiera contraído en el ejercicio de la **potestad doméstica**, o en la gestión de gananciales que por ley o capitulaciones le corresponda (CC art.1365.1 y 1319). También, en caso de separación de hecho, los bienes de la sociedad responderán de las obligaciones contraídas para atender los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad (CC art.1368).

b) De las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges cuando tuvieran su origen en el **ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio** (CC art.1365.2). Si uno de los cónyuges fuere comerciante, el Código de Comercio establece que los bienes privativos del cónyuge comerciante y los que adquiriera por el propio ejercicio del comercio, que serán gananciales, responden de las resultas del comercio, pero no el resto de los bienes gananciales, salvo que medie consentimiento de ambos cónyuges, el cual se presume otorgado cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro cónyuge (CCom art.6 s.).

c) De las obligaciones contraídas por un cónyuge en la **administración ordinaria de sus propios bienes privativos** (CC art.1365).

d) De las obligaciones extracontractuales contraídas por un cónyuge como consecuencia de una **actuación que haya beneficiado a la comunidad**, o contraídas en el ámbito de la administración de los bienes (gananciales o privativos), salvo que dichas obligaciones se deban a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (CC art.1366).

3. Los bienes gananciales responden solidariamente de las deudas de un cónyuge que sean también deudas de la sociedad (CC art.1369).

4. Deudas derivadas de la adquisición de un bien ganancial a plazos por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro (CC art.1370). La responsabilidad alcanza a la sociedad de gananciales, pero solo en el bien adquirido por precio aplazado.

De las obligaciones anteriores responden los bienes gananciales, pero solo serán de su cuenta definitiva cuando sean de su cargo. Si son de cargo de un cónyuge, este deberá **reintegrar a la sociedad** o tomar de menos en la parte que le corresponda cuando se liquide la sociedad.

5320 Cargas de la sociedad de gananciales

Hay una serie de gastos y obligaciones que, directa y definitivamente, son a cargo de la sociedad:

1. El sostenimiento de la familia en sentido amplio, así como todo gasto relativo a los bienes gananciales (CC art.1362.1 y 2).

2. Los gastos u obligaciones derivadas de la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, y de la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio (CC art.1362, 3 y 4).

3. Las donaciones hechas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte (CC art.1363).

4. Las obligaciones extracontractuales originadas en beneficio de la comunidad o por la administración de los bienes (comunes) siempre que no medie dolo o culpa grave del deudor (CC art.1366).

5. Las deudas procedentes de cualquier juego ya pagadas, siempre que sean moderadas en relación a las circunstancias económicas y sociales de la familia (CC art.1371).

Si estas obligaciones se pagan con bienes privativos de un cónyuge, tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común.

5321 Deudas propias de los cónyuges

Hay una serie de obligaciones que son de cargo y responsabilidad exclusiva de un cónyuge y, por tanto, la sociedad no va a responder ni siquiera inicialmente, **son**:

1. Obligaciones extracontractuales de un cónyuge a que se refiere el CC art.1366 , cuando se hubieren originado por dolo o culpa grave del deudor.

2. Lo perdido y no pagado por el cónyuge en juegos en que la ley concede acción para reclamarlo (CC art.1372).

3. Las deudas anteriores al matrimonio, las originadas por los bienes privativos, cuando no provengan de su administración ordinaria, cuando provengan de la explotación irregular de los negocios de un cónyuge o desempeño de su profesión u oficio (CC art.1362, 3 y 4).

Si el **patrimonio privativo** del cónyuge deudor no fuera suficiente para satisfacer esas deudas, los acreedores pueden pedir el embargo de bienes gananciales que debe ser notificado inmediatamente al otro cónyuge que podrá exigir que el embargo se concrete a la parte de que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales, en cuyo caso se disuelve la sociedad. Si la ejecución se realiza sobre **bienes comunes**, porque así lo acepta el cónyuge no deudor, se reputará que el deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquellos que en el momento de la liquidación le corresponderían (CC art.1373).

5322 Gestión de la sociedad de gananciales: Administración y disposición de los bienes gananciales

La regla general, es la necesidad de actuación conjunta de los cónyuges en la administración y disposición de los gananciales (CC art.1375):

- **Actos de disposición a título oneroso**: requieren el consentimiento de ambos cónyuges. Si el acto es de interés para la familia, cabe la autorización judicial subsidiaria o supletoria (CC art.1377). La autorización no puede ser general.

- **Actos de administración**: cuando fuere necesario el de ambos cónyuges y alguno se hallare impedido para prestarlo o se negare injustificadamente a ello, es posible la autorización judicial supletoria (CC art.1376).

Los actos a título gratuito realizados sin el consentimiento de ambos cónyuges son nulos, sin perjuicio de la posibilidad de realizar **liberalidades de uso**: limosnas, propinas (CC art.1378).

5323 Legitimación individual de los cónyuges

Como **excepción**, es posible la actuación de un cónyuge solo en los siguientes supuestos:

1. Cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto, disponer de los frutos y productos de sus bienes (CC art.1381).
2. Cada cónyuge, sin consentimiento del otro pero si con su conocimiento, puede tomar como anticipo numerario ganancial que le sea necesario de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes (CC art.1382).
3. Cada cónyuge puede realizar por sí solo válidamente actos de administración de bienes y de disposición de dinero o títulos valores que figuren a su nombre o estén en su poder (CC art. 1384). Por su parte, el CC art. 1385.1 , establece que los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos.
4. Cada cónyuge puede por sí solo disponer de bienes gananciales para atender gastos urgentes de carácter necesario, aunque sean extraordinarios, siempre que se trate de aquéllos que estén a cargo de la sociedad conyugal (CC art.1386).
5. Cualquiera de los cónyuges puede realizar por sí solo los actos necesarios para la defensa del patrimonio ganancial (CC art.1385.2).

Salvo las excepciones vistas, tratándose de acto **a título oneroso** que deba realizarse con el consentimiento de ambos cónyuges y se lleve a cabo por uno sin el consentimiento del otro, puede ser confirmado o impugnado por el cónyuge cuyo consentimiento se omitió o por sus herederos.

Si el acto lo es **a título gratuito**, la falta de consentimiento de uno de los cónyuges dará lugar a su nulidad absoluta (CC art.1322.1 y 2 y 1378, 1ª parte).

5324 Transferencia de los poderes de administración o disposición a uno solo de los cónyuges

En determinados casos, los poderes de administración y disposición se transfieren a uno de los cónyuges:

- bien por ministerio de la ley (CC art.1387),
- bien por decisión judicial (CC art.1388).

En este último caso solo se transfieren los poderes de administración.

El cónyuge en quien recaiga la administración y la disposición, o solo la administración, tendrá **plenas facultades para administrar**, si bien el juez puede establecer cautelas o limitaciones cuando lo considere de interés para la familia.

En cuanto a los **actos de disposición**, tendrá las facultades y controles que correspondan al caso que sea, pero necesitará la autorización judicial para realizar actos de disposición que recaigan sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones (CC art.1389).

5325 Actos individuales lesivos o fraudulentos

Las consecuencias de estos actos realizados por uno solo de los cónyuges, esté o no legitimado para actuar, aparecen contempladas en el CC art.1390 y 1391 .

5326 Disolución de la sociedad de gananciales y liquidación

La sociedad de gananciales concluye de pleno derecho en los casos contemplados por el CC art.1392 . Igualmente, la sociedad de gananciales concluye en virtud de decisión judicial a petición del cónyuge que proceda en los casos contemplados en el CC art.1393 .

Disuelta la sociedad se procederá a su **liquidación**. Para ello será necesario primero inventariar el activo (CC art.1397) y el pasivo (CC art.1398): a continuación se pagará este último, así como las **indemnizaciones y reintegros** que se deban a cada cónyuge (CC art.1403) y, finalmente, el saldo activo se distribuirá entre los cónyuge o ex cónyuges o sus respectivos herederos (CC art.1404).

Se conceden unas **preferencias** a los cónyuges para que se incluyan en su haber, hasta donde este alcance, determinados bienes (CC art.1406).

En caso de liquidación conjunta de varias sociedades, ha de tenerse en cuenta el CC art.1409 .

A la división y liquidación de la sociedad de gananciales se aplicarán en defecto de normas propias, con carácter supletorio, las de partición y liquidación de la herencia (CC art.1410).

7. Régimen de separación de bienes

5327 En este régimen no se forma una masa común de bienes. Rige en los casos contemplados en el CC art.1435 .

1. Propiedad de los bienes: cada cónyuge tiene la propiedad de los bienes, tanto de los que le pertenecían al contraer matrimonio, como de los que adquiera después por cualquier título y mantiene la administración goce y libre disposición de sus bienes y derechos (CC art.1437).

Se presumen pertenecientes a ambos cónyuges por mitades **en proindiviso** ordinario todos aquellos bienes y derechos cuya titularidad exclusiva no pueda demostrarse (CC art.1441). Por otra parte, si los cónyuges adquieren conjuntamente algún bien o derecho, se entiende que les pertenece, en principio, en proindiviso ordinario, por aplicación del CC art.1414 .

2. Gestión por un cónyuge de los bienes o intereses del otro: si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, aunque no tendrá que rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio (CC art.1439).

3. Contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio: los cónyuges deben contribuir a su levantamiento según lo pactado en capitulaciones matrimoniales o dispuesto judicialmente y en su defecto, la contribución de cada uno será proporcional a sus recursos económicos. El **trabajo para la casa** será computado como contribución a las cargas y, además, a la extinción del régimen de separación dará derecho a obtener una compensación que será fijada por acuerdo de los cónyuges y en su defecto por el juez (CC art.1438).

En el **Derecho civil catalán**, se contempla la compensación económica por razón de trabajo si el cónyuge que la solicita ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, y si este otro ha obtenido un incremento patrimonial superior. El mismo derecho tiene el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con retribución insuficiente (CCC 232-5).

4. Deudas de los cónyuges: las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad (CC art.14401.1).

Si se trata de obligaciones contraídas en el ejercicio de la **potestad domestica** ordinaria, la responsabilidad alcanza a ambos cónyuges, lo mismo si las contrajeron juntos que uno solo, pero en este último supuesto responde preferentemente el que las contrajo y subsidiariamente el otro. Si el que las contrajo no tiene bienes suficientes para satisfacerlas, podrán hacerse efectivas íntegramente o hasta donde sea necesario sobre los bienes del que no las contrajo (CC art.1440.2, 1438, 1319).

Declarado un cónyuge **en concurso**, se aplicarán las disposiciones de la legislación concursal (CC art.1442).

8. Régimen de participación

(CC art.1411 a 1434)

5328 Los patrimonios de los cónyuges continúan separados mientras el régimen se mantiene en vigor, pero **a su extinción** se establece una participación en las ganancias obtenidas por el consorte durante el tiempo que el régimen haya estado vigente (CC art.1411).

Respecto a la **titularidad, disfrute, disposición y administración de los bienes**, a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición de los bienes que tienen en el momento de celebrar el matrimonio y los que adquiera después por cualquier título (CC art.1412).

Si los cónyuges adquieren un bien conjuntamente les pertenece en **proindiviso ordinario** (CC art.1414). En lo no previsto por lo ley se aplican las normas del régimen de separación (CC art.1413). Por tanto, la contribución a las cargas del matrimonio, la responsabilidad por deudas, la administración de los bienes o intereses del otro se rigen por las normas del régimen de separación.

Este régimen solo rige si se pacta en **capitulaciones matrimoniales**.

La liquidación del régimen se encuentra regulado en el CC art.1417 s.

S. Filiación

5330	Efectos	5334
	Prueba	5336

Determinación legal de la filiación	5338
Acciones de filiación	5346
Acciones de impugnación	5353
Adopción	5360

5332 La filiación es la relación biológica entre padres e hijos por el hecho de la generación, si bien puede surgir, además, como consecuencia de una especial ficción legal.

«La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código» (CC art.108).

5334 Efectos
(CC art.109 a 112)

La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos **retroactivos** siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada (CC art.112).

Los efectos concretos **son**:

a) Atribución de la patria potestad (CC art.154 s.).

b) Deber de cuidar y alimentar a los hijos (CC art.110).

La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad es distinta de la obligación de alimentos que existe entre los miembros de la familia más cercanos (CC art.142 s.).

c) Transmisión de los apellidos (CC art.109).

d) Derechos sucesorios entre padres e hijos (CC art.808 a 810, 930, 931 y 935).

e) Efectos relativos al estado civil en materia de nacionalidad y vecindad (CC art.17.1 a) y 14.2).

5336 Prueba
(CC art.113 y 114)

En cuanto a su prueba, la filiación **se acredita** por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Por esta última se entiende la relación del hijo con el padre o con la madre en concepto de tal hijo, manifestada por actos reiterados en forma ininterrumpida, continuada y pública.

Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la LRC. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada **otra contradictoria**” (CC art.113).

A su vez, los asientos de filiación podrán ser **rectificados** conforme a la LRC, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación (nº 5353 s.). Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados (CC art.114).

5338 Determinación legal de la filiación

La determinación legal de la filiación puede ser de dos tipos: matrimonial y no matrimonial.

5340 Determinación de la filiación matrimonial
(CC art.115 a 119)

La filiación matrimonial, materna y paterna, queda determinada legalmente por los siguientes **medios**:

a) Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.

b) Por sentencia firme (CC art.115).

El CC acoge un **sistema de presunciones** para la determinación de la filiación matrimonial. “Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos” (CC art.118). Se contempla también el supuesto del matrimonio de los progenitores con posterioridad al nacimiento del hijo (CC art.119).

5342 Determinación de la filiación no matrimonial

(CC art.120)

La filiación no matrimonial queda determinada legalmente del siguiente **modo**:

- a) En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.
- b) Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (CC art.121 a 126).
- c) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
- d) Por sentencia firme.
- e) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC.

5344 **Determinación de la filiación en los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida**

La cuestión se encuentra regulada en la L 14/2006 art.7 a 10 .

5346 **Acciones de filiación**

Las acciones de reclamación de la filiación pueden ser de **dos tipos**: de filiación matrimonial o no matrimonial.

5348 **Reclamación de la filiación matrimonial**

(CC art.131 y 132)

Si **hay posesión de estado**, cualquier persona con interés legítimo puede ejercitar la acción salvo si la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada, pues es necesario estar legitimado para impugnar esa filiación. La acción es imprescriptible.

Si **no hay posesión de estado**, la acción corresponde al padre a la madre o al hijo. También se legitima activamente a los herederos del hijo, si este falleciese antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda. Esta acción es imprescriptible, salvo fallecimiento del hijo en el plazo de los cuatro años antes señalado, en cuyo caso sus herederos solo podrán ejercitarla por el tiempo que faltare para completar esos plazos.

5350 **Reclamación de la filiación no matrimonial**

Si **hay posesión de estado** puede ejercitarla cualquier persona con interés legítimo (CC art.131).

Si **no hay posesión de estado**, corresponde ejercitar la acción al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciera antes de transcurrir **cuatro años** desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrar la capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de **un año** contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida (CC art.133).

5352 **Reclamación de filiación que contradice otra legalmente determinada**

(CC art.134)

Si la reclamación de la filiación, matrimonial o extramatrimonial, conlleva la **impugnación de la filiación** legalmente determinada, la acción solo corresponde al hijo y al progenitor.

Ahora bien, la reclamación de una filiación que contradiga otra filiación determinada por **sentencia firme** no es posible (LEC art.764.2).

5353 **Acciones de impugnación**

Pueden darse los **siguientes supuestos**:

- impugnación de la paternidad matrimonial;
- impugnación de la maternidad;
- impugnación de la filiación no matrimonial; e
- impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento.

5354 **Impugnación de la paternidad matrimonial**

(CC art.136 y 137)

El **marido** puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el **plazo** de un año contado desde la inscripción de la paternidad en el RC. Sin embargo, el plazo no correrá mientras aquel ignore el nacimiento. Los herederos del marido también pueden interponerla si este fallece antes de transcurrir el plazo de un año y sin conocer el nacimiento, contándose el plazo desde que lo conozca el heredero.

Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el **cómputo del plazo** de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada **heredero** por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Por su parte, **el hijo** puede impugnar la paternidad durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos.

El ejercicio de la acción, en interés del **hijo que sea menor** o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la **madre** que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el **cómputo del plazo** de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponde a sus **herederos** por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Si falta en las relaciones familiares la **posesión de estado** de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

5355 Impugnación de la maternidad

(CC art.139)

La **mujer** podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo. Aunque solo se legitime a la mujer, la doctrina extiende la acción también **al hijo y al marido**. La acción es imprescriptible, y no se transmite a los herederos aunque estos podrán continuar la acción entablada por el impugnante antes de su muerte.

5356 Impugnación de la filiación no matrimonial

(CC art.140)

Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos **a quienes perjudique**.

Cuando **exista posesión de estado**, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los **hijos** tendrán en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar capacidad suficiente a tales efectos.

5357 Impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento

(CC art.138)

La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante **error, violencia o intimidación** corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquel, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

5360 Adopción

(CC art.175 a 180)

La filiación puede tener lugar también por adopción (CC art.108).

5361 Adoptante

La adopción requiere que el adoptante sea **mayor de veinticinco años**. Si los adoptantes son dos (adopción por un matrimonio o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal **CC art.175.4**), bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.

En todo caso, la **diferencia de edad** entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los supuestos previstos en el CC art.176.2 . Si los adoptantes son dos, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. En caso de adopción de grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser **tutores** (CC art.175.1).

5362 Adoptado

Solo pueden ser adoptados los **menores no emancipados**. Por **excepción**, es posible adoptar a un mayor de edad o a un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año (**CC art.175.2**).

No puede adoptarse:

1. A un descendiente.
2. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.
3. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela (CC art.175).

Nadie podrá ser adoptado por **más de una persona**, salvo la adopción por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte, previsión aplicable también a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el CC art.179 , será posible una **nueva adopción** del adoptado (CC art.175.4).

5363 Procedimiento

La adopción se constituye por **resolución judicial**, que debe tener en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (CC art.176.1).

Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que previamente hayan sido declarados idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La **declaración de idoneidad** (valoración de la capacidad de los solicitantes para adoptar) deberá ser previa a la propuesta. No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública. **No será necesaria tal propuesta** cuando en el adoptado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
2. Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
3. Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
4. Ser mayor de edad o menor emancipado (CC art.176.2).

Cuando concorra alguna de las tres primeras circunstancias citadas, la adopción podrá constituirse, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su **consentimiento** o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento (CC art.176.4).

El CC art.177 se refiere a las personas relacionadas con la adopción que: deben prestar su consentimiento para la adopción; deben asentir la adopción y deben ser oídas por el Juez.

Tras la reforma operada por la L 26/2015 , se regula, como novedad, la guarda con fines de adopción (**CC art.176 bis**).

5364 Efectos

Produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza. Extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su **familia de origen**. Por **excepción**, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

- a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

Cuando el **interés del menor** así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos (CC art.178).

La adopción **es irrevocable** (CC art.180.1). Sólo se puede extinguir en **vía judicial** cuando así lo solicite el padre o la madre que no hubieran intervenido en el procedimiento de adopción por alguna causa ajena a su voluntad, en el plazo de los dos años siguientes a la adopción. Si el adoptado fuere mayor de edad, se requiere su consentimiento para la extinción (CC art.180.2). Esta no es causa de pérdida de nacionalidad, ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales ya producidos (CC art.180.3).

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus **orígenes biológicos** (CC art.180.6).

La L 54/2007 establece las normas relativas al **Derecho internacional privado** en materia de adopción.

T. Edad

5366 La edad es el periodo de tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el momento concreto de la vida de una persona. Por su edad una persona puede ser mayor, a partir de los **18 años**, o menor.

Para el **cómputo de los años** de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento (CC art.315). Se cuenta desde las cero horas del día del nacimiento y la mayoría se alcanza a las cero horas del día en que se cumplan 18 años y no al llegar a la hora de nacimiento.

1. **Capacidad del mayor de edad:** estado civil que se caracteriza porque la persona adquiere plena capacidad de obrar. Se extingue la patria potestad o la tutela a la que estaba sometido el menor. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en caso especiales por el Código civil art.322). Así, para adoptar: CC art.175.1 .

2. **Capacidad del menor de edad:** hay que distinguir entre:

a) **Menor de edad:** es un estado civil que se caracteriza por la sumisión y dependencia de la persona a las personas que ostentan su representación legal, titulares de la Patria potestad (CC art.154 s.) o tutor (CC art.222 s.).

El menor tiene una esfera de capacidad. A partir de los **14 años** puede otorgar testamento, salvo el ológrafo (CC art.663 y 688); a partir de los **16 años** puede consentir la emancipación o habilitación de edad (CC art.317, 320 y 321). Cuando tenga suficiente juicio, puede aceptar donaciones no condicionales ni onerosas sin la intervención de su representante legal (CC art.625 y 626).

La falta de capacidad del menor de edad se suple obrando por él sus **representantes legales**, salvo si se trata de actos personalísimos en cuyo caso no los puede realizar ni el menor ni su representante legal.

5368 b) Menor emancipado: adquiere una capacidad tan extensa como el mayor, pero para ciertos actos necesita que le sea **completada**. La emancipación provoca la extinción de la patria potestad o la tutela. Tras ella, será el menor el que obre, el que celebre los actos. Cuando el emancipado necesite el complemento de capacidad para ciertos actos se lo otorgarán los anteriores titulares de la Patria potestad o un curador nombrado a tal efecto.

La emancipación puede tener lugar por concesión de los titulares de la **patria potestad** (CC art.317) o por **concesión judicial** (CC art.320). Si el menor no está bajo la patria potestad, sino bajo tutela la salida de esta concedida por el juez se llama beneficio de la mayor edad o habilitación de edad.

- **Efectos** de la emancipación: si bien la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, hay una serie de actos que no puede realizar por si solo hasta que alcance la mayoría de edad, pues necesita el complemento de su capacidad otorgado por los padres o el curador (CC art.323).

c) **Menor de vida independiente** (CC art.319): su situación se equipara a la del menor emancipado.

U. Incapacitación

5370 En la actualidad debe hablarse de modificación de la capacidad de obrar de una persona física que se declara **judicialmente**, cuando concorra alguna de las causas fijadas en la ley (CC art.199).

Las **causas** que pueden provocar esta situación son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (CC art.200).

Las **personas que pueden ver su capacidad judicialmente modificada** son los mayores de edad y los menores de edad, emancipados o no, cuando concurra en ellos causa de modificación de la capacidad y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (CC art.201).

5372 Procedimiento

Corresponde **promover** el proceso a las personas mencionadas en la LEC art.757 . El juicio será verbal (LEC art.753) .

Es siempre necesaria la intervención del **Ministerio Fiscal** (LEC art.749) y la persona afectada puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere, será defendida por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otro caso, el letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado (LEC art.758) .

El juez oír a los **parientes más próximos** de la persona afectada, la examinará por sí mismo y oír a el dictamen del facultativo, y sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrá decretar de oficio las que estime pertinentes (LEC art.759) .

5374 Efectos e inscripción

La sentencia debe determinar la **extensión y los límites** de la modificación de la capacidad (LEC art.760), así como el régimen de tutela o guarda que corresponda.

Los actos realizados por la persona cuya capacidad haya resultado modificada para los que, según la sentencia, no tenga capacidad serán **anulables** por el representante legal o curador y por el propio «incapacitado» cuando recupere la capacidad (CC art.1301) .

La sentencia no impedirá que si sobrevienen nuevas circunstancias se promueva un nuevo procedimiento para dejar sin efecto o variar la **modificación** de la capacidad establecida (LEC art.761) .

La sentencia debe inscribirse en el **Registro Civil**. La inscripción es obligatoria, pero no constitutiva. No afecta a terceros mientras no se inscriba. Cabe también su inscripción en otros Registros públicos (Registro de la Propiedad y Registro Mercantil si es comerciante).

5376 Tutela y demás instituciones tutelares

La guarda y protección de la persona y bienes de las personas con capacidad judicialmente modificada se realizará mediante:

- a) La **tutela**: el tutor es el representante legal de la persona sometida a tutela (CC art.222 a 285) .
- b) La **curatela**: el curador no representa, sino que complementa la capacidad de la persona sometida a curatela (CC art.286 a 297) .
- c) El **defensor judicial**: será nombrado cuando exista conflicto de intereses entre el tutor o curador y la persona sometida a tutela o curatela o cuando aquellos no desempeñen debidamente sus funciones (CC art.299 a 302) .

En este ámbito ha de tenerse en cuenta, también, lo relativo a la **guarda de hecho** (CC art.303 s.) .

V. Nacionalidad

(CC art.17 s.)

5377 Existen distintos **modos de adquisición** de la nacionalidad española:

a) Adquisición **originaria**: bien por aplicación del criterio *ius sanguinis* (CC art.17.1 a, b) bien en los casos en los que se intenta evitar una situación de apatridia (CC art.17.1.c) y en aquellos en los que se desconoce o la filiación o el lugar de nacimiento y el menor se encuentra en España, *ius soli* (CC art.17.1.d) .

b) Adquisición **derivada**: que comprende aquellos supuestos en los que un ciudadano, en un momento posterior al nacimiento cambia su nacionalidad. **Se clasifican** en adquisición:

- adquisición **por opción**, que supone una facultad para que, cumpliendo los requisitos establecidos, y mediante una declaración de voluntad un extranjero adquiera la nacionalidad española; y

- adquisición **por naturalización**, que a su vez se divide en dos tipos: por carta de naturaleza y por residencia (CC art.20 a 23) .

5378 Pérdida de la nacionalidad

Por lo que se refiere a la pérdida de la nacionalidad, puede producirse por adquisición voluntaria de otra nacionalidad, o de forma forzosa.

El español que haya perdido la nacionalidad, **por adquisición voluntaria de otra**, puede recuperar la española cumpliendo los requisitos del CC art.26 .

La **pérdida forzosa**, dado que el español de origen no puede ser privado de la nacionalidad española, solo se prevé para los extranjeros que la hayan adquirido y en los casos previstos en el CC art.25 .

Existen, sin embargo, algunos supuestos que sí se pueden considerar de pérdida de la nacionalidad, por lo que será preciso un **acto positivo** del español para conservarla. Estos supuestos aparecen regulados en el CC art.24.1 y 2 . No se pierde la nacionalidad española en estos casos, si España se hallare en guerra (CC art.24.2).

5379 Doble nacionalidad

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir la pérdida de la nacionalidad española de origen. Aunque se hable de doble nacionalidad ello no supone que al mismo tiempo se ostenten las dos sino que una de ellas, la del país de residencia, será la efectiva y la otra permanecerá en **estado de latencia** hasta que el ciudadano se establezca en el otro país (CC art.24.1).

W. Sucesiones

5380	1. Sucesión	5381
	2. Herencia	5383
	3. Testamento	5399
	4. Legado	5411
	5. Sustituciones	5415
	6. Legítima	5421
	7. Albacea	5437
	8. Sucesión intestada	5439
	9. Derecho de transmisión	5447
	10. Derecho de acrecer y de reversión	5449
	11. Reservas	5451
	12. Aceptación y repudiación de la herencia	5453

1. Sucesión

5381 La sucesión, en general, **se define** como la acción de colocarse una persona en el lugar que ocupa otra en una relación jurídica, que permanece inmutable en los demás elementos, de manera que la relación jurídica ha de continuar una y la misma.

La sucesión **puede ser** *inter vivos* o *mortis causa*, según subsista o no el *tradens*, si bien solo esta última podrá ser a título universal.

La **sucesión mortis causa** (CC art.659 y 661) Puede definirse como la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles que le correspondían en el momento de su muerte o en bienes y derechos determinados dejados por el difunto.

5382 Clases

Estas son:

a) **Por su origen** (CC art.658 y 912):

- **Testada**: cuando la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento.
- **Intestada**: cuando a falta de testamento se defiere por disposición de la ley (el CC la denomina sucesión legítima).
- **Mixta**: cuando se defiere en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.
- **Contractual**: la deferida por pacto o contrato. Si bien se admite en los territorios forales, nuestro CC parte de una orientación de rechazo, como se deriva del silencio del CC art.658 y, sobre todo, del CC art.1271.II .

No obstante, como **casos excepcionales** de sucesión contractual en el Código Civil tenemos:

- la promesa de mejorar o no mejorar (CC art.826),
- la mejora hecha en capitulaciones o contrato oneroso con un tercero (CC art.827) y

- la donación de bienes futuros por razón de matrimonio (CC art.1341.II).

b) **Por sus efectos** puede hablarse de:

- **sucesión universal**, que supone la sustitución en la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones.
- **sucesión particular**, que implica la sustitución en determinados bienes o derechos; al sucesor universal se le llama heredero; al particular, legatario.

2. Herencia

5383 En **sentido subjetivo** la herencia es igual a sucesión hereditaria universal (CC art.660). En **sentido objetivo**, es la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión (CC art.659).

La herencia está compuesta por **el activo y el pasivo del causante**, esto es, por todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con su muerte.

La transmisibilidad es la regla general y las excepciones corresponden a los derechos de carácter público, los personalísimos y los patrimoniales de carácter vitalicio.

5385 **Heredero y legatario**
(CC art.660, 661, 858.2, 1003, 1023)

1. Es **heredero** quien sustituye de una manera general al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas; es la persona o personas que vienen a hacerse cargo de todas las relaciones transmisibles del *de cuius*, activas y pasivas, salvo los bienes especialmente destinados (legados), que subentran «de un golpe» en el conjunto de esas relaciones y cuya posición, dentro de ellas, es igual a la del difunto.

La sucesión que se verifica a favor del heredero o herederos es la **sucesión a título universal**; en consecuencia, el heredero o herederos son los llamados a la totalidad de la herencia, que reciben ésta como un conjunto indistinto y que quedan sujetos, al subrogarse en el lugar del fallecido, a una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas del causante (*ultra vires*), salvo aceptación a beneficio de inventario (CC art.1023) en cuyo caso no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

La **cualidad** de heredero es personalísima, *extracomercium* e independiente de la existencia de bienes.

El **legatario**, por contraposición al heredero, es un **sucesor a título particular**, que adquiere solo objetos particulares, concretos y determinados, y que no responde del pasivo de la herencia, sino únicamente de las cargas u obligaciones que el testador especialmente le imponga, dentro de los límites de su legado. No hay, pues, responsabilidad personal e ilimitada ni una «sustitución» en las relaciones jurídicas del causante. La configuración del legatario pues, a diferencia de la del heredero, es puramente patrimonial

5387 2. La herencia requiere **aceptación**, mientras que el legado no la precisa. No obstante la Resol DGRN 19-9-02 , advirtiendo que es principio general de nuestro ordenamiento que la adquisición de derechos patrimoniales exige el consentimiento del interesado, afirmó que no constando la aceptación, podría practicarse la inscripción, pero sujetándola a la condición suspensiva de la aceptación.

El heredero (CC art.440), tiene la **posesión civilísima** desde el momento del fallecimiento del causante, mientras que el legatario (CC art.885) no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando este se halle autorizado para darla.

3. Si la institución de heredero es **ineficaz**, pasa a un nuevo heredero. Si el legado es ineficaz, se refunde con la herencia.

4. El legatario de **parte alícuota** es un llamamiento a una parte alícuota de la herencia líquida, deducidas deudas y cargas. Se considera que es un cotitular del activo líquido hereditario. De esta forma, respecto del activo, su derecho es semejante al de un heredero (indiviso y abstracto) y, respecto del pasivo, es semejante al de un legatario, ya que las deudas le afectan, pero no le obligan, haciéndose efectivo su derecho después de pagar a acreedores y legatarios simples.

5. El **heredero ex re certa**, en principio, por aplicación del CC art.768 se equipara a un legatario, pero no se ha considerado norma imperativa sino interpretativa, que establece una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. En general, debe estimarse que el heredero en cosa cierta es un legatario en los supuestos normales en que la cosa asignada es de escasa importancia respecto del resto de la herencia; pero se ha dicho que pueden ser considerados verdaderos herederos por ejemplo, cuando los llamamientos de esta clase agoten el caudal hereditario, o cuando el testador disponga de todos sus bienes mediante estos llamamientos y después adquiera algún bien, debiendo abrirse respecto de este la sucesión intestada.

5389 Institución de heredero y requisitos

Es la disposición de última voluntad, por la que el testador designa a la persona o personas que han de sucederle a **título universal**, subentranado así en la totalidad o en una parte alícuota de sus relaciones jurídicas transmisibles. En derecho común la institución de heredero no es necesaria para la validez del testamento, ya que si hubiera alguna parte vacante se abriría para cubrirla la sucesión intestada, y además se reconoce la posibilidad de que toda la herencia se distribuya en legados (CC art.764, 912 y 891).

El **instituyente** habrá de tener capacidad para testar (CC art.662 s.), respetar los límites de la legítima y los requisitos generales para la validez del testamento (CC art.669 s.), entre los que destaca su carácter personalísimo (CC art.670).

El **instituido** habrá de tener capacidad para suceder (CC art.744 s.) y ser una persona cierta o que por algún evento pueda resultar cierta (CC art.750).

No obstante, como **reglas de excepción** se prevén las disposiciones en favor de los pobres y las hechas genéricamente en favor de los parientes del testador (CC art.747, 749 y 751). El Código no somete a formalidades especiales la institución de herederos, que puede hacerse:

a) **Por los sujetos**, la designación puede ser singular o plural, pudiendo ser a su vez simultánea o sucesiva, con el límite del CC art.781 . Como normas interpretativas de la designación plural están el CC art.765, 769, 770 y 771 . A los sujetos se les puede designar nominalmente o por sus circunstancias.

b) **Por el objeto**, heredero es la persona que sucede a título universal (CC art.768) aunque teniendo en cuenta que la voluntad del testador es ley no habrá obstáculo a la institución de heredero «ex re certa».

5391 Para que una persona pueda heredar, esto es, suceder *mortis causa* a otra, por testamento o abintestato, **se requiere**:

- Que sea persona, física o jurídica, esto es, sujeto de derecho, (CC art.745). En realidad no se trata de incapacidad sino de supuestos de inexistencia de sujeto idóneo para suceder.

- Que sobreviva al causante, que el heredero exista todavía cuando muere el causante y le sobreviva algún tiempo, por corto que sea, pues el CC art.33 establece que en caso de muerte simultánea no hay transmisión de derechos.

En cuanto a que exista actualmente al morir el causante, se admite el **llamamiento al nasciturus** (CC art.29 y 959 s.) e incluso el testador puede llamar directamente a sucederle a personas que ni siquiera estén concebidas al tiempo de su muerte, en cuyo caso se considera que la institución está sometida a la condición suspensiva de que lleguen a existir y queda mientras tanto la herencia sujeta a administración.

Parece que si el testador puede usar la vía de la sustitución fideicomisaria, podrá utilizar también la de la institución directa y además el Código Civil solo prohíbe la institución a favor de persona incierta (CC art.750).

Por otra parte está la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (L 14/2006 art.9).

- Que tenga capacidad para suceder (CC art.744 s.). Se fija una amplia presunción de capacidad, válida para las personas físicas y para las jurídicas. A las **incapacidades relativas** se refieren **dos grupos de normas**:

- las que se fundan en una actitud desconsiderada o poco favorable del designado hacia el testador (son las de CC art.257 y 900) y
- las prohibitivas de CC art.752, 753 y 754 que han de ser objeto de interpretación restrictiva. Rigen solamente en la sucesión testamentaria y la infracción de estos preceptos produce solamente la nulidad de la cláusula o disposición, no la de todo el testamento (CC art.755).

5393 Indignidad

(CC art.756 y 757)

El Código Civil contempla la indignidad como una verdadera **forma de incapacidad**: el indigno es incapaz de suceder; no es llamado a la herencia; se le excluye de ella desde un principio.

Pero tiene **dos especialidades**:

a) la indignidad se aplica a toda clase de sucesión, mientras que las incapacidades relativas son propias de la testamentaria; y

b) el testador puede rehabilitar al indigno, pero no puede dispensar aquellas.

El CC art.761 y 929 reconoce el **derecho de representación** y aunque hablan de incapacidad, solo están pensando en los indignos, no en los demás supuestos de incapacidad.

5395 Situaciones en que puede encontrarse la herencia

Son las siguientes:

- **Sin deferir o presunta**, cuando todavía no ha muerto el causante o no se ha cumplido la condición suspensiva impuesta por el testador.
- **Abierta**, en el momento de la muerte del causante o de la declaración judicial de fallecimiento.
- **Deferida**, cuando alguien puede hacer suya la herencia en virtud de un llamamiento a su favor, por testamento o por Ley.
- **Yacente**, cuando ya está deferida, pero no aceptada por el heredero.
- **Adida, aceptada o adquirida**, cuando el heredero ha manifestado de modo tácito o expreso, su voluntad de hacerla suya y le queda transferida efectivamente. Los efectos de la adquisición se retrotraen a la fecha de la muerte del causante.
- **Vacante**, cuando no hay heredero o ha sido renunciada por la persona que tuviese derecho a ella, supuestos en que corresponde al Estado, ex CC art.956 .

5397 Herencia yacente

(CC art.803, 804, 911, 965, 967, 1020, 1934)

Entre la muerte del *de cuius* y la adquisición del *heres* media un intervalo en el que, gráficamente, la herencia duerme o yace (*hereditas iacens*). Ello supone la existencia de un sistema de los llamados romanos, que exige **aceptación** del heredero.

Los **casos de yacencia** son los siguientes:

- que se instituya heredero a un «nasciturus»;
- que se defiera la herencia a una fundación por constituir;
- que el heredero esté instituido bajo condición suspensiva;
- que el heredero sea persona desconocida;
- que el heredero no exprese todavía su voluntad de aceptar o repudiar la herencia.

La representación y administración de la herencia yacente corresponderá, normalmente, al **albacea o contador-partidor** designado, y, en su defecto, a los propios herederos llamados.

Se aplicarán a la yacencia las **normas** que se refieren a supuestos en que la herencia se halla necesitada de una administración.

3. Testamento

(CC art.667, 669, 733, 670, 687, 737, 741)

5399 Se **define** como un negocio jurídico unilateral, personalísimo y solemne, esencialmente revocable, en virtud del cual una persona física con capacidad suficiente, según su arbitrio y las normas legales, dicta disposiciones, patrimoniales o no, para después de muerte.

Es un acto o negocio:

- **Mortis causa**, en cuanto es otorgado por causa de muerte y para surtir efecto después de esta.
- **Unilateral**, porque es individual en su otorgamiento (aceptan el testamento mancomunado las legislaciones forales de Aragón, País Vasco, Galicia y Navarra) y es una declaración de voluntad no recepticia, eficaz por sí sola.
- **Personalísimo**, rasgo fundamental en derecho común, que prohíbe expresamente el testamento por comisario (CC art.670 , si bien se pueden conseguir efectos que se acercan a dicha institución a través de la figura del CC art.831).
- **Solemne**, en el sentido de que la expresión y constancia de la voluntad del testador debe revestir las formas jurídicas necesarias para su validez y eficacia, sin que quepa su manifestación en forma diferente.
- **Esencialmente revocable**, pues el testador puede en cualquier momento modificarlo o derogarlo, y ello para que prevalezca la última voluntad del testador, por lo que es revocable *ad nutum* (es decir, sin necesidad de expresar la causa), si bien el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o este no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.

5401 Contenido y clases

(CC art.120, 124, 223, 667, 741 y 757)

El testamento es, sustancialmente, un **acto dispositivo** de bienes, aunque puede contener también, o incluso únicamente, otras disposiciones de carácter personal o familiar, como reconocimiento de hijos extramatrimoniales,

rehabilitación del indigno o nombramiento de tutor. En consecuencia es válido el testamento cuyo único contenido son disposiciones no patrimoniales.

Hay tres **clases o tipos básicos de testamento** (CC art.676 a 680): abierto, cerrado y ológrafo. Todas las demás clases o modalidades de testamentos no son sino variantes de los testamentos abiertos o cerrados.

1. El testamento se denomina **abierto o cerrado** según el testador manifieste o no su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto (CC art.679 y 680). El testamento más común y más seguro es el abierto notarial, pues garantiza el juicio de capacidad del testador, el juicio de legalidad, la indagación de la voluntad y la adaptación de esta a las exigencias legales.

2. Testamento **ológrafo** es el que el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos legales (CC art.678). Requiere la autografía total y ofrece las ventajas del secreto y de la sencillez de sus requisitos, pero graves inconvenientes: peligro de pérdida, de captación de voluntad del testador, de nulidad de sus disposiciones y de dificultad de cumplimiento por falta de asesoramiento.

Como **testamentos especiales** están:

- los testamentos militar y marítimo,
- los otorgados en peligro inminente de muerte y
- el otorgado en tiempo de epidemia.

En nuestro CC rige el sistema de *numerus clausus*, sin que el testador pueda usar un tipo de testamento no reglado, ni uno que no le esté permitido.

Por último está el mal llamado **testamento vital o documento de voluntades anticipadas**, sobre tratamientos médicos, destino del cuerpo y órganos vitales, que no es un verdadero testamento.

5403 Capacidad para testar (CC art.662, 663, 664, 665, 708)

Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Teniendo en cuenta que es un negocio jurídico unilateral, esencialmente revocable y que no compromete en vida, se exige una capacidad inferior que la que se exige con carácter general para contratar. El CC art.1263 declara que no pueden prestar consentimiento los **menores no emancipados** y el 663 declara incapaz para testar al **menor de catorce años**, además del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

La incapacidad por razón de edad tiene una especialidad, la del **testamento ológrafo**, que solo puede otorgarse por mayores de edad (CC art.688). La capacidad ha de tenerse en el mismo momento del otorgamiento del testamento; la jurisprudencia declara que se presume la capacidad legal de todo testador, que ha de entenderse siempre existente al momento de otorgar el testamento, salvo prueba en contrario.

La **falta de capacidad** determina la nulidad de pleno derecho del testamento. La incapacidad para testar no deriva necesariamente de la incapacitación judicial, pues el incapacitado puede testar en la forma del CC art.665 , sino de la situación de hecho de no hallarse en su cabal juicio en el momento de testar. El citado artículo se refiere al **testamento abierto notarial**, no pudiendo aplicarse al ológrafo.

El **sordomudo** que no sabe leer ni escribir no puede testar en forma ológrafa, ya que exige autografía total, ni otorgar testamento cerrado, ya que, según el CC art.708 : «No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer».

Precisiones

1) Respecto al testamento abierto, la Resol DGRN 23-9-87 dictada en contestación a una consulta formulada por un notario, estableció que puede prestar consentimiento el sordomudo que no sabe leer ni escribir, siempre que pueda **governarse por sí mismo** y pueda comunicarse a través de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos.

2) En el testamento notarial la capacidad será apreciada por el **notario autorizante** señalando el TS 18-3-88, EDJ 16814 : «...la manifestación del notario autorizante en orden a la capacidad de testar del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquiere una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud, que solo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario».

5405 Formalidades generales del testamento. Identificación del testador

La identificación por conocimiento del **notario** es el sistema al que la Ley otorga preferencia sobre los demás; si el notario conoce al testador, ningún medio es más seguro.

Sistemas auténticos supletorios, del mismo rango, son la identificación por **documentos** expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas y la identificación por testigos de conocimiento (CC art.686).

La intervención de **testigos** solo será precisa en los supuestos legalmente tipificados (CC art.697).

Las formalidades de cada clase de testamento quedan recogidas en el CC art.668 a 742 .

Las especialidades forales se recogen en sus respectivas legislaciones.

5407 Interpretación del testamento

La regla es que la **voluntad del testador** es ley, salvo las limitaciones legales, como legítimas, reservas o reversión.

Hay una regla general en el CC art.675 y reglas especiales en el CC art.749, 751,765, 768, 769, 771 y otros como los del CC art.772, 668.2, 770 y 879 .

5409 Ineficacia, revocación y nulidad del testamento

Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte la disposiciones testamentarias, solo en los casos expresamente previstos en el CC art.743 .

El testamento es esencialmente **revocable** (CC art.737, 738, 739, 740, 741, 742), siempre con las solemnidades necesarias para testar. La revocación puede ser expresa, tácita o presunta.

- **Expresa** es cuando en el nuevo testamento se declara que no valga el testamento anterior en todo o en parte. Hoy es unánime la doctrina en considerar válido un testamento pura y exclusivamente revocatorio, que llevaría consigo la apertura de la sucesión intestada.

- **Tácita** tiene lugar cuando se otorga un nuevo testamento en el que no se hace referencia alguna al anterior. La jurisprudencia moderna y la doctrina mayoritaria, creen que cabe admitir (aun sin constancia expresa de la voluntad de conservar la vigencia del testamento anterior) la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con las del posterior, de acuerdo con el principio interpretativo en favor de la eficacia del testamento.

El **efecto** de la revocación es dejar sin efecto en todo o en parte el testamento anterior, sin embargo el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Se **exceptúa** de la revocación el reconocimiento de un hijo.

En cuanto a la **nulidad** son causas la falta de capacidad para testar, vicios de voluntad del testador, defectos formales e incumplimiento de prohibiciones (CC art.663, 688, 673, 687, 705, 715, 669, 733, 670). La nulidad puede ser:

- **total** afecta al testamento considerado como un todo orgánico e indivisible (consentimiento, capacidad, forma);

- **parcial** origina solo la ineficacia de la cláusula que contraviene determinado precepto legal sin comunicarse al resto del testamento (CC art.750, 752, 786 y 814 , que se apoyan en los principios del *favor testamenti* y la conservación del negocio jurídico).

4. Legado

(CC art.858 s.)

5411 Es una disposición testamentaria de liberalidad a título particular a cargo del heredero o de otro legatario. En este concepto tiene cabida el **legado de parte alícuota** ya que no es lo mismo el llamamiento universal que implica la sucesión en las relaciones jurídicas activas y pasivas del causante y el singular a una cuota del activo.

Pueden ser **objeto de legado** todas las cosas presentes o futuras, propias del testador o ajenas, corporales o incorporales, con la única condición de que sean posibles y susceptibles de transmisión, siendo nulo el legado de cosas que están fuera del comercio (CC art.865).

Es tesis generalizada que la adquisición del legado se produce *ipso iure*, sin necesidad de aceptación por el solo hecho del fallecimiento del causante, con las solas desviaciones del legado sujeto a condición o términos suspensivos y del legado de género (CC art.881 y 882). Ahora bien, la Resol DGRN 19-9-2002, advirtiendo que es principio general de nuestro ordenamiento que la adquisición de derechos patrimoniales exige **consentimiento del interesado**, afirmó

que no constando la aceptación, podrá practicarse la inscripción, pero sujetándose a la condición suspensiva de la aceptación.

Cabe la **repudiación del legado** y a diferencia de la herencia cabe la **aceptación parcial** con ciertos límites (CC art.889 y 890). Para la adquisición de la posesión de la cosa legada se requiere la **entrega** ex CC art.885 .

Sin embargo, el legatario puede tomar posesión de los bienes en algunos casos, como cuando lo haya autorizado el testador, siempre que no haya **herederos forzosos** (RH art.81); cuando toda la herencia se haya distribuido en legados, y no haya albacea o contador-partidor o en el caso del **prelegado**, a favor del heredero único.

El legatario no es un sucesor a título universal, sino particular, por lo que no responde en principio, de las **deudas del testador**. No obstante, las deudas le pueden afectar en ciertos casos:

- a) Los acreedores de la herencia tienen preferencia sobre el legatario para el cobro con cargo a los bienes de la herencia, como resulta del CC art.1027 .
- b) El testador puede gravar al legatario con todas o algunas deudas, como se deduce del CC art.858 .
- c) Si toda la herencia se distribuye en legados (CC art.891).

5413 Extensión de la responsabilidad

En este caso el legatario, al igual que en los demás supuestos en que sea gravado con una manda o legado, responderá hasta donde alcance el **valor del legado** (intra vires).

El CC regula las distintas especies de legado, así como su **prelación** (CC art.887) y **extinción** (CC art.869 y 888).

5. Sustituciones

5415 La sustitución hereditaria es aquella disposición testamentaria por la que el testador llama a un **tercero** a una herencia o legado, en defecto de otra persona, o después de esta.

Pueden ser:

1. **Directas o Subsidiarias**: se designa una persona en defecto de otra, de forma que habrá un solo heredero efectivo, como la sustitución vulgar (CC art.774), la pupilar (CC art.775) y la ejemplar (CC art.776). Su finalidad es evitar la sucesión intestada.

2. **Indirectas o Sucesivas**: se designa una persona después de otra. En consecuencia hay tantos favorecidos como llamados, ya que todos entran en el patrimonio hereditario, los unos después de los otros, como la sustitución fideicomisaria. Su finalidad es permitir al causante determinar la trayectoria futura que han de seguir los bienes, si bien tras la reforma de 2003, se concibe también como un medio para la protección del incapaz.

3. **Fideicomisaria** (CC art.781 s.): es la disposición testamentaria en cuya virtud el testador o fideicomitente encarga al heredero (o fiduciario) que conserve y transmita a un tercero llamado fideicomisario, el todo o parte de la herencia. El término grado del CC art.781 se ha interpretado por la mayoría de la doctrina que equivale a llamamiento, de ello resulta, pues, que pueden ser llamados como sustitutos fideicomisarios cualesquiera personas que vivan a la apertura de la sucesión y además hasta dos personas todavía no nacidas entonces. Sobre el posible gravamen de la legítima ver CC art.782 .

El CC especifica los casos en que no surten efecto las sustituciones fideicomisarias y sus efectos así como, por el contrario, aquellas otras que serán válidas (CC art.785 s.). La sustitución fideicomisaria **puede ser**:

- **pura (o a término)**: aquella en que el llamamiento al fideicomisario está sometido a un plazo, aunque sea incierto (como la muerte); o
- **condicional**: aquella en que está sometido a condición.

5417 Posición de fiduciario y fideicomisario

El fiduciario es un verdadero heredero y como tal deviene propietario de los bienes objeto de la sustitución.

En la sustitución fideicomisaria pura o a término el fideicomisario es un heredero **a término cierto o incierto**, como sería la muerte del fiduciario (que necesariamente ha de llegar aunque se ignore cuando). En cuanto al momento en que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión, es aplicable el CC art.784 .

Si la sustitución es condicional, la posición del fiduciario es la de un heredero bajo **condición resolutoria**, es decir, es análoga a la de un heredero instituido bajo condición suspensiva y no es aplicable el CC art.784 , sino el CC art.759 .

5419 Fideicomiso de residuo

Tiene lugar cuando el testador impone al primer llamado la obligación de restituir tan solo lo que quede o reste de la herencia a la muerte de dicho primer llamado. Se admite a pesar del tenor del CC art.781 pues se entiende que la obligación de conservación es un elemento natural y no esencial de la sustitución fideicomisaria.

6. Legítima

5421 Es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto **herederos forzosos** (CC art.806). La ley, a diferencia de la sucesión intestada, no llama directamente a una persona o personas determinadas, sino que impone el deber al testador de disponer o destinar parte de la herencia a favor de ciertas personas.

La legítima está constituida, por tanto, por una **porción de bienes** que los legitimarios deben recibir necesariamente, bien por disposición del testador, bien por vocación de la Ley que les llama subsidiariamente. El CC art.815 permite al testador dejar la legítima «por cualquier título» y en consecuencia, el testador puede atribuir la legítima:

- Instituyendo heredero al legitimario, en cuyo caso, el legitimario será heredero;
- Ordenando un legado, en cuyo caso el legitimario será legatario;
- Haciendo donaciones (siempre que no incurra en preterición) en cuyo caso el legitimario será donatario;
- Disponiendo de la legítima con palabras comunes (por ejemplo, «le dejo lo que por legítima le corresponde»), en cuyo caso la mayoría de la doctrina entiende que será legatario de parte alícuota porque el legitimario es titular de una cuota del activo hereditario.

Si el legitimario ha sido instituido heredero, en principio su legítima la percibe embebida en la institución, aunque si la cuota en que ha sido instituido no es suficiente podrá ejercitar la **acción de suplemento** (CC art.815).

La mayoría de la doctrina considera que la legítima es una cuota del **activo hereditario líquido**, por tanto, las deudas hereditarias le afectan (porque disminuyen el activo) pero no responde personalmente de ellas. El legitimario si es heredero tendrá esta posición pero aun cuando no lo sea también será necesario su consentimiento para los actos de disposición que sobre los bienes hereditarios pretendan llevar a cabo los herederos antes de pagar las legítimas.

La doctrina entiende que como el legitimario es titular de una cuota hereditaria, hasta que se le pague su legítima, existe una **afección real de los bienes** de la herencia en garantía de dicho pago y, en consecuencia, puede el legitimario dirigirse contra terceros adquirentes de los bienes relictos, salvo aplicación de los CC art.464 y LH art.34 . En la partición hecha por los herederos, la doctrina mayoritaria entiende que debe intervenir el legitimario.

La tesis de la **pars bonorum** significa que el legitimario tiene derecho, en principio, a recibir su legítima en bienes de la herencia. Es decir, que debe ser pagada in natura, con los mismos bienes hereditarios. No obstante, ya antes de la reforma de 1981 se admitían una serie de **supuestos de pago en metálico** de la legítima: CC art.821, 829 y 1056 . Posteriormente se regula expresamente el pago en metálico de la legítima de los descendientes en CC art.841 s.

5423 Cálculo de la legítima

(CC art.818 s.)

Se distinguen dos funciones:

- fijar lo que el causante debe por legítima, y
- analizar si hay alguna disposición que es inoficiosa y debe ser reducida.

1. **Fijación:** al *relictum* se le suma el *donatum*. El *relictum* (**caudal relicto**) debe ser líquido y, por tanto, «se deducen las deudas y cargas». El *donatum* se suma al caudal relicto, agregando el de las donaciones colacionables», que son las donaciones computables, sin que el término colacionable se use en sentido técnico, por lo que serán computables tanto las donaciones hechas por el testador a los legitimarios como a los terceros.

2. **Computación:** supone, pues, la agregación puramente imaginaria o contable de lo donado al caudal relicto líquido, para calcular los tercios de legítima, mejora y libre disposición. Son computables no solo las donaciones propiamente dichas, sino también todas las disposiciones a título gratuito, hechas tanto a favor de los legitimarios como a favor de extraños. Así, la condonación de deudas, dotación de una fundación, etc.

Sin embargo, **no se computan** los regalos de uso o gastos de alimentos, educación, y demás conceptos a que se refiere el CC art.1041 ; y son parcialmente computables (en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto) las donaciones remuneratorias, onerosas o modales. Tras la reforma de la L 41/2003 también ha de tenerse en cuenta el CC art.822 .

La **suma** del *relictum* y el *donatum* se divide entre la porción que haya de destinarse a la legítima, obteniendo la **legítima global**. Dividiendo este entre el número de legitimarios se obtiene la legítima individual. Los que han renunciado quedan excluidos del denominador, sin que quepa la posibilidad de ser representados (CC art.929). Los desheredados e indignos tampoco se incluyen salvo que su estirpe tenga derecho a heredar en base a los CC art.761 y 857 .

3. Imputación: es la operación consistente en reconducir contablemente cada una de las donaciones y legados del causante en la porción de la herencia que corresponda (legítima, mejora o libre disposición) para apreciar si son **inoficiosas** y, en su caso, proceder a la reducción correspondiente. Para esta operación se estará en primer lugar a lo dispuesto por el causante, con respeto a las normas imperativas, en su defecto, regirá el CC (CC art.819, 825, 828, 829). Finalmente, cuando el testador vulnera la legítima, se procede a la reducción de las disposiciones inoficiosas, sean testamentarias o donaciones (CC art.817, 819, 820, 821, 822, 654, 655 y 656).

5425 Intangibilidad de la legítima

(CC art.813)

Esta puede ser:

a) **Cualitativa:** Cuando el testador respeta el *quantum* de la legítima pero no respeta el *quale* e impone gravámenes o sustituciones, tales gravámenes deben tenerse por no puestos. No obstante, tras la reforma de la L 41/2003 la legítima ya no es absolutamente intangible (CC art.782 y 808). En materia de mejora se admite el gravamen en favor de los legitimarios y sus descendientes (CC art.782 y 824).

b) **Cuantitativa:** Se protege a través de la acción de suplemento de legítima, las acciones de reducción de donaciones y legados y las acciones que se derivan de la preterición y desheredación injusta (CC art.814, 815 y 851).

5427 Renuncia o transacción. Cautela Socini

La renuncia o transacción sobre la legítima futura es nula (CC art.816). Se trata de un pacto sucesorio, sobre herencia futura, que está prohibido por el CC art.1271 .

La **Cautela Socini** se trata de una cláusula en la que el testador deja a los legitimarios más de lo que por legítima les corresponde, pero con una carga o gravamen (generalmente el usufructo vital sobre la totalidad de los bienes) y ordenando que el legitimario pueda optar entre aceptar la legítima con carga o quedarse con la legítima estricta sin gravamen. Su apoyo legal está en CC art.820.3 .

5429 Legítima de descendientes y ascendientes

Según el CC art.807 son legitimarios en primer lugar los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. De manera que si hay descendientes al fallecimiento del causante los ascendientes nunca serán legitimarios y ello con independencia de que los descendientes lleguen o no a suceder.

1. Descendientes: si bien todos los hijos y descendientes son potencialmente legitimarios solo los más próximos en grado tienen derecho a reclamar la legítima, los descendientes de grado más próximo excluyen a los más remotos que de ellos desciendan. Cuando el descendiente de grado inmediato es indigno, ha premuerto o ha sido justamente desheredado, sus hijos o en su caso sus descendientes adquieren la cualidad de legitimarios por **derecho de representación**, a tenor de CC art.761, 814 y 857 respectivamente.

Por último, cuando el legitimario **repudia la herencia**, como se desprende del CC art.929 , no habrá lugar al derecho de representación. Si existen colegitimarios, en virtud del CC art.985.2 , estos sucederán en la porción renunciada por derecho propio y no por derecho de acrecer. Si bien hay que tener en cuenta que en la sucesión intestada si repudian todos los descendientes más próximos llamados por la ley heredarán los del grado siguiente por derecho propio (CC art.923), por lo que aunque no tiene lugar el derecho de representación pues estamos en un caso de repudiación, sí van a resultar llamados los descendientes de los repudiantes.

En cuanto a la **cuantía** (CC art.808) la legítima de los hijos y descendientes son dos terceras partes del haber hereditario, un tercio de reparto igualitario entre los hijos o descendientes más próximos en grado y otro que puede el testador disponer como mejora de manera desigual entre todos o alguno de sus descendientes, cualquiera que fuera su grado. Como **regla especial** cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La **distribución** se hará:

- **por cabezas** entre los descendientes inmediatos, y

- **por estirpes** entre los descendientes mediatos que sean legitimarios en virtud del derecho de representación.

a) **Legítima larga;** son los 2/3 de la herencia en que deben ser favorecidos el conjunto de los hijos y descendientes.

b) **Legítima corta o estricta**; es el tercio de la herencia que debe dividirse igualitariamente entre los hijos o descendientes más próximos en grado; **tercio de mejora**, es el segundo tercio del que se compone la legítima larga con el que se puede favorecer a cualquier hijo o descendiente, aunque no sea legitimario. Si no se dispone del tercio de mejora este integrará la legítima larga y se distribuirá igualitariamente entre los hijos o descendientes más próximos en grado, por eso se dice que la mejora solo es mejora cuando no es legítima, porque solo disponiendo del tercio de mejora se diferencia de la legítima.

Mejora entonces es la disposición efectiva del segundo tercio por la cual el ascendiente favorece a alguno de sus descendientes que no son herederos forzosos o distribuye desigualmente entre los que efectivamente lo sean (CC art.808 y 823). Pueden mejorar los ascendientes de cualquier grado y pueden ser mejorados los hijos o descendientes de grado ulterior, aunque vivan los de grado intermedio. Cabe la **delegación de la facultad de mejorar** (CC art.831) y los gravámenes sobre la mejora (CC art.824, 782 y 813) siempre en beneficio de descendientes y a salvo el usufructo del cónyuge viudo. En una de las excepciones al principio general que prohíbe los pactos sucesorios se permite la promesa de mejorar o no mejorar (CC art.826).

5431 2. Ascendientes: la legítima de los ascendientes constituye una **designación subsidiaria**, un segundo orden de llamamientos, ya que solo tiene lugar a falta de los descendientes. Como supuestos de exclusión ver CC art.111 y 179 .

Cuantía: la legítima global de los padres o ascendientes es la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que **concurrieren con el cónyuge viudo** del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia (CC art.809). A diferencia de la legítima de los descendientes en la de los ascendientes **no juega el derecho de representación**, por lo que el ascendiente que es incapaz de heredar o ha sido desheredado no transmite ningún derecho y ha de considerarse como si no existiera, incrementando su porción la de los demás ascendientes del mismo grado. La **distribución** se regula en el CC art.810 .

5433 Cónyuge viudo

(CC art.834 s.)

El viudo es legitimario siempre. Debe tratarse de viudo o viuda **no separado** legalmente o de hecho salvo que haya habido reconciliación notificada al Juzgado que conoció la separación o al notario que otorgó la escritura pública de separación. En caso de nulidad hay que tener en cuenta el CC art.79 relativo al matrimonio putativo.

Es de **cuantía variable** dependiendo de con quien concurra (CC art.834, 837, 838 y 840). Consiste, en principio, en un usufructo de una parte del caudal relicto.

Es conmutable a instancia de los sucesores gravados con el usufructo y de acuerdo con el viudo en la forma de ejecución (CC art.839) Si el viudo **concorre con hijos** solo del causante, está facultado para pedir la conmutación del usufructo (CC art.840).

5435 Desheredación

(CC art.849)

Es aquella disposición testamentaria por la que el causante priva al legitimario de su carácter de tal y de su porción legitimaria en virtud de una **causa expresa, legal y cierta** (CC art.848 y 850). La desheredación está estrechamente relacionada con la **indignidad** si bien la desheredación solo se aplica a la sucesión testada y afecta tan solo al legitimario a quien priva de la legítima y la indignidad se aplica a la sucesión **testada e intestada** y afecta a cualquier heredero, privándole de toda la herencia.

Las **causas** no son exactamente las mismas y aun cuando las haya comunes ello no supone una redundancia inútil, ya que no hace falta probar la justa causa de desheredación expresada, sino en caso de que fuera contradicha (CC art.850), sin embargo, las causas de indignidad han de ser siempre **objeto de prueba** y declaración judicial correspondiente.

El CC contiene una regla general en el CC art.852 y causas específicas de desheredación de los diversos grupos de legitimarios en el CC art.853 a 855 .

1. Efectos de la desheredación justa: excluye al desheredado de todo derecho a reclamar su legítima y salvo que el testador le haya dejado algo con cargo al tercio libre, pierde todo derecho a la herencia. Si la causa de desheredación es, además, causa de indignidad, priva al indigno de todo derecho en la sucesión. El desheredado además, **pierde el derecho:**

- a percibir alimentos (CC art.152),
- a los bienes reservables (CC art.973),
- a la administración paterna en los términos del CC art.164 .

Si el desheredado tiene hijos y descendientes juega el **derecho de representación**. Cabe la reconciliación (CC art.856, 857 y 929).

2. En caso de **desheredación injusta** el CC art.851 establece como efecto la nulidad pero no supone una nulidad automática o ipso iure sino la posibilidad de impugnación. En este caso, se verá afectada la institución de heredero y luego los legados y demás disposiciones testamentarias pero solo en lo necesario para cubrir la legítima del desheredado, sin que en ningún caso se abra la sucesión intestada. En caso de desheredación injusta, lo mismo que en la preterición intencional, aunque existen diferentes opiniones, partiendo de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, parece que si no quiso dejarle nada al desheredado o preterido, solo se le reconocerá la legítima estricta y no la larga ya que del segundo tercio puede disponer libremente el testador si tiene varios descendientes.

3. **Preterición**: es la **omisión** de alguno de los herederos forzosos en el testamento, sin desheredarlo expresamente. En sentido formal supone la omisión de un heredero forzoso en el testamento, no mencionarlo. En sentido material supone la falta de atribución patrimonial a un legitimarlo. Puede ser **intencional o no intencional** y sus efectos quedan regulados en CC art.814 .

5436

Precisiones

1) Aragón: Los únicos legitimarios son los descendientes del causante y colectivamente. El causante tiene que respetar como legítima de los descendientes la mitad del caudal hereditario, si bien puede distribuirla, igual o desigualmente, entre todos o varios de sus descendientes, o atribuírsela a uno solo (CDFA art.486).

El **cónyuge viudo** no es legitimario, pero tiene el usufructo de viudedad que se manifiesta durante el matrimonio como un derecho expectante a favor de cada uno de los cónyuges y, tras el fallecimiento de uno de ellos, como un usufructo viudal, universal y vitalicio (CDFA art.271 a 302).

2) Cataluña: Son legitimarios los descendientes (CCC art.451-3) y su legítima consiste en una cuarta parte de los bienes hereditarios valorados conforme a lo establecido en el CCC art.451-5 . En defecto de descendientes son legitimarios en la línea recta ascendente solo los progenitores (CCC art.451-4).

El **cónyuge viudo**, y el conviviente en unión estable de pareja, que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos para satisfacer sus necesidades, tiene derecho a que se atribuya la cantidad precisa para atenderlas, conforme al nivel de vida de que disfrutaban durante la convivencia, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, cuarta viudal. No son propiamente legitimarios (CCC art.452-1).

3) Galicia: Son legitimarios los hijos y descendientes, a los que corresponde la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido (L 2/2006 art.238 y 243), así como el cónyuge viudo, al que corresponde el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario si concurre con descendientes, o el usufructo vitalicio de la mitad del capital si no concurre con los anteriores (L 2/2006 art.238, 253 y 254).

4) Islas Baleares: Son legitimarios:

- los **hijos y descendientes**. Si son cuatro o menos, la tercera parte del haber hereditario. Si fueran más de cuatro, la mitad de la herencia (Comp Baleares art.42 aplicable a Mallorca y por remisión del art.65 a Menorca y art.79 aplicable a Ibiza y Formentera).

- los **padres**: en Mallorca y Menorca les corresponde la cuarta parte del haber hereditario (Comp Baleares art.43 y 65). En Ibiza y Formentera tienen derecho a la mitad del haber salvo si concurren con el cónyuge viudo, en cuyo caso les corresponde un tercio de la herencia (Comp Baleares art.79 , que se remite al CC art.809 y 810).

- el **cónyuge viudo**: en Mallorca y Menorca, si concurre con descendientes tiene derecho al usufructo de la mitad del haber hereditario, si concurre con los padres al usufructo de dos tercios y en los demás casos al usufructo universal (Comp Baleares art.45 y 65). En Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no tiene la condición de legitimario.

5) Navarra: No existe en realidad la legítima, al tener carácter formal y consistir en una atribución de carácter simbólico a los herederos forzosos. No tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias de heredero (Comp Navarra art.267).

6) País Vasco: Son legitimarios los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos. No obstante, las normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima (L 5/2015 art.47). La **cuantía** de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario (L 5/2015 art.49).

El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita (L 5/2015 art.48.2).

El **cónyuge viudo** o miembro superviviente de la pareja de hecho tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurre con descendientes. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos

tercios de los bienes (L 5/2015 art.52). El causante puede disponer a favor del causante o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes (L 5/2015 art.57). La legítima puede ser objeto de **renuncia**, aun antes del fallecimiento del causante (L 5/2015 art.48.5).

Se mantiene la **libertad de testar** en el valle de Ayala (L 5/2015 art.88 s.).

7. Albacea

5437 Es la persona nombrada facultativamente por el testador cuya misión es **asegurar el cumplimiento** efectivo de su última voluntad. Es un cargo testamentario (CC art.892), voluntario en la aceptación y obligatorio en el desempeño (CC art.898, 899, 900), normalmente gratuito (CC art.908), personalísimo (art.909) y temporal (CC art.904 a 906).

1. **Capacidad** (CC art.893): pueden ser albaceas los propios herederos o legatarios, aunque sean legitimarios.

2. **Facultades** (CC art.901 a 903):

- **Albacea universal** es a quien el testador autoriza para el cumplimiento total del testamento, hasta dejar ultimada la sucesión.

- **Albacea particular** es el que recibe uno o varios encargos particulares.

Si el testador no designa facultades al albacea, será particular y se limitaran a las de CC art.902 y 903 . Pero no obsta el carácter universal del albaceazgo para que el testador, en uso del derecho que le concede el art.1057 haya encomendado las funciones de contador-partidor a persona distinta.

La principal **prohibición** que afecta a los albaceas se halla en CC art.1459.3 .

8. Sucesión intestada

(CC art.912 a 959)

5439 Es la sucesión hereditaria que se defiende **por ministerio de la ley** cuando faltan, en todo o en parte los herederos testamentarios, siendo supletoria y a su vez compatible con la testada.

Casos (CC art.912):

- cuando la nulidad afecte solo a parte del testamento, la sucesión intestada será parcial y si la nulidad se refiere a disposiciones a título singular, no se abrirá la sucesión intestada, en cuanto la parte de los legados se refundirán en la masa hereditaria en beneficio de los herederos (CC art.912.1);

- en caso de que toda la herencia se distribuya en legados no se produce su apertura (CC art.912.2 ; CC art.891);

- en tanto la **condición suspensiva** no se cumple la herencia queda en estado de administración en los términos del CC art.801 s . También procede cuando se cumple la condición resolutoria, si el testador no dispone otra cosa. En caso de **premorienza y repudiación** no se transmite ningún derecho a los herederos (CC art.766) y hay que abrir la sucesión intestada a no ser que entren en juego las sustituciones o el derecho de acrecer (CC art.912.3).

5441 Llamamiento

El llamamiento a la sucesión intestada se funda en la unidad de la herencia y en la **proximidad de parentesco** con el causante.

El **orden de llamamientos** está basado en tres escalonados criterios de preferencia (CC art.913):

1. La **clase**: es la persona, grupo o categorías de personas llamadas a la sucesión en virtud de un fundamento especial, el parentesco, el matrimonio o el *ius imperii*, de lo que resultan tres clases de herederos: los parientes, el cónyuge sobreviviente (no separado legalmente o de hecho) y el estado.

2. Las clases a su vez, al menos las que no están compuestas de una persona única y concretamente la de los parientes se dividen en grupos que reciben la denominación de **órdenes sucesorios**. En el CC son tres:

- el de los descendientes,

- el de los ascendientes y

- el de los colaterales.

Por otra parte, el orden de los colaterales se divide en dos:

- el de los **privilegiados** (hermanos e hijos de hermanos) que excluyen a los demás colaterales, y
- el de los **colaterales ordinarios** que son los demás parientes hasta el 4º grado.

3. Por último está el **grado** de parentesco. La preferencia dentro de cada orden de herederos la determina el principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar (CC art.921.1, 922 y 923).La formación de parentesco queda establecida por el CC art.915 a 920 .

5443 Modos de distribuir la herencia

Estos son:

a) La distribución **per capita** (por cabezas) tiene lugar cuando existen varios sucesores dentro de un mismo grado (CC art.921.2).

b) La distribución **por estirpes** consiste en distribuir la herencia por grupos o serie de parientes, cada uno de los cuales toma conjuntamente la cuota viril que hubiera correspondido a su causante si hubiese vivido y podido heredar, si bien dentro de cada estirpe, la distribución se hará por cabezas. Se da esta división siempre que se hereda por **derecho de representación** (CC art.926).

c) La distribución **por líneas** tiene lugar en la sucesión de los abuelos y ascendientes de ulterior grado, y se lleva a cabo dividiendo la herencia en **dos partes**, una para los parientes de la línea paterna y otra para los de la materna. Luego, dentro de cada línea, se distribuye por cabezas entre los parientes de igual grado que concurren.

El **orden de llamamientos** es desarrollado por los CC art.930 s. ; se llama:

- en primer lugar a los descendientes,
- en su defecto a los ascendientes,
- en su defecto al cónyuge sobreviviente no separado legalmente o de hecho,
- en su defecto a los colaterales y
- en último lugar al Estado, respecto al cual se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello.

En cuanto a las **legítimas** en la intestada quedan embebidas por los llamamientos salvo la del cónyuge viudo que si concurre con descendientes o ascendientes tiene derecho a ella aunque no es llamado como heredero intestado.

5445 Derecho de representación en la sucesión intestada

(CC art.924 s.)

Es el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar. Solo tiene lugar en la línea descendente y respecto a la colateral solo a favor de los **sobrinos**.

Los supuestos en los que se aplica son los de premoriencia, incapacidad y desheredación. No se admite en el caso de renuncia (CC art.923 y 929).

El **efecto** normal del derecho de representación es el de la división por estirpes (CC art.926).

Precisiones

El Derecho de representación en la **sucesión testada** se regula en el CC art.766, 761, 857 y 814.3 .

9. Derecho de transmisión

(CC art.1006)

5447 Cuando el llamado fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, transmite a sus herederos el *ius delationis*, o sea, la facultad de aceptar o repudiar. Es, por tanto, el derecho que tienen los **herederos del heredero** que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o repudiación de la herencia, y en cuya virtud aquellos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar.

El derecho de transmisión implica, por tanto, la intervención de **tres sujetos**:

1. **Primer causante** que es aquel cuya herencia no ha sido aceptada o repudiada por el instituido.
2. **Segundo causante o transmitente**: el que muere sin ejercitar su *ius delationis* sobre la herencia del primer causante.
3. **Transmisario**, que es el instituido por el segundo causante, que recibe el derecho a aceptar la herencia del primero.

En virtud del derecho de transmisión el transmisario puede repudiar las dos herencias, aceptar las dos herencias o aceptar la herencia del transmitente y repudiar la del primer causante. Lo que no puede, en ningún caso, es repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante, puesto que el *ius delationis* es un valor patrimonial ínsito en la herencia del aquel, y **la aceptación** de la herencia ha de ser total.

Si hay **pluralidad de transmisarios**, en base al CC art.1007 , cada uno puede aceptar o repudiar separadamente la herencia del primer causante, y aceptar pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Precisiones

Sobre si el transmisario sucede al primer causante directamente o sucede al segundo causante donde se integra la herencia del primero dando lugar a una doble transmisión sucesoria: ver TS 11-9-13.

10. Derecho de acrecer y derecho de reversión

(CC art.812, 981 a 987)

5449 Es el derecho que tiene el heredero o legatario que llega a serlo de hacer suyo el incremento que experimenta su porción a causa de no llegar a ser heredero o legatario uno llamado conjuntamente. Se **necesita** para que tenga lugar:

- que haya un llamamiento conjunto, sin especial designación de parte;
- que haya porción vacante porque alguno de los así llamados no lleguen a suceder.

En la **sucesión intestada** (CC art.981), el derecho de acrecer no solo tendrá lugar en caso de renuncia, sino también en los de incapacidad o premoriencia cuando no proceda el derecho de representación (CC art.922 s.).

En **sucesión testada, respecto a herederos voluntarios**, además de los requisitos ya vistos es preciso que el testador no excluya el derecho de acrecer, como en el caso de haber establecido una sustitución vulgar.

Respecto a **legitimarios**: CC art.985 .

El **Derecho de reversión** (CC art.812) Implica una **sucesión legal, anómala, singular y especial**, que imprime a los bienes una trayectoria especial.

11. Reservas

5451 Constituyen una forma de sucesión especial que opera tanto en la sucesión testada como en la intestada, en virtud de la cual se sustraen de la libre disposición del testador y de su normal cauce sucesorio determinados bienes, imponiendo a una persona (**reservista**) el gravamen o carga consistente en que los bienes adquiridos en determinadas condiciones queden destinados a hacer tránsito, al fallecer aquel a determinadas personas (**reservatarios**) que le sobrevivan.

Existen:

- a) Reserva **ordinaria o vidual** (CC art.968 s.), que se establece en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio.
- b) Reserva **lineal o troncal** (CC art.811), que pretende conservar ciertos bienes dentro de la línea familiar de la que proceden.

12. Aceptación y repudiación de la herencia

(CC art.988 s.)

5453 Se distinguen dos sistemas:

- **germánico**, que considera que el heredero adquiere la herencia por el solo hecho de la delación, sin necesidad de aceptarla y sin perjuicio de repudiarla, en cuyo caso se entenderá que no la adquirió en ningún momento, y
- **romanista**, que considera que se adquiere la herencia mediante la aceptación, cuyos efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión, este es el que sigue nuestro Código Civil. La aceptación es la declaración de voluntad de asumir la condición de heredero.

La repudiación es la declaración de voluntad de que no se asume la cualidad de heredero.

Para aceptar o repudiar la herencia es necesario la **certeza de la delación** (CC art.991): es un acto o negocio jurídico inter vivos, unilateral, no recepticio, voluntario (CC art.988) retroactivo (CC art.989) indivisible y puro (CC art.990) e irrevocable (CC art.997).

En cuanto a la forma:

a) La **aceptación** admite distintas formas si bien la aceptación a beneficio de inventario requiere forma solemne, debiendo hacerse ante notario (CC art.1011).

b) La **repudiación** solo puede hacerse ante notario en instrumento público (CC art.1008).

5455 Clases de aceptación

(CC art.998, 999, 1000, 1002, 1005 y 166)

La herencia **puede ser** aceptada:

- pura y simplemente; puede ser expresa (en documento público o privado) o tácita; o
- a beneficio de inventario.

La regla general acerca de la **capacidad** para la aceptación la contiene el CC art.992 que exige tener la libre disposición de los bienes. Respecto al **menor emancipado**, nadie duda de que puede aceptar a beneficio de inventario pero se duda si puede hacerlo pura y simplemente.

Menores o incapacitados sujetos a patria potestad o tutela, se regula por el CC art.166 y 271 ; como reglas especiales CC art.992 a 995 .

5457 Efectos

La aceptación y repudiación son irrevocables y sus efectos **se retrotraen** al momento de la apertura de la sucesión. El que acepta se constituye en heredero, y como sucesor universal del causante, subentra en la posición jurídica del mismo y, por consiguiente, en todas sus relaciones transmisibles *mortis causa*. Adquiere la **posesión civilísima** de los bienes hereditarios con arreglo al CC art.440 .

La **responsabilidad del heredero**, si acepta pura o simplemente, es ilimitada o ultra vires (CC art.1003).

El que repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento (CC art.440). La **repudiación** da lugar al llamamiento del heredero sustituto, o al heredero con derecho de acrecer, o a la apertura, total o parcial, de la sucesión intestada.

La repudiación no impide la aceptación de un legado dejado al mismo heredero (art.890), la aceptación de la mejora (CC art.833) ni que el renunciante pueda representar al *de cuius* en otra sucesión (CC art.928). Así mismo, el que es llamado a una misma herencia por testamento y *ab intestato* y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos. Repudiándola como heredero *ab intestato* y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por este (CC art.1009).

5459 Beneficio de inventario y Derecho a deliberar

(CC art.1010 s.)

1. El beneficio de inventario es la facultad concedida por la ley a los herederos para aceptar la herencia sin responder de las **cargas hereditarias** ilimitadamente sino que la responsabilidad es *intra vires*, hasta donde alcancen los bienes de la herencia. En este caso el **patrimonio hereditario** aparece como un patrimonio separado del patrimonio general del heredero, quedando sujeto a un especial régimen de gestión, con sus propias deudas y responsabilidad. Los bienes propios del heredero quedan a salvo de los acreedores hereditarios. La finalidad de pago aglutina los bienes relictos, *cum viribus successionis*.

2. El derecho a deliberar es la facultad que la ley concede al llamado a una herencia para que tome conocimiento del estado de la misma o de cualquier otra circunstancia de la delación o del causante, antes de decidirse por la aceptación o por la repudiación.

5461 Comunidad hereditaria y Derechos de los partícipes

Es la comunidad resultante del llamamiento de varias personas como sucesores a título universal en una herencia y su aceptación, hasta la partición.

Los **derechos de los partícipes** se dan:

- **Sobre la herencia indivisa**. Se aplican las normas relativas a la comunidad de bienes, y en cuanto a la facultad de disposición, es hoy doctrina firme asentada que todos los coherederos, actuando conjunta y de común acuerdo, pueden disponer no solo de la integridad del derecho hereditario, sino también de las cosas concretas contenidas en el mismo.

- **Sobre la propia cuota.** Son fundamentalmente los de aseguramiento de su futura efectividad (mediante la posibilidad de promover la división de la herencia y la solicitud de la anotación preventiva de su derecho hereditario (CC art.782 s. ; LEC ; LH art.42.6), los de disposición de su cuota y el retracto del CC art.1067 .

5463 Partición hereditaria

Como operación previa a la partición, en el caso de personas casadas, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce la **disolución de la sociedad conyugal** y se ha de proceder a la liquidación de la misma para determinar los bienes que se adjudicarán al cónyuge viudo y los que pasarán a formar parte del caudal hereditario. Esta operación es por tanto previa a la partición hereditaria y aunque en la práctica se suelen llevar a cabo en el mismo acto son operaciones diferenciadas, una previa a la otra.

La **liquidación** de la sociedad conyugal se lleva a cabo por el cónyuge viudo y los herederos del fallecido o la persona designada por este.

La partición es el negocio jurídico que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia, confiriendo a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (CC art.1068). El causante puede realizar la partición o encomendársela a un tercero. En otro caso los mismos coherederos pueden cesar la comunidad. A ello responde la declaración del CC art.1051 .

Como **excepciones** se citan:

- la prohibición establecida por el testador (CC art.1051),
- el pacto de indivisión entre comuneros (CC art.1255 y 400) o
- supuestos de suspensión de la partición, como los casos en que la viuda queda en cinta (CC art.959 s.).

En caso de que el **testador** haya designado contador-partidor la mayoría de la doctrina entiende que los herederos de forma unánime pueden prescindir del mismo y proceder por ellos mismos a la partición.

5465 Respecto a la **legitimación**, de acuerdo con CC art.1052.1º puede pedir la partición todo coheredero:

- los herederos abintestato y los testamentarios;
- el fiduciario y el fideicomisario; y asimismo,
- el instituido bajo condición resolutoria.

Se les reconoce legitimación a los legitimarios, incluido el **cónyuge viudo** y a los **legatarios de parte alícuota**, como partícipes de la comunidad hereditaria.

Se discute respecto a los cesionarios de cuota: herederos bajo condición suspensiva (CC art.1054), herederos del coheredero fallecido (CC art.1055).

Distinta de la legitimación (cualidad por la que se es parte legítima en la partición) es la **capacidad** que ha de permitir a una persona legitimada el ejercicio del derecho por sí misma. La regla fundamental acerca de este extremo está contenida en el CC art.1052 : «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos».

5467 Clases de partición

Puede ser:

1. **Judicial** es la que se realiza en el seno de un procedimiento judicial conforme a lo dispuesto en CC art.1059 .
2. **Extrajudicial** puede ser realizada:
 - por el mismo testador (CC art.1056),
 - por el contador-partidor (CC art.1057.1),
 - por el contador-partidor dativo (CC art.1057.2),
 - por unanimidad entre los coherederos (CC art.1058) y
 - por árbitro.

Las **operaciones que comprende la partición** son:

a) Inventario y Avalúo: El **inventario** es la relación de los bienes que forman el caudal, descritos de modo que queden suficientemente individualizados e identificados, haciéndose la descripción de los inmuebles conforme a la LH art.9 y RH art.51 si se pretende su inscripción registral.

El **avalúo** consiste en la valoración o tasación de cada uno de los bienes que figuran en el inventario. Se discute cuál es el momento al que debe referirse la valoración, si bien el TS 29-9-66 y 31-1-72 consideró el del fallecimiento del causante, mayoritariamente se considera el de la partición (TS 23-6-52, EDJ 656 ; CC art.1074, 1045.2 y 847).

b) **Deducción del pasivo** y fijación del **activo neto**: tras las operaciones anteriores se deduce el pasivo para determinar el activo líquido, aumentándose con el importe de los bienes colacionables, en su caso. El **pasivo hereditario** se compone de las deudas y obligaciones del causante de la herencia, los gastos de entierro y última enfermedad, los gastos de administración del caudal (CC art.1063), los de la partición hechos en interés de todos los coherederos y por la entrega de legados (CC art.1064, 1033, 886.3) y pago de los legados que no signifiquen predetracción sino carga de la herencia.

5469 Colación

(CC art.1035 s.)

Cuando a una sucesión concurren varios herederos forzosos que a su vez sucedan a título de heredero, se entiende que la voluntad del causante, salvo que diga lo contrario dispensando de colación, es que lo que han recibido gratuitamente del causante en vida tenga el carácter de **anticipo de la herencia**, por lo que cada uno, al heredar, debe contar en su cuota hereditaria tales liberalidades, frente a los restantes legitimarios, o lo que es lo mismo, descontar lo ya recibido, es decir, tomar de menos cuanto ya recibió.

Ahora bien, la colación **en sentido estricto** es a la que se refiere el CC art.1035 . Cuando el código se refiere a la «regulación de las legítimas» y en CC art.818 se habla de «donaciones colacionables» se está refiriendo a la computación, operación destinada a salvaguardar las legítimas y que supone la adición contable del *donatum a relictum* para el cálculo de aquellas, operación no dispensable por el causante.

Así, la **reunión ficticia o computación** es la operación que fija la base para calcular los tercios de legítima, mejora y libre disposición. Para ello se hace una agregación inicial a los bienes relictos de todas las liberalidades otorgadas por el causante.

Por su parte, la **reunión ficticia** es una institución de protección de las legítimas y por tanto de derecho necesario, sin que el causante pueda sustraerse de su normativa. Para que tenga lugar, basta que haya un solo heredero forzoso, pues él puede verse perjudicado por donaciones inoficiosas.

La colación nada tiene que ver con la **protección de la legítima**; es una institución de derecho dispositivo que puede ser dispensada por el causante. Para que la colación tenga lugar se requiere que existan al menos dos herederos forzosos que a su vez hayan sido instituidos herederos.

5471 División y adjudicación

Ambas operaciones, que se recogen en las denominadas hijuelas o lotes, se encuentran íntimamente relacionadas. La primera consiste en señalar la **cuota** o haber de cada heredero. La segunda, en **aplicar al pago de dicha cuota** bienes o valores determinados, que se subrogan en la misma.

Rige el principio de igualdad cualitativa (CC art.1061), que es facultativo para el testador que realiza la partición, pues ha de pasarse por dicha partición realizada por el testador si no perjudica la legítima (CC art.1056), lo mismo que para el contador-partidor que se ajusta a las instrucciones contenidas en el testamento, y para coherederos mayores de edad y capaces de administrar sus bienes (CC art.1058 CC).

Los **herederos mayores de edad** y de común acuerdo pueden llevar a cabo la partición en los términos que consideren oportunos.

5473 Efectos de la partición

Cada heredero convierte su derecho abstracto a la cuota en titularidades concretas (CC art.1068). Con la finalidad de mantener el equilibrio en la partición, una vez hecha se reconoce la obligación recíproca de **evicción y saneamiento** (CC art.1069 s.).

Asimismo se prevé la **rescisión** y la **nulidad** de la partición (CC art.1073 a 1081).

Por último hay que tener en cuenta la **suspensión de la partición** cuando la viuda queda encinta. (CC art.959 s.) y el **pago de las deudas hereditarias** (CC art.1082 a 1087).

El **orden de prelación** de cobro en la herencia es:

- acreedores de la herencia y del causante;
- legitimarios por su legítima y su suplemento;
- legatarios;
- herederos voluntarios y acreedores particulares de los herederos.

Respecto a los **acreedores**, en cuanto a los derechos de oposición a la partición y de intervención en la misma ver CC art.1082, 1083 y LEC art.782 . Hecha la partición (CC art.1084) los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio».

La mayoría de la doctrina entiende que la **responsabilidad** de los herederos es **solidaria** incluso antes de hacer la partición.

X. Registro Civil. Eficacia de los asientos. Publicidad y rectificación de los asientos

5475 El Registro Civil, en palabras de DE CASTRO, es «una institución o departamento administrativo y más estrictamente, el conjunto de libros que este custodia; pero lo que le da relieve jurídico es su específica formalidad: ser el instrumento material para que conste públicamente la versión oficial sobre la existencia, el estado y la condición civil de cada persona». Se sigue **regulando** en la LRC/57. Esta norma ha sido derogada y sustituida por la LRC, que, tras sucesivas prórrogas, debía entrar en vigor el 30 de junio de 2018. Sin embargo, la L 5/2018 ha establecido una nueva prórroga hasta el 30 de junio de 2020.

El término registro civil se utiliza englobando tres acepciones diferentes:

1. el **conjunto de libros** donde se inscriben los hechos relativos al estado civil de las personas (CC art.325 y LRC/57 art.2);
2. la **oficina pública**, organizada por el Estado para la constatación de dichos hechos y circunstancias, y,
3. la **institución** que da publicidad a los hechos y actos que afectan al estado civil de las personas.

5477 Funciones

En tanto que servicio público, y dada la finalidad de la institución, el Registro civil asume **cinco funciones diferentes y complementarias** en relación con el estado civil de las personas:

1. Función **registral** *stricto sensu*, que consiste en la incorporación al Registro de los hechos que afectan al estado civil de las personas (LRC/57 art.2).
2. Función **autentificadora** en la elaboración del acto inscribible en aquellos supuestos en que los actos relativos al estado civil se producen en virtud de declaraciones ante el registrador, que en dichos casos actúa como fedatario público (así, por ejemplo, LRC/57 art.7 o 24).
3. Función de **publicidad** de los actos inscritos, mediante certificaciones o notas, recogida en el art.15 y desarrollada en la LRC/57 art.7.
4. Función **probatoria** del estado civil de las personas (LRC/57 art.2).
5. Función **correctora**, puesto que, mediante los expedientes registrales, cabe la rectificación y corrección de los asientos practicados (LRC/57 art.2 y 3).

5479 Principios registrales

Los principios que rigen la vigente LRC/57 son los siguientes:

- a) **Principio de legalidad**: opera en una triple vertiente: la verificación de la exactitud de los hechos y actos inscribibles (que ha de operar de oficio); evitar el acceso de actos inválidos o ineficaces (previo examen de los documentos en que se basen), y, la corrección de las inexactitudes o deficiencias observadas (LRC/57 art.27).
- b) **Principio de oficialidad**: como la inscripción en el Registro es obligatoria, y habida cuenta del interés público que este tiene, el registrador debe actuar de oficio cuando tenga en su poder los títulos oportunos (LRC/57 art.24).
- c) **Principio de legitimación o eficacia probatoria**: cuando un hecho o acto accede al Registro, goza de una presunción de exactitud y legalidad que solo puede combatirse mediante el correspondiente expediente de rectificación (sea judicial o registral conforme a lo previsto en la LRC/57 art.2 y 92 a 97), y que, en cambio, no cede ante los medios ordinarios de prueba. Además, el Registro se considera el medio normal de prueba de los hechos inscritos, por lo que solo se admitirán medios probatorios distintos en casos excepcionales, como son la falta de inscripción o la imposibilidad de certificarlos.

Como regla general, la **inscripción en el Registro** se hace a título declarativo, como medio de prueba del hecho o acto que atañe al estado civil frente a terceros, por lo que también se le denomina principio de eficacia probatoria (LRC/57 art.2).

- d) **Principio de publicidad**: el Registro es público para quienes tengan interés en conocer sus asientos, con las excepciones que prevean la ley vigente u otras leyes (LRC/57 art.6).

5481 En la nueva LRC **se exceptúan** del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, en atención a la protección de la intimidad (en aquellos casos previstos en la LRC art.83 y 84, entre otros, la filiación adoptiva o desconocida, el matrimonio secreto o la rectificación por cambio de sexo) en cuyo caso, solo podrá acceder el inscrito o sus representantes legales o aquellos a quienes hubiese autorizado el titular de los datos.

5483 Principios de la regulación contemplados en la Ley vigente

La LRC/57 incluye expresamente entre sus principios, la **presunción de exactitud**, mediante la cual se presume que los hechos inscritos existen y que los actos son válidos y exactos mientras no se rectifique o cancele el asiento correspondiente conforme a los trámites legales (LRC/57 art.2 a 4 y 92 a 97). Una vez firmados no se podrá hacer en ellos rectificación, adición ni alteración de ninguna clase, sino en virtud de resolución firme obtenida en el procedimiento que corresponda, conforme la Ley (LRC art.37).

Dicha presunción, no es una novedad, sino la base de la **fe pública registral**. Esta presunción de exactitud implica **dos deberes**:

- obliga a los encargados del Registro Civil a velar por la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extra-registral (LRC art.26); y

- se obliga a instar la correspondiente rectificación registral cuando se impugnen judicialmente los actos y hechos inscritos (LRC art.3).

Aunque, no queda claro, quién es el **sujeto obligado**, si ha de ser el propio demandante que impugna el acto o hecho, si debe comunicarlo el juez, en ejercicio de sus funciones, o si el propio registrador debe hacerlo de oficio cuando tenga conocimiento de dicha impugnación.

La Ley se inspira en una serie de **caracteres o rasgos**, que tal vez no asumen la categoría de principios, pero que conforman la base de este nuevo sistema registral:

1. **Sentido familiar**: Se parte de la persona como miembro de un grupo familiar, que consta en un libro de familia, poniendo el foco de atención en la familia (LRC/57 art.8).

2. **Judicialización del sistema registral**. En las sucesivas leyes del Registro (como la de 1870) hasta llegar a la actual de 1957, el modelo seguido determina que sean los jueces quienes se encuentren encargados de la llevanza y control del Registro Civil, así como de su inspección ordinaria (LRC/57 art.8).

3. **Simplificación y acceso telemático**. La simplificación tiene una doble dimensión, puesto que implica tanto una simplificación organizativa y estructural, mediante la eliminación de los Libros y Secciones del Registro, y la unificación del Registro para todo el Estado (L 20/2011 art.3.1) como una simplificación en los trámites registrales, que deberán seguirse tanto para las inscripciones, como para la obtención de certificaciones registrales.

5485 Asientos del Registro Civil

Por asiento se entiende cualquier anotación realizada en los libros del Registro. La doctrina recoge la **clasificación** de los asientos registrales en:

- inscripciones propiamente dichas,
- anotaciones,
- indicaciones,
- diligencias,
- notas marginales y
- asientos de cancelación.

El Registro Civil se divide en **cuatro Secciones**:

- primera, «Nacimientos y general»;
- segunda, «Matrimonios»;
- tercera, «Defunciones», y
- cuarta, «Tutelas y representaciones legales».

Cada una de las Secciones se llevará en **libros distintos**, formados con las cautelas y el visado reglamentarios (LRC/57 art.33).

En las **inscripciones** constarán exclusivamente (LRC/57 art.35):

Primero. Los hechos de que hacen fe según su clase, con indicación, si fueren conocidas, de las circunstancias de la fecha, hora y lugar en que acaecen, y las demás exigidas en cada caso por la Ley o el Reglamento.

Segundo. La declaración o documento auténtico en virtud del cual se practican.

Tercero. La fecha de las mismas y los nombres de los funcionarios que las autoricen.

El asiento de cancelación es necesariamente un asiento **de carácter accesorio**, y de contenido negativo. La cancelación puede realizarse de oficio o a instancia de parte, y debe practicarse basándose en un título adecuado. Cabe entender que las cancelaciones pueden ser totales o parciales, en función de la extensión de la causa invalidante (actual RRC art.163).

5487 Práctica del asiento

Cualquiera que sea el tipo de asiento, debe ser practicado por el encargado del Registro (LRC/57 art.27 y 28), conforme a las reglas y plazos previstos en la LRC/57 art.23 s. Se hace mención expresa a la calificación por parte del **encargado del Registro** (LRC/57 art.27). Dicha calificación efectuada y el control de que concurren los requisitos legales, es la que conducirá a la realización del asiento o por el contrario a la denegación de la misma, salvo que se trate de la inscripción de asientos derivados de resoluciones dictadas en expedientes resueltos por el Ministerio de Justicia, en su ámbito de competencias.

El encargado del Registro Civil ha de practicar tanto las inscripciones promovidas por los **interesados** o por las personas obligadas a promoverlas (LRC/57 art.23 y 24) como aquellas de las que se le dé traslado porque se sigan de resoluciones judiciales (LRC/57 art.25), o de documentos notariales (LRC/57 art.23).

5489 Hechos inscribibles

Con la LRC/57 tenemos 10 **supuestos** de hechos inscribibles, son (LRC/57 art.1):

- el nacimiento,
- la filiación,
- el nombre y los apellidos y sus cambios,
- la nacionalidad y la vecindad civil,
- emancipación y beneficio de la mayor edad,
- matrimonio, separación, nulidad y divorcio;
- la modificación judicial de la capacidad de las personas, o la que derive del concurso de personas físicas;
- tutela, curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones,
- las declaraciones de ausencia y fallecimiento;
- la defunción.

Que todos estos hechos sean inscribibles no significa que cada uno de ellos constituya por sí un estado civil, sino que la inscripción de algunos es necesaria para entender que la persona a la que se refieren existe y está perfectamente identificada.

5491 Eficacia del registro: Publicidad

Una de las finalidades primordiales del Registro consiste en dar publicidad de los hechos que afectan al **estado civil de las personas**, y generar una prueba de los mismos para los interesados (con valor de presunción legal, pero frente a la que cabe impugnación).

Podríamos distinguir entre la publicidad material y formal que se deriva de los hechos inscritos en el Registro:

- a) La **publicidad material**, que afecta al contenido de los datos registrales, hace especial referencia a la eficacia probatoria de los hechos del estado civil que constan en el Registro.
- b) Por el contrario, la **publicidad formal** se refiere solo a «la proyección exterior de los datos registrados», lo que significa que se centra en los medios para dar a conocer los asientos registrales (a través de certificaciones o notas informativas).

5493 Eficacia de la inscripción

El efecto fundamental que se deriva de la constatación registral de los hechos y actos en el Registro, en una inscripción, es la atribución del efecto probatorio de los mismos (LRC/57 art.2). Se realiza «una preconstitución de medios de prueba» de los datos registrales. La doctrina diferencia **cuatro aspectos** relacionados con dicho **efecto probatorio**:

1. **Valor como medio de prueba exclusivo y excluyente**: las inscripciones y las certificaciones expedidas en virtud de las mismas tienen el valor de documentos públicos (CC art.1216), autorizados por el empleado público competente (el encargado del Registro) con las solemnidades exigidas por la Ley. Hacen prueba frente a terceros o inter partes.

Recogen en ellos la verdad registral, para hacerla valer *erga omnes*, lo cual es corolario del principio de publicidad registral.

La inscripción tiene un **carácter privilegiado**, porque es el medio de prueba del estado civil. Ello deriva de la **presunción de exactitud** del Registro, es decir, se presume que los hechos inscritos existen y son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley. Aunque dicha presunción de exactitud es *iuris tantum*, porque cabe la impugnación de los hechos inscritos cuando no se corresponden con la **realidad extra-registral**, su valor probatorio es extraordinario, hasta el punto de que su impugnación solo puede hacerse en los casos previstos, con los requisitos exigidos (LRC/57 art.2) y por los cauces adecuados (expediente registral o demanda judicial).

2. Valor positivo de la inscripción como título de legitimación: El título de adquisición del estado civil, es el por qué jurídico del estado civil originario, que puede derivar de un simple hecho o de una combinación de circunstancias, de una declaración, etc. En cambio, el título de legitimación es «una causa especial y propia para el ejercicio normal de las facultades derivadas de la titularidad y reviste particular importancia en materia de estado civil por su necesidad de fijeza y general eficacia y porque la intervención del Estado ofrece los medios para conocer las situaciones del estado civil con la seguridad suficiente para la vida normal, sin tener que investigar la realidad y validez de cada título de adquisición» (Díez del Corral Rivas). Hecha la distinción entre título de adquisición y de legitimación, «el registro civil es el título de legitimación por excelencia del estado civil».

5495 **3.** Excepcionalmente, en aquellos casos en que la **inscripción es constitutiva** para generar el cambio de estado civil del que se trate (por ejemplo, nacionalidad o emancipación), podremos hablar de un valor positivo con eficacia constitutiva.

4. Por último, debe mencionarse el **posible valor negativo** del Registro civil en aquellos casos en que no se ha producido la inscripción, por lo que no surte efectos contra terceros de buena fe». Se discute en la doctrina si dicho efecto negativo, consistente en la inoponibilidad a tercero del hecho no inscrito es un principio general, o por el contrario, debe restringirse solo a aquellos supuestos en que el ordenamiento atribuya tal cualidad a la inscripción (como es el caso de la emancipación, matrimonio, divorcio, régimen económico matrimonial, etc.).

La LRC/57 art.2, afirma que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos y que, sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar el asiento, se admitirán otros medios de prueba. Tal declaración evita cualquier equívoco, porque considerar que se trata de prueba del estado civil no obsta para que pueda impugnarse el hecho inscrito, ya sea por defecto en el documento en que se basa la inscripción (por ejemplo, nulidad del mismo), como por la inexistencia o falsedad del propio hecho. Para ello habrá que **destruir la presunción de exactitud** de la que gozan los hechos inscritos, a través de la correspondiente rectificación o cancelación del asiento una vez instado el correspondiente expediente registral o impugnado judicialmente el contenido registral (LRC/57 art.3).

5497 **Valor de los demás asientos registrales**

Las **anotaciones** tienen un valor principalmente informativo, aunque se les puede dotar de eficacia probatoria como mera presunción *iuris tantum* pero, en ningún caso, las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción (en los términos de la LRC/57 art.38) para cuya destrucción, no cabe la limitación de medios impuesta para las inscripciones (ex LRC/57 art.2).

El **asiento de cancelación** elimina total o parcialmente la anotación o inscripción previas, motivo por el que se le otorga una eficacia negativa, puesto que priva de eficacia (y de los efectos probatorios en caso de inscripciones o informativos, para las anotaciones) al asiento cancelado. Por lo tanto, y especialmente en relación con las inscripciones canceladas, a partir de ese momento, deja de producir los efectos de la fe pública registral.

5499 **Publicidad formal del Registro**

La LRC/57 art.6 prevé **tres medios** de realizar la publicidad formal, consistentes en la expedición de certificaciones, o de simples notas informativas, e inclusive mediante la exhibición directa de los libros o asientos al interesado. La LRC disp.trans.5ª mantiene estos medios de facilitar la publicidad de los datos registrales exclusivamente en relación con los Libros del Registro que no estén todavía digitalizados. Salvo esa excepción, la LRC impone un nuevo sistema de publicidad formal basado exclusivamente en dos pilares:

- la certificación, y
- el acceso de las Administraciones públicas al Registro.

Combinando la LRC/57 art.6 y 7, se han establecido una serie de **reglas de juego** que deben tenerse en cuenta:

1. Se regula la **expedición de certificaciones registrales**, como medio de prueba formal del estado civil, si bien, el único soporte habitual para solicitarlas y expedirlas será electrónico. Este medio, que hasta la fecha es el medio prioritario para la prueba del contenido del Registro, seguirá siéndolo para el tráfico jurídico entre particulares, pero pasará a convertirse en medio supletorio en las relaciones con las Administraciones públicas con la nueva LRC.

Las certificaciones, pueden ser **literales**, o en extracto, debe expedirlas el encargado del Registro, y hacen prueba de los hechos y actos inscritos en el Registro (LRC/57 art.2 y 6). En caso de discrepancia entre el contenido de Registro y la certificación, primará lo dispuesto en el Registro, del que la certificación ha de ser copia.

2. Nada se dice acerca del **acceso de las Administraciones públicas y de los funcionarios** en el cumplimiento de sus funciones a los datos del Registro, lo que sí hace la nueva LRC de tal modo que se convierte en medio preferente de obtención de información registral, salvo excepcionalmente, en aquellos casos en que los datos no obren en poder de las Administraciones o fuera imposible obtenerlos electrónicamente (LRC art.15.2).

3. Se regula un régimen de publicidad restringida para los **datos especialmente protegidos** (recogidos en la LRC/57 art.2 «con las excepciones que prevean ésta u otras leyes») a los que solo puede acceder el interesado, o las personas a quienes aquel haya autorizado. Tras su muerte, solo el juez de primera instancia podrá autorizar el acceso a dichos datos (LRC/57 art.6).

4. La **publicidad de las anotaciones**, que se hará mediante testimonio en el que se refleje su carácter de declaraciones con simple valor de presunción, sigue las mismas reglas y está sujeta a las mismas restricciones previstas en la Ley para las inscripciones (LRC/57 art.2 y 38).

5501 Rectificación de asientos

Para instar la rectificación de los asientos registrales (LRC/57 art.92 a 97), se distinguen **dos tipos de procedimientos**:

- para la rectificación de las inscripciones, la ley exige la incoación de un **procedimiento judicial**, que finalice con un pronunciamiento definitivo sobre cuál ha de ser la realidad que acceda o se mantenga en el Registro;
- para discordancias de menor importancia o formales, se establece la interposición de un **expediente gubernativo** (regulado en la LRC/57 art.93 a 97).

Para la **modificación de las inscripciones** es preciso que recaiga sentencia firme (LRC/57 art.92), que es título suficiente en el que puede basarse la inscripción o rectificación del asiento registral (L 20/2011 art.27.2). El interesado podrá solicitar la inscripción o rectificación basada en el contenido de la sentencia. El Juez competente para la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes, civiles o canónicas, sujetas a inscripción, deberá promover ésta, y a tal efecto, remitirá testimonio bastante al encargado del Registro (LRC/57 art.25).

La LRC/57 art.3) exige que se inste la **rectificación del Registro** cuando se impugne judicialmente algún hecho inscrito. Este precepto es genérico y aplicable a cualquier inscripción relativa a un estado civil que sea discordante con la realidad extrarregistral, más allá de una simple discrepancia formal. En este juicio sobre rectificación del Registro no tiene lugar la restricción de pruebas que establece la LRC/57 art.2 («sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar el asiento, se admitirán otros medios de prueba»). La LEC art.781 bis , regula solo la impugnación judicial, mediante recurso, de las resoluciones de la DGRN, que podrá hacerse por vía contenciosa (si son referentes a la nacionalidad) o por vía civil (ante el juez de primera instancia de la capital del domicilio del recurrente, ex LEC art.52.1.17).

A diferencia de la regla general de que la inscripción en el Registro es declarativa, la rectificación del asiento anterior o la nueva inscripción derivada de la sentencia judicial, solo tendrá **efectos erga omnes** a partir de su inclusión en el Registro (LEC art.222.3 párrafo 2º). Además esta sentencia no puede ser objeto de ejecución provisional (LEC art.525.1.1º), por lo que debe esperarse a la firmeza de la misma para poderse inscribir en el Registro.

5503 Expedientes gubernativos

Denominados **registrales** en la LRC, a ellos se dedica la LRC/57 art.93 a 97. Los supuestos en los que cabe incoar dicho expediente se recogen en LRC/57 art.93 a 96:

1. En la LRC/57 art.93 se recogen tres hipótesis que se unen más que por el dato o circunstancia que puede ser rectificado, por «los concretos medios probatorios de los que dispondrá el instructor y sobre los que recae la valoración del resolutorio»:

- Las **menciones erróneas de identidad**,

- la **indicación equivocada del sexo** o

- cualesquiera **otros errores** que puedan evidenciarse por su confrontación con otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente, es decir, por el propio contraste con otros datos registrales inscritos previamente.

Estos tres distintos supuestos se han unido en uno, con dicción más general, en la LRC art.91.1.a, que se refiere a la rectificación de menciones erróneas de los datos que deban constar en la inscripción. Caben aquí por lo tanto todos los errores, ya sean relativos a la identidad, al sexo o derivados de la transcripción de datos ya contenidos en otras inscripciones previas.

Junto a estos casos, la LRC/57 art.93.2 incluye también la rectificación del sexo, no introducida por error, sino derivada de **un cambio de sexo posterior al nacimiento** (los casos de disforia de género). Este supuesto se ha reconducido a la LRC art.91.2, que ha incluido como **requisitos** para la resolución favorable de la rectificación el cumplimiento de aquellos previstos en la L 3/2007 art.4 que son dos:

- que el interesado haya sido diagnosticado de disforia de género;
- que haya sido tratado médicamente por ello durante dos años, sin que se exija la realización de cirugía de reasignación sexual.

Dado que en este caso la rectificación no procede de un error previo, sino de una modificación posterior al nacimiento (momento en que se inscribió el sexo del recién nacido), su inscripción tiene carácter constitutivo.

2. En la LRC/57 art.94 se recogen dos supuestos que tienen en común el que se van a utilizar medios probatorios distintos de aquellos que constan en el propio Registro, pero que son suficientes para causar inscripción (conforme a la L 20/2011 art.27). Se trata de **rectificar errores** que se manifiestan al contrastarlo con el documento del que trae causa la inscripción, o bien las rectificaciones procedentes de la modificación o alteración posterior del documento público o eclesiástico (por ejemplo, por modificación de la sentencia de nulidad o divorcio) en que se basó dicha inscripción. Rectificado el documento del que deriva la inscripción, esta ha de seguir su ejemplo. En estos casos, para resolver el expediente, se requiere el dictamen favorable del **Ministerio Fiscal**.

El contenido de la LRC/57 art.94 se ha trasladado a la LRC art.92.1, apartados b y c, con la única diferencia de que se ha eliminado la exigencia del dictamen previo del Ministerio Fiscal.

5505 3. En la LRC/57 art.95 se contienen otros supuestos que deben resolverse mediante expediente gubernativo, cuyo nexo de unión radica en que se trata de casos en los que se pretende una modificación diferente del Registro, para lograr la **exactitud registral** mediante la integración o supresión del asiento, o la corrección de defectos formales, o la inscripción fuera de plazo:

- Completar inscripciones firmadas con circunstancias no conocidas en la fecha de aquéllas.
- Suprimir las circunstancias o asientos no permitidos o cuya práctica se haya basado de modo evidente, según el propio asiento, en título manifiestamente ilegal.
- Corregir en los asientos los defectos meramente formales, siempre que se acrediten debidamente los hechos de que dan fe.
- Corregir faltas en el modo de llevar los libros que no afecten directamente a inscripciones firmadas.
- Practicar la inscripción fuera de plazo.
- Reconstruir las inscripciones destruidas.

4. Para concluir con lo relativo a los expedientes registrales, la LRC/57 art.93 prevé que se tramite expediente gubernativo para realizar declaraciones con valor de simple presunción, que se incorporarán al Registro mediante anotación. Acoge **cuatro supuestos** que son:

- que no ha ocurrido un determinado hecho que pueda afectar al estado civil, la nacionalidad o vecindad o
- cualquier estado si no consta en el Registro,
- el domicilio de los apátridas y
- la existencia de hechos que no puedan acceder al Registro por causa de fuerza mayor.

Estos cuatro supuestos se recogen literalmente en la LRC art.92.1.a-d.

Se añade a ellos un **quinto supuesto** relativo a los **matrimonios** cuya celebración conste pero que no puedan ser inscritos por falta de acreditación de los requisitos legalmente exigidos.

Precisiones

Con la LRC, al convertir definitivamente los expedientes registrales en materia administrativa (al sujetarlos a la LRJPAC, referencia que debe interpretarse hecha ahora a la LPAC), se han terminado los problemas de encaje y colisión entre la función judicial del juez encargado del Registro y el posible control administrativo de su actuación por la DGRN al resolver un recurso de alzada interpuesto contra una calificación registral o un expediente gubernativo. En la LRC, la competencia para resolver el expediente registral se sigue atribuyendo al encargado del Registro correspondiente (LRC art.88.1), pero esta figura ya no pertenece a la carrera judicial, sino que debe ser un letrado de la Administración de Justicia (o funcionario licenciado en derecho del grupo A1 del Ministerio de Justicia), y la tramitación del mismo se somete a las reglas y procedimiento administrativo (LRC art.88.2).

5507 Impugnación judicial de hechos o actos inscritos

Tal como prescribe la LRC/57 art.3, en caso de impugnación judicial del contenido registral, se exige que se inste también la rectificación de la inscripción en que figura el hecho impugnado. La impugnación ha de basarse en la existencia de una **discrepancia entre el hecho inscrito y la realidad extrarregistral**, que genera una inexactitud que debe combatirse, mediante la destrucción de la presunción de veracidad registral. Dicha inexactitud puede ser originaria o sobrevenida.

Si la impugnación judicial prospera, deberá procederse a la **rectificación de la inscripción**, mediante un asiento de cancelación, y una posterior inscripción que sea acorde con la realidad extrarregistral que ha quedado probada.

Si el interesado pretende hacer valer una realidad extrarregistral en un procedimiento judicial en contra de una certificación registral, podrá instarse la impugnación de la inscripción registral mediante una cuestión prejudicial. LRC/57 art.4, y reenvío a la LEC en la LRC: LEC art.42 (en relación con la jurisdicción contenciosa, y por tanto con las inscripciones de nacionalidad) y art.43 (para todas las demás cuestiones relativas al estado civil, sometidas a la jurisdicción civil).

Derecho mercantil

5570	Sección 1. Estatuto jurídico del empresario	5580
	1. Empresario	5585
	2. Empresario individual. Ejercicio de la empresa por persona casada	5595
	3. Deber de contabilidad	5600
	4. Publicidad registral	5615
	5. Colaboradores del empresario	5622
	6. Responsabilidad civil del empresario	5635
	Sección 2. Derecho de la competencia. Propiedad industrial	5640
	1. Derecho de la competencia	5642
	2. Defensa de la competencia	5646
	3. Competencia desleal	5660
	4. Propiedad industrial	5685
	Sección 3. Derecho de sociedades	5710
	1. Sociedades mercantiles	5715
	2. Formas de sociedades mercantiles	5717
	3. Sociedades de capital	5719
	Sección 4. Contratos y operaciones mercantiles	5820
	1. Compraventa mercantil	5821
	2. Contratos de colaboración interempresarial	5831
	3. Contratos bancarios	5843
	4. Contrato de transporte	5860
	5. Contrato de seguro	5872
	Sección 5. Fiscalidad de los contratos	5880
	1. Planteamiento	5885
	2. Contrato de compraventa	5888
	a. Tributación directa	5890
	b. Tributación indirecta	5900
	3. Arrendamientos de viviendas y locales de negocio	5915
	a. Impuesto sobre la renta de las personas físicas	5919
	b. Impuesto sobre Sociedades	5935
	c. Impuesto sobre la renta de no residentes	5936
	d. ITP y AJD	5937
	e. Impuesto sobre el Valor Añadido	5942
	Sección 6. Títulos valores	5950
	1. Concepto y caracteres	5952
	2. Clasificación	5954
	3. Letra de cambio	5957
	4. Cheque	5974
	5. Pagaré	5976
	Sección 7. Concurso de acreedores	6000
	1. Acuerdos de refinanciación	6005
	2. Acuerdo extrajudicial de pagos	6040
	3. Concurso de acreedores	6060

Estatuto jurídico del empresario

5580	1. Empresario	5585
	2. Empresario individual. Ejercicio de la empresa por persona casada	5595
	3. Deber de contabilidad	5600
	4. Publicidad registral	5615
	5. Colaboradores del empresario	5622
	6. Responsabilidad civil del empresario	5635

1. Empresario

5585 Desde una perspectiva económica, es común entender por empresario la persona que organiza la empresa, pero el concepto de empresario tiene también gran importancia para el Derecho. El Código de comercio de 1885 -aún vigente- utiliza el término **comerciante** aunque no solo integra el ejercicio del comercio en sentido estricto, sino el general de la actividad industrial y mercantil (CCom art.1). En este sentido, en la reciente legislación mercantil especial el término comerciante es sustituido por el de empresario, entendido como titular de la empresa y protagonista de cuantas relaciones tengan relevancia para el Derecho.

Desde la perspectiva jurídica, el **concepto** de empresario viene caracterizado por tres notas esenciales:

1. **Organización**: el empresario se caracteriza por ejercer una actividad consistente en la organización de determinados elementos materiales y personales necesarios para realizar y mantener el proceso productivo.

2. **Profesionalidad**: la actividad organizadora del empresario ha de ser constante, duradera, continuada. El propio Código de comercio recurre a la expresión dedicación habitual (CCom art.1.1) para referirse a esta nota esencial del concepto.

3. **Imputabilidad**: el empresario, como titular de la empresa; es el centro de imputación jurídica de la actividad económica que realiza. El empresario es jurídicamente el titular de la empresa, por lo que atrae sobre sí las consecuencias de su actividad. Por ello, no son empresarios aquellos que no realicen la actividad económica organizada y profesionalmente en nombre propio (administradores, gerentes, tutor del menor empresario...).

5587 Uno de los criterios más importantes de **clasificación** de la figura del empresario, es el que distingue entre empresario **individual** (persona física) y empresario **social** (persona jurídica). Entre estos últimos los más relevantes son las personas jurídicas que han llegado a tal condición constituyéndose como sociedades mercantiles, aunque nada impide que personas jurídicas de otra naturaleza puedan adquirir la condición de empresarios siempre y cuando reúnan las características indicadas.

También se puede distinguir entre empresario **privado** y empresario **público**, delimitándose esta segunda condición por la existencia de personas jurídico-públicas que ejercitan una actividad similar a la desarrollada por los empresarios privados, sobre la base del reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica (Const art.128.2). Se entiende que existe empresario público cuando la actuación no es desplegada directamente por el órgano administrativo, sino por un ente diverso creado por la administración pública correspondiente para el ejercicio de una actividad similar a la que realizan profesionalmente y en nombre propio los empresarios privados.

La Const art.38 reconoce la **libertad de empresa** en el marco de la economía de mercado. Por tanto, toda persona física o jurídica puede, en principio, alcanzar la condición de empresario. No obstante, el ejercicio de la actividad empresarial exige unos concretos requisitos de capacidad, y aun personas con suficiente capacidad pueden incurrir en determinadas prohibiciones o restricciones para la adquisición de la condición de empresario. Mientras que los requisitos de capacidad hacen referencia a carencias subjetivas, las prohibiciones para el ejercicio del comercio, que presuponen la capacidad, se refieren a cuestiones objetivas o de moralidad general. La ley, en determinados supuestos, establece **prohibiciones** absolutas, para todo tipo de comercio, y en todo el territorio nacional, como la establecida en determinadas leyes especiales (CCom art.13.3) para los ministros, subsecretarios, directores generales y asimilados. Mientras que en otros establece prohibiciones relativas, esto es, referidas a un tipo determinado de comercio, como la establecida al socio colectivo (CCom art.136 y 137) y al factor, apoderado general, o gerente (CCom art.288), o a un territorio concreto, como la impuesta, en los límites territoriales en que se desarrollan sus funciones, a magistrados, jueces, fiscales, gobernadores civiles y militares, el personal de la AEAT (CCom art.14).

5590 La libre iniciativa económica tutelada constitucionalmente (Const art.38) no impide la intervención del Estado para controlar el ejercicio de dicha actividad (Const art.131.1). Una de las formas más características de control

es la necesidad de obtener la previa **autorización administrativa** para poder ejercitar determinadas actividades económicas en función, normalmente, de su trascendencia.

Finalmente, es evidente que el sujeto que ejercita la actividad de empresa puede cesar en dicho ejercicio como consecuencia de diversas causas. Pero la condición de empresario no se pierde súbitamente, sino una vez realizados determinados trámites previos, que suelen denominarse liquidación de la empresa. La **pérdida de la condición de empresario** puede también producirse por transmisión del establecimiento a un tercero, por incapacidad o incompatibilidad sobrevenidas y, naturalmente, por fallecimiento. En este último caso los herederos, una vez aceptada la herencia, podrán continuar la actividad empresarial de su causante y, consecuentemente, adquirir la condición de empresarios aunque fueren menores de edad o estuvieren incapacitados, siempre que concurren sus representantes legales para suplir su incapacidad (CCom art.5). Si se trata de un empresario social, cesará en su actividad económica ordinaria con la disolución, que abre el período liquidatorio, si bien debe tenerse en cuenta que la sociedad conserva intacta su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza.

2. Empresario individual. Ejercicio de la empresa por persona casada

5595 El Código de comercio establece que tendrán **capacidad legal** para el ejercicio habitual del comercio todas aquellas personas físicas que reúnan dos **condiciones**:

- que sean mayores de edad; y
- que tengan la libre disposición de sus bienes (CCom art.4).

5596 En consecuencia, **puede ser empresario** individual cualquier persona que haya cumplido 18 años (Const art.12 y CCom art.315) y que no esté incurso en causa legal de incapacitación. No obstante, el Código, en consideración al principio de conservación de la empresa, prevé que los menores o incapacitados continúen el comercio que hubieren ejercido con anterioridad sus padres o causantes (CCom art.5). En este caso, el **representante legal** ejercerá el comercio, pero no en nombre propio, sino en el de su representado. Por tanto, la condición de empresario la adquiere el menor o el incapacitado.

5597 El **matrimonio**, cuando se ha contraído bajo el régimen económico de gananciales, que por ministerio de la ley se aplica supletoriamente en el régimen general ante el silencio de los contrayentes, produce importantes efectos patrimoniales en los cónyuges. Cuando alguno de ellos posee la condición de empresario, se plantea el problema del alcance de su responsabilidad. El Código Civil establece que todo deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros (CC art.1911). Pero hay que precisar si esta **responsabilidad patrimonial universal** se extiende exclusivamente a los bienes propios del empresario, o comprende también los bienes comunes patrimoniales (ganancialidad) o, incluso, si puede alcanzar los bienes privativos del cónyuge no empresario.

El Código de comercio establece que en caso de ejercicio del comercio por persona casada quedarán obligados a las resultas del mismo los **bienes propios** del cónyuge que lo ejerza, y los **bienes comunes** adquiridos como consecuencia de la actividad empresarial (bienes comunes comerciales). Para que los bienes comunes no comerciales (los restantes bienes comunes) queden obligados a responder por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (CCom art.6), esto es, debe consentir tanto el empresario como el no empresario. Ahora bien, el consentimiento necesario para obligar los bienes comunes no comerciales se presumirá otorgado en todos aquellos casos en que se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba consentir (CCom art.7), y también cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (CCom art.8). El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge no comerciante debe ser prestado precisa y únicamente por el cónyuge no comerciante, y, además, debe ser expreso en cada caso (CCom art.9), esto es, no será válido el consentimiento prestado genéricamente para una pluralidad de operaciones. De otro lado, se reconoce al cónyuge del comerciante la facultad de revocar libremente los consentimientos expresos o presuntos referidos (CCom art.10), si bien esta revocación no podrá afectar a los derechos adquiridos con anterioridad y, para afectar a terceros, deberá constar en escritura pública inscrita en el RM (CCom art.11).

3. Deber de contabilidad

5600 La contabilidad no interesa solo al empresario sino también al mismo Estado, a sus acreedores, a los socios, en su caso, y a los trabajadores de la empresa. El Código de comercio contiene la regulación sobre la contabilidad en el CCom art.25 a 49 , integrados en el Título III del Libro Primero, bajo la rúbrica «De la contabilidad de los empresarios», y que se **estructura** en tres secciones:

- la primera referida a los **libros** de los empresarios (CCom art.25 a 33);

- la segunda referida a las **cuentas** anuales (CCom art.34 a 41); y
- la tercera que regula la presentación de las cuentas de los **grupos** de sociedades (CCom art.42 a 49).

5602 Libros de los empresarios

La contabilidad deberá llevarse por todos los empresarios de forma ordenada y adecuada a su empresa, de modo tal que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. La contabilidad deberá ser llevada directamente por el empresario o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquellos; presumiéndose la autorización salvo prueba en contrario (CCom art.25.2). Deben distinguirse los llamados libros obligatorios, los libros especiales y los libros facultativos. Los libros **obligatorios** los impone la ley a todos los empresarios (CCom art.25) y son los siguientes:

1. El libro de inventarios y cuentas anuales, que se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa, es decir con el inventario detallado de la misma, y en el que, al menos con una periodicidad trimestral, se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación, así como el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales (CCom art.28.1).

2. El libro diario, que registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, si bien será válida la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate (CCom art.28.2).

5604 Además de estos libros obligatorios, la ley impone en ocasiones la llevanza de determinados libros para ciertos empresarios, los llamados **libros especiales**, entre los que destacan los libros de actas (CCom art.26.1) y los libros de socios. Finalmente, el empresario puede llevar voluntariamente cuantos libros ayuden a la llevanza de la contabilidad: son los llamados libros voluntarios (CCom art.28.2)

Los libros que recogen la contabilidad del empresario deben ser **legalizados**, operación consistente en que el Registro Mercantil haga constar en el primer folio de cada uno de ellos una diligencia firmada expresando el número total de ellos que tuviere, sellándose, además, todas sus hojas. Esta legalización de los libros contables, dada la habitualidad de la llevanza de la misma por medios informáticos, puede realizarse de **dos modos diferentes**:

- antes de su utilización (CCom art.27.1);

- o bien después de realizadas las pertinentes anotaciones, pues se permite la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los 4 meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio (CCom art.27.2). Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil pormenoriza y completa el procedimiento a seguir para esta legalización (RRM art.329 a 337).

5606 En cualquier caso, y según dispone el CCom art.29 , la **llevanza de los libros contables**, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, debe hacerse con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras. Deberán salvarse a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables. No podrán utilizarse abreviaturas o símbolos cuyo significado no sea preciso con arreglo a la Ley, al reglamento o la práctica mercantil de general aplicación. Las anotaciones contables deberán ser hechas expresando los valores en euros.

Por lo que se refiere a la **conservación de la contabilidad**, dispone el CCom art.30.1 que los empresarios o, en su caso, sus herederos, «conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante 6 años a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales». El cese del empresario en el ejercicio de su actividad mercantil no le exime de este deber, y en el supuesto de disolución de sociedades, serán los liquidadores los obligados a esta conservación (CCom art.30.2 y RRM art.247.5).

5607 La contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes (CCom art.32.1). No obstante, el mismo Código prevé el **conocimiento por terceras personas** de la contabilidad a través de dos vías:

1. La comunicación o reconocimiento general de los libros y demás documentos, solo puede decretarse por el juez, de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, concurso de acreedores, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo (CCom art.32.2).

2. Por su parte, la **exhibición** de los libros o documentos contables, que se contraerá únicamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate, solo podrá decretarse a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición (CCom art.32.3).

5608 En cualquiera de los supuestos mencionados, el **examen de la contabilidad** se hará en el establecimiento del empresario, en su presencia o en la de la persona que comisione, debiendo adoptarse las medidas oportunas para la debida conservación y custodia de los libros y documentos (CCom art.33.2). Y, como quiera que la contabilidad exige especiales conocimientos técnicos para su examen e interpretación, dispone el Código que la persona a cuya solicitud se decrete el examen de la contabilidad podrá servirse de auxiliares técnicos en la forma y número que el juez considere necesario (CCom art.33.2).

5609 Cuentas anuales

Con la finalidad de establecer periódicamente los beneficios obtenidos o pérdidas ocasionadas en el ejercicio de la actividad empresarial, el Código de comercio impone al empresario el deber, al **cierre del ejercicio**, de formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria, añadiendo que estos documentos forman una unidad. El estado de flujos de efectivo no será obligatorio cuando así lo establezca una disposición legal (CCom art.34.1). Además, los grupos de sociedades, e incluso cualquier persona física o jurídica dominante, pueden presentar sus cuentas anuales **de forma consolidada**, de forma que la sociedad principal o dominante presente no solo sus propias cuentas, sino también las de todas las sociedades (CCom art.42 a 49).

Las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales (CCom art.34.2), precepto que muestra la preocupación del legislador por la transparencia y nitidez en esta materia, principio esencial de la moderna contabilidad. En esta línea, el mismo CCom art.34.3 , dispone que si la aplicación de las disposiciones legales no fuera suficiente para mostrar la **imagen fiel** de la empresa se suministrarán las informaciones complementarias precisas para alcanzar este resultado.

5610 Aunque la preparación y redacción de las cuentas puede encomendarse a expertos, el Código hace responsable de las mismas al propio empresario, estableciendo que deberá firmarlas si es persona individual; si fuera sociedad colectiva o comanditaria deberán firmarlas todos los socios ilimitadamente responsables, y si se tratara de sociedad anónima o limitada todos los administradores de la misma (CCom art.37.1). Si faltara alguna de estas firmas, se señalará en los documentos que se hubiera omitido, con expresión de la causa, e, igualmente, se hará constar la fecha en que se hubieren formulado (CCom art.37.2 y 37.3). Las cuentas anuales, que forman una unidad, están compuestas por **cinco documentos fundamentales**:

1. El **balance** comprenderá de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto (CCom art.35.1). El balance es un cuadro comparativo de los saldos de las diferentes cuentas, que sintetiza la situación patrimonial de la empresa y permite la averiguación de si se han producido beneficios o pérdidas durante el ejercicio.

2. La **cuenta de pérdidas y ganancias** debe comprender, «el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación, de los que no lo sean» (CCom art.35.2). La cuenta de pérdidas y ganancias complementa y amplía la información suministrada por el balance, ya que permite determinar, no el simple resultado del ejercicio, sino las concretas causas que han conformado ese resultado.

3. El **estado** que muestre los **cambios en el patrimonio neto** recogerá, de un lado, los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, y, dentro de otro lado, todos los movimientos habidos en el patrimonio neto (CCom art.35.3).

4. El **estado de flujo de efectivo** pondrá de manifiesto, debidamente ordenadas y agrupadas por categorías, los cobros y los pagos realizados por la empresa (CCom art.35.4)

5. La **memoria** «completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos» (CCom art.35.5).

5612 La **valoración de los elementos** que integran las distintas partidas deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados estableciendo, a continuación, una serie de **reglas** de valoración (CCom art.38.1), entre las que destacan:

1. Se presumirá que la **empresa** sigue **en funcionamiento** (CCom art.38.1.a), por lo que «no se variaran los criterios de valoración de un ejercicio a otro».

2. Se seguirá el principio de **prudencia valorativa** que obligará a contabilizar solo los beneficios realizados en la fecha de su cierre y, a tener en cuenta todos los riesgos previsibles.

3. Se imputarán al **ejercicio** al que las cuentas anuales se refieran los gastos e ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o cobro.

4. Se **valorarán separadamente** los elementos integrantes de las cuentas anuales.

5. Los activos se contabilizarán por el **precio de adquisición**, o por el coste de producción y los pasivos por el valor de la contrapartida recibida a cambio de incurrir en la deuda.

La **veracidad** de las **cuentas** del empresario, formuladas conforme determinan las normas legales se trata de garantizar mediante la intervención de los auditores, profesionales cualificados e independientes, que utilizan técnicas de revisión contable, a fin de emitir un informe que confirme, o no, la veracidad de las cuentas. Esta consiste en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados en el período examinado, así como en la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas.

4. Publicidad registral

5615 El **Registro Mercantil** es una institución administrativa que tiene por objeto la publicidad oficial de las situaciones jurídicas de los empresarios en él inscritos. Los empresarios tienen obligación de comunicar una serie de informaciones que se consideran esenciales para el tráfico jurídico, y el registro mercantil permite dar publicidad a dicha información con el propósito de otorgar una mayor seguridad jurídica y económica en el tráfico. Su regulación se encuentra en CCom art.16 a 24 y en el RRM modificado en sucesivas ocasiones.

El Registro Mercantil sigue un sistema de **hoja personal** en la que se efectuarán todas las inscripciones que la ley determine. Son **objeto de inscripción** en el Registro Mercantil los empresarios individuales y sociales así como determinados actos y contratos de los mismos que establezca la ley.

5616 La **inscripción** en el Registro Mercantil tiene carácter obligatorio, salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario, tal es el caso de los empresarios individuales cuya inscripción es potestativa, salvo en el caso del naviero que es obligatoria (CCom art.19.1)

El Registro Mercantil es público, de hecho su función primordial es ser un instrumento de publicidad. Cualquier persona puede solicitar y obtener por personación en la oficina, por correo o por vía telemática en la página del Registro Virtual del colegio de registradores los siguientes documentos públicos, Notas simples, que solo tienen valor informativo y certificaciones, que van firmadas por el registrador y son el único medio de acreditar fielmente el contenido del Registro Mercantil

La Ley además atribuye otras **funciones al Registro Mercantil**, como son la legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos independientes para la valoración de las aportaciones no dinerarias a sociedades anónimas o comanditarias por acciones, para los supuestos de fusión o escisión y en el marco de los acuerdos de refinanciación cuando el deudor o los acreedores lo soliciten (LCon art.71 bis), el nombramiento de auditores solicitado por los administradores o por cualquier socio cuando la junta general no los hubiese designado antes de que finalice el ejercicio a auditar o en otros supuestos previstos por la Ley (RRM art.350 s.), y el depósito y publicidad de las cuentas anuales de las sociedades de capital y de los grupos de sociedades.

5618 El Registro Mercantil se rige en su funcionamiento por los **principios de prioridad** que significa que inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él. Esto supone que el documento que acceda antes al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad. El principio de legalidad que determina que el registrador, calificará bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de quienes los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro y de tracto sucesivo que supone que para inscribir actos o contratos relativos a un empresario o una sociedad será precisa la previa inscripción del empresario o sociedad; para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de estos, y para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de estos.

En otro orden de cuestiones, el RM cumple una eficacia legitimadora con relación a los actos y contratos inscritos. El contenido del Registro se presume exacto y válido (CCom art.20). Los asientos del registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. Sin embargo la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a derecho. En caso de que se declare que el contenido del Registro Mercantil no es exacto o es nulo, esto no puede perjudicar los derechos que adquirieron otros sujetos de buena fe conforme a derecho.

5619 Por otra parte, el RRM art.9 se refiere a la denominada **oponibilidad**. Los actos sujetos a inscripción, una vez inscritos, serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en adelante, BORME), a partir de los 15 días siguientes a la publicación de la inscripción en el BORME. La inscripción de por sí produce efectos respecto al hecho inscrito y no afecta a dichos efectos su oponibilidad respecto a terceros. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los 15 días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. En caso de discordancia entre el contenido

de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Se presume la buena fe del tercero en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción. La falta de inscripción no podrá ser invocada por quien esté obligado a procurarla.

En cuanto a la eficacia de inscripción respecto del hecho inscrito, es preciso señalar que con carácter general la inscripción tiene **eficacia declarativa** respecto al hecho o al acto inscrito, de modo que la situación jurídica recogida en el registro se perfecciona por regla general, con independencia de él. En otros casos la inscripción se dice que es constitutiva, ya que sirve para perfeccionar determinada situación jurídica, constituye uno de los requisitos de forma esenciales para perfeccionar determinada situación jurídica.

5. Colaboradores del empresario

5622 En el ejercicio de su actividad, el empresario ha de servirse necesariamente de la colaboración de otras personas que puede ser realizada por personas que se encuentran en situación de **independencia** (agentes, mediadores, comisionistas, etc.). Se trata de una colaboración realizada por otros empresarios mediante los llamados **contratos** de agencia, de mediación o de comisión. A su lado, se encuentra la colaboración prestada de forma estable y dependiente por los llamados colaboradores subordinados. Dentro de esta categoría de colaboradores subordinados, hay que diferenciar entre aquellos cuya colaboración consiste en la simple prestación de servicios al empresario y aquellos otros que entran en relaciones contractuales con terceros por cuenta del empresario. La diferencia fundamental entre ambos estriba en el poder conferido a los segundos para realizar actos jurídicos en nombre y por cuenta del empresario. Solo estos merecen la calificación de auxiliares de la empresa: sujetos que, vinculados de forma estable o permanente a un empresario, gozan de un poder de representación y tienen como función facilitar la actuación del empresario en el tráfico.

5623 Los **auxiliares de la empresa** se clasifican, atendiendo a la extensión de sus poderes, en apoderados generales y singulares. El **apoderado general** es el factor; los **apoderados singulares** son el dependiente y el mancebo. Mientras el factor recibe un **poder general** para actuar en el tráfico en nombre y por cuenta del empresario, el dependiente y el mancebo gozan de **poderes específicos**: el dependiente está facultado para realizar las operaciones propias de un ramo o sector del negocio y el mancebo para realizar alguna operación específica. La relación que une al empresario con sus auxiliares tiene un doble aspecto: les vincula una relación laboral y también una relación de apoderamiento. Desde este punto de vista, la característica fundamental de los auxiliares del empresario es que gozan de los poderes necesarios para el ejercicio de su función, sin necesidad de un otorgamiento expreso. Aunque el poder del auxiliar tiene su origen y su extensión en el negocio jurídico por el que se le encomienda el ejercicio de determinadas funciones, ese poder se presenta configurado con un contenido presuntivo, de modo que el auxiliar puede realizar todos los actos que integran su función. La razón de ello es la protección de la buena fe de los terceros, ante la apariencia que genera la actuación del auxiliar en el tráfico.

5624 Factor

El factor es un apoderado general para la realización de los **actos relativos al giro y tráfico de la empresa** (CCom art.281). El factor asume una posición semejante a la del empresario, pues goza de un poder general, bien en relación con la totalidad de la empresa, bien respecto de una sucursal (factoría). El factor es el auxiliar del empresario que depende directamente del principal, sin ningún intermediario jerárquicamente superior. Por ello, se le exige la misma **capacidad** que a este (CCom art.282). Como los demás auxiliares, el factor tiene la obligación de cumplir su cometido con la diligencia de un buen comerciante, por lo que responderá frente al principal de cualquier perjuicio que le cause por haber procedido con malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubiere recibido (CCom art.297). En especial, salvo consentimiento del principal, el factor **no puede** delegar en otro sus funciones y en caso de hacerlo responderá directamente de las gestiones del sustituto y de las obligaciones contraídas por este (CCom art.296). Por su posición al frente de un establecimiento, el factor está **obligado** a no hacer competencia al principal, salvo autorización expresa de este, de modo que no podrá realizar actividades del mismo género de las que haga a nombre de su principal (CCom art.288). En caso de incumplimiento de esa prohibición, los beneficios de la negociación serán para el principal y las pérdidas a cargo del factor (CCom art.288). La ley exige que el factor tenga poder de la persona por cuya cuenta intervenga en el tráfico (CCom art.282). El **poder** puede conferirse de forma verbal o por escrito, tanto en documento privado como en documento público; pero deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil cuando el empresario esté inscrito. El empresario no inscrito no podrá inscribir los poderes de su factor. El poder conferido a un factor no se extingue por la muerte de su principal, sino que subsiste mientras no sea expresamente revocado (CCom art.290), lo que denota una preocupación del legislador por la conservación de la empresa. Por otra parte, la **revocación** del poder deberá ser expresa: en la relación interna (factor principal) solo producirá efectos cuando llegue a conocimiento del factor por cualquier medio legítimo. Frente a terceros, cuando se publique en el BORME, en caso de factor inscrito, y cuando llegue a su conocimiento (por medio de anuncios, circulares, notificaciones, etc.), en caso de factor no inscrito. Por lo que respecta al ámbito de su poder de representación, para que el principal quede obligado por los actos del factor, es preciso que este haya

actuado dentro de su ámbito de apoderamiento o que resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que este aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos (CCom art.286). Con respecto al ámbito del apoderamiento del factor puede afirmarse lo siguiente:

- 5626 **a)** El poder **ha de ser general**, para actuar en el tráfico, pues en otro caso se desnaturalizaría su figura.
- b)** El poder es **limitado**, en el sentido de que se extiende solo al giro y tráfico de la empresa (CCom art.281, 283 y 286), y no a otras cuestiones relativas a la actividad de empresario, salvo que el principal le atribuya expresamente más facultades.
- c)** El poder es **limitable** por el principal, ya que el código señala que el gerente de un establecimiento puede estar autorizado con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario (CCom art.283). Ahora bien, esa norma se refiere solo al factor con poderes inscritos, y no al denominado factor notorio. En efecto, el CCom art.286 establece que los contratos celebrados por el factor de un establecimiento cuando notoriamente pertenezca a una empresa, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa, aun cuando se alegue transgresión de facultades, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento.
- 5627 Los **efectos de los actos y contratos** realizados por el factor dependen también de la forma en que ejerce su poder de representación. En este sentido, el factor puede actuar en nombre y por cuenta del principal (representación directa) o en nombre propio pero por cuenta del principal (representación indirecta). El factor debe negociar y contratar en nombre de su principal y en todos los documentos que suscriba en tal concepto expresará que lo hace con poder o en nombre de la persona que represente (CCom art.284); pero se prevé la posibilidad de que realice contratos en nombre propio y por cuenta del principal (CCom art.287). Finalmente, hay que tener en cuenta la **especialidad** -también en este punto- del antedicho factor notorio.
- a)** Si el factor **contrata a nombre de su principal**, recaerán sobre este todas las obligaciones que contraiga (CCom art.285). Se producen, pues, los efectos propios de la representación directa, es decir, la vinculación del principal y no del factor por los actos realizados, de forma que cualquier reclamación se hará efectiva solamente en los bienes del principal (CCom art.285). Sin embargo, a esta regla general se añade la excepción de que los bienes del factor y del principal se encuentren confundidos (CCom art.285 *in fine*).
- b)** Cuando el factor **actúe en nombre propio** pero por cuenta del principal (representación indirecta), el tercero contratante podrá dirigir su acción contra el factor y contra el principal (CCom art.287): los efectos de los actos realizados por el factor recaen no solo sobre quien contrató en su propio nombre (el factor), sino también sobre aquel por cuya cuenta se contrató (principal).
- c)** Los contratos celebrados por el **factor notorio** se entenderán hechos en nombre del empresario, aun cuando el factor no lo haya expresado al celebrarlo (CCom art.286).
- 5629 Los auxiliares del empresario que gozan de **poderes singulares** son, en la terminología legal, el **dependiente** y el **mancebo**. La distinción no es tarea fácil, ya que el propio Código de comercio alude a los dependientes como apoderados singulares encargados de alguna o algunas gestiones propias del tráfico del principal y se refiere a los mancebos autorizados para regir alguna parte del giro y tráfico de su principal.

5630 Dependiente

Es aquel apoderado singular con **facultades** para realizar las operaciones propias de una parte o ramo del negocio. Se trata de un concepto amplio que solo puede delimitarse negativamente: respecto del factor, porque su poder no es general, sino relativo a una parte del negocio; respecto del mancebo, porque su poder no se ciñe a la realización de operaciones mercantiles concretas.

5631 Mancebo

Es aquel auxiliar del empresario encargado de realizar una operación mercantil, que en la terminología del tráfico recibe la calificación de dependiente de comercio. El Código de comercio distingue dos supuestos: el de **auxiliar con facultades** para vender y percibir el importe de las ventas en el establecimiento del principal y el del **encargado** de recibir las **mercancías**.

6. Responsabilidad civil del empresario

- 5635 El empresario ejerce una actividad empresarial que comporta un **riesgo** por lo que asume una responsabilidad. El empresario tanto individual como social responde, como todo deudor, con todos sus bienes presentes y futuros (CC art.1911). El **empresario individual** responde no solo con los bienes afectos al ejercicio de la actividad empresarial, sino también con los que no lo están, no hay distinción a estos efectos entre su patrimonio mercantil y el civil. No obstante, para que este tipo de actividades se pueda desarrollar, es imprescindible que el ordenamiento jurídico cree

algún sistema, mediante el cual los empresarios puedan limitar su responsabilidad a una determinada suma definida de antemano. Esta tendencia se ha concretado mediante la admisión de la sociedad anónima o limitada unipersonal.

El **empresario social** responde de forma ilimitada con todo su patrimonio. La responsabilidad del empresario surge en la esfera contractual y extracontractual, bien por el incumplimiento de los contratos realizados con otras personas (CC art.1101 y s.) o bien por los daños causados a otro por culpa o negligencia fuera de este ámbito contractual, conforme a las normas generales contenidas en el CC (CC art.1902 s.), o de acuerdo con normas específicas.

5636 El empresario normalmente no causa personalmente el **daño**, sino que lo hacen sus directivos o empleados, por ello de conformidad con lo previsto en CC art.1903 , el empresario (tanto social como individual) responde en vía civil de los daños causados por sus **dependientes y empleados**. Esta responsabilidad del empresario se basa en su culpa in eligiendo o in vigilando. Los **perjuicios** de los que el empresario debe responder son los causados por sus **dependientes** en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados, o con ocasión de sus funciones. Aunque el propio artículo prevé que la responsabilidad cesará si el empresario empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, la jurisprudencia es de marcado rigor en relación con el empresario, hablando de responsabilidad cuasi objetiva.

Una importante especialidad se plantea en relación con la responsabilidad derivada de productos o servicios frente a los **consumidores** regulada en el texto refundido de la Ley General de defensa de los consumidores y usuarios por el RDLeg 1/2007 . En este sentido se prevé la responsabilidad civil por los daños personales incluida la muerte y los daños materiales siempre que estos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado y no será de aplicación para la reparación de los daños causados por accidentes nucleares siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los estados miembros de la Unión Europea. Se recoge una responsabilidad solidaria frente a los perjudicados tanto del productor (fabricante e importador) como el proveedor que conoce la existencia del defecto, de los prestadores de servicios y de constructores comercializadores de viviendas.

SECCIÓN 2

Derecho de la competencia. Propiedad industrial

5640	1. Derecho de la competencia	5642
	2. Defensa de la competencia	5646
	3. Competencia desleal	5660
	4. Propiedad industrial	5685

1. Derecho de la competencia

5642 Las actuaciones en el mercado se enmarcan en las líneas del sistema económico consagrado en la Constitución española que, a estos efectos, reconoce la **iniciativa privada** y la **libertad de empresa** (Const art.38). La competencia tiene su base en este principio de libertad de empresa: libre acceso al mercado de bienes y servicios y libertad en el ejercicio y en el cese de la actividad. No obstante, esta libertad tiene límites, restricciones y condicionantes. Desde la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales (Const art.128.2), hasta la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general (Const art.128.2) o la expropiación que puede ir referida también a empresas (Const art.33.3). E, igualmente, la libertad en el ejercicio de la actividad empresarial se asienta sobre la libertad de competencia, siempre y cuando se respeten las condiciones que el ordenamiento jurídico fija para conservar y mantener la competencia en el mercado. En efecto, la competencia necesita reglas y condiciones que aseguren su mantenimiento y protección. En caso contrario, se instalaría una competencia salvaje que, finalmente, desembocaría en la restricción o eliminación de la competencia.

Para lograr este objetivo, el mantenimiento de una competencia efectiva, surge históricamente el derecho de la competencia, integrado por una **doble normativa**. De un lado, el derecho de **defensa de la competencia**, orientado, fundamentalmente, a proteger esta de los ataques y abusos que los propios participantes en el mercado pueden llevar a cabo, en la búsqueda de eliminar o reducir la competencia. De otro lado, la **competencia desleal**, dirigida, básicamente, a asegurar que la actuación de los operadores económicos en el mercado, frente a otros competidores, consumidores y en defensa del propio mercado, se desarrolle conforme a reglas de corrección y lealtad. Se trata de dos ámbitos normativos estrechamente relacionados, al conformar, en definitiva, dos bloques del mismo derecho, el derecho de la competencia, dirigido a proteger el mantenimiento efectivo y correcto de esta en el mercado.

5646 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El órgano al que se encomienda la defensa de la competencia frente a las conductas o prácticas que puedan afectarla, en todo o parte del mercado nacional, es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada por L 3/2013, como organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una **competencia efectiva** en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios así como de velar por la aplicación coherente de la Ley. El ámbito territorial de actuación de la Comisión es todo o parte del mercado nacional. Si la afectación es superior -mercado europeo- la conducta quedará sometida a las autoridades comunitarias (si se trata de una práctica prohibida que afecta a los dos mercados conjuntamente se podrán aplicar simultáneamente ambos derechos). Si la afectación es inferior -ámbito autonómico- se dará entrada a las autoridades autonómicas con competencias en comercio interior.

En todo caso, es posible también la **aplicación judicial** de las normas de defensa de la competencia, de manera que los jueces de lo mercantil pueden conocer de las **prácticas colusorias** y del **abuso de posición de dominio**. El **falseamiento de la libre competencia por actos desleales** está previsto para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia pueda conocer de actos desleales especialmente perturbadores para el mercado, ya que el enjuiciamiento de los actos desleales, en otro caso, se atribuye a los jueces de lo mercantil.

La **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** es, por tanto, una entidad de derecho público de carácter independiente, integrada por los siguientes órganos: presidente, y, consejo. La legislación contempla, además, mecanismos de colaboración y cooperación. Así, la Comisión debe coordinarse con los órganos competentes de las CCAA y debe colaborar con los órganos jurisdiccionales y con las autoridades nacionales de competencia de otros Estados miembros y la Comisión Europea.

Por otro lado, se contempla la **prejudicialidad del proceso penal**, de forma que la existencia de una cuestión de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de esta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales correspondientes.

5648 Conductas colusorias

La primera de las conductas prohibidas en la Ley de defensa de la competencia es la práctica colusoria, que son los **acuerdos entre empresas**, decisiones o recomendaciones colectivas y prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. A la delimitación general se añade, con carácter ejemplificativo, un catálogo de conductas que se consideran colusorias: fijación de precios o de otras condiciones comerciales; limitación del desarrollo industrial, comercial, técnico y financiero; reparto de mercados y fuentes de abastecimiento; aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; o subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

La Ley de defensa de la competencia sanciona con la **nullidad** de pleno derecho los acuerdos o prácticas descritos que no se encuentren amparados por alguna de las exenciones previstas en la misma. Y es que estas prácticas colusorias no están prohibidas de forma absoluta, dado que pueden existir razones -económicas o de protección de otros intereses- que justifiquen su realización. Por ello, se reconoce un sistema de autorizaciones para determinadas prácticas colusorias: aquellas que reporten más ventajas que inconvenientes, porque contribuyan a mejorar la producción, la comercialización y distribución o a promover el progreso técnico o económico; las que cumplan los requisitos de exención del derecho comunitario; y aquellas que el Gobierno declare mediante Real Decreto.

5650 Abuso de posición de dominio

La normativa de defensa de la competencia también prohíbe el abuso de posición dominante. La existencia de una posición de dominio en el mercado es una cuestión de hecho que solo puede ser **determinada** por un análisis económico de cada caso concreto. No obstante, con carácter general, el principal criterio para considerar la existencia de una posición de dominio es que una empresa ejerza una influencia decisiva o relevante en el mercado, por no tener competencia o no tener una competencia sustancial o efectiva. Evidentemente, no se prohíbe que una empresa ostente una posición de dominio en el mercado, sino que abuse de la misma, que haga un **uso indebido** o antijurídico. Lo prohibido no es la posición dominante de una empresa, sino el abuso de tal posición. El objetivo es impedir que una empresa con posición de dominio actúe en el mercado de una forma que no hubiera sido posible si hubiera existido competencia efectiva, perjudicando con ello de manera injustificada al resto de los participantes en el mercado.

5651 Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

Además, se prohíben los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al **interés público**. Por esta vía no se trata de regular actos desleales -lo que está reservado a la normativa de competencia desleal- sino de coordinar la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal, permitiendo por este cauce

la valoración de actos desleales especialmente perturbadores para el mercado. En este sentido, para que los actos de competencia desleal puedan ser sancionados como conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia se exige la afectación del interés público, entendido como perturbación grave del mercado.

5652 Exenciones y autorizaciones

Este conjunto de prohibiciones requiere, para su aplicación, que se trate de **conductas** o prácticas que **afecten de forma efectiva a la competencia**. Por el contrario, no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (conductas de menor importancia). Igualmente, las prohibiciones tampoco serán aplicables si la práctica o conducta resulta de la aplicación de una ley o proviene de una declaración de inaplicabilidad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

5653 Sanciones y compensación de daños

De un lado, en el ámbito de las **sanciones**, son **sujetos infractores** las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la L 15/2007 de defensa de la competencia, teniendo en cuenta que la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas (LDC art.61).

La infracción, deliberadamente o por negligencia, de las normas reguladoras de cualquiera de las referidas conductas permite a los órganos competentes la imposición de sanciones. Estas sanciones, comunes a las tres conductas prohibidas, pueden consistir, de un lado, en la imposición a los infractores de **multas** sancionadoras, cuya cuantía se fijará en proporción a su volumen de negocios. No obstante, en determinadas circunstancias y respecto a las prácticas colusorias, se admite una reducción o, incluso, la exención de la multa. Es la denominada **política de clemencia**, que es consecuencia directa del arrepentimiento o de la colaboración que el autor o autores de práctica mantenga con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. De otro lado, las empresas podrán ser requeridas para que cesen en las prácticas y, en su caso, obligadas a la remoción de los efectos. Para conseguir el cumplimiento de estos requerimientos pueden imponerse multas coercitivas.

Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica podrá imponerse una multa pecuniaria a sus **representantes legales**, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. No obstante, quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto. En fin, si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia eximiera del pago de la multa, la exención alcanzaría igualmente a sus representantes legales o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Las infracciones **prescriben**:

Tipo de infracción	Plazo de prescripción
Muy grave	4 años
Grave	2 años
Leve	1 año

El término de la prescripción se **computa** desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de **infracciones continuadas**, desde el que hayan cesado. La prescripción se **interrumpe** por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes (LDC art.68).

De otro lado, en cuanto a la **compensación de los daños** causados por las prácticas restrictivas de la competencia, se contempla la posibilidad de compensación de los daños causados por las prácticas colusorias y al abuso de posición de dominio. Así, cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción ordinaria (LDC art.71 a 81).

5654 Concentraciones económicas

Las concentraciones económicas -operaciones que implican una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes- son operaciones libres, aunque sean objeto de control cuando, por su dimensión, puedan afectar gravemente a la competencia. Así, el control es exigible en aquellas concentraciones económicas que afecten o puedan afectar al mercado español y que reúna, al menos, una de las dos **circunstancias** siguientes:

- a) Que, como consecuencia de la concentración, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al **30%** del **mercado** relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo
- b) Que el **volumen de negocios global** en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de las empresas partícipes en la operación realicen

individualmente en España país un volumen de negocios superior a 60 millones de euros. Quedan excluidas de la aplicación de esta normativa las concentraciones de empresas que tengan dimensión comunitaria, salvo cuando hayan sido remitidas por la Comisión Europea a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El **control de las concentraciones económicas** se lleva a cabo a través de un procedimiento que se inicia con la notificación del proyecto u operación de concentración de empresas a la Comisión Nacional de Competencia previamente a su ejecución. En caso de incumplimiento de la obligación de notificación, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá requerir a las partes obligadas a notificar para que efectúe la correspondiente notificación en un plazo no superior a 20 días. Transcurrido el plazo sin que se haya producido la notificación se podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes sanciones y multas coercitivas.

Recibida la notificación, se formará y tramitará un expediente que finalizará con una resolución, en la que se podrá: autorizar la concentración; subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos; iniciar la segunda fase del procedimiento cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva, que tras su tramitación finalizará con una resolución que la autorice, la subordine al cumplimiento de determinadas condiciones, la prohíba o acuerde el archivo de las actuaciones; remitir la concentración a la Comisión Europea: o acordar el archivo de las actuaciones. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de intervenir que se reconoce al Consejo de Ministros, por razones de interés general, en el procedimiento de control de concentraciones económicas.

5656 Ayudas públicas

El régimen general de las ayudas públicas se recoge en el TFUE art.107 a 109 , que parten de la **incompatibilidad** de las ayudas de estado con el mercado común, aunque reconociendo que determinadas ayudas son o pueden ser compatibles con el mismo, extremo que queda bajo control, esencialmente, de la Comisión. La prohibición de las ayudas de estado viene determinada por su incompatibilidad con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios entre los Estados miembros. Sin embargo, la incompatibilidad de las ayudas de estado con el mercado interior ni es automática ni es absoluta. En primer lugar, **no es automática** porque solo serán incompatibles con el mercado interior las ayudas de estado en las que concurran determinadas condiciones. En particular, la incompatibilidad de las ayudas se hace depender de sus efectos sobre la competencia y el mercado interior, sin que a priori se consideren relevantes las causas u objetivos de las intervenciones estatales. En segundo lugar, **no es absoluta** porque aun siendo conscientes de que las ayudas de estado pueden distorsionar el principio de libre competencia, se establece un sistema que justifica su concesión en casos excepcionales. En efecto, sería inimaginable que el Estado se abstuviera totalmente de intervenir en actividades económicas. Así, existe incompatibilidad salvo que se disponga otra cosa, lo que se hace al recoger distintos supuestos de ayudas que se consideran o pueden considerarse **compatibles** con el mercado interior, bien por contribuir a los objetivos de la Unión Europea bien porque sus beneficios son superiores a los costes que origina la distorsión de la competencia. La decisión última sobre la compatibilidad de estas ayudas corresponde esencialmente a la Comisión quien puede eximir a determinadas categorías de ayudas estatales de la obligación de notificación, o bien, tras la notificación recibida al efecto por el Estado, la Comisión determinará si una medida de ayuda prevista por un Estado miembro puede acogerse a las excepciones recogidas.

5658 En el derecho español la Ley de defensa de la competencia se refiere, con carácter general, al **sistema de seguimiento** de las ayudas públicas. La concesión de las ayudas públicas se remite a la normativa comunitaria y el control a los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales, contemplándose, en particular, en la Ley española las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, de forma complementaria, su coordinación con los organismos autonómicos en la materia. Por lo que respecta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá analizar los **critérios de concesión** -jurídicos y económicos- de las ayudas públicas, en relación con sus posibles efectos sobre la competencia efectiva, al objeto de emitir informes sobre las mismas o de comunicar a las administraciones públicas propuestas dirigidas al mantenimiento de la competencia. Y, en todo caso, tendrá que emitir un **informe anual** sobre las ayudas estatales concedidas en España. Para el desarrollo de estas actividades, la Comisión deberá recibir del órgano responsable de la notificación a la Comisión Europea, la información correspondiente a las ayudas públicas notificadas y concedidas, sin perjuicio de poder requerir información complementaria a las administraciones públicas sobre proyectos y ayudas concedidas. Y en cuanto a la participación de los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas podrán elaborar, igualmente, informes sobre los posibles efectos sobre la competencia efectiva de las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial, informes que han de remitirse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para su incorporación a su informe anual. Para ello, los órganos autonómicos podrán disponer de la información que se remita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y deberán recibir los informes realizados por esta última, que deben hacerse públicos.

5659 Procedimientos

Los **plazos máximos** de los diferentes procedimientos son:

Tipo de procedimiento	Plazo máximo	Cómputo
Sancionador por conducta restrictiva de la competencia	18 meses	Desde la fecha del acuerdo de incoación y su distribución entre las fases de instrucción y resolución
Control de concentraciones	Primera fase: 1 mes	Desde la recepción en forma de la notificación por la Comisión Nacional de la Competencia
	Segunda fase: 2 meses	Desde la fecha en que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerda la apertura de la segunda fase
	Resolución ministro de Economía y Hacienda sobre intervención del Consejo de Ministros: 15 días	Desde la recepción de la correspondiente resolución dictada en segunda fase por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia
	Acuerdo del Consejo de Ministros y su notificación: 1 mes	Desde la resolución del ministro de Economía y Hacienda de elevar la operación al Consejo de Ministros
Recurso contra las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación	3 meses	Desde su interposición
Adopción de medidas cautelares por la Comisión Nacional de la Competencia	3 meses	A instancias de parte: cuando la solicitud de medidas cautelares se presente antes de la incoación del expediente, el plazo comenzará a computarse desde la fecha del acuerdo de incoación
		En el ámbito de un expediente de vigilancia de obligaciones, resolución o acuerdo de la LDC art.41 : desde la correspondiente propuesta de la Dirección de Investigación

Los plazos referidos pueden ser **ampliados o suspendido su cómputo** conforme a lo dispuesto en la LDC art.37 .

Las **resoluciones y actos de la Dirección de Investigación** que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos pueden someterse a **recurso** ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de 10 días. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo. Recibido el recurso, el Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de 15 días (LDC art.47 y 48.1). Sin embargo, contra las **resoluciones y actos del presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia** no cabe ningún recurso en vía administrativa y solo puede interponerse **recurso** contencioso-administrativo en los términos previstos en la LJCA .

Por otra parte, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la **terminación del procedimiento sancionador** en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público. Sin embargo, la terminación del procedimiento no podrá acordarse una vez elevada la propuesta de resolución (LDC art.50.4 y 52.1).

Los **compromisos** serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.

3. Competencia desleal

5660 La normativa de competencia desleal trata de proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, incluida la **publicidad ilícita**. A diferencia de las normas de defensa de la competencia, que persiguen proteger el mercado de las prácticas de las empresas, las disposiciones de competencia desleal persiguen evitar las **conductas incorrectas** en el mercado, por lo que además de proteger este y a los competidores, tutelan los intereses de los consumidores.

Desde el **punto de vista objetivo**, se aplica a todos los actos que se realicen en el mercado con fines concurrenciales. Es imprescindible la participación en el mercado, promoviendo o asegurando la difusión en él de prestaciones propias o de un tercero. Desde el **punto de vista subjetivo**, no solo resulta aplicable a los empresarios, sino a todas las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, sin necesidad de que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo (TS 8-4-14, EDJ 70960 ; 14-7-03, EDJ 50765).

5661 En la **delimitación** de los **actos** que pueden considerarse **desleales** se sigue un doble sistema. De un lado, la inclusión de una cláusula general, según la cual se reputa desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (TS 29-10-14, EDJ 223311 ; 11-5-14; 15-7-13, EDJ 178288). De otro lado, se añade un amplio catálogo ejemplificativo de actos de competencia desleal. La cláusula general pretende reprimir aquellas conductas que puedan considerarse objetivamente contrarias a la buena fe y que no se encuentren previstas específicamente en el catálogo legal ejemplificativo. A la cláusula general se añade una amplia tipificación de actos concretos de competencia desleal, lo que genera mayor certeza y seguridad a la hora de determinar la corrección o lealtad de determinadas conductas. Teniendo en cuenta que la **finalidad de la Ley** no es evitar cualquier acto o comportamiento en el mercado, sino solo aquellos que realmente puedan ser calificados de desleales o incorrectos. La legislación no persigue calificar como desleales prácticas concurrentes incómodas para los competidores, sino aquellas que realmente lesionen la competencia en perjuicio de quienes participan en el mercado. Por ello el catálogo de actos de competencia desleal responde a una tipificación restrictiva, de manera que, en ocasiones, el detalle del catálogo legal más que buscar la represión de determinadas prácticas persigue justamente lo contrario, es decir, liberalizar o declarar la lealtad de algunos actos o conductas.

5663 Cláusula general de deslealtad

La cláusula general está prevista para la represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal. Es decir, parte de la posibilidad de que pueden producirse **actos o prácticas** en el mercado con fines concurrenciales **no contemplados expresamente** en la Ley, pero, no obstante, que pueden ser constitutivos de competencia desleal, si el comportamiento resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Así, permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de la Ley cuando, concurriendo los presupuestos previstos, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste. Y aunque no puede ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad a la luz de los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas, sin embargo, no es incorrecto calificar como contrario al modelo de conducta a que se remite dicho precepto, un intento, seriamente sostenido, de determinar el comportamiento económico de los consumidores, con la pública y expresa advertencia del empleo, por vías de hecho, de medidas perjudiciales para sus posiciones contractuales, ya ganadas, ante las que los mismos estarían a resguardo en su condición de terceros contratantes de buena fe.

El control de estas conductas no tipificadas legalmente se reenvía al criterio general de la **buena fe**. En este sentido, se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, prescindiendo de la intencionalidad del sujeto. En la determinación de este criterio se añade que, en las relaciones con consumidores y usuarios, se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la **diligencia profesional**, entendida esta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

5664 Se trata, en definitiva, de una cláusula formulada de forma muy amplia, en un intento de evitar que nuevas conductas, no previstas en la normativa, atenten contra la corrección del mercado y los intereses de los competidores y consumidores. El **objetivo** es prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que, realizadas en el mercado con fines concurrenciales, no encuentran acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican en el catálogo legal. Es, además, una cláusula general que, no formula un principio general que sea objeto de desarrollo y concreción posterior en los artículos posteriores de la normativa de competencia desleal. Por tanto, en la cláusula general se configura un ilícito genérico a modo de cláusula de cierre a fin de que la buena fe objetiva, exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos, lo sea también en los actos realizados en el mercado con fines de competencia. Reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo que la cláusula genérica es solo aplicable a actos no contemplados o tipificados posteriormente y que, por consiguiente, es improcedente acudir a la fórmula general para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones.

5665 Igualmente, la cláusula general no puede ser utilizada para calificar como desleales conductas que serían consideradas leales aplicando el **catálogo ejemplificativo** de actos de competencia desleal. Si el concreto acto o conducta supera el control de legalidad fijado en ese catálogo específico de actos, no podría ser considerado desleal invocando la cláusula general. Lo contrario supondría frustrar la finalidad restrictiva que subyace en la normativa de competencia desleal. En la tipificación de actos se ha optado por un catálogo restrictivo, en el sentido de que solo se han rechazado aquellos que se considera que atentan contra una correcta competencia en el mercado. Si actos que

conforme a esta tipología serían considerados leales, pudieran calificarse como desleales con la cláusula general, inevitablemente se estaría produciendo una amplitud de actos a reprimir que la Ley no ha buscado.

5666 Actos y omisiones engañosas

Se considera desleal cualquier **conducta**, aun siendo veraz, u omisión que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de **inducir a error** a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la naturaleza y características de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

5667 Actos de confusión

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. De tal forma, que el **riesgo de asociación** por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

Los actos de confusión presentan algunas dificultades de **delimitación** con los actos de **imitación**. En el objeto de protección de los actos de confusión se suscita la diferencia con la figura de los actos de imitación. A este respecto, se viene entendiendo que los actos de confusión se refieren a los signos, a las creaciones formales, a la presentación de los productos, mientras que los actos de imitación lo hacen a las creaciones materiales (técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales), los productos y las características propias de estos.

5668 Prácticas agresivas

Será desleal todo comportamiento susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la **libertad de elección** o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A estos efectos, considera influencia indebida la utilización de una **posición de poder** en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, recogiendo diversas circunstancias que deben valorarse para determinar si se hace uso de acoso, coacción o influencia indebida: momento y lugar en que se produce, lenguaje utilizado, circunstancias específicas, etc.

5669 Actos de denigración

Es desleal la realización de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para **menoscabar** su **crédito en el mercado**, si bien no habrá deslealtad cuando las aseveraciones son «exactas, verdaderas y pertinentes», porque la competencia manifestada a través de la libertad de información es buena para el mercado. Son los llamados actos denigratorios. En este sentido, debe considerarse que los actos denigratorios sancionados en la Ley de Competencia Desleal, deben suponer un **ataque a la reputación del tercero**, estar realizados con finalidad concurrencial y reunir los elementos de menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado, falsedad, pertinencia y finalidad concurrencial. El elemento más complejo de determinar es el de la **pertinencia**, ya que la norma se limita a indicar que no son pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

5670 Actos de comparación

La comparación pública, incluida la **publicidad comparativa**, está permitida siempre que se refiera a bienes o servicios con la misma finalidad, sea objetiva y no aluda a bienes protegidos o con técnica de engaño, denigración o explotación de la reputación ajena. Ello supone que solo se considera desleal la comparación pública cuando se refiera a extremos no análogos, no relevantes o no comprobables, porque entonces ya no se trata de información que es beneficiosa para el mercado.

5671 Actos de imitación

La imitación es, con carácter general, libre. No obstante, en supuestos concretos y tasados es posible que la imitación sea **considerada desleal**:

- Si la imitación afecta a **derechos de exclusiva**, principalmente, derechos de propiedad industrial. Estos otorgan a su titular el monopolio legal de explotar o utilizar, en exclusiva, un invento patentado y relacionado con la industria o los signos específicos que lo identifican y distinguen de los demás. En la primera modalidad se encuentran las invenciones o creaciones industriales (derecho de patentes), que confieren a su titular una explotación en exclusiva, limitada temporalmente, con el objeto de recompensar a quien consiguió la invención. En la segunda categoría se incluyen los signos distintivos del empresario (derecho de marcas), que se pueden utilizar indefinidamente, cumpliendo los requisitos de renovación, para identificar al empresario y sus productos o servicios, diferenciándolos de los de otros competidores.

- Si resultan idóneos para generar la **asociación** en los consumidores respecto a la prestación o comportan un **aprovechamiento** indebido de la **reputación o el esfuerzo ajeno**. No obstante, la deslealtad desaparece por la inevitabilidad del riesgo de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena. Es decir, se opta por considerar

lícita la imitación, pese a darse cualquiera de ambas circunstancias, si los riesgos de asociación o aprovechamiento son inevitables.

- Si la imitación es servil o incurre en el **parasitismo**. Esto ocurre cuando se trata de una imitación sistemática de prestaciones e iniciativas, cuando esta se halla directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y excede de lo que pueda considerarse una respuesta natural del mercado.

5672 Explotación de la reputación ajena

Es desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación adquirida por otro en el mercado. En particular, se considera desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de **denominaciones de origen falsas**. En efecto, el ilícito competencial bajo la rúbrica explotación de la reputación ajena, se compone de dos párrafos, en el primero de los cuales se establece a modo de cláusula general que «se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado», en tanto que el segundo dispone, en particular, que se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelo, sistema, tipo, clase y similares.

5673 Violación de secretos

Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o empresariales a los que se ha accedido legítimamente con deber de reserva, o ilegítimamente, por medio de **espionaje** o procedimiento análogo.

La **persecución** de estos actos no requiere su realización en el mercado con fines concurrenciales, aunque será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

5674 Inducción a la infracción contractual

Es desleal la inducción a la infracción de deberes contractuales contraídos. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por **objeto** la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial, o vaya acompañada de engaño, intención de eliminar a un competidor u otras análogas.

5675 Violación de normas

Prevalerse en el mercado de una **ventaja competitiva** significativa obtenida mediante la infracción de leyes se considera desleal. E igualmente es desleal la simple infracción de normas jurídicas que tenga por objeto la **regulación de la actividad concurrencial**, aspecto en el que la normativa de competencia desleal conecta con las normas sobre defensa de la competencia.

5676 Discriminación y dependencia económica

De un lado, se reputa desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de **precios** y condiciones de venta. De otro lado, se considera desleal, la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Tiene, asimismo, la consideración de desleal: la **ruptura** de una **relación comercial** establecida sin que haya existido preaviso, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor; y la obtención, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios o condiciones no recogidas en un contrato de suministro pactado.

5677 Venta a pérdida

Como principio general, la fijación del precio es libre, pues forma parte de la libertad de empresa. En efecto, la fijación de los precios es libre -así lo establece tanto la Ley de competencia desleal como la L 7/1996 de ordenación del comercio minorista- y no se prohíben expresamente precios inferiores a los del mercado, salvo los supuestos que el precepto expresamente contiene para poder reputar desleales las ventas realizadas a bajo precio. Así, el supuesto de venta a pérdida, es decir, bajo coste o bajo precio de adquisición, será desleal en los casos en que se utilice como **estrategia anticompetitiva**; cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios o de otros productos o servicios del mismo establecimiento; cuando tenga por objeto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; y cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar competidores: prácticas predatorias o actos de boicot. Se exige una **intencionalidad** anticompetitiva, pero no un resultado. Se reputa desleal la mera estrategia empresarial de vender a pérdida para expulsar a los competidores del mercado o impedir que entren o se asienten en él, aun cuando la estrategia sea infructuosa.

5678 Prácticas comerciales con los consumidores y usuarios

La normativa de competencia desleal no solo pretende proteger la competencia resolviendo conflictos entre los competidores y ordenando y controlando las conductas en el mercado, sino que también incide en la **tutela de los consumidores**, en su condición de parte débil de las relaciones típicas de mercado. Ello es así desde la redacción

original de la L 3/1991 , de competencia desleal, aunque se ha intensificado notablemente tras la modificación de esta por la L 29/2009 . Por ello, se dedica un capítulo completo a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que solo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando estos son consumidores y usuarios: las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios. Así, se consideran desleales las **conductas engañosas por confusión** -sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa- las prácticas de venta piramidal, encubiertas y las agresivas por coacción o por acoso. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tiene en cuenta al consumidor medio.

5679 Publicidad ilícita

Se reputa desleal la publicidad considerada ilícita. La **publicidad comercial** es el conjunto de medios con que se anuncia algo para atraer posibles clientes o usuarios. La normativa de competencia desleal se limita a considerar que la publicidad ilícita es desleal, remitiendo los supuestos de ilicitud a las previsiones contenidas al respecto en la L 34/1988 , General de Publicidad. En concreto, se considera ilícita la publicidad:

- que atente contra la **dignidad** de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución;
- dirigida a **menores** que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad;
- **subliminal**, entendida como aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida;
- que infrinja lo dispuesto en la **normativa reguladora** de determinados productos, bienes, actividades o servicios (por ejemplo, bebidas con determinada graduación alcohólica, productos sanitarios, medicamentos, etc.);y
- **engañosa**, desleal y agresiva, que tendrá el carácter de acto de competencia desleal.

5680 Acciones derivadas de la competencia desleal

Las acciones **frente a la publicidad ilícita** son las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal. Además, si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación podrá acumularse, siempre que se solicite, la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera.

Las acciones derivadas de la competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, se interpondrán ante los juzgados de lo mercantil. Estas acciones son:

- **declarativa** de la deslealtad;
- **cesación** de la **conducta desleal** o de prohibición de su reiteración futura. Si todavía no se ha iniciado el acto, procederá una acción de prohibición;
- **remoción**, dirigida a eliminar los medios mediante los cuales se ha cometido el acto ilícito y puede seguir cometiéndose (folletos con publicidad engañosa, envoltorios imitados);
- **rectificación**, es una modalidad de remoción y puede ser individual (una afirmación) o puede llegar a constituir publicidad correctora o contrapublicidad, para contrarrestar los efectos de una publicidad engañosa duradera;
- **resarcimiento** de los **daños y perjuicios**, si ha intervenido dolo o culpa. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia;
- **enriquecimiento injusto**, que solo procederá si se lesiona un derecho de exclusiva, y que requiere, además, enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del demandante y relación de causalidad.

5682 Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por la conducta desleal está legitimada para interponer estas acciones, salvo la acción de enriquecimiento injusto que solo puede ser interpuesta por el titular de la posición jurídica violada. Además, también se reconoce **legitimación** colectiva para la interposición de acciones, a las asociaciones o corporaciones profesionales cuando resulten afectados los intereses de sus miembros y a las asociaciones o entidades que representen a los consumidores o a los colectivos protegidos, cuando el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores o a los intereses de estos colectivos. En ambos casos, estas asociaciones y entidades podrán interponer estas acciones, salvo la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y la acción de enriquecimiento injusto.

Las acciones que se interpongan individualmente **prescriben** por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de 3 años desde el momento de la finalización de la conducta. Las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios son imprescriptibles, tal y

como prevé la normativa de defensa de los consumidores y usuarios, salvo en lo relativo a condiciones generales de la contratación depositadas en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, que prescribirán a los 5 años desde que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando esas condiciones hayan sido objeto de utilización efectiva.

5683 Además, se regulan **códigos de conducta** que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria. Esta regulación incluye el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando estos fomenten actos desleales.

En fin, los actos de competencia desleal pueden generar la actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, si falsean de modo sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, y afectan al interés público.

4. Propiedad industrial

5685 Puede **definirse** la propiedad industrial como la que adquiere el inventor o descubridor con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria, y el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su actividad. La propiedad industrial se diferencia de la propiedad intelectual, aunque ciertamente existe una tendencia de aproximación de esta última a la propiedad industrial, en lo que concierne a su sistema de protección. La propiedad intelectual contempla el conjunto de derechos patrimoniales y morales sobre las obras científicas, literarias o artísticas, que se atribuyen a sus autores y a sus herederos. En el término propiedad industrial quedan incluidas **dos modalidades**:

- constituida sobre los signos distintivos del empresario (**derecho de marcas**); y
- relativa a las invenciones o creaciones industriales (**derecho de patentes**).

5686 La **finalidad de su protección** es distinta en una y otra modalidad.

1. El derecho sobre los **signos distintivos** del empresario es uno de los mecanismos que se ofrecen a este para protegerlo frente a sus competidores, permitiéndole con su atribución la identificación y diferenciación del empresario en el ejercicio de sus actividades y de sus productos y servicios.
2. El derecho de patentes tiene como objetivo impulsar la **investigación** en el campo de la técnica industrial y aumentar el conjunto de conocimientos técnicos que posee la comunidad, recompensando a quienes consiguen invenciones en ese ámbito mediante el reconocimiento de un monopolio temporal de explotación sobre la invención patentada.

5687 La propiedad industrial recae, en definitiva, sobre bienes de existencia ideal que reciben el nombre de **bienes inmateriales**, en concreto, sobre los signos distintivos y las invenciones industriales. Se caracterizan porque implican un derecho de monopolio para su titular, es decir, otorgan un *ius erga omnes*, derivado del reconocimiento de la Administración pública, a través de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Además, son derechos susceptibles de un uso y disfrute simultáneo por distintas personas y en distintos lugares. Se agotan jurídica pero no fácticamente.

a. Signos distintivos

5688 El prototipo de signo distintivo son las **marcas**, definidas como el signo distintivo que sirve para diferenciar en el tráfico mercantil bienes o servicios procedentes de un empresario o grupo de empresarios de otros bienes o servicios, idénticos o similares procedentes de los demás empresarios. Junto a las marcas se encuentran los **nombres comerciales** cuya finalidad es identificar a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares. La protección de estos signos distintivos se encuentra, además, estrechamente relacionada con la normativa de competencia desleal, ya que algunos de los actos contemplados en esta subordinan su deslealtad a la afectación de un derecho de propiedad industrial. No obstante, la Ley de Competencia Desleal no tiene por misión directa proteger los derechos de exclusiva sobre los signos registrados, sino la de servir de instrumento de ordenación de conductas en el mercado.

Mientras que la legislación de marcas protege un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial, un derecho de exclusiva generador de un *ius prohibendi* en su titular, la normativa de competencia desleal **protege** el correcto funcionamiento del mercado, de modo que la competencia se realice por méritos o por eficiencia de las propias prestaciones y no por conductas desleales. No obstante lo anterior, la Ley de Marcas, al proteger los signos que permiten identificar el origen empresarial de los productos y servicios, contribuye también a mantener el **correcto funcionamiento del mercado**,

al excluir el error en las decisiones de adquisición de bienes o contratación de servicios. Por ello, la coexistencia entre una y otra normativa se caracteriza por lo que se ha venido en llamar una complementariedad relativa.

5689 Los derechos sobre signos distintivos permiten la **identificación y diferenciación del empresario** en el ejercicio de sus actividades. No obstante, aunque, en un primer momento, su objetivo era permitir la identificación de los bienes y servicios de los mercaderes, no pasaría mucho tiempo para que la función diferenciadora se proyectara también hacia el consumidor o usuario, como medio de distinción que le permita seleccionar el producto apetecido de entre los varios de similar factura y presentación que se le ofrecen. Así, la marca también tiene por finalidad crear una clientela para los productos y servicios ofrecidos en el mercado facilitando a los consumidores un medio directo de identificar aquello que desean adquirir.

5690 Marcas

Se entiende por marca todo signo susceptible de **representación gráfica** que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. Podrán especialmente constituir marca las palabras o combinaciones de palabras, las imágenes, figuras, símbolos y dibujos, letras, cifras, signos sonoros y, en general, cualquier combinación de ellos. Desde 2017 la representación gráfica ha sido eliminada de la normativa europea acogiendo el sistema WYSIWYG (*what you see is what you get*).

Cuestión esencial en la delimitación de las marcas es que el elemento diferenciador se proyecta sobre productos o servicios idénticos o similares. Es el **principio de especialidad** de la marca. Los productos o servicios de naturaleza diferente pueden, con carácter general, diferenciarse aunque utilicen el mismo signo. En los productos o servicios idénticos o similares es donde juega, en toda su extensión, el elemento diferenciador de la marca.

Tradicionalmente, las marcas se **clasifican** atendiendo a diversos **criterios**.

1. En atención a los **signos utilizados** para formarlas, que, conforme a la Ley de Marcas pueden ser, a título meramente enunciativo, palabras o combinaciones de palabras, imágenes, figuras, símbolos, dibujos, letras, cifras y sus combinaciones, formas tridimensionales, sonoros y cualquier combinación de estos signos. Atendiendo al uso de estos signos las marcas pueden ser denominativas, gráficas o combinadas o mixtas. En particular, en los casos de marcas combinadas o mixtas, integradas por fonemas con la adición de formas especiales de representación gráfica, la confundibilidad habrá de ser dilucidada tomando todos los elementos en su conjunto, y atendiendo a las figuras, los dibujos, el color, etc, tanto como a las denominaciones; y determinando de este modo la posible existencia del error en los consumidores, después de una apreciación en la que se pueda destacar los elementos más llamativos. Pues, cuando alguno o algunos de los elementos que, utilizados por las marcas, tienen especial eficacia individualizadora, es este particular elemento el que, por la peculiaridad singularizante del producto común, ha de ser preferentemente contemplado, para decidir si la marca puede provocar confusión en el tráfico mercantil.

2. Según recaigan sobre **productos** o sobre **servicios**, atendiendo al bien u objeto que pretende diferenciarse con el signo distintivo.

3. En función del ámbito territorial en el que extienden su protección, las marcas pueden ser **nacionales, internacionales o europeas**. La regla general es que las marcas sean nacionales y, en esa medida, solo dispensen protección en el Estado en que son válidamente obtenidas, conforme a los requisitos de la legislación nacional. No obstante, cabe la existencia de marcas internacionales y europeas. La marca internacional supone la tramitación de una solicitud de marca para que adquiera validez internacional (L 17/2001 art.79 a 93), La marca europea puede solicitarse directamente ante la Oficina Española de Patentes y Marcas que remite la solicitud a la EUIPO.

5692 El derecho sobre la marca se adquiere, como principio general, no porque su uso se haya impuesto en el tráfico, sino por el **registro** válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la Ley de Marcas. Sin la concesión del registro de la marca y la posterior publicación en la Oficina Española de Patentes y Marcas no se adquiere el derecho de marca. El registro de una marca se otorga por 10 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y puede renovarse por periodos sucesivos de otros 10 años.

En todo caso, el usuario de una **marca anterior notoriamente conocida** en España podrá reclamar ante los tribunales la anulación de una marca registrada para productos idénticos o similares que pueda crear confusión con la marca notoria, si bien esta posibilidad, prevista por la ley, resulta cada vez más infrecuente en la práctica. Al margen de las marcas notorias, el derecho sobre la marca requiere el válido registro del signo o signos elegidos. Teniendo en cuenta que algunos signos no pueden registrarse, bien porque su conformación no tenga carácter distintivo, se integre por elementos que induzcan a confusión o que no puedan ser utilizados con este fin o utilicen signos contrarios a la Ley, al orden, a las buenas costumbres (**prohibiciones absolutas**), o bien porque su identidad, semejanza o similitud con otros signos distintivos impida su registro al lesionar derechos de terceros (**prohibiciones relativas**). Así, para que pueda cumplir su función indicadora y para no constituir un factor de falseamiento de la libre competencia, la marca ha de reunir determinados requisitos, los cuales tienen que concurrir en el momento de practicarse la inscripción (TS 1-3-16, EDJ 13477).

La adquisición del derecho de marca requiere su válido registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas. El **procedimiento de registro** de las marcas es de carácter administrativo, por lo que los recursos que se planteen contra los actos y resoluciones dictados por los órganos de la Oficina Española de Patentes y Marcas serán recurribles de conformidad con lo dispuesto en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. El válido registro de la marca supone la atribución a su titular del derecho a su uso exclusivo, aunque la mera solicitud de registro ya dispone de protección registral. Así, aunque el derecho conferido por el registro de la marca solo se puede hacer valer ante terceros a partir de la publicación de su concesión, la solicitud de registro de marca confiere a su titular, desde la fecha de su publicación, una protección provisional consistente en el derecho a exigir una indemnización razonable y adecuada a las circunstancias, si un tercero hubiera llevado a cabo, entre aquella fecha y la fecha de publicación de la concesión, un uso de la marca que después de ese período quedase prohibido. Esta misma protección provisional será aplicable aun antes de la publicación de la solicitud frente a la persona a quien se hubiera notificado la presentación y el contenido de esta. El registro de una marca puede ser solicitado por personas naturales o jurídicas que podrán, en todo momento, retirar su solicitud de marca o limitar la lista de los productos o servicios que aquélla contenga.

5693 Frente a la concesión de marcas individuales -que constituye el supuesto típico- se contempla también la posibilidad de reconocer **marcas colectivas**. La marca colectiva persigue distinguir en el mercado los productos o servicios de los miembros de una asociación titular de la marca de los productos o servicios de otras empresas. En esa medida, solo **pueden solicitar** marcas colectivas las asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios que tengan capacidad jurídica, así como las personas jurídicas de Derecho público. Y, teniendo en cuenta su finalidad, las marcas colectivas no quedan sujetas a la prohibición absoluta que impide registrar como marca los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la procedencia geográfica de los productos o de los servicios. El **derecho conferido** por la marca colectiva no permitirá a su titular prohibir a un tercero el uso en el comercio de tales signos o indicaciones, siempre que dicho uso se realice con arreglo a prácticas leales en materia industrial o comercial. En particular dicha marca no podrá oponerse a un tercero autorizado a utilizar una denominación geográfica. La marca colectiva no podrá ser objeto de **cesión** a terceras personas ni autorizarse su uso a aquéllas que no estén oficialmente reconocidas por la asociación. La **solicitud de registro** de una marca colectiva, que tiene que ser acompañada de un reglamento de uso, será denegada en la forma y por los mismos motivos que una marca individual y, además, cuando no cumpla lo dispuesto para la conformación de marcas colectivas, cuando el reglamento de uso sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres o cuando pueda inducir al público a error sobre el carácter o la significación de la marca, en particular cuando pueda dar la impresión de ser algo distinto de una marca colectiva.

5694 Como **especialidad** de las marcas colectivas se contemplan, además, las **marcas de garantía**, que aluden, específicamente, a todo signo susceptible de representación gráfica, utilizado por una pluralidad de empresas bajo el control y autorización de su titular, que certifica que los productos o servicios a los que se aplica cumplen unos requisitos comunes, en especial, en lo que concierne a su calidad, componentes, origen geográfico, condiciones técnicas o modo de elaboración del producto o de prestación del servicio.

En todo caso, la adquisición de la marca concede a su titular el **derecho exclusivo** a utilizarla en el tráfico económico, identificando con ella sus productos y servicios a fin de distinguirlos de otros iguales o similares a los que la marca se refiere. El uso exclusivo de la marca por su titular supone, en primer lugar, su utilización efectiva, ya que el uso de la marca es obligatorio, salvo que concurran causas justificativas de la falta de uso. En esa medida, el titular de la marca, asume la obligación de su uso para mantener la tutela del registro y evitar la caducidad que tiene lugar en el supuesto de que transcurridos 5 años contados desde la fecha de publicación de su concesión la marca no hubiera sido objeto de uso efectivo, o este se hubiera suspendido durante un plazo ininterrumpido de 5 años. Pero, sobre todo, el uso exclusivo de la marca supone el reconocimiento a su titular de la posibilidad de prohibir actos o **conductas de terceros que lesionen su derecho**. Así, el titular de marca registrada puede prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico cualquier signo idéntico a la marca: para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada, cuando impliquen riesgo de confusión del público e, incluso, para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando esta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada. La misma protección se dispensa, además, a la marca no registrada notoriamente conocida en España (L 17/2001 art.34). Específicamente, además, se contempla que si la reproducción de una marca en un diccionario, enciclopedia u obra de consulta similar diera la impresión de que constituye el término genérico de los bienes o servicios para los que está registrada la marca, el editor, a petición del titular de la marca, velará por que la reproducción de esta vaya acompañada, a más tardar en la siguiente edición de la obra, de la indicación de que se trata de una marca registrada (L 17/2001 art.35).

5695 El **derecho al uso exclusivo** de la marca tiene, no obstante, algunos **límites**, en el sentido de que algunos actos o conductas realizados por terceros quedan fuera de la posibilidad de ser prohibidos por el titular de la marca. Así

sucede con el llamado **agotamiento del derecho de marca**, conforme al cual el derecho conferido por el registro de marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento, salvo que existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización (L 17/2001 art.36). El supuesto contempla lo que ha venido en identificarse como un uso en exclusiva de la marca limitado a la primera puesta en circulación en el mercado por el titular o con su consentimiento. Lo que implica que no podrá prohibir a terceros los actos posteriores de comercialización que estos lleven a cabo. Igualmente, el derecho conferido por la marca no permite a su titular prohibir a terceros el uso en el **tráfico económico**, siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial de su nombre y de su dirección; de indicaciones relativas a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica, época de obtención del producto o de prestación del servicio u otras características de estos; y de la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios.

La marca constituye un bien inmaterial con valor económico -en ocasiones, con un elevado valor económico- por lo que puede ser objeto de **negocios jurídicos**. Así, nada impide que la marca y su solicitud puedan pertenecer pro indiviso a varias personas, transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos u otras medidas que resulten del procedimiento de ejecución para todos o parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas. En el supuesto de que se constituya una hipoteca mobiliaria, esta se registrará por sus disposiciones específicas y se inscribirá en la Sección Cuarta del Registro de Bienes Muebles, con notificación de dicha inscripción a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su anotación en el Registro de Marcas. Todos estos actos jurídicos solo podrán oponerse frente a terceros de buena fe una vez inscritos en el Registro de Marcas.

La **defensa** de los derechos conferidos al titular de una marca puede ejercitarse tanto a través de la interposición de **acciones penales** como de acciones **civiles**, interponiéndose estas últimas ante los juzgados de lo mercantil. En particular, en el orden civil, el titular cuyo derecho de marca sea lesionado, puede reclamar la cesión de los actos que violen su derecho; la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación; la destrucción o cesión de los productos ilícitamente identificados, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado: la atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios; y la publicación de la sentencia (L 17/2001 art.41). Las acciones civiles derivadas de la violación del derecho de marca prescriben a los 5 años, contados desde el día en que pudieron ejercitarse. La indemnización de daños y perjuicios solamente podrá exigirse en relación con los actos de violación realizados durante los 5 años anteriores a la fecha en que se ejercite la correspondiente acción (L 17/2001 art.45).

5697 La **extinción de la marca** puede producirse tanto por lo que se denominan causas de nulidad -absolutas o relativas- como por los llamados motivos de caducidad. Las **causas de nulidad absoluta** se corresponden con los supuestos de falta de legitimación (LM art.3.1 y 2), prohibiciones absolutas (LM art.5) y presentación de solicitud de marca cuando el solicitante hubiera actuado de mala fe. La acción para pedir la nulidad absoluta de una marca registrada es imprescriptible. Las causas de nulidad relativa tienen su correspondencia con las prohibiciones relativas (LM art.6 a 10). La **caducidad** se declarará **cuando**:

- a) no hubiere sido renovada conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Marcas;
- b) hubiera sido objeto de renuncia por su titular;
- c) no hubiera sido usada conforme al artículo 39 de la Ley de Marcas;
- d) en el comercio se hubiera convertido, por la actividad o inactividad de su titular, en la designación usual de un producto o de un servicio para el que esté registrada;
- e) a consecuencia del uso que de ella hubiera hecho el titular de la marca, o que se hubiera hecho con su consentimiento, para los productos o servicios para los que esté registrada, la marca pueda inducir al público a error, especialmente acerca de la naturaleza, calidad o la procedencia geográfica de estos productos o servicios;
- f) a consecuencia de una transferencia de derechos o por otros motivos, el titular de la marca no cumpliera ya las condiciones fijadas en la LM art.3 . solo se declarará la caducidad y se cancelará el registro mientras persista este incumplimiento. En los dos primeros casos la caducidad será declarada por la Oficina Española de Patentes y Marcas y en los cuatro siguientes por los tribunales.

En todo caso, admitida a trámite la **demanda de nulidad o caducidad** del registro de la marca, el tribunal, a instancia del demandante, librándole mandamiento a la Oficina Española de Patentes y Marcas para que haga anotación preventiva de la demanda en el Registro de Marcas. Una vez firme la sentencia, la declaración de nulidad o caducidad del registro de la marca tendrá fuerza de cosa juzgada frente a todos. La sentencia firme que declare la nulidad o caducidad del registro de la marca se comunicará, bien de oficio bien a instancia de parte, a la Oficina Española de Patentes

y Marcas para que proceda, inmediatamente, a la cancelación de la inscripción del registro y a su publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. En este sentido, con el fin de procurar la mayor coincidencia del mundo tabular con la realidad que el mismo ha de reflejar -finalidad de la que es expresión la norma- y ante la dificultad procesal de reconocer una excepción de nulidad a quien no es el demandado, la jurisprudencia española ha exigido a quien pretenda en la demanda la declaración de que el uso de una marca registrada constituye una ilícita invasión del ámbito de exclusiva reconocido a otra de protección prioritaria, el ejercicio de la acción de nulidad del registro de cobertura, dado que este no debía haberse practicado, por generar riesgo de confusión con la preferente.

b. Invenciones industriales

5700 Las invenciones industriales son amparadas por la Ley mediante la concesión de dos diferentes títulos de propiedad industrial: las **patentes de invención** y los certificados de protección de **modelos de utilidad**. Ambos títulos se encuentran regulados, principalmente, por la L 24/2015 , de patentes.

La **nueva LP** entró en **vigor** el 1-4-2017 y pretende simplificar y agilizar la protección de la innovación mediante patentes y reforzar la seguridad jurídica, estableciendo como único sistema para la concesión de patentes el de examen previo de novedad y actividad inventiva, cuya implantación gradual era lo inicialmente previsto en la derogada Ley de Patentes de 1986. La figura del modelo de utilidad se modifica también en aspectos sustanciales, como son la determinación del estado de la técnica relevante, el tipo de invenciones que pueden ser protegidas bajo esta modalidad y las condiciones para ejercitar las acciones en defensa del derecho derivado de este título de protección. En cuanto a los certificados de adición, que podían solicitarse durante toda la vida legal de la patente, apenas encuentran hoy reflejo en el derecho comparado europeo. Salvo alguna excepción aislada, en los países de nuestro entorno no se considera ya necesario regular unos títulos accesorios que puedan solicitarse durante toda la vida legal de la patente y no requieran actividad inventiva frente al objeto de la patente principal, fundamentalmente porque este tipo de mejoras quedan dentro del ámbito de protección de los medios equivalentes de la invención matriz. Además la regulación de la prioridad interna permite durante un plazo la presentación mejorada de solicitudes posteriores y hace superfluo el mantenimiento de una figura por lo demás marginal, que ha sido escasamente utilizada por los titulares de las patentes en vigor. Por estas razones se eliminan de la regulación. También se actualizan disposiciones referidas a las llamadas en la Ley de Patentes de 1986 invenciones laborales y se incluyen otras sobre los CCP, las licencias obligatorias, los procedimientos de nulidad, limitación y caducidad, el acceso a la representación profesional y su ejercicio. Asimismo se refunden en la Ley, como es usual en el derecho comparado, las normas básicas para aplicar las vías europea e internacional de protección de las invenciones.

5701 Patente

La patente es el título expedido por el Estado que otorga al concesionario el **derecho exclusivo** a disfrutar, por un **plazo** improrrogable de 20 años, de una invención susceptible de aplicación industrial.

Son **patentables** las invenciones nuevas que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Para que pueda patentarse la invención ha de ser nueva, es decir, no ha de estar comprendida en el estado de la técnica, que está constituido por todo aquello que se haya hecho accesible al público. La invención ha de suponer, además, actividad inventiva, es decir, no ha de resultar de una manera evidente para un experto en la materia. En fin, la invención ha de ser susceptible de aplicación industrial. Las invenciones que cumplan esos requisitos son patentables aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia biológica o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica.

5702 Quedan **excluidas** de patente (LP art.4.4 y 5):

Invenciones excluidas de patente	Tipo de invención	Precisiones
Invenciones no patentables	Descubrimientos	Aunque el mero hallazgo no es patentable, sí es patentable sus aplicaciones prácticas siempre que tengan aplicación industrial.
	Teorías científicas	
	Métodos matemáticos	
	Obras literarias, artísticas o científicas	Al ser creaciones del intelecto humano no se mueven en el mundo industrial, aunque pueden ser protegibles mediante derechos de autor.
	Creaciones estéticas	
	Planes, reglas y métodos para actividades intelectuales y económico-comerciales	Están excluidas específicamente de las patentes las ideas de negocio.

Inventiones excluidas de patente	Tipo de invención	Precisiones
	Programas de ordenador	Aunque no son protegibles mediante patente pueden protegerse mediante derechos de autor.
	Formas de presentar informaciones	No son patentables por muy novedosas u originales que sean.
Inventiones prohibidas	Intervenciones contrarias al orden público	La ley contiene una lista abierta de invenciones contrarias al orden público (clonación humana, modificación genética germinal, uso de embriones humanos con fines industriales, modificación genética animal que les comporte sufrimientos sin utilidad médica...
	Variedades vegetales	Son patentables si su viabilidad técnica no se limita a una variedad o raza determinada. Poseen una legislación propia en la L 3/2000, de obtenciones vegetales.
	Razas animales	
	Procedimientos biológicos para obtenciones vegetales o animales	La prohibición no afecta a los procedimientos microbiológicos.
	El cuerpo humano	Pueden patentarse los elementos aislados obtenidos mediante un procedimiento técnico.
	Métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico	La prohibición se refiere a los métodos que se realicen directamente sobre el cuerpo o un animal vivo, por lo que son patentables los métodos extracorpóreos, los que proporcionan información intermedia y los aparatos de diagnóstico.
	Métodos de diagnóstico	
Secuencias de ADN sin indicación biológica	Para respetar el requisito de la aplicación industrial es necesario que la secuencia de ADN identifique exactamente qué función realiza o qué proteína produce.	

5703 El derecho a la patente pertenece al **inventor** o a sus causahabientes. No obstante, pertenecen al empresario las invenciones realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato de trabajo, siempre que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato.

La patente confiere a su titular el **derecho en exclusiva** a impedir a cualquier tercero la fabricación, el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o de los productos obtenidos por un procedimiento patentado. Este derecho a la patente puede ser objeto de **negocios jurídicos**, como la transmisión, usufructo y puede servir de garantía mediante la constitución de hipoteca mobiliaria. Como hemos manifestado más arriba, tiene una duración improrrogable de 20 años.

La exclusiva de explotación que la patente otorga puede ser utilizada abusivamente por su titular, sirviéndose de la patente en su aspecto negativo, para impedir a los demás que disfruten de la invención, pero sin explotarla por sí mismo. En prevención de estos resultados, la Ley de patentes impone al titular, bajo la sanción de caducidad de la patente, la obligación de explotar la patente y, en su defecto, la **obligación de conceder licencia** a quienes lo soliciten con ánimos de proceder a dicha explotación.

5704 Modelos de utilidad

Los modelos de utilidad constituyen un medio de protección dirigido a las **invenciones menores**. Serán protegibles como modelos de utilidad «las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación» que reúnan los requisitos dichos. Su **duración** es de 10 años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

5705 Se protege como propiedad industrial el diseño, que **se define** en la L 20/2003 , de protección jurídica del diseño industrial, como la «apariencia de la totalidad o de la parte de un producto, que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación. El diseño podrá protegerse como diseño registrado mediante su inscripción en el **Registro de Diseños**, cuya llevanza corresponde a la Oficina Española de Patentes y Marcas. El registro se otorgará por 5 años, renovables hasta un máximo de veinticinco.

Podrán registrarse los diseños que sean nuevos y posean carácter singular. Se considera que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la de cualquier otro diseño hecho público.

SECCIÓN 3

Derecho de sociedades

5710	1. Sociedades mercantiles	5715
	2. Formas de sociedades mercantiles	5717
	3. Sociedades de capital	5719

1. Sociedades mercantiles

5715 Junto al empresario individual, aparece el empresario colectivo, destacando el **empresario social**, cuya importancia es cada vez mayor. El concepto de sociedad, en general, se extrae de la lectura del CC art.1665 y CCom art.116 : contrato en virtud del cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes o servicios con ánimo de repartirse las ganancias.

La división de nuestro derecho privado en un Código Civil y un Código de comercio determina la existencia de **sociedades civiles y sociedades mercantiles**. Las sociedades mercantiles quedan sometidas al denominado estatuto jurídico del empresario, porque tienen la consideración legal de comerciantes (CCom art.1). Una sociedad será mercantil cuando se cumplan estas dos condiciones: que adopte una de las formas previstas por el Código de comercio y que ejercite una actividad mercantil, aunque las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada son mercantiles aunque no ejerciten actividad mercantil.

2. Formas de sociedades mercantiles

5717 El Derecho español conoce **cinco tipos** fundamentales de sociedades:

1. La **sociedad colectiva**, esencialmente personalista, que gira bajo una razón social (nombre de la sociedad) integrada por el nombre de todos o alguno de los socios y ofrece como característica especial la de que todos sus miembros responden frente a terceros por las deudas de la sociedad (CCom art.125 a 144).
2. La sociedad **comanditaria** se caracteriza por la existencia de dos tipos de socios:
 - los colectivos, que son similares a los socios de la sociedad colectiva; y
 - los comanditarios, que solo responden de las deudas sociales hasta el límite de sus aportaciones (responsabilidad limitada) y que no pueden ser administradores de la sociedad ni su nombre integrar la razón social de la sociedad comanditaria (CCom art.145 a 150).
3. La sociedad **anónima** gira bajo una denominación social, tiene todo su capital dividido y representado en acciones y sus socios nunca responden personalmente de las deudas sociales (LSC).
4. La sociedad de **responsabilidad limitada** tiene el capital dividido en participaciones que no pueden incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones, y sus socios no responden personalmente de las deudas sociales. Como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada existe la sociedad nueva empresa (LSC).
5. La sociedad **comanditaria por acciones**, que solo se diferencia de la anónima en que los accionistas administradores -uno al menos- responden ilimitadamente de las deudas sociales.

Además el Derecho mercantil conoce otras formas societarias como son las denominadas **sociedades profesionales** reguladas en la L 2/2007 , de sociedades profesionales que contempla expresamente la posibilidad de constituir una sociedad profesional. La sociedad profesional, que puede adoptar cualquiera de las formas reconocidas (civil,

colectiva, comanditaria, limitada y anónima), es aquella a la que se imputa el ejercicio de la actividad profesional realizada por su cuenta y bajo su razón o denominación social. La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas.

No se trata, pues, de una nueva forma societaria, sino que la sociedad profesional se acogerá a alguno de los **tipos sociales** existentes, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley especial y supletoriamente por las normas correspondientes a la forma social adoptada. Así, toda sociedad profesional se ve obligada a cumplir los requisitos establecidos en la Ley y, en caso contrario, no será posible su constitución y su incumplimiento sobrevenido supondrá causa de disolución.

Si la sociedad profesional opta por una forma social de capital, que implique **limitación de la responsabilidad** de los socios por las deudas sociales, se aplicarán, de forma específica, las siguientes **reglas**:

- a) en el caso de sociedades por acciones, deberán ser nominativas;
- b) los socios no gozarán del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional;
- c) la reducción del capital social podrá tener la finalidad de ajustar la carrera profesional de los socios;
- d) las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social.

En garantía de los terceros que requieran los servicios profesionales se establece junto a la **responsabilidad social**, la **personal de los profesionales**, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, respecto de las deudas que en esta encuentren su origen: «De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. Las sociedades profesionales deberán estipular un **seguro** que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social».

La **condición de socio** profesional es intransmisible, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales y siempre que no se hubiera establecido en el contrato que la transmisión pudiera ser autorizada por la mayoría de dichos socios. En fin, los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento conforme a las exigencias de la buena fe y todo socio profesional podrá ser excluido, además de por las causas previstas en el contrato, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional. Todo socio profesional deberá ser excluido cuando haya sido inhabilitado.

Igualmente habrán de ser socios profesionales como mínimo la mitad más uno de los miembros de los **órganos de administración**, en su caso, de las sociedades profesionales. Si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional. En todo caso, las decisiones de los órganos de administración colegiados requerirán el voto favorable de la mayoría de socios profesionales, con independencia del número de miembros concurrentes.

3. Sociedades de capital

5719 Son sociedades de capital la sociedad de **responsabilidad limitada**, la sociedad **anónima** y la sociedad **comanditaria por acciones**.

La sociedad anónima y la sociedad limitada constituyen las principales sociedades capitalistas, en las que se tiene en cuenta, fundamentalmente, el capital que se aporta y no las circunstancias personales de los socios. Ambas tienen siempre carácter mercantil, con independencia de su objeto. Diferencia fundamental entre una y otra es que la sociedad de responsabilidad limitada no puede acceder al mercado de valores, ya que no puede emitir acciones ni obligaciones.

5720 Sociedad anónima

Gira bajo una denominación social, tiene todo su **capital** dividido y representado en acciones y sus socios nunca responden personalmente de las deudas sociales. La sociedad anónima presenta especialidades de régimen jurídico cuando posea acciones que coticen en Bolsa. Se habla entonces de **sociedades cotizadas** (LSC art.495 y ss.). Ese régimen especial persigue la finalidad fundamental de lograr que se transmita al mercado toda la información relevante para el inversor, aspirando a garantizar que las juntas generales sean debidamente convocadas y que los documentos que deben presentarse a las mismas estén disponibles a tiempo para que todos los accionistas, con

independencia de su lugar de residencia, puedan adoptar una decisión razonada en el momento de emitir el voto, que no debe ser obstaculizado.

5721 Sociedad limitada

Tiene el **capital** dividido en participaciones que no pueden incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones, y sus socios no responden personalmente de las deudas sociales. Como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada se regula la sociedad limitada **nueva empresa**. Su denominación social estará formada por el nombre y apellidos de un socio fundador y un código alfanumérico, junto con la indicación Sociedad Limitada Nueva Empresa o su abreviatura SLNE. El objeto social puede contemplar únicamente actividades genéricas, solo podrán ser socios las personas físicas y en el momento constitutivo el número de fundadores no podrá ser superior a cinco. Una de las ideas centrales de este tipo social reside en la pretensión de mejorar y simplificar las condiciones para la creación de una empresa. Consiguientemente, aunque en el momento fundacional continúa exigiéndose escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, se ha previsto expresamente la posibilidad de que los trámites se efectúen mediante técnicas telemáticas; al igual que para acelerar el proceso constitutivo se han publicado unos estatutos orientativos a los que podrán acogerse los fundadores evitándose de esta forma posibles retrasos en la calificación del registrador mercantil. La idea de la simplificación también se proyecta sobre los libros de contabilidad: la sociedad limitada nueva empresa se somete a un régimen simplificado de contabilidad y, por otro lado, no está obligada a llevar el libro registro de socios. El capital social no podrá ser inferior a 3.000 euros ni superior a 120.000 euros y solo caben aportaciones dinerarias.

5722 Sociedad comanditaria por acciones

A las anteriores se añade, como sociedad capitalista, aunque de escasa utilización, la sociedad comanditaria por acciones que se **define** como aquella sociedad mercantil cuyo capital se encuentra dividido en acciones, formadas por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como **socio colectivo**. Se aplicará a la sociedad comanditaria por acciones la normativa de las sociedades anónimas, salvo en lo que resulte incompatible con sus especiales normas.

5723 Denominación, nacionalidad y domicilio

Para la formación de la **denominación** de la sociedad, que ha de figurar necesariamente en los estatutos, se exigen dos **requisitos**: que figure la indicación sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada/sociedad limitada o sociedad comanditaria por acciones, o sus respectivas abreviaturas (SA, SRL o SComA.) y que no se trate de una denominación idéntica a la de otra sociedad ya existente.

Respetando esos límites, la sociedad puede optar por una denominación **subjettiva** (nombres, seudónimos), **objetiva** (actividad de la sociedad) o de **fantasía**. En el caso de la sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva. Asimismo, se han de **evitar conflictos** entre la denominación social y signos distintivos (marcas y nombres comerciales).

La atribución de la **nacionalidad** española a una sociedad se realiza de acuerdo con el criterio del domicilio. Serán españolas todas aquellas sociedades que tengan su domicilio en territorio español, con independencia del lugar en que se hayan constituido. De acuerdo con este criterio serán españolas tanto las sociedades constituidas y domiciliadas en España como aquellas fundadas en el extranjero, pero con domicilio en territorio español. Además, para evitar actuaciones fraudulentas, se exige que tengan su domicilio en España, y en consecuencia nacionalidad española, aquellas sociedades cuyo principal establecimiento o explotación se encuentre en su territorio.

Para la determinación del lugar concreto del territorio español en el que una sociedad debe tener su **domicilio**, se ofrecen **dos posibilidades**: la sociedad puede, a su elección, fijar su domicilio en el centro de su efectiva administración o dirección, o en donde se encuentre su principal establecimiento o explotación. El domicilio fijado se hará constar en los estatutos de la sociedad, que serán objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Es posible, y la ley así lo prevé, que este domicilio registral sea distinto al que correspondería a la sociedad de acuerdo con los criterios de efectiva administración o principal establecimiento. En este caso, se protege a los terceros que contratan con la sociedad, permitiéndoles que consideren como domicilio cualquiera de ellos.

5725 Objeto social

El objeto social es la actividad o actividades a la que se dedica la sociedad para la **consecución del fin común**. Debe contemplarse en los estatutos de la sociedad y no podrá incluir ni aquellos actos jurídicos necesarios para el desarrollo de las actividades comprendidas en el mismo, ni cláusulas genéricas.

5726 Capital social

El capital social es una cifra, de carácter contable que figura necesariamente en los estatutos, y **representa** la cantidad total que los socios se han comprometido a aportar, indicando la cantidad por la que responde la sociedad frente a terceros. El capital de la sociedad cumple **tres funciones** fundamentales:

1. Función de **productividad**: el capital social es, ante todo, el conjunto de las aportaciones de los socios, dirigido al desarrollo del objeto social.
2. Función de **garantía**: la cifra de capital social determina el grado de responsabilidad patrimonial de la sociedad frente a terceros. Por ello, principio básico es que la cifra de capital esté respaldada por el correspondiente patrimonio neto, que es el que realmente sirve para satisfacer a los acreedores sociales.
3. Función **organizativa**: el capital social mide la posición del socio en la sociedad.

5727 Esa configuración del capital justifica la existencia de varios **principios reguladores**:

1. De **capital mínimo**: en la sociedad anónima el capital social no puede ser inferior a 60.000 euros, cifra que debe respetarse tanto al constituirse la sociedad anónima, como a lo largo de su vida. Por su parte, el capital mínimo de una sociedad de responsabilidad limitada es de 3.000 euros.
2. De la **determinación**: la cifra de capital social tiene que estar fijada en los estatutos sociales.
3. De la **integridad**: el capital social tiene que estar íntegramente suscrito, entendiendo por suscripción el acto en virtud del cual una persona manifiesta su voluntad de ser titular de una o varias acciones o participaciones.
4. Del **desembolso mínimo**. En la sociedad anónima la suscripción íntegra del capital social no impide que inicialmente el accionista desembolse solo una parte del mismo, que no podrá ser inferior al 25% del valor nominal de todas y cada una de las acciones. Por el contrario, en la sociedad limitada el capital social debe estar íntegramente desembolsado desde su origen, por lo que no existen desembolsos pendientes.
5. Principio de la **estabilidad**: la cifra de capital social fijada en los estatutos permanece estable, en tanto no se produzca una modificación de los mismos.

5728 No obstante, la L 14/2013, de apoyo a los **emprendedores** y su internacionalización ha admitido la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con una **cifra de capital social inferior** al mínimo legal. Son las denominadas sociedades en régimen de **formación sucesiva** que, mientras no alcancen la cifra de capital social mínimo, son sociedades de responsabilidad limitada que estarán sujetas al régimen de formación sucesiva, lo que supone:

- que deberá destinarse a la **reserva legal** una cifra al menos igual al 20% del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía;
- que una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias, solo podrán repartirse **dividendos** a los socios si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resultare inferior al 60% del capital legal mínimo; y
- que la suma anual de las **retribuciones** satisfechas a los socios y administradores por el desempeño de tales cargos durante esos ejercicios no podrá exceder del 20% del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, sin perjuicio de la retribución que les pueda corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores.

5729 Además, en **caso de liquidación**, voluntaria o forzosa, si el **patrimonio** de la sociedad fuera **insuficiente** para atender al pago de sus obligaciones, los socios y los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida.

En fin, no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva. Los fundadores y quienes adquieran alguna de las participaciones asumidas en la constitución **responderán solidariamente** frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas **aportaciones**.

5730 Sociedad unipersonal

Se admite la posibilidad de sociedades unipersonales, siempre que utilicen la forma de sociedad limitada o anónima. Se admiten las sociedades de un solo socio tanto desde el momento constitutivo (unipersonalidad **originaria**) como con posterioridad por adquisición de todas las acciones o participaciones (unipersonalidad **sobrevenida**), considerándose propiedad del único socio las participaciones que pertenezcan a la propia sociedad unipersonal.

La unipersonalidad se somete a un **régimen específico**. En primer lugar, la constitución de la sociedad con un solo socio, la unipersonalidad sobrevenida, la pérdida de la unipersonalidad o el cambio del socio único se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el RM, expresándose necesariamente la identidad del socio único. Asimismo, la condición de sociedad unipersonal deberá constar expresamente tanto en la documentación que emita como en los anuncios que haya de publicar. Por último, en el caso de unipersonalidad sobrevenida, si transcurridos 6 meses no se ha inscrito en el RM tal circunstancia, el **socio único responderá** personal, ilimitada y solidariamente de las **deudas** sociales contraídas durante el período de la unipersonalidad.

En la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las **competencias de la junta general**, consignándose sus decisiones en acta y pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

Los **contratos** que celebre el socio único con la sociedad unipersonal, constarán por escrito, se transcribirán en un libro-registro que deberá ser legalizado y se hará referencia expresa a ellos en la memoria anual, de tal modo, que en los casos de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos que no hayan sido transcritos al **libro-registro** y no se hallen referenciados en la memoria anual. Además, el socio único responderá frente a la sociedad durante un periodo de 2 años de las ventajas que haya obtenido como consecuencia de dichos contratos.

5732 Escritura y estatutos

Uno de los requisitos necesarios para la constitución de una sociedad capitalista es el otorgamiento de **escritura pública**. En la escritura se podrán incluir todos aquellos pactos que no se opongan a las leyes ni a los principios configuradores de la sociedad y necesariamente deberán contenerse un conjunto de menciones: los datos necesarios para identificar a los socios; la voluntad de quienes otorgan la escritura de constituir una sociedad anónima o limitada; la aportación de cada socio, con indicación del dinero, bienes o derechos que entregue o se obligue a entregar en el caso de la sociedad anónima, así como el título en que realice la aportación y el número de acciones o participaciones que se le atribuyen; la cantidad total, o al menos aproximada, de los gastos de constitución de la sociedad; los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad; los **datos necesarios para identificar** a las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, y en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad.

Los **estatutos sociales** constituyen una de las menciones obligatorias de la escritura de constitución, en los que se regula la organización y el funcionamiento de la sociedad, como complemento de lo dispuesto en la ley. Los estatutos vinculan tanto a los socios iniciales como a los que se adhieran a la sociedad en un futuro y, por su trascendencia, cualquier modificación de los mismos está sometida a unas especiales cautelas.

5733 Los estatutos **han de incluir** una serie de circunstancias: la denominación de la sociedad; el objeto social; el domicilio; la cifra de capital social (en el caso de las sociedades anónimas indicando la parte que se encuentra sin desembolsar y el plazo máximo en que debe hacerse efectiva; y en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los registradores mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan); el número de acciones o participaciones en que se divida el capital social, su valor nominal, su clase y serie y su forma de representación; el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren; el modo de adopción de acuerdos por los órganos colegiados de la sociedad. Salvo disposición contraria de los estatutos, la **duración de la sociedad** será indefinida y las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. Además pueden figurar en los estatutos otras cuestiones, entre las que se encuentran la fecha de cierre del ejercicio social (si no se contiene, se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año); las limitaciones a la transmisión de las acciones (si no existen, las acciones son libremente transmisibles); el régimen de las prestaciones accesorias, cuando existan, y los derechos especiales que, en su caso, se reserven los fundadores o promotores de la sociedad.

5734 Fundación de la sociedad

La fundación de una sociedad es el conjunto de actos necesarios para su constitución efectiva. Para la **SA** se prevén **dos procedimientos distintos**: la fundación simultánea y la fundación sucesiva. Este último, la **fundación sucesiva**, tiene escasa trascendencia en la realidad práctica. Por su parte, la **SRL** solo puede constituirse por el procedimiento de fundación simultánea. La sociedad se constituye mediante escritura pública, que deberá inscribirse en el RM, adquiriendo entonces su personalidad jurídica. Una vez inscrita la sociedad en el RM, el registrador mercantil remitirá para su publicación, de forma telemática y sin coste adicional alguno, al BORME, los datos relativos a la escritura de constitución.

En la **fundación simultánea** se constituye la sociedad en un único acto por acuerdo entre los fundadores, que son aquellas personas que otorgan la escritura social y asumen todas las acciones o participaciones. No se exige un número mínimo de estos, admitiéndose la sociedad anónima y limitada unipersonal.

5735 Los **fundadores** y los **administradores** son las personas que deben instar la **inscripción** de la sociedad en el RM en el plazo de **2 meses** desde el otorgamiento de la escritura, respondiendo solidariamente en caso contrario de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación. Los fundadores son responsables frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales, de la valoración de las aportaciones no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la constancia en la escritura de las menciones exigidas en la ley y de la exactitud de las declaraciones que hagan en esta. Como **contraprestación a** la labor que realizan se permite que en los estatutos de las sociedades anónimas los fundadores se reserven **derechos especiales de contenido económico**. Se trata de un privilegio legal que permite la retribución de sus servicios con independencia de los derechos que puedan corresponderles como socios, sometido a un triple límite legal: cuantitativo, porque la remuneración no puede exceder en su conjunto del 10% de

los beneficios netos según balance; temporal, porque solo pueden establecerse por un período máximo de 10 años, y cualitativo, porque solo pueden tener contenido económico.

5736 Sociedad en formación y sociedad irregular

La constitución de la sociedad ha de documentarse en **escritura pública** que deberá ser inscrita en el RM para la adquisición de personalidad jurídica plena.

Por lo que se refiere a la sociedad en formación, como regla general, de los **actos y contratos** celebrados a nombre de la sociedad en formación serán **solidariamente responsables quienes los hubieren celebrado**, a no ser que la eficacia del acto o contrato quede condicionada a la inscripción y posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. Esa regla general conoce **tres excepciones**, en las que se excluye la responsabilidad de quienes celebraron los actos y contratos, de modo que responde solo la sociedad:

- por los actos indispensables para la **inscripción** de la sociedad;
- por los actos realizados por los administradores dentro de las **facultades** que les confiere la **escritura** específicamente para este **período anterior** a la inscripción; y
- por los actos o contratos realizados en virtud de **mandato específico** por las personas a tal fin designadas por todos los socios.

5737 En esos tres casos, responderá, en primer lugar, la sociedad en formación con el patrimonio compuesto por las aportaciones de los socios, y, en segundo lugar, los socios hasta el límite de su aportación.

Si se prueba que **no existe intención de inscribir** la sociedad o si transcurre un año desde el otorgamiento de la escritura pública sin que se haya solicitado su inscripción, se habla de **sociedad irregular**. Ante todo, se concede a los socios la facultad de pedir la disolución de la sociedad y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. Si ningún socio solicita la disolución, se aplicarán a la sociedad irregular las normas de la sociedad civil, si su objeto social es una actividad que pueda ser calificada como civil, o de la sociedad colectiva, si su objeto es una actividad mercantil.

5738 Nulidad de la sociedad

Las únicas **causas** por las que puede declararse judicialmente la nulidad de una sociedad de capital inscrita son las siguientes:

- resultar el **objeto social ilícito** o contrario al orden público;
- **no expresarse en la escritura** de constitución la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital o el objeto social;
- incumplirse el **desembolso mínimo** del capital legalmente previsto, en el caso de las sociedades anónimas; y
- ser **incapaces** todos los socios fundadores y no haber concurrido en el acto constitutivo la **voluntad** efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de estos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

5739 La declaración judicial de nulidad, que puede ser instada por cualquier interesado, produce los mismos efectos que la disolución: se abre la liquidación de la sociedad, que se regulará por el procedimiento previsto para las causas de disolución.

5740 Aportaciones sociales

En las sociedades de capital las aportaciones son todas aquellas cantidades de dinero (**aportaciones dinerarias**), bienes o derechos (aportaciones **no dinerarias**) que el socio se compromete a entregar a cambio de acciones o participaciones. No pueden ser objeto de aportación el trabajo o los servicios.

Las aportaciones dinerarias deben de **establecerse en euros**. La realidad de las aportaciones dinerarias deberá acreditarse ante el notario que autoriza la escritura, a través de dos mecanismos distintos entre los que optará el aportante: exhibición y entrega de los resguardos de depósito a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, o entrega del dinero directamente al notario, que deberá realizar el depósito en el plazo de 5 días hábiles.

Las **aportaciones no dinerarias están formadas** por todos aquellos bienes y derechos susceptibles de valoración económica que aporta el socio, de cuya realidad y adecuada valoración responden solidariamente los fundadores de la sociedad. La realidad de las aportaciones no dinerarias se protege, además, con normas especiales: si se trata de bienes y derechos, recaerá sobre el aportante la obligación de entrega y saneamiento, según las normas del Código Civil, regulándose la transmisión de los riesgos por las disposiciones del Código de comercio. Si se trata de derechos de crédito, el aportante responde siempre de la solvencia del deudor. Si se aporta una empresa, el aportante queda obligado al saneamiento si el vicio o la evicción afectan a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación.

5741 En las **sociedades anónimas**, las **aportaciones no dinerarias** serán objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el registrador mercantil, con las excepciones de las aportaciones no dinerarias consistentes en valores mobiliarios cotizados o en bienes u operaciones en las que ya se hubiera elaborado un informe por experto independiente, en los que se sustituye por un informe de los administradores. El régimen de las aportaciones no dinerarias se cierra en las sociedades anónimas con las denominadas adquisiciones onerosas. Se establecen una serie de **cautelos** para evitar que se realicen aportaciones no dinerarias encubiertas y para proteger la correcta formación del capital social: toda adquisición de bienes a título oneroso realizada por la sociedad anónima dentro de los dos primeros años desde su constitución o transformación que supere, al menos, el 10% del capital social, salvo que se trate de una operación ordinaria o se verifique en bolsa de valores o subasta pública, deberá ser aprobada por la junta general, previo informe tanto de los administradores como de uno o varios expertos independientes. En fin, en las sociedades anónimas se designa con el nombre de desembolsos pendientes aquella porción del capital que, de acuerdo con el principio de desembolso mínimo, no se desembolsó en el momento de la suscripción de las acciones. El incumplimiento de la **obligación de aportar** genera dos tipos de efectos. De un lado, se produce la suspensión de los principales derechos de socio: voto, participación en las ganancias sociales y suscripción preferente de nuevas acciones. De otro lado, la sociedad puede obtener la satisfacción de su derecho de crédito contra el socio no solo reclamando judicialmente su cumplimiento al socio, sino también por otras dos vías extraordinarias: enajenando las acciones por cuenta y riesgo del socio incumplidor o exigiendo el cumplimiento a quienes hubiesen sido titulares de las correspondientes acciones en los 3 últimos años.

5742 En la **sociedad limitada** no pueden existir **desembolsos pendientes** porque se exige el íntegro desembolso de la aportación en el momento de la adquisición de las participaciones; no será de aplicación el procedimiento previsto para la realización de adquisiciones onerosas, y no será de aplicación a las aportaciones no dinerarias el sistema de informe de expertos independientes, sino un sistema de responsabilidad, si bien los socios pueden decidir someterse a esa valoración pericial a fin de exonerarse de dicha responsabilidad.

5743 Prestaciones accesorias

Las prestaciones accesorias son **obligaciones distintas** de las aportaciones de capital que se introducen en los estatutos con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios.

En los **estatutos** de la sociedad habrá de **constar**: su contenido; su carácter retribuido o gratuito; y las posibles cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.

5744 Acciones y participaciones como parte del capital social

Las acciones en la SA y las participaciones sociales en la SRL representan **partes alícuotas** del capital social. A cada acción y a cada participación se le atribuye un **valor nominal**, que mide su peso en el capital social, por lo que, cuando todas sean iguales, será el resultado de dividir la cifra de capital social por el número de acciones o participaciones. Distinto del valor nominal, es el **valor real**, que alude a su participación en el patrimonio social, por lo que será el equivalente a dividir el patrimonio social por el número de acciones o participaciones. Además, hay que referirse a un valor de mercado (en bolsa o fuera de bolsa), que es el precio que alcanzan si son vendidas, en cuya formación incide no solo su valor real, sino también otras circunstancias.

Las acciones y las participaciones han de tener, necesariamente, un **valor nominal**. No se señala un valor nominal mínimo ni máximo, ni tampoco se exige que todas posean idéntico valor nominal. Lo que si se requiere es que todas aquellas que formen una serie posean igual valor nominal.

El valor nominal indica la aportación patrimonial mínima que debe realizarse para la suscripción: no es admisible la emisión de acciones o participaciones por una cifra inferior a su valor nominal. Por el contrario, es perfectamente posible la **emisión con prima**, en cuyo caso para la suscripción no basta con aportar la cifra de valor nominal, sino que se debe desembolsar una cantidad suplementaria (la prima), que, además, debe satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción.

5746 Acciones y participaciones como expresión de la condición de socio

La acción de la sociedad anónima y la participación social de la sociedad limitada confiere a su titular la condición de socio, lo que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos. Salvo en los casos previstos en la propia ley, el socio tendrá como mínimo, los siguientes **derechos**: participación en el reparto de las ganancias sociales, participación en el patrimonio resultante de la liquidación, asunción preferente en la creación de nuevas participaciones, suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones, asistencia a las juntas, voto, impugnación de acuerdos sociales e información. Los derechos atribuidos a los socios se clasifican tradicionalmente, en derechos **económicos** o patrimoniales, derechos **políticos** o administrativos y derechos **de naturaleza mixta**. Son derechos económicos los de participación en ganancias y en el patrimonio resultante de la liquidación. Los derechos de voto, asistencia, impugnación de acuerdos sociales e información son derechos administrativos o políticos. El derecho de suscripción preferente o de asunción posee una doble naturaleza económica y política.

La Ley permite que las acciones tengan un distinto contenido de derechos, lo que origina el concepto de clase de acciones: conjunto de acciones que poseen idénticos derechos. No ha de confundirse **clase de acción** -acciones con los mismos derechos- con **serie** -acciones con el mismo valor nominal-. También las participaciones sociales podrán tener un distinto contenido de derechos, aunque el concepto de clase se reserva para integrar las acciones que tengan el mismo contenido de derechos. En atención a esta diversidad de derechos es posible distinguir entre acciones o participaciones ordinarias (conceden a los socios el régimen normal de derechos) y privilegiadas (otorgan ventajas o privilegios respecto de las ordinarias). La creación de acciones o participaciones privilegiadas no es enteramente libre, ya que no es válida la creación de acciones o participaciones con derecho a percibir un interés y no podrán emitirse acciones que, directa o indirectamente, alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente, ni crearse participaciones que, de forma directa o indirecta, alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia.

5747 Además, pueden emitirse **acciones sin voto** por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado y crearse participaciones sin voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital. Este límite cuantitativo intenta evitar que en una sociedad la mayoría de las acciones o participaciones, o incluso todas, carezcan del derecho de voto, dada la distorsión que ello supondría para el funcionamiento de los órganos sociales. Su régimen jurídico posee un carácter imperativo, aunque mínimo. La característica fundamental de este régimen es la atribución de **beneficios económicos, en contrapartida** a la privación del derecho de voto. En primer lugar, se reconoce a los titulares el **dividendo privilegiado** anual mínimo fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Es un dividendo participativo, puesto que una vez abonado este dividendo el titular de acciones sin voto tiene derecho al mismo dividendo que se reparta a las ordinarias. Es además, en el caso de las sociedades anónimas no cotizadas, un dividendo de carácter acumulativo, ya que si no se paga totalmente en un ejercicio debe ser satisfecho dentro de los cinco ejercicios siguientes. Por el contrario, en caso de sociedades anónimas cotizadas, en el carácter no acumulativo de este dividendo, se estará a lo que dispongan sus estatutos. En segundo lugar, poseen un privilegio en la reducción del capital por pérdidas, ya que solo se verán afectadas cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones o participaciones. Por último, poseen una **preferencia temporal** a obtener el reembolso del valor desembolsado antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes, en caso de liquidación de la sociedad. Además, la privación del derecho de voto de esos socios no es ni definitiva (se recupera en algunos supuestos, como sucede, por ejemplo, ante la reducción de capital que acarree la desaparición de las acciones o participaciones con voto) ni total (se reconoce a los titulares cuando una modificación estatutaria lesione sus derechos). Así, toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones sociales o de acciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de las participaciones sociales o de las acciones sin voto afectadas.

5748 Igualmente, puede emitirse **acciones rescatables**. Estas acciones se caracterizan por nacer con la cualidad de poder ser rescatadas, es decir, de ser **amortizables**. En la medida en que estas acciones incorporan un auténtico derecho de rescate, debe entenderse que constituyen una clase de acciones. Pueden emitir acciones rescatables, exclusivamente, las sociedades anónimas cotizadas. Su **importe nominal** no puede superar la cuarta parte del capital social y deben ser íntegramente desembolsadas en el momento de la suscripción. El acuerdo de emisión fijará las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate. En este sentido, pueden emitirse acciones rescatables a solicitud de la sociedad emisora, de los titulares de estas acciones, o de ambos. En cuanto a su amortización, deberá realizarse con cargo a beneficios o a reservas libres, en cuyo caso, la sociedad debe constituir una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas, o con el producto de una nueva emisión de acciones. En cualquier otro caso, la amortización solo podrá realizarse con los requisitos establecidos para la reducción de capital social mediante devolución de aportaciones.

5749 Acción como valor mobiliario

La acción tiene la consideración de valor mobiliario, lo que presupone su **documentación** o representación. Por el contrario, las participaciones sociales no podrán estar representadas, ni denominarse acciones, ni tener el carácter de valores.

Las acciones **pueden representarse** mediante títulos y mediante anotaciones en cuenta. La sociedad puede elegir libremente **uno u otro sistema**; pero si opta por el de anotaciones en cuenta, la decisión será irreversible.

5750 Título

Considerada como título, la acción es un **documento** en el que se recogen determinadas características de la sociedad emisora y de la concreta acción que se representa. Cuando las acciones deban representarse por medio de títulos, el accionista tiene derecho a recibir los que le correspondan, libres de gastos. El accionista está legitimado para exigir un título por cada acción, pero es admisible la emisión de títulos múltiples que representen dos o más acciones de igual valor nominal. Los títulos acciones pueden ser nominativos o al portador. Los títulos nominativos se caracterizan por contener el **nombre del titular** de las acciones, de modo que solo él se encuentra legitimado para ejercer los derechos de socio. Se exige, al efecto, que exista un libro registro de acciones. La forma nominativa es obligatoria cuando la acción no haya sido desembolsada en su integridad, en el caso de que su transmisión esté sujeta

a limitaciones, cuando las acciones establezcan prestaciones accesorias, así como en algunas sociedades especiales (p.e. aseguradoras). En definitiva, cuando es necesario conocer en todo momento la identidad de los socios.

5751 Anotación en cuenta

Las anotaciones en cuenta realizan la representación de las acciones mediante bases de datos o **registros informáticos**. En este registro informático se incluirán los datos de la sociedad emisora y de la acción que se representa. La anotación contable es, necesariamente, nominativa, por lo que debe incluir el nombre del titular de la acción.

5753 Régimen de transmisión de las acciones

La transmisión de las acciones puede deberse a **causas distintas**, dada la diversidad de contratos de transmisión de acciones (compraventa, donación).

En el caso de representación de las acciones mediante **títulos**, en tanto estos no estén impresos y entregados al accionista, la transmisión de las acciones se regulará por las **normas sobre cesión de créditos** y demás derechos incorporales. Si las acciones fuesen nominativas, una vez acreditada la transmisión, los administradores la inscribirán en el libro registro de acciones nominativas. Una vez impresos y entregados los títulos, el régimen aplicable a la transmisión varía según el carácter de las acciones. Si se trata de acciones al portador serán transmisibles por la tradición del documento. Si se trata de acciones nominativas, podrán transmitirse a través de cesión de créditos y mediante endoso. La transmisión de las acciones representadas mediante **anotaciones en cuenta** se realizará a través de una **transferencia contable**, con la correspondiente inscripción del nuevo titular de la acción.

5754 El **régimen general** para la transmisión de las acciones es el de su **libre transmisibilidad**. No obstante, son admisibles algunas limitaciones a esa libre transmisibilidad. Así, las restricciones pueden ser legales o convencionales, según se establezcan en la ley o por acuerdo entre los socios. Entre las restricciones legales, destaca la prohibición de transmisión de las acciones antes de la inscripción de la sociedad, o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social. Las restricciones convencionales pueden establecerse al margen de los estatutos, pero solo vincularán a la sociedad cuando figuren en los estatutos de la sociedad. Las restricciones a la libre transmisión de las acciones han de recaer sobre acciones nominativas, deben constar en los estatutos, y en ningún caso serán admisibles aquellas cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción.

La ley centra su atención en las denominadas **cláusulas de autorización**: su validez se subordina a la circunstancia de que las causas que permiten denegarla se incluyan en los estatutos. Se señala, además, que se entenderá concedida la autorización si transcurren 2 meses desde que el accionista la solicita sin que la sociedad conteste. El Reglamento del Registro Mercantil se refiere a las cláusulas de adquisición preferente, por cuya virtud se atribuye a los socios un derecho a adquirir con preferencia las acciones que se quieran transmitir. Se admiten también cláusulas limitativas de la transmisión de acciones en caso de muerte del accionista, que solo podrán consistir en la circunstancia de que la sociedad presente un adquirente al heredero o se ofrezca a adquirirlas ella misma. En fin, tratándose de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias, su transmisión quedará condicionada, salvo disposición estatutaria en contrario, a la autorización previa de la sociedad.

5755 Copropiedad, usufructo y prenda de acciones

Las acciones y las participaciones de una sociedad no solo son susceptibles de poseerse en propiedad, sino que es posible **constituir** sobre las mismas una copropiedad, o incluso, derechos reales limitados: **usufructo y prenda**. La acción y la participación son indivisibles, de modo que si dos o más personas fuesen sus titulares, es preciso determinar cómo se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones. Al efecto, se dispone que los copropietarios designarán una sola persona -representante común- para el ejercicio de los derechos de socio y que todos ellos responderán solidariamente de las obligaciones impuestas al socio.

5756 Usufructo

En el usufructo se produce una separación entre la **propiedad**, que corresponde al nudo propietario, y el **uso y disfrute**, que corresponde al usufructuario, sobre un bien. La cualidad de **socio** recae en el **nudo propietario** y el derecho a los **dividendos** acordados por la sociedad durante la vigencia del usufructo corresponde al **usufructuario**. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario, estando obligado el usufructuario a facilitar su ejercicio.

5757 Prenda

La prenda es un derecho real de **garantía**, que supone la entrega al acreedor de un bien para que este pueda venderlo y satisfacer su crédito, si el deudor no paga. El ejercicio de los **derechos de socio** corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al **propietario** de las mismas, estando el acreedor pignoraticio obligado a facilitarle su ejercicio. En caso de incumplimiento por el propietario/deudor de la obligación de desembolsos pendientes, podrá el acreedor pignoraticio optar por cumplir por sí mismo la obligación o por proceder a la realización de la prenda.

Esa misma regulación será aplicable al embargo de acciones y participaciones.

5758 Negocios sobre las propias acciones o participaciones

La personalidad jurídica de la sociedad anónima y de la sociedad limitada y la representación del capital social permite que la sociedad realice negocios jurídicos sobre sus propias acciones o participaciones. Cualquier **incumplimiento de este régimen** será sancionado con **multa**, que se impondrá a los administradores de la sociedad infractora, por importe de hasta el **valor nominal** de las acciones o participaciones de que se trate.

5759 La **sociedad** puede **adquirir** sus propias acciones o participaciones por **vía originaria** (suscripción en el momento constitutivo o con ocasión de un aumento de capital) o por **vía derivativa** (adquiriéndolas de un socio). En la suscripción se parte de un principio de prohibición absoluta, ya que las acciones o participaciones tendrían que ser desembolsadas con cargo al patrimonio social. Por esa razón, en la sociedad limitada la adquisición originaria será nula de pleno derecho. Mientras, en la sociedad anónima, en el caso de que la sociedad infrinja esta prohibición, serán propiedad de la sociedad suscriptora, pero su desembolso tendrá que ser realizado por los fundadores o promotores, si la suscripción se produce al constituir la sociedad, o por los administradores, si la suscripción se realiza en un aumento del capital social. En el supuesto de adquisición derivativa de la sociedad de sus propias acciones o participaciones, se permite esta adquisición siempre que se cumplan una serie de **requisitos**:

- que la operación sea autorizada previamente por la junta general;
- que la adquisición no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más reservas indisponibles;
- que el valor nominal total de las acciones poseídas por la sociedad no supere el 20% (10% si es cotizada) del capital social; y
- que las acciones estén íntegramente desembolsadas, salvo que lo sean a título gratuito.

5760 **Si se adquieren** las acciones **sin respetar los requisitos** establecidos, la sociedad anónima deberá vender las acciones en el plazo máximo de un año. Transcurrido el plazo, se procederá a convocar una junta para amortizarlas a través de la correspondiente reducción de capital. En caso contrario, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al letrado de la Administración de Justicia o registrador mercantil del lugar del domicilio social. Los administradores están obligados a solicitar la reducción judicial o registral del capital social cuando el acuerdo de la junta hubiera sido contrario a esa reducción o no pudiera ser logrado. El expediente ante el letrado de la Administración de Justicia se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La solicitud dirigida al registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo previsto en el RRM. La decisión favorable o desfavorable será recurrible ante el juez de lo Mercantil. Mientras, si se adquieren las participaciones sin respetar los requisitos fijados, la adquisición será nula de pleno derecho.

5761 No obstante, existen **cuatro supuestos** en los que la sociedad anónima puede **adquirir** sus propias acciones **sin** someterse a esos **requisitos**:

- cuando las acciones se adquieran en ejecución de un acuerdo de **reducción del capital**;
- cuando adquiera acciones íntegramente liberadas como consecuencia de una adjudicación judicial para **satisfacer un crédito** de la sociedad frente al titular de dichas acciones;
- cuando formen parte de un patrimonio adquirido a **título universal**; y
- cuando adquiera acciones íntegramente liberadas a **título gratuito**.

En los dos últimos casos, las acciones deberán ser enajenadas o amortizadas en un **plazo** máximo de 3 años, siempre que no superen el 20% (10% si es cotizada) del capital social.

5762 Cualquiera que haya sido la forma de adquisición, las acciones y las participaciones propias se someten a un **régimen jurídico específico**. En primer lugar, se suspenden todos los derechos políticos y los demás, salvo el derecho de asignación gratuita, se atribuirán proporcionalmente al resto de las acciones y participaciones. En segundo lugar, serán tenidas en cuenta a los efectos de calcular los quórum de constitución y adopción de acuerdos en la junta. En tercer lugar, se establecerá una reserva indisponible equivalente a su importe, que se mantendrá en tanto no se vendan o amorticen. Por último, en el informe de gestión de la sociedad adquirente se deberá justificar la adquisición.

5763 Además, se permite que la sociedad anónima acepte en **prenda**, o en otra forma de garantía, sus **propias acciones** o las emitidas por la sociedad dominante, siempre y cuando se respeten los mismos requisitos impuestos a la sociedad para la adquisición derivativa de sus propias acciones. No obstante, se exceptúan de este régimen aquellas operaciones hechas en el ámbito de las actividades ordinarias de los bancos y otras entidades de crédito, a las que únicamente se exige que constituyan una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias. Del mismo modo, a las acciones poseídas por la sociedad en concepto de garantía se les aplicará, en cuanto resulte compatible, el régimen establecido para las acciones propias.

Finalmente, se prohíbe a la sociedad anónima anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de acciones de su sociedad dominante

por un tercero. Se exceptúan de este régimen aquellas operaciones cuyo objetivo sea facilitar la adquisición de las acciones a los trabajadores y aquellas operaciones realizadas por entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social, siempre que se establezca una reserva equivalente al importe de los créditos.

5764 Régimen de transmisión de las participaciones sociales de la sociedad limitada

Las participaciones sociales son **acumulables e indivisibles** y no tienen por qué ser iguales, atribuyendo a sus titulares los mismos derechos con las excepciones establecidas en la ley. No pueden denominarse acciones ni constituir valores mobiliarios, ni pueden ser libremente transmisibles. Las participaciones sociales no pueden transmitirse hasta que se inscriba la sociedad o el aumento de capital correspondiente y pueden ser objeto de derechos reales. La **transmisión** deberá constar en **documento público**, por lo que la legitimidad del socio deriva en cualquier caso de un documento público, bien sea la escritura pública que documenta la fundación o un aumento de capital o bien aquella en que consta la transmisión de la condición de socio. El adquirente podrá ejercitar los derechos de socio frente a la sociedad desde que esta tenga conocimiento de la transmisión. La sociedad llevará un **libro registro de socios**, en el que se harán constar la titularidad y las sucesivas transmisiones de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas.

Las transmisiones que no se ajusten a lo previsto en la ley o en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad.

5765 En cuanto a la **transmisión voluntaria** por actos **inter vivos**, dicha transmisión será **libre**, salvo disposición en contra de los estatutos, cuando se realice entre socios o en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente o en favor de sociedades que pertenecen al mismo grupo que la transmitente. Las demás transmisiones voluntarias pueden regularse en los estatutos y, en su defecto, se acudirá a la propia ley. Respecto a la **regulación estatutaria**, se prohíben aquellas cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión y las que obliguen al socio a transmitir un número distinto de participaciones de las que él pretenda vender. Añade la ley que solo será válida la cláusula que prohíba la transmisión voluntaria de las participaciones cuando los estatutos reconozcan al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. Se admite asimismo que los estatutos puedan **prohibir** la transmisión **de forma temporal**, con el límite de 5 años desde la constitución de la sociedad o desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública de ampliación de capital.

Por lo que se refiere a las **transmisiones forzosas**, se exige que el juez o la autoridad administrativa que haya decretado el embargo comunique inmediatamente a la sociedad la identidad del embargante y las participaciones embargadas y se establece un procedimiento para que los socios puedan subrogarse para adquirir las participaciones en las mismas condiciones de la subasta.

Y respecto a las **transmisiones mortis causa**, en caso de muerte de un socio, el heredero o legatario adquiere la condición de socio, si bien los estatutos pueden establecer a favor de los demás socios un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable, que deberá ejercerse en el plazo máximo de 3 meses desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

5767 Emisión de obligaciones

Las sociedades de capital, tanto anónima como limitada, pueden emitir y garantizar series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda. Las obligaciones son **valores mobiliarios** que representan partes alícuotas de una deuda de la sociedad frente a los poseedores de las mismas, que reciben el nombre de obligacionistas. El poseedor de obligaciones ostenta, pues, una parte de un crédito contra la sociedad. Como valores mobiliarios que son, las obligaciones pueden representarse por medio de títulos o anotaciones en cuenta, y las obligaciones representadas en títulos pueden ser nominativas o al portador.

Las obligaciones **pueden estar garantizadas**. El importe total de las emisiones de la sociedad limitada no puede ser superior al doble de sus recursos propios, salvo que la emisión esté garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con un aval solidario de entidad de crédito. En el caso de que la emisión esté garantizada con aval solidario de sociedad de garantía recíproca, el límite y demás condiciones del aval quedarán determinados por la capacidad de garantía de la sociedad en el momento de prestarlo, de acuerdo con su normativa específica.

5768 En las sociedades anónimas destaca, asimismo, la posibilidad de **emisión de obligaciones convertibles en acciones**, lo que aproxima al obligacionista (acreedor) a la posición de socio (accionista), atribuyéndole el derecho de convertir sus obligaciones en acciones y también el derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones que pueda emitir la sociedad. La sociedad de responsabilidad limitada no puede en ningún caso emitir ni garantizar obligaciones convertibles en participaciones sociales.

A través de la emisión de obligaciones la sociedad obtiene **financiación** recurriendo al mercado de capitales o de ahorro. Salvo disposición contraria de los Estatutos, el órgano de administración será competente para acordar la emisión y la admisión a negociación de obligaciones, así como para acordar el otorgamiento de garantías de la emisión de obligaciones. La junta general de accionistas será competente para acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones o de obligaciones que atribuyan a los obligacionistas una participación en las ganancias

sociales. Además, salvo que la emisión estuviera garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con aval solidario de entidad de crédito, se precisará el consentimiento del sindicato de obligacionistas para **reducir la cifra del capital social o el importe de las reservas**, de modo que se disminuya la proporción inicial entre la suma de estos y la cuantía de las obligaciones pendientes de amortizar. Este consentimiento no será necesario cuando simultáneamente se aumente el capital de la sociedad con cargo a las cuentas de regularización y actualización de balances o a las reservas.

5769 Las **condiciones de la emisión**, cuando no se establezcan expresamente en la ley, se someterán a las cláusulas estatutarias y a los acuerdos que la junta general adopte. En cualquier caso, existen, sin embargo, dos condiciones de cumplimiento obligatorio:

- la constitución de una asociación para la defensa de los obligacionistas, que recibe el nombre de **sindicato de obligacionistas**; y
- la designación por la sociedad de un **comisario** que concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas, y que más adelante ostentará la representación del sindicato.

5770 En cuanto a las **obligaciones convertibles**, el legislador también establece algunas **cautelos**:

1. los administradores, por un lado, y un auditor designado por el RM, por otro, redactarán sendos informes.
2. la junta general determinará las bases y modalidades de la conversión y acordará aumentar el capital en la cuantía necesaria.
3. las obligaciones convertibles no pueden emitirse por una cifra inferior a su valor nominal, ni convertirse en acciones cuando el valor nominal de aquellas sea inferior al de estas.

5771 La emisión de obligaciones se hará constar en **escritura pública**. Las obligaciones no se podrán poner en circulación hasta que la escritura haya sido inscrita.

Las obligaciones, que incorporan una parte alícuota de un préstamo, generan para la sociedad la obligación de satisfacer los **intereses** pactados y de amortizarlas en el plazo convenido, con reembolso del principal y, en su caso, de las primas, lotes y ventajas que se hubiesen establecido en la escritura de emisión.

Por lo que se refiere al **pago** de intereses, se efectuará en el tiempo, forma y cuantía fijados en la escritura, con la particularidad de que los intereses de las obligaciones amortizadas que el obligacionista cobre de buena fe no podrán ser objeto de repetición por parte de la sociedad emisora.

5772 En cuanto a la amortización, es normal que se establezca el denominado **cuadro de amortización**, que obligará a la sociedad a celebrar los correspondientes **sorteos** para determinar qué obligaciones deben ser amortizadas en cada momento. Los sorteos se celebrarán con intervención del comisario y en presencia de notario, que levantará el acta correspondiente. El incumplimiento de esa obligación permite a los obligacionistas reclamar el reembolso anticipado de las obligaciones.

La ley establece, además, **otras posibilidades** de poner fin al contrato de préstamo representado en obligaciones, bajo el término **rescate**:

- pago anticipado, de acuerdo con las condiciones establecidas en la escritura de emisión;
- celebración de un convenio entre la sociedad y el sindicato específicamente dirigido al rescate de las obligaciones, modificando las condiciones de la escritura de emisión;
- adquisición de las obligaciones en bolsa, al objeto de amortizarlas; y
- conversión de las obligaciones en acciones, con el consentimiento de sus titulares.

5775 **Derechos del socio**

A continuación analizamos los distintos derechos que atienden al socio por su condición como tal.

5776 **Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales**

El socio tiene un derecho abstracto a participar en los beneficios sociales; pero la **junta general es libre para decidir** en cada ejercicio el destino de los beneficios: repartirlos entre los socios o destinarlos a constituir o aumentar reservas (salvo que la sociedad tenga clases de acciones con un privilegio en el reparto de las ganancias sociales, en cuyo caso, la sociedad, salvo que sus estatutos dispongan otra cosa, estará obligada a acordar el reparto de ese dividendo si existieran beneficios distribuibles). El derecho concreto al dividendo solo nace con el acuerdo de la junta general de aprobación de las cuentas anuales y de distribución de beneficios. Ahora bien, el **acuerdo de distribución** debe respetar dos **requisitos** fundamentales: que se cubran antes las atenciones exigidas por la ley o por los estatutos y que el valor del patrimonio neto no quede por debajo de la cifra de capital social.

5777 Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación

El socio tiene un derecho patrimonial abstracto a participar en el patrimonio resultante de la liquidación desde el momento mismo en que suscribe una acción o una participación; pero ese derecho no se actualiza hasta que comienza la liquidación de la sociedad y solo se concreta definitivamente cuando la junta general apruebe el preceptivo **balance final** de liquidación. Nace entonces el derecho del socio a la **cuota de liquidación**: tras el pago de las deudas sociales, el haber líquido restante ha de distribuirse entre los socios de la sociedad.

5778 Derecho de suscripción o de asunción preferente

Se reconoce a cualquier socio el derecho a suscribir preferentemente las acciones o asumir preferentemente las participaciones que proporcionalmente le corresponden en los **aumentos de capital** en los que se emiten nuevas acciones o participaciones. El **socio puede optar** por suscribir las nuevas acciones o asumir las participaciones o vender su derecho, reintegrándose económicamente el perjuicio que le supone la entrada de nuevos socios. No obstante, se prevén supuestos de exclusión de este derecho.

5779 Derechos de asistencia, representación y voto

El derecho de asistencia a las juntas generales se reconoce a todo socio. Los socios podrán asistir a las juntas generales, por sí o por representante. Mientras en las **sociedades de responsabilidad limitada** los estatutos no pueden exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones, en las **sociedades anónimas** es admisible que en los estatutos este derecho se subordine a la legitimación anticipada del socio que nunca podrá superar los 5 días, o incluso que se limite exigiendo la posesión de un número mínimo de acciones, que en ningún caso podrá ser superior al uno por mil del capital social, si bien el socio que no reúna ese número mínimo puede agruparse con otros accionistas para ejercer el derecho de asistencia por representación común.

Todo socio que tenga derecho de asistencia podrá hacerse **representar en la junta general** por medio de otra persona, aunque esta no sea socio, siempre que se otorgue un poder escrito o por medios de comunicación a distancia y con carácter especial para la junta de que se trate.

5780 Derecho de voto

En cuanto en la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, aunque se admiten participaciones sin voto y participaciones de voto plural. En la sociedad anónima, el derecho de voto depende, del número de acciones que se posean. En efecto, la atribución del derecho de voto se produce de forma proporcional al valor nominal de la acción, porque se prohíbe la creación de acciones de voto plural. Este **principio de proporcionalidad** no posee, sin embargo, carácter absoluto, porque la ley permite la emisión de acciones sin voto. En ambas sociedades se entiende que hay conflicto de intereses y el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones, cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto autorizarle a **transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción** legal o estatutaria; excluirle de la sociedad; liberarle de una obligación o concederle un derecho; facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor; o dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los casos de autorizaciones a la transmisión y exclusiones de la sociedad, solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión. En los demás supuestos de conflicto de interés no se produce la privación del derecho de voto, reenviando estos supuestos al ámbito de la impugnación de acuerdos.

5781 Derecho de información

Con anterioridad a la reunión de la junta (hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta en el caso de la sociedad anónima), los socios pueden solicitar por escrito a los administradores, información acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito. Durante la celebración de la **junta general**, los socios de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de que no sea posible satisfacer el derecho del socio en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito. Además, los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas. En la sociedad limitada no procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social. En la sociedad anónima la información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el 25% del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco % del capital social. La **vulneración del derecho** de información solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta

general. En el supuesto de **utilización abusiva** o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

5782 Derecho de impugnación de los acuerdos sociales

Son **acuerdos impugnables** los que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La **lesión del interés social** se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos por **infracción de requisitos meramente procedimentales**; incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que hubiera sido esencial para el ejercicio del derecho de voto; participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante; e invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

5783 La acción de impugnación de los acuerdos sociales **caduca en el plazo de un año**, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resulten contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caduca ni prescribe.

Para la impugnación de los acuerdos sociales están **legitimados** cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el 1% del capital. Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnable. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero.

Las acciones de impugnación **deben dirigirse contra la sociedad**. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

5785 Órganos sociales

A continuación analizamos los distintos órganos que componen la sociedad.

5786 Junta general

La junta general es la **reunión de los socios** de una sociedad, quienes, debidamente convocados, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta, de modo que todos los socios quedan sometidos a sus **acuerdos**. Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. La junta general ordinaria es la que debe reunirse, con carácter necesario, en los 6 primeros meses de cada ejercicio social, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior, y resolver sobre la aplicación del resultado. Ahora bien, la junta general ordinaria será igualmente válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo. Cualquier otra junta general tendrá la consideración de junta general extraordinaria.

Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente **plazo** legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el letrado de la Administración de Justicia o registrador mercantil del domicilio social. Si los administradores no atienden oportunamente la **solicitud de convocatoria** de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el letrado de la Administración de Justicia o por el registrador mercantil del domicilio social. El letrado de la Administración de Justicia procederá a convocar a la junta general de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria. El registrador mercantil procederá a convocar la junta general en el plazo de **un mes desde** que hubiera sido formulada la **solicitud**, indicará el lugar, día y hora para la celebración así como el orden del día y designará al presidente y secretario de la junta. Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la junta general no cabrá recurso alguno. Los **gastos** de la convocatoria registral serán de cuenta de la sociedad.

La junta general será convocada, salvo disposición contraria de los estatutos, mediante **anuncio publicado en la página web** de la sociedad y solo podrá celebrarse sin los requisitos previos de convocatoria cuando esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. Se trata de la llamada junta universal.

5787 En la **sociedad anónima**, la junta general de accionistas solo puede adoptar acuerdos cuando asista una representación suficiente de capital social (**quórum de constitución**). Por el contrario, para la válida constitución

de la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada no se exige quórum de constitución alguno, lo que supone que la junta general puede celebrarse siempre en primera convocatoria. La determinación del quórum para la válida constitución de las juntas de la sociedad anónima se fija legalmente en función de dos factores: que se trate de primera o segunda convocatoria y que el acuerdo a adoptar tenga la consideración de ordinario o extraordinario. Son acuerdos extraordinarios la emisión de obligaciones, las modificaciones estatutarias, incluyendo el aumento y la reducción del capital social y la disolución sin causa legítima. Son acuerdos ordinarios todos los demás: aprobación de las cuentas, distribución de beneficios, disolución cuando concorra causa legítima, etc.

La **adopción de acuerdos** en la sociedad anónima requiere mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado. Para la adopción de los acuerdos extraordinarios, si el capital presente o representado supera el 50% bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50%. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores.

5788 En la **sociedad limitada** los **acuerdos** sociales se adoptan por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio del capital social. A su vez, se establecen mayorías cualificadas para determinados acuerdos: el voto favorable de más de la mitad del capital social para los supuestos de aumento y reducción de capital y cualquier otra modificación de estatutos, y dos tercios del capital social para acordar la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital, la exclusión de socios, y la autorización a los administradores para que hagan competencia a la sociedad. Además, los estatutos podrán exigir una mayoría superior, sin llegar a requerir unanimidad, e, incluso, podrán establecer que un determinado asunto se apruebe también, de forma complementaria, por un determinado número de socios.

En la junta general, deberán votarse separadamente aquellos **asuntos** que sean sustancialmente **independientes**. En todo caso, aunque figuren en el mismo punto del orden del día, deberán **votarse de forma separada**: el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador; en la modificación de estatutos sociales, la de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia; y aquellos asuntos en los que así se disponga en los estatutos de la sociedad.

El desarrollo de la junta se recogerá en un **acta**, en la que constarán los datos de convocatoria, constitución y celebración de la junta, así como los asuntos debatidos y los acuerdos adoptados. El acta deberá ser notarial si los administradores lo consideran oportuno o si lo solicitan socios que representen el uno por cien del capital social. El acta, una vez aprobada, se inscribirá en el libro de actas de la sociedad. En general, los acuerdos sociales adoptados podrán elevarse a escritura pública y, en su caso, inscribirse en el Registro Mercantil.

5790 Administradores

Los administradores de una sociedad son los encargados, con carácter permanente, de **gestionar la sociedad** y de representarla frente a terceros.

La **representación** de la sociedad corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos. La concreción de los diversos sistemas de administración y representación admisibles admite las siguientes **posibilidades**:

- a) Un **administrador único** al que corresponderá necesariamente el poder de representación.
- b) Varios **administradores solidarios**, es decir, que actúen individualmente, en cuyo caso el poder de representación corresponde a cada administrador.
- c) **Dos administradores** que actúen conjuntamente, en cuyo caso el poder de representación se ejercerá **mancomunadamente**.

En la sociedad limitada se admiten más de dos administradores mancomunados.

d) Un **consejo de administración**, integrado por un mínimo de tres miembros, que actuará por mayoría. El **poder de representación** corresponderá al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. Además, el propio consejo podrá designar consejeros delegados, debiendo indicar el régimen de actuación de los mismos. Asimismo, puede darse un consejo de administración y una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias. En este caso, el poder de representación se atribuirá como en el supuesto anterior.

5792 El **nombramiento** de los primeros administradores figurará en la escritura de constitución de la sociedad. A lo largo de la vida social, los administradores serán nombrados por la junta general de socios. El nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de su aceptación.

En la **sociedad anónima** el cargo de administrador es esencialmente temporal (**máximo de 6 años**). En cambio, los administradores de la **SRL**, salvo que los estatutos establezcan otra cosa, ejercerán su cargo por **tiempo indefinido**.

El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración, que determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales.

5793 En caso de **muerte o de cese** del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del letrado de la Administración de Justicia y del registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores. Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto.

5794 Los administradores deberán **desempeñar el cargo** y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la **diligencia** de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Además, deberán tener la **dedicación** adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad y, en el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de **buena fe**, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Al deber general de diligencia se añade el cumplimiento de otros **deberes específicos** por parte del administrador, tales como el deber de lealtad y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Además del posible **ejercicio de acciones** de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, es posible exigir responsabilidad civil por daños a los administradores. Los administradores **responderán frente a la sociedad**, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La **culpabilidad** se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. En ningún caso exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

5795 Si se trata de un administrador único, este será el **responsable del daño**. Igualmente responderá personalmente el administrador de hecho, es decir, aquel que ejerce realmente las funciones de administrador, aunque no haya sido nombrado formalmente. En el supuesto de que el cargo de administrador lo desempeñe una pluralidad de personas, se establece una responsabilidad solidaria: serán responsables todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto lesivo. Solo **podrán exonerarse** de esta responsabilidad aquellos administradores que prueben que no intervinieron en su adopción ni en su ejecución y que desconocían su existencia, o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño, o, al menos, se opusieron expresamente al mismo. No es causa de exoneración, en cambio, la circunstancia de que el acto lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

5796 La responsabilidad por actos lesivos de los administradores se exige a través de la llamada **acción social de responsabilidad**. La acción social de responsabilidad contra los administradores será ejercida, en principio, por la propia sociedad, a través de los administradores no demandados o de los nuevos administradores. La acción social de responsabilidad puede ser ejercida, por los socios directamente si se fundamenta en la infracción del deber de lealtad y subsidiariamente en los demás casos. Además, puede ser ejercida supletoriamente por los acreedores de la sociedad. Los administradores no responden solo por los daños causados a la sociedad. Cuando los actos de los administradores lesionen, directamente, los intereses de socios o de terceros, se concede a los dañados la posibilidad de interponer las correspondientes acciones individuales de indemnización, reclamando para sí la reparación de los daños causados. Se habla, entonces, de **acción individual de responsabilidad**: la indemnización no se reclama para la sociedad sino para el socio o el tercero que hubiera sido lesionado por el acto de los administradores.

La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, **prescribe a los 4 años** a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.

A la responsabilidad por actos lesivos de los administradores se añade la **responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales** (LSC art.367). La concurrencia de una causa obligatoria de disolución, sea legal o estatutaria, desencadena un procedimiento cuya omisión acarrea consecuencias muy severas para los administradores.

5798 Auditores de cuentas

Los auditores han de ser personas físicas o jurídicas que reúnan los requisitos de la Ley de Auditoría de Cuentas. Su función es **verificar** y dictaminar si las **cuentas anuales** expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados en el período examinado, así como en la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas.

5799 Modificación de los estatutos sociales

Las sociedades de capital pueden modificar sus estatutos siguiendo el procedimiento legalmente previsto. No obstante, existen determinadas modificaciones cuya realización incide de forma especial en los **intereses de los socios**, de modo que la previsión de un derecho de información especial no es una medida protectora suficiente. Aparecen así varias técnicas protectoras especiales para determinadas modificaciones estatutarias: consentimiento de los interesados, derecho de separación, junta especial.

5800 Aumento de capital social

El aumento de capital es aquella operación jurídica en virtud de la cual **se eleva la cifra del capital social que figura en los estatutos** sociales.

La ampliación de capital puede hacerse **con cargo a nuevas aportaciones** dinerarias o no dinerarias, incluida la compensación de créditos, **o con cargo a reservas** de la sociedad. En el primer caso, entran nuevos fondos en la sociedad, dinerarios o no dinerarios, o se reduce el pasivo mediante la compensación de créditos. En el segundo caso, se trata de una simple transformación de reservas o de beneficios que ya figuraban en el patrimonio social. Así, el aumento de capital social puede tener **diferentes contravalores**.

- a) Aumento con cargo a nuevas aportaciones dinerarias.
- b) Aumento con cargo a aportaciones no dinerarias.
- c) Compensación de créditos.
- d) Aumento con cargo a reservas.

5801 Reducción de capital

La reducción de capital es aquella operación jurídica en virtud de la cual **disminuye la cifra del capital social que figura en los estatutos** sociales. La reducción del capital puede llevarse a cabo por tres procedimientos diferentes: disminución del valor nominal de las acciones o de las participaciones, amortización de algunas acciones o participaciones y agrupación de acciones o participaciones para canjearlas por otras de diferente valor nominal.

La reducción de capital disminuye la cifra de **garantía de los acreedores**. Por eso, cuando la reducción del capital tiene un carácter real o efectivo, es decir, supone también una disminución del patrimonio, se establecen técnicas de protección de los acreedores, que difieren en las sociedades anónimas y en las limitadas.

5802 En la **sociedad anónima** estamos ante el derecho de oposición de los acreedores sociales. Los acreedores que gozan de este derecho deben reunir una triple condición: que el crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción, puesto que los acreedores posteriores ya conocen la nueva cifra de capital; que el crédito no se encuentre adecuadamente garantizado, y que el crédito no esté vencido, porque si lo estuviera, sería ya exigible. El ejercicio de este derecho conlleva la suspensión del acuerdo de reducción, hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor.

5803 En la **sociedad limitada**, la reducción del capital social por restitución de aportaciones hace a los socios solidariamente responsables entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha de reducción, hasta el límite de la restitución y durante un plazo de 5 años, si bien no existirá esta responsabilidad cuando se dote una reserva indisponible con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución. No existe, por tanto, un derecho de oposición legal de los acreedores a esa reducción, aunque se prevé la posibilidad de que los estatutos lo introduzcan.

5804 Reducción y aumento simultáneos del capital social

Con el nombre de **operación acordeón** se conoce aquella modificación estatutaria consistente en la reducción y aumento simultáneos del capital social, cuya finalidad fundamental es el **saneamiento** patrimonial en caso de pérdidas cuantiosas. En la operación acordeón debe respetarse en todo caso el derecho de suscripción preferente.

5805 Separación y exclusión de socios

La **separación** es el **derecho que asiste al socio** ante la adopción de determinados acuerdos que le afectan a solicitar su salida de la sociedad entregándosele a cambio el valor razonable de sus acciones o participaciones. La separación puede ejercitarse por causas legales y se prevé expresamente la posibilidad de una ampliación del derecho de separación del socio por cauce estatutario. La **exclusión** es un **mecanismo para solventar conflictos** que surge ante el incumplimiento de determinadas obligaciones. En la sociedad limitada se distingue entre causas legales y causas estatutarias de exclusión. Las causas estatutarias son también extensibles a las sociedades anónimas, ya que con carácter general se establece que en las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad.

La separación y la exclusión de socios producen como **efecto fundamental** la ineficacia del contrato con respecto al socio afectado, que se considerará fuera de ella, con derecho únicamente a la entrega del valor razonable que se desprenda del informe emitido por un auditor de cuentas designado al efecto.

5808 Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Se consideran modificaciones estructurales la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

5809 Transformación

La transformación es una modificación estructural de una sociedad que implica el cambio de su forma social sin afectar a su **personalidad jurídica**. Se admite la transformación de una sociedad mercantil inscrita en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, así como en sociedad cooperativa. Igualmente, la sociedad civil y la sociedad cooperativa pueden transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil. En fin, la sociedad anónima en sociedad anónima europea y viceversa.

Los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo podrán ejercer un **derecho de separación**. Y, en los supuestos en que la transformación implique la asunción por parte del socio de una responsabilidad por las deudas sociales, se exige el voto favorable o la adhesión fehaciente al acuerdo de transformación, pues en caso contrario el socio quedará automáticamente separado de la sociedad.

5810 Fusión

La fusión es una operación de **integración** de los **patrimonios y** de los **socios** de dos o más sociedades en una única sociedad, y, por tanto, un medio de extinción de sociedades, que puede llevarse a cabo mediante **dos vías** distintas:

a) Fusión por **absorción**: una sociedad, denominada absorbente, adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

b) Fusión por **creación de una nueva sociedad**: implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

El legislador regula ampliamente el procedimiento de fusión. Este comienza con la preparación del proyecto de fusión y los informes de los administradores y, en su caso, de los expertos independientes. La fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan.

5811 Escisión

La escisión es una operación de división del patrimonio de una sociedad, que pasa a otra u otras sociedades, ya existentes o de nueva creación. Existen tres **clases de escisión**:

a) Escisión **total**: la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

b) Escisión **parcial**: el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital social en la cuantía necesaria.

c) **Segregación**: el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la propia sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

5813 Cesión global de activo y pasivo

La cesión global de activo y pasivo implica la **transmisión** en bloque del **íntegro patrimonio** de la sociedad, a uno o varios terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en que sus socios se integren en la sociedad (o sociedades) cesionaria.

5814 Disolución, liquidación y extinción

Existen varias formas de disolución de las sociedades de capital, según sea la **causa de disolución** concurrente:

a) La disolución por simple **acuerdo** de la junta general,

b) El **transcurso del término** señalado.

c) La disolución por concurrencia de alguna **causa legal** o estatutaria.

d) La declaración del **concurso** no constituye, por sí sola, causa de disolución; pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la **fase de liquidación**, la sociedad quedará automáticamente disuelta, sin nombramiento de liquidadores, aplicándose las normas de la liquidación concursal, en lugar de la societaria.

5815 Una **sociedad disuelta puede reactivarse** si se adopta un acuerdo de la junta general con los requisitos de las modificaciones estatutarias, y siempre que el patrimonio social sea igual o superior al capital social y que no haya comenzado el reparto del patrimonio entre los socios. Queda prohibida la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho.

La **apertura de la liquidación**, que se produce tras la disolución, no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad, ni tampoco a su capacidad; pero **produce modificaciones** importantes. El fin social no será ya el ejercicio de una actividad económica, sino la extinción de la sociedad. Así, durante el tiempo que dure la liquidación la sociedad deberá añadir a su nombre la frase en liquidación. Como consecuencia de la disolución, **los administradores pierden su representación** para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones y serán sustituidos por los liquidadores, quienes asumirán las funciones de administración y representación propias del período de liquidación.

Finalizada la liquidación, se impone a los **liquidadores** el deber de solicitar la **cancelación de los asientos** registrales de la sociedad, con lo que la sociedad se extingue. En la escritura pública de cancelación deberán constar una serie de manifestaciones de los liquidadores tendentes a asegurar la corrección de la liquidación. No obstante, si hubiera quedado algún activo sin repartir, los antiguos liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda. Si hubiera quedado algún acreedor por satisfacer, los **antiguos socios** se convierten en **responsables solidarios** de esas deudas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa. Si la sociedad se ha extinguido sin llegar a formalizar algunos actos jurídicos, los antiguos liquidadores podrán formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación.

SECCIÓN 4

Contratos y operaciones mercantiles

5820	1. Compraventa mercantil	5821
	2. Contratos de colaboración interempresarial	5831
	3. Contratos bancarios	5843
	4. Contrato de transporte	5860
	5. Contrato de seguro	5872

1. Compraventa mercantil

5821 La compraventa es el contrato mercantil por excelencia. Al carecer el CCom de un concepto propio es plenamente aplicable el que da el CC art.1445 , que configura la compraventa como contrato consensual y lo define como aquel contrato por el que uno de los contratantes se obliga a **entregar una cosa** determinada y el otro a pagar por ella un **precio cierto**, en dinero o signo que lo represente.

La compraventa es mercantil siempre que reúna los **requisitos** (CCom art.325):

- que la cosa comprada sea una cosa **mueble**;

- en segundo término que sea **especulativa**, es decir, que el comprador compre para revender en la misma forma o tras su transformación; y

- en último término que el comprador esté animado por un **ánimo de lucrarse** en la reventa (TS 7-10-05, EDJ 161996 ; 15-12-05, EDJ 230426).

5822 Las compraventas de las **cosechas** de los labradores y ganaderos (CCom art.326.2), o de los productos de los artesanos, siempre que se realicen en sus talleres (CCom art.326.3), no son mercantiles. Tampoco se incluye en el concepto la compraventa mercantil las compras de los efectos destinados al **consumo** del comprador (CCom art.326). Plantea importantes problemas la calificación como mercantil de las compraventas de consumo empresarial es decir la compra por un empresario de maquinaria y otros bienes duraderos para su empresa: aquí la postura tradicional de la doctrina y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de considerar este tipo de operaciones como civiles (TS 9-7-08, EDJ 166681 ; 10-11-00, EDJ 37062).

La compraventa mercantil es un **contrato consensual** es decir que se perfecciona con el consentimiento de las partes, generando obligaciones para ambas partes. Las **obligaciones del vendedor** son la entrega de la propiedad de la cosa vendida y la obligación de saneamiento. La transmisión de la propiedad exige título y modo; siendo título el propio contrato de compraventa y modo la tradición, el acto bilateral que engloba la puesta a disposición del vendedor y la recepción por el comprador.

5823 La mercancía debe ser **entregada** en el lugar pactado y a falta de pacto en el lugar donde se encuentre en el momento de la perfección del contrato (CC art.1171), en el **plazo** que se hubiese convenido (CCom art.329) y en su defecto en las 24 horas siguientes a la perfección del contrato (CCom art.337). En el tráfico mercantil, los plazos de entrega son esenciales y por ello el CCom art.329 tiene un régimen muy estricto para el caso de incumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar a tiempo. A falta de entrega en el plazo fijado el comprador puede optar entre resolver el contrato, negándose a recibir la mercancía si esta le es ofrecida en un momento posterior por el vendedor o por el cumplimiento del contrato, exigiéndole al vendedor que entregue la mercancía aunque sea tardíamente. En ambos casos el comprador tiene derecho a la indemnización de los daños que se le hayan causado.

El vendedor debe entregar la **cantidad** de mercancías y la **calidad pactada**. Si no entrega la íntegra cantidad a la que se ha comprometido, el comprador puede negarse a recibir una parte, pero si acepta la entrega parcial queda consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, pudiendo el comprador pedir por el resto el cumplimiento del contrato o su resolución más los daños y perjuicios correspondientes (CCom art.330).

Con respecto a la calidad de los géneros vendidos, es de resaltar que el CCom presume que el **comprador** se reserva la **facultad de examinar** los bienes en el momento de la entrega, con el derecho a resolver libremente el contrato si los géneros no le convinieren, a no ser que los géneros puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio (CCom art.328). Si el comprador no examina las mercancías al recibirlas y la calidad entregada es diferente de la convenida, nos encontramos ante un incumplimiento del contrato, ante un supuesto de *aliud pro alio* de entrega de cosa diferente de la pactada. Este supuesto no está regulado en el CCom, aplicándose por analogía el CC art.1124 en virtud del cual el comprador puede o bien rechazar la mercancía, o bien exigir la entrega de la calidad realmente pactada, en ambos casos con **indemnización de daños y perjuicios**. Si los bienes entregados corresponden a la calidad pactada, pero se hallan en estado defectuoso, no nos encontramos en un supuesto de *aliud pro alio*, sino de saneamiento. En la práctica la diferencia entre el vicio de calidad diversa y el vicio de calidad defectuosa es muy difícil de delimitar sobre todo en el caso de bienes genéricos, siendo incluso la jurisprudencia contradictoria (TS 22-10-07, EDJ 188944 ; 27-2-04, EDJ 6977).

5825 La segunda obligación del vendedor es la de **saneamiento por evicción y por vicios**, es decir responde de la posesión legal y pacífica de los bienes que ha entregado. La evicción implica que se prive al comprador de la cosa mediante sentencia firme que reconozca un derecho anterior sobre ella (CC art.1475). Su aplicación en Derecho mercantil no es frecuente, pues en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale a título (CC art.464), por lo que solo cabe privación si el comprador actuó de mala fe; pero en este caso le está vedado reclamar. Además los bienes muebles adquiridos en establecimientos abiertos al público son irrevindicables (CCom art.85). En cambio, el saneamiento por vicios tiene gran interés práctico. El CCom le dedica los art.336 y 342 únicamente, que se complementan con los siete artículos del Código Civil (CC art.1484 a 1490).

La regulación legal no es imperativa, sino que puede ser modificada, mediante pactos entre las partes, y en especial mediante la inserción de una **cláusula de garantía**. En los contratos de consumo rigen las previsiones específicas de la normativa de consumidores y usuarios. Característica destacable de la regulación legal es que únicamente considera indemnizables los vicios producidos y existentes antes de la entrega; todos los vicios que se produzcan después de la entrega no están cubiertos por los CCom art.336 y 342 : la ley no da una garantía de funcionamiento de los bienes entregados.

5826 Para regular los **vicios**, el CCom distingue dos tipos: vicios **aparentes**, que son los externos, apreciables por el comprador, o que debieran ser apreciables si el comprador es un perito que por razón de su profesión debía fácilmente reconocerlos y vicios **ocultos**, aquéllos que existiendo antes de la entrega no son susceptibles de ser apreciados a simple vista por el comprador. La existencia de un vicio aparente u oculto no es en sí misma causa suficiente para que el comprador tenga derecho a la indemnización, sino que esta está condicionada a la denuncia en tiempo y forma (CCom art.336 y 342). Los **plazos para denunciar** el vicio son brevísimos: 4 días si el vicio es aparente y 30 días si el vicio es oculto, plazos que corren no desde la entrega sino desde la fecha en que el vicio pueda ser reconocido (así TS 31-5-57). Además la denuncia debe realizarse en **forma judicial**, de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria. El TS solo permite que se incumpla este requisito formal cuando el propio vendedor ha reconocido los vicios. Una vez denunciado judicialmente el vicio, el comprador tiene que acudir una segunda vez al juez para iniciar la acción contra el vendedor (si este no acepta voluntariamente la existencia del vicio y sus consecuencias); esta acción debe iniciarse en un plazo de 6 meses desde la entrega (CCom art.943 que envía al CC art.1490).

5827 Los **efectos** de los vicios aparentes y los vicios ocultos son diferentes, para los vicios aparentes el CCom art.336 permite al comprador la opción entre resolución del contrato, devolviendo por lo tanto los bienes al vendedor o el cumplimiento esto es la devolución de los bienes viciados y la entrega de bienes correctos, en ambos casos

con indemnización de daños y perjuicios. En cambio para los vicios ocultos el CCom art.342 no prevé nada y en consecuencia se debe acudir al CC art.1486 que permite la opción entre la resolución o la rebaja en el precio pero no permite la exigencia del cumplimiento. Además según el artículo citado solamente caben daños y perjuicios si el vendedor conocía el vicio

La aplicación analógica del CC art.1486 no está exenta de discusión: a favor se decantan Uría y la TS 20-10-79; en contra, sin embargo, Garrigues, que aplica el CCom art.336 para cubrir el vacío del CCom art.342 .

5828 Las **obligaciones del comprador** consisten en la recepción de la mercancía y en el pago del precio. El vendedor tiene la obligación de poner a disposición del comprador las mercancías, y dado que la entrega es un acto bilateral, el comprador en contrapartida tiene la obligación de recibir el objeto del contrato haciéndose cargo de las mercancías. En ocasiones solo tendrá que tomar posesión de los objetos que le han sido vendidos, pero a veces tendrá que desarrollar otras actividades como facilitar los medios de transporte, o indicar cuál es el medio de transporte elegir y señalar el lugar donde desea recibir la mercancía. Por su parte, el CCom art.339 establece que puestas las mercancías a disposición del comprador, y dándose este por satisfecho o depositándose según lo previsto en el CCom art.332 empieza la obligación de pagar el precio. El pago ha de realizarse al contado o en los plazos convenidos con el deudor.

5829 Un importante problema que se plantea en el contrato de compraventa es quién ha de soportar el **riesgo** consistente en la eventualidad de que una prestación posible en el momento de su nacimiento se haga imposible por causa no imputable al vendedor. Si el riesgo lo soporta el comprador significa que es deudor incondicional del precio aunque no reciba ningún beneficio del contrato, mientras que si por el contrario lo soporta el vendedor implica que debe entregar una nueva cosa sin recibir precio adicional alguno. Entre la perfección del contrato y su consumación: antes de la perfección el riesgo corre siempre de cuenta del vendedor y después de la consumación del comprador.

En la compraventa civil, según la interpretación más generalizada, rige el principio romanista según el cual el riesgo pesa sobre el comprador desde el momento de la perfección del contrato. Sin embargo en el Código de comercio la regla es diferente, ya que el riesgo se transmite una vez puesta a disposición las mercancías en el tiempo y lugar pactado, excepto dolo, negligencia o mora del vendedor (CCom art.333). Las consecuencias de la pérdida para el vendedor se hallan reguladas en CCom art.331 , que para este caso permite al comprador resolver el contrato, quedando liberado de la obligación de pagar el precio. El CCom art.334 regula dos **excepciones** a la regla general, que conllevan que el riesgo se transmita después de la puesta a disposición:

- la primera para las **cosas genéricas** que hayan de ser especificadas después de la puesta a disposición, supuesto en el cual el riesgo se transmite cuando se especifiquen; y

- la otra cuando el comprador se haya reservado el **derecho de examinar la mercancía** en cuyo caso el riesgo se transfiere cuando se haya realizado el examen pues en este caso, hasta que no la haya examinado, la compraventa no está consumada y el riesgo debe seguir siendo del vendedor.

2. Contratos de colaboración interempresarial

5831 Contrato de comisión

El contrato de comisión mercantil es un **mandato** en el que el comisionista se obliga a realizar un acto u operación de comercio, por cuenta o encargo del comitente, siempre que sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (CCom art.244).

El **comisionista** al realizar el encargo puede actuar frente a terceros bien **en nombre propio** bien en nombre **ajeno**. En el primer caso no hay representación directa, por ello, se establecerán relaciones directas entre comisionista y tercero, en este caso el comisionista no tendrá necesidad de declarar la identidad del comitente y quedará obligado directamente, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contrate. Estas personas no tendrán acción contra el comitente, ni este contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí. En cambio si actúa en nombre ajeno lo hace con poder de representación directa, produciéndose los efectos de esta, de modo que el comitente adquiere los derechos frente a los terceros y estos contra él. Si el comisionista actúa en nombre del comitente, aquél, en principio, permanece extraño a estas relaciones. Si no existe tal comitente, o cuando este niega la comisión, el comisionista será el que responda frente a terceros. Sin embargo, se libera de esta responsabilidad si el comisionista prueba la comisión y será entonces cuando responda el comitente.

El contrato de comisión es un contrato **consensual** que se perfecciona con el consentimiento de las partes, sin que requiera una forma especial por lo que puede celebrarse de forma escrita o verbal y aceptarse de manera tácita o expresa. Se entiende que la comisión se ha aceptado tácitamente siempre que el comisionista ejecute alguna gestión en el desempeño del encargo que le haya efectuado el comitente (CCom art.248). En el caso de rehusar el encargo que se le hiciere, estará obligado a comunicarlo al comitente por el medio más rápido posible. Deberá, además, prestar la debida diligencia en la **custodia y conservación** de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta

que este designe nuevo comisionista. La falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones anteriores obliga al comisionista a indemnizar los daños y perjuicios que por ello sobrevengan al comitente.

- 5832 Una vez **aceptado el encargo** el comisionista **debe ejecutar** la comisión aceptada pero tiene la facultad de suspender esta ejecución hasta que no reciba la oportuna provisión de fondos, salvo que se hubiera comprometido a anticiparlos. El carácter *intuitu personae* del contrato explica que el comisionista debe desempeñar por sí los encargos que reciba, y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del comitente. El comisionista debe desempeñar su encargo respetando las instrucciones recibidas del comitente y defendiendo los intereses del comitente. Si lo hace así, quedará exento de toda responsabilidad para con él. El comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, participándole por el correo del mismo día, o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado y deberá rendir cuentas de la operación, dando cuentas al comitente de sus operaciones y abonarle cuanto haya recibido en virtud del encargo. Además debe rendir cuenta específica y justificada de las cantidades recibidas para la comisión. En caso de **morosidad** abonará el **interés legal**.

El **comisionista** se limita a estipular el negocio de ejecución en nombre del **comitente** o en nombre propio, pero una vez estipulado, el comisionista no garantiza el buen resultado de dicho negocio, a menos que se haya comprometido expresamente a ello mediante la percepción de una sobreprima denominada garantía. Si el comisionista percibiera sobre una venta, además de la **comisión** ordinaria, otra, llamada **de garantía**, correrán de su cuenta los **riesgos de la cobranza**, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador. No solo se le responsabiliza de la entrega, sino también del cobro (CCom art.272). Si el tercero no paga, deberá pagar el comisionista. En ese caso, el comisionista tiene una **responsabilidad** igual a la del tercero, de manera que, si este no cumple, el comitente puede dirigirse contra él o contra el comisionista exigiéndole el cumplimiento.

El comisionista sin autorización del comitente no puede comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender, ni vender lo que se le haya mandado comprar (CCom art.267).

- 5834 Por su parte, entre las **obligaciones del comitente** destaca la de remunerar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario en la forma y cuantía pactada. En ausencia de pacto expreso la **cuantía** se fijará con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión. Y ello porque la comisión se presume retribuida (CCom art.277). Otra de sus obligaciones es la de Sufragar los gastos y desembolsos efectuados por el comisionista. El comitente estará obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos con el interés legal desde el día en que los hubiera hecho hasta su total reintegro.

El CCom art.276 establece el régimen del **privilegio del comisionista** integrado por dos derechos, retener e impedir ser desposeído de las mercancías recibidas del comitente, mientras no se les satisfaga íntegramente su crédito y percibir el importe de su crédito de modo preferente a los restantes acreedores del comitente con cargo al importe de tales efectos.

La extinción del contrato de comisión tiene lugar por la revocación del encargo. El comitente puede revocarlo pero queda siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación. La muerte o inhabilitación del comisionista es causa de extinción, no sucede lo mismo cuando es el comitente quien muere o resulta inhabilitado en tal caso el contrato no se extingue, sin perjuicio del eventual derecho de sus herederos a revocarlo.

5835 Contrato de mediación

El contrato de mediación o corretaje es aquel por el cual una parte (**corredor**) se compromete, a indicar a otra (**oferente**) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución. La **finalidad** del contrato de mediación es, por tanto, la de poner en relación entre sí a las partes que han de celebrar un futuro negocio, cualquiera que sea este, sin que se obligue a obtener el resultado deseado, que escapa de sus posibilidades. El corredor se limita a buscar y a aproximar a las partes, pero no contrata en nombre y por cuenta de sus clientes.

Es un contrato **atípico** aunque existe regulación sectorial de ciertos tipos de corredores.

- 5836 Es un contrato de gestión de intereses ajenos que **se diferencia de la comisión y de la agencia**, por su función o la naturaleza de su actividad económica. El comisionista contrata o estipula negocios jurídicos por cuenta del comitente aunque pueda hacerlo en nombre propio o en nombre del comitente, el agente, por regla general tan solo promueve actos u operaciones de comercio, pero si tiene facultad para concluirlos, deberá hacerlo necesariamente en nombre del empresario por cuya cuenta actúa; mientras que el corredor tan solo busca clientes o acerca posiciones, pero nunca contrata con ellos por cuenta de su mandante, en ningún caso tiene poder de representación. Por razón de la estabilidad o permanencia de la relación contractual mientras el agente participa necesariamente de una estabilidad que le obliga a promover o contratar tantos negocios como sea posible mientras dure el encargo, el comisionista y el corredor reciben un encargo aislado singular o individual, y finalmente por razón de la revocabilidad del cargo, mientras la comisión es libremente revocable por el mandante, esta facultad no siempre se da en el caso del agente, en cuanto al corretaje ha de estarse a lo pactado por las partes.

La **extinción**, además de por las causas generales, tendrá lugar por desistimiento unilateral de cualquiera de las partes, sin obligación de indemnizar, a menos que haya habido mala fe. Si a pesar de haber desistido, el mediario llega a concluir el contrato aprovechándose de las gestiones previamente realizadas por el mediador, este último podrá exigir la totalidad del premio o remuneración prometidos.

5837 Contrato de agencia

Se define el contrato de agencia como aquel por el que una persona natural o jurídica, denominada **agente**, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como **intermediario independiente**, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Con carácter general, el contrato de agencia se rige por la L 12/1992 . No obstante, algunos colectivos tienen su propio desarrollo, como ocurre con los agentes de entidades de crédito (L 10/2014 art.14 y RD 84/2015 art.21 y 22) o los agentes comerciales (RD 118/2005).

El contenido del **contrato** se regula en L 12/1992 art.9 y 10 que realiza una enumeración tasada de **obligaciones** atribuidas a ambas partes. El agente en el ejercicio de su actividad profesional deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario por cuya cuenta actúe. En particular, el agente debe ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado. Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución. Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia. Recibir en nombre del empresario cualquier clase de **reclamaciones** de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido y llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe (L 12/1992 art.9.2).

En principio, el agente está **facultado** para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero solo puede concluirlos en nombre del empresario si tiene atribuida esta facultad (L 12/1992 art.6) Además, salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos.

5839 Por su parte, el **empresario** en sus relaciones con el agente deberá actuar lealmente y de buena fe. En particular, el empresario deberá poner a disposición del **agente**, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional. Por otra parte, deberá procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar. Deberá satisfacer la **remuneración pactada**, que puede consistir en una cantidad fija, en una cantidad variable en función de los actos promovidos (comisión) o en una combinación entre ambas. Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando el acto u operación de comercio se hayan concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente o cuando el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

Por los actos u operaciones de comercio que se hayan concluido después de la **terminación del contrato de agencia**, el agente tendrá derecho a la comisión el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los 3 meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato o cuando el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato. La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o estos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero. La comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiere devengado, salvo que se hubiere pactado pagarla en un plazo inferior.

5840 Dentro del **plazo** de 15 días, el empresario deberá comunicar al agente la **aceptación o el rechazo** de la operación comunicada. Asimismo deberá comunicar al agente, dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de esta.

Además, entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato. El pacto de limitación de

la competencia no podrá tener una duración superior a 2 años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo menor, el **pacto de limitación de la competencia** no podrá tener una duración superior a un año. Este pacto deberá formalizarse por escrito para su validez y solo podrá extenderse a la zona geográfica o a esta y al grupo de personas confiados al agente y solo podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente.

- 5841 El contrato de agencia se puede estipular por un **tiempo determinado o indefinido**, entendiéndose por tiempo indefinido en caso de silencio al respecto (L 12/1992 art.23). Los contratos de duración determinada que a su vencimiento continúen siendo ejecutados o por ambas partes, se transformarán *ex lege* en contratos indefinidos (L 12/1992 art.24.2).

Los contratos indefinidos pueden extinguirse por denuncia unilateral *ad nutum* de cualquiera de las partes, teniendo que avisar por escrito con un plazo de un mes por cada año de vigencia, con un máximo de 6 meses, aunque si el contrato ha estado vigente menos de un año, se comunicará con un mes de preaviso.

En caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales o ante insolvencia de alguna de las partes, la ley permite **resolver** el contrato automáticamente mediante notificación escrita, sin periodo de preaviso.

La L 12/1992 fija determinadas consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato entre las que destacan la indemnización por clientela y la indemnización de daños y perjuicios (TS 9-7-15, EDJ 173665 ; 3-6-15, EDJ 128704 ; 27-5-15, EDJ 99075 ; 15-1-08, EDJ 25591). En el primer caso el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren.

- 5842 El derecho a la **indemnización por clientela** existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. La indemnización **no podrá exceder**, en ningún caso, del **importe** medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos 5 años o, durante todo el período de duración del contrato, si este fuese inferior. Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato. El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente; cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades ni cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia. La acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato.

3. Contratos bancarios

- 5843 Los contratos bancarios son aquellos que regulan las distintas operaciones que realizan las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad como intermediarios financieros. Los contratos bancarios son siempre de **naturaleza mercantil**, tanto porque mediante ellos se formalizan y llevan a cabo actos de comercio y figuran entre los mencionados expresamente en el CCom art.175 , como por el hecho de que todos ellos son contratos de empresa, es decir negocios jurídicos de los que se sirve la empresa bancaria para explotar con terceros su actividad económica (Broseta). Son **contratos atípicos** cuyo contenido queda al arbitrio de las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, aunque se encuentran sometidos a la normativa de transparencia bancaria y protección al consumidor. Por otro lado, desde el punto de vista administrativo existe una amplia regulación de la actividad bancaria que, si bien en principio no afecta a la contratación en cuanto tal, puede tener importantes efectos en el ámbito jurídico-privado.

En atención a la **función económica** que cumplen los contratos bancarios se distinguen entre las operaciones pasivas que son aquellas mediante las cuales los bancos reciben fondos de los clientes o de otras entidades financieras para aplicarlos a sus fines propios. El banco es deudor de los fondos que recibe, y por este motivo tales operaciones son para él operaciones pasivas o de pasivo. Los principales contratos que regulan estas operaciones son los de **cuenta corriente y depósito**. Por otro lado, las **operaciones activas** son aquellas mediante las cuales el banco concede **crédito** a sus clientes, facilitándoles fondos o permitiéndoles que dispongan de ellos y a su vez el cliente contrae la obligación fundamental de proceder a su devolución, con los intereses pactados y en el plazo convenido. En este tipo de operaciones el **banco** es el **acreedor**, los fondos que cede a terceros tienen naturaleza de inversiones crediticias y forman parte de su activo. Entre ellas, las más importantes son el préstamo, el contrato de crédito y el descuento

bancario. Finalmente las operaciones neutras son aquellas mediante las cuales los bancos prestan determinados servicios a sus clientes que no suponen ni la concesión ni la obtención de un préstamo aunque en ocasiones se superpongan o complementen a operaciones activas o pasivas, tal naturaleza tienen la transferencia bancaria y la domiciliación de recibos.

5845 Cuenta corriente

El contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato de gestión en virtud del cual el banco asume ciertas obligaciones, en particular se obliga a llevar a cabo **operaciones de pago y cobro** por cuenta del cliente a cambio de una remuneración consistente en comisiones por cada operación realizada o por mantenimiento de la cuenta y diferencia de intereses entre el pagado al titular de la cuenta y los intereses de mercado. Su contenido consiste en la prestación por el banco del **servicio de caja**, esto es la posibilidad de disponer del dinero existente en la cuenta mediante muy diversos mecanismos de pago, así como a realizar ingresos de diversas maneras. Esos pagos e ingresos se anotan mediante una técnica contable de adeudos y abonos, determinando un saldo a favor de una de las partes negociales.

Como **contrato de gestión**, el contrato de cuenta corriente puede encuadrarse en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión. El cliente es el comitente, y por tanto quien da las instrucciones al banco, el cual, como mandatario, queda obligado a cumplirlas. El banco, por su parte, percibe las comisiones establecidas como precio por su gestión.

5846 Transferencia bancaria

Es una operación por la que una persona (el **ordenante**) da instrucciones a su entidad bancaria para que con cargo a una cuenta suya envíe una determinada cantidad de dinero a la cuenta de otra persona (el **beneficiario** de la transferencia) en la misma o en otra entidad.

Cuando la transferencia tiene lugar entre cuentas de la misma entidad de crédito, la operación se suele denominar **traspaso interno**.

5847 Depósito bancario

La **captación de pasivo** a través de depósitos de los clientes es una operación bancaria clásica, dado que la entidad se dedica a prestar lo que ha recibido.

En el depósito bancario confluyen un **elemento real**, la entrega del dinero, y un **elemento personal** constituido por el derecho de crédito del titular frente al banco. El banco se apropia de los fondos recibidos y se compromete a restituirlos, pero además se obliga gestionarlos de forma prudente y en beneficio de los depositantes.

Los depósitos **pueden ser a la vista y a plazo fijo**. En aquellos el cliente puede retirar de inmediato el dinero que hubiera depositado o parte del mismo, distinguiéndose a su vez entre los vinculados a un contrato de cuenta corriente en cuyo caso existen dos contratos el de depósito y el de cuenta corriente que proporciona al cliente el servicio de caja, la forma que tiene el cliente de retirar los fondos es normalmente mediante un cheque o retirada de efectivo. El banco abona al cliente un **interés**, normalmente reducido, por la tenencia de dichos fondos en la cuenta, y los vinculados a cuentas de ahorro o libretas a la vista en los que el banco no ofrece al cliente el servicio de caja, sino que únicamente recibe los fondos y efectúa algunas operaciones encaminadas a recibir ciertos cobros para ingresarlos en la cuenta. La retirada de los fondos por el cliente suele hacerse con la presentación de la libreta, aunque este también puede probar la existencia del contrato por otros medios. Por su parte, en los depósitos a plazo fijo o imposiciones el cliente no puede retirar su dinero hasta que llegue la fecha de vencimiento pactada, y si lo hace, tendrá que abonar una sanción económica. Los intereses que le abona el banco normalmente serán mayores cuanto más tiempo deba permanecer el dinero en la cuenta.

5848 Préstamo bancario

La operación activa más típica es el préstamo bancario, contrato por el que la entidad de crédito (**prestamista**) entrega una cantidad de dinero al cliente (**prestatario**) que se obliga a devolverla en los plazos convenidos y a pagar el importe de los intereses pactados. Los préstamos bancarios no son comodatos sino simples préstamos, es decir, meras entregas de dinero. El que recibe el dinero adquiere la propiedad del mismo, y se obliga a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad, junto con los intereses que correspondan si así se hubiera pactado. El préstamo bancario es siempre retribuido. El tipo de interés puede permanecer fijo durante toda la vigencia del préstamo o puede ser variable.

Mientras que el préstamo, sin más, para ser mercantil es necesario o que una de las partes sea comerciante o que el préstamo sea un acto de comercio, todos los préstamos bancarios de dinero han de considerarse mercantiles, con independencia de cuál sea su objeto o el fin al que se destine el dinero recibido, y por tanto sometido a la regulación del Código de comercio en virtud del CCom art.2 . El contrato de préstamo se suele formalizar en **póliza con intervención de notario**.

En lo que se refiere a las **obligaciones de las partes**, una vez que el Banco prestamista entrega el dinero pactado en el tiempo y la forma pactados, el cliente o prestatario se obliga a la restitución del dinero en la forma y en los plazos pactados. Pueden existir cláusulas de vencimiento anticipado del contrato si el deudor deja de cumplir esta obligación. Si la cumple con retraso, pagará los intereses de demora pactados. Por otro lado, pueden pactarse también cláusulas de amortización anticipada, es decir, permitir que el deudor anticipe la restitución del dinero (en unos casos dicha amortización anticipada. Llevará aneja el pago por parte del cliente de una comisión y en otros no, según se haya pactado) o pago de los intereses convenidos.

5849 Apertura de crédito

La apertura de crédito se define como aquel contrato por el cual la entidad de crédito (acreditante) se obliga, dentro del **límite cuantitativo y temporal** pactado y mediante el pago de una comisión de apertura, a **poner a disposición** del cliente (acreditado) y a medida de sus requerimientos, sumas de **dinero** u otros medios que permitan obtenerlo.

Entre sus características destaca que es un **contrato consensual y no formal**, aunque de ordinario se formaliza por escrito y en póliza. Contablemente se sustenta en una cuenta de crédito.

En cuanto a su **contenido**, el banco se obliga a poner a disposición del cliente crédito, y con cargo a él se obliga a entregar las cantidades que el cliente ordene. En el contrato se pactan, habitualmente, las **modalidades de concesión** (anticipos o descuentos, aceptación de letra, asunción de garantías...). También ha de fijar el contrato el límite de disponibilidad (CC art.1273 -determinación del objeto del contrato-) así como si el montante disponible se va reconstituyendo conforme se devuelven las cantidades dispuestas (crédito revolvente). El cliente puede disponer hasta una **cantidad máxima** durante un período de tiempo determinado o incluso indeterminado. Como **contraprestación** el banco percibirá las comisiones pactadas, que normalmente serán una comisión de apertura cuya exigibilidad es independiente de que se haya hecho uso o no de formar efectiva de la línea de crédito y una comisión de disponibilidad, dado que sobre las cantidades dispuestas se devengarán intereses a favor del banco. El acreditado no tiene por qué utilizar el crédito de una sola vez; lo habitual será que disponga de cantidades a medida que tenga necesidades de tesorería. De este modo utilizará la financiación que necesite y únicamente abonará **intereses** sobre las cantidades efectivamente dispuestas. Además, naturalmente, de restituir las cantidades dispuestas o proveer al banco de los fondos necesarios para atender el pago de las letras aceptadas en el caso de crédito de firma.

5850 Descuento bancario

Es el contrato por el cual, el Banco (**descontatario**), previa deducción del interés, anticipa al cliente (**descontante**) el importe de un crédito frente a un tercero, todavía no vencido, mediante la **cesión**, salvo buen fin, del crédito. (TS 15-7-15, EDJ 129461 ; 8-10-14, EDJ 176199 ; 21-9-06, EDJ 282107 ; 3-7-06, EDJ 102973 ; 10-2-06, EDJ 6318 ; 25-11-04, EDJ 183452 ; 2-3-04, EDJ 6974).

La finalidad de la operación de descuento es esencialmente crediticia. El descuento **permite** a los acreedores titulares de crédito con vencimiento **percibir anticipadamente** el importe de sus **créditos**, mediante su cesión onerosa al banco sin esperar al transcurso del plazo, con el fin de invertir inmediatamente su importe en la explotación de sus negocios. El descuento hace posible la obtención de liquidez mediante la **permuta de un activo financiero** (como es un crédito) **por un activo monetario**.

Al igual que la apertura de crédito, el descuento es una operación crediticia que, a pesar de su importancia, **carece de regulación legal** adecuada a nuestro ordenamiento. Es un contrato de naturaleza mercantil, consensual y bilateral. El descuento se efectúa normalmente **mediante letras de cambio** aceptadas por el deudor y endosadas al banco por el descontatario, pero también puede llevarse a cabo mediante la cesión de otro tipo de créditos y documentos que no estén representados en forma cambiaria (facturas, certificaciones de obra, etc.).

5851 En este contrato existen **tres elementos personales**:

- el **banco** que anticipa el importe del crédito (descontante);
- el **cliente** que desea obtener el anticipo (descontatario); y
- el **tercero** que es deudor a plazo de este.

5852 Existe asimismo un interés del acreedor en no esperar al vencimiento del crédito para obtener su importe y existe la cláusula salvo buen fin que significa que el banco acepta el crédito que se le cede bajo la condición de que a su vencimiento sea cobrado. Esto explica que **el descuento no pueda asimilarse a una compraventa de un crédito**, dado que en una compraventa, el comprador no tiene acción frente al cedente en caso de que el deudor no pague. En el descuento, en cambio, el banco siempre puede dirigirse contra el propio cliente descontatario si el crédito descontado resulta impagado.

El **banco** asume la obligación de **efectuar el anticipo** de la cantidad de dinero pactada de forma inmediata, no reclamará al cliente el anticipo antes del plazo pactado, y además tiene una obligación de diligencia gestión para cobrar el crédito cedido. Por su parte, el **cliente** tiene la obligación de **declarar** verazmente al banco la **naturaleza del crédito** cedido. Transmitir de forma plena el crédito contra tercero, transmisión para pago y no en pago, lo que

significa que el cliente no queda liberado hasta que el tercero deudor no paga válidamente el crédito al banco (por eso el efecto se entrega salvo buen fin). Debe asimismo pagar los intereses por el anticipo de forma anticipada: el banco los descuenta del nominal del crédito. Tiene la obligación de restituir el anticipo siempre que el banco no obtenga del deudor el pago del crédito. Si el banco ejerce acciones contra el deudor para obtener el pago, solo si lo consigue de forma completa, queda liberado el cliente cedente y finalmente debe pagar la comisión en el caso de devolución por el banco de los efectos descontados.

El descuento se **extingue** al vencimiento del crédito descontado, bien porque se pague, voluntaria o forzosamente, por el tercero que sea su deudor; bien, en caso de impago, en el momento en el que el cliente abone y satisfaga a la entidad de crédito el nominal del crédito en su día cedido, más, en su caso, los gastos e intereses de demora que puedan corresponderle.

5853 Crédito documentario

En el ámbito del comercio internacional la compraventa de mercancías de plaza a plaza genera desconfianza entre las partes intervinientes del contrato por su desconocimiento recíproco, el vendedor teme que la otra parte no pague el precio, y el comprador que el vendedor no le envíe la mercancía o que esta llegue defectuosa. En orden a evitar cualquiera de estas circunstancias, y teniendo en cuenta que en este tipo de operaciones se vende a crédito dado que el pago se suele diferir hasta el momento de recepción de las mercancías, momento que no coincide con la conclusión del contrato de compraventa, se recurre a la **intermediación de una entidad bancaria**, la cual habrá de asumir el compromiso de **efectuar pagos** en efectivo o bien aceptaciones o negociaciones de efectos contra la recepción de los **documentos que representen las mercancías** vendidas. La referida intermediación se realiza a través del crédito documentario que es un contrato en virtud del cual el banco por orden del cliente, se obliga a pagar a un tercero una cantidad a cambio de la entrega, por este tercero, de una serie de documentos (TS 15-6-11 y 24-2-13). Surge así una **relación triangular** por virtud de la cual el comprador contrata con su banco la apertura de un crédito documentario, asumiendo la condición de ordenante, siendo el referido banco el emisor del crédito. Así mismo, y por virtud de este contrato, el banco se obliga frente al ordenante (y comprador) a celebrar un nuevo contrato -denominado **Carta de crédito**- con el vendedor (que asume la posición de beneficiario), en virtud del cual el banco emisor se compromete a pagar, aceptar letras de cambio o negociarlas, o a autorizar a otro banco para que realice idénticas prestaciones, si el vendedor le hace entrega de los documentos previstos en la Carta de crédito (lo más frecuente es que haya que entregar un conocimiento de embarque, una factura consular y una póliza de seguro sobre las mercancías).

El banco emisor puede asumir ese **compromiso** para con el tercero beneficiario, bien sea con carácter **revocable** (en cuyo caso podrá libremente retirar el crédito) o **irrevocable**, lo que comporta el compromiso del banco de realizar necesariamente las prestaciones pactadas sin posibilidad de volverse atrás, siempre y cuando el beneficiario le entregue los documentos previstos. A falta de indicación a este respecto, se entiende que será irrevocable.

En el ordenamiento jurídico español **no hay regulación** de esta figura contractual, de modo que su régimen jurídico dependerá de la que pacten las partes. En cambio en el ámbito internacional, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado una recopilación de usos y prácticas que se conocen como las «Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios», cuya última revisión es de 2006, y que gozan de gran importancia práctica aunque su fuerza de vincular deriva únicamente de la voluntad de las partes por no tener naturaleza consuetudinaria ni formar parte del ordenamiento jurídico.

5855 «Factoring» y «leasing»

A continuación se analizan ambas figuras.

5856 «Factoring»

El factoring es un **producto financiero** dirigido a aquellas empresas que venden a crédito a sus compradores. Se trata de una operación por la que una empresa **cede las facturas** generadas por sus ventas a una compañía de *factoring* para que se encargue de su **gestión de cobro**, pudiendo además solicitar un conjunto de servicios de carácter financiero, administrativo y comercial, entre los que se encuentra el pago anticipado de las facturas. Se instrumenta mediante un contrato entre empresa cedente y factor, que incorpora una cláusula de cesión de facturas por la que se autoriza al factor a cobrarlas, aspecto que habrá de notificarse a los clientes obligados últimos a su pago.

Hay **diversas clases** de factoring que se distinguen en función de diferentes criterios, en función de la cobertura del riesgo de impago se distingue entre: Factoring con recurso en el que el factor no asume el riesgo por insolvencia, pudiendo actuar contra la empresa cedente de las facturas en caso de impago del cliente y factoring sin recurso en el que el factor asume el riesgo por insolvencia del cliente. En función del **momento de pago** de las facturas al cedente **se distingue** entre:

- factoring con pago al cobro en el que el factor abona las facturas a la empresa cedente cuando recibe el pago de los clientes de esta;
- factoring con pago al cobro con fecha límite en el que el factor abona las facturas a medida que las va cobrando y antes de una fecha límite;

- con pago a fecha fija en el que el factor abona el importe de las facturas en vencimientos fijos pactados, con independencia de que se encuentren cobradas o pendientes de cobro; y
- el factoring con pago anticipado en el que el factor abona el importe de las facturas, descontando un interés por anticiparlas, siendo la opción que proporciona financiación a la empresa.

5858 «Leasing»

El leasing es un contrato por el cual una empresa (sociedad **de arrendamiento financiero**) cede a otra (**arrendatario**) el uso de un bien comprado por la sociedad siguiendo las instrucciones del arrendatario, durante un tiempo determinado y a cambio del pago de unas cuotas periódicas por parte de este, teniendo el mismo la posibilidad de ejercitar una **opción de compra** al final del contrato a cambio de un precio denominado valor residual y que, obligatoriamente, debe figurar en el contrato de arrendamiento financiero.

Se trata de una **técnica de financiación muy difundida** en la práctica, por cuya virtud un sujeto, que ha de ser empresario, profesional, agricultor, o artesano que precisa financiación para adquirir, no tanto la propiedad del bien cuanto el uso de ese bien acude a una sociedad de leasing que tendrá como actividad principal la realización de operaciones de leasing para concertar con ella el contrato de leasing, por virtud del cual la sociedad de leasing se compromete a ceder al financiado un bien concreto con unas condiciones y prestaciones determinadas. La sociedad de leasing se dirige a un tercero de quien adquiere el bien siguiendo las instrucciones del financiado, para cedérselo a este una vez adquirido. No obstante la sociedad de leasing continúa siendo en todo momento propietaria del bien que cede al financiado, que no llega a adquirir la propiedad del mismo.

La estipulación del contrato de leasing da lugar a una **relación triangular**, de un lado la relación entre el financiero y la sociedad de leasing, de otra la relación entre la sociedad de leasing y el tercero vendedor, aunque el contrato de leasing como tal solo vincula al financiado con la sociedad de leasing.

4. Contrato de transporte

5860 El contrato de transporte es aquel en cuya virtud el **porteador se obliga** frente a otra persona, cargador o remitente, a cambio de un precio a **trasladar de un lugar a otro** a personas o cosas. Es mercantil el transporte que realice quien habitualmente se dedique a efectuar transportes para el público con independencia de que el cargador sea o no empresario.

La ley distingue entre **diversas clases** de transporte, en función de distintos criterios. Según el **medio geográfico** en el que el transporte se realice, hablamos de transporte terrestre -que a su vez tiene ciertas especialidades según la vía que se emplee, esto es carretera o ferrocarril-, marítimo y aéreo, y multimodal cuando se utilizan varios medios de transporte de distinta naturaleza en la realización material del transporte. Según el **contenido del contrato**, se habla de transporte de cosas o de personas. La regulación del Código de comercio regulaba fundamentalmente el transporte de cosas, y solo de forma incidental el de personas.

5861 El **transporte terrestre de mercancías** se regula en la L 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías, que lo define como aquél contrato por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato.

El contrato de transporte se celebra entre el **porteador y el remitente** (o cargador), aunque es usual que intervenga una tercera persona, el **destinatario** que no es parte en el contrato pero queda afectado por el mismo, generalmente es quien tiene derecho a recibir las mercancías en el punto de destino. De este modo, los **elementos personales** del contrato son (L 15/2009 art.4):

- el **porteador**, persona física o jurídica, autorizada a realizar actividades de transporte, que asume la obligación frente al cargador de realizar el transporte de las mercancías de un lugar a otro bajo su custodia y a poner a disposición del destinatario la cosa encomendada, en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos;

- por su parte, el **cargador**, que es quién contrata en nombre propio la realización de un transporte y frente al cual el porteador se obliga a efectuarlo; y

- el **destinatario** es la persona a quien el porteador ha de entregar las mercancías en el lugar de destino (sea el cargador o un tercero). El destinatario no es parte en el contrato pero queda afectado por el mismo.

5863 En L 15/2009 art.5 se establece que los contratos de transporte de mercancías se presupondrán celebrados **en nombre propio**, si bien, con carácter excepcional podrá alegarse la contratación **en nombre ajeno** si se ha hecho constar expresamente en el contrato esta circunstancia, indicando la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata y que la intermediación se realizó con carácter gratuito. No obstante quienes habitualmente contraten transportes o intermedien habitualmente en su contratación (como empresarios transportistas, cooperativas de trabajo

asociado dedicadas al transporte u operadores logísticos, entre otros) solo podrán contratarlos en nombre propio (L 15/2009 art.5.2).

- 5864 Los **elementos reales** del contrato de transporte son la cosa objeto de transporte, por un lado y el precio o porte por el otro. El contrato de transporte de mercancías es un contrato consensual, que no necesita forma especial para su validez, sin embargo es usual que sus cláusulas puedan ser recogidas en un documento privado denominado **carta de porte**, que deberá contener como mínimo las menciones establecidas en la L 15/2009 art.10 , que hacen referencia tanto a las partes intervinientes, a las mercancías y aspectos referidos al propio transporte. Además podrán incluirse cualesquiera otras menciones que las partes pacten libremente. Esta carta de porte se emitirá en tres ejemplares originales (el primero para el cargador, el segundo para el porteador y el tercero viajará con las mercancías), que firmarán el cargador y el porteador, siendo admisible su suscripción mediante sello o procedimientos mecánicos, siempre que quede debidamente acreditada la identidad del firmante (L 15/2009 art.11). La L 15/2009 art.15 prevé que, si las partes están de acuerdo en ello, pueda emitirse la carta por **medios electrónicos**.

Es un documento que acredita la **perfección del contrato** y su contenido pero no es elemento esencial del contrato, su ausencia o irregularidad no producirá la inexistencia o nulidad del contrato, la omisión de alguna de las menciones previstas en la L 15/2009 art.10.1 no privará de eficacia a la carta de porte en cuanto a las incluidas.

- 5865 La Ley atiende a los contratos de **transporte continuado**, en los que el porteador se obliga frente a un mismo cargador a realizar una pluralidad de envíos de forma sucesiva en el tiempo (L 15/2009 art.8). Con independencia de la formalización escrita del contrato cuando así lo exija cualquiera de las partes, deberá emitirse una carta de porte para cada uno de los envíos (L 15/2009 art.16).

El contrato de transporte terrestre de mercancías genera **obligaciones para las partes** intervinientes en el mismo.

- 5866 Incumbe al **porteador** en el momento de la recepción de las mercancías recibirlas y custodiarlas (L 15/2009 art.28.1), en algunos casos incluso estará obligado a cargar y estibar las mercancías en el interior del vehículo. En el momento de hacerse cargo de las mercancías, el porteador deberá **comprobar** su estado aparente y el de su embalaje, así como la exactitud de las menciones de la carta de porte relativas al número y señales de los bultos. Los defectos apreciados se anotarán por el porteador en la carta de porte, mediante la formulación singularizada de reservas suficientemente motivadas» (L 15/2009 art.25.1 y 2). En este sentido, establece la L 15/2009 art.14.2 que en ausencia de anotación en la carta de porte, o de un documento firmado por el porteador y el cargador o expedidor, de las reservas suficientemente motivadas del porteador, se presumirá que las mercancías y su embalaje están en el estado descrito en la carta de porte y con los signos y señales en ella indicados. Además, cuando existan fundadas sospechas de falsedad en torno a la declaración del cargador, podrá el porteador proceder a **verificar** el peso y medida de los bultos e incluso al registro de los mismos, siendo los gastos que se originen a costa del cargador, si se descubre falsedad en su declaración y del porteador en caso contrario. Estas comprobaciones se harán en presencia del cargador o sus auxiliares, y no siendo ello posible ante notario o el presidente de la Junta Arbitral del Transporte competente o persona por él designada, haciéndose constar las resultados de la comprobación en la carta de porte o mediante acta levantada al efecto (L 15/2009 art.26). La L 15/2009 art.27 , en fin, permite al porteador **rechazar** los bultos que vayan mal acondicionados o no acompañados de la documentación necesaria y suficiente o cuya naturaleza y características no coincidan con las declaradas por el cargador.

La **obligación principal** del porteador es la de realizar el transporte de las mercancías por el **itinerario** pactado o por el que resulte más adecuado atendiendo la naturaleza de las mismas, poniéndolas en poder o a disposición del destinatario en el estado en que le fueron entregadas, de lo que se deriva la obligación de conservarlas debidamente (L 15/2009 art.28). Por otra parte, el porteador debe entregar la mercancía transportada al destinatario en el lugar y plazo pactados en el contrato. En **defecto de plazo** pactado, la mercancía deberá ser entregada al destinatario dentro del término que razonablemente emplearía un porteador diligente en realizar el transporte, atendiendo a las circunstancias del caso (L 15/2009 art.33), y debe entregarla en el mismo estado en que se hallaba al ser recibida por el porteador, sin pérdida ni menoscabo alguno, atendiendo a las condiciones y a la descripción de la misma que resultan de la carta de porte.

- 5868 A su vez, salvo que se haya pactado otra cosa, el **cargador** deberá acondicionar las mercancías para su transporte, identificando y señalizando debidamente los bultos que componen cada envío. Asimismo, el cargador, bajo su responsabilidad en cuanto a su certeza y suficiencia, deberá poner a disposición del porteador toda la documentación relativa a la mercancía que sea precisa para la realización del transporte y de todos aquellos trámites que el porteador deba realizar (L 15/2009 art.23).

- 5869 El **destinatario** está obligado a pagar el precio, cuando así se hubiese convenido y, en su caso, hecho constar en la carta de porte. En **defecto de pacto** expreso en cuanto a este punto, se entenderá que la obligación de pago del precio del transporte y demás gastos corresponde al cargador. Cuando se haya pactado el pago del precio del transporte y demás gastos por el destinatario, este asumirá dicha obligación al aceptar las mercaderías. No obstante, el cargador responderá subsidiariamente en caso de que el destinatario no pague (L 15/2009 art.37). La L 15/2009 art.38 recoge una norma especial, aplicable al transporte por carretera, según la cual, salvo pacto expreso por escrito,

las partes podrán exigir la revisión del precio del transporte en función del incremento o disminución del precio del gasóleo que se haya producido entre la celebración del contrato y la efectiva realización del transporte.

- 5870 En otro orden de cuestiones, la Ley dedica su Capítulo V a la **responsabilidad del porteador**, agrupando un conjunto de normas que, tienen carácter imperativo, siendo ineficaces y teniéndose por no puestas las estipulaciones contractuales que pretendan aminorar o reducir el régimen de responsabilidad del porteador.

El porteador es responsable de la **pérdida** total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran, desde el momento de la recepción para su transporte hasta el de su entrega en destino. Asimismo, el porteador responderá de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte conforme a lo previsto en esta Ley. Además el porteador responderá de los actos y omisiones de sus auxiliares, dependientes o independientes, a cuyos servicios recurra para el cumplimiento de sus obligaciones.

El porteador quedará exonerado de la referida responsabilidad si prueba que la pérdida, la avería o el retraso han sido ocasionados por **culpa del cargador o del destinatario**, por una instrucción de estos no motivada por una acción negligente del porteador, por vicio propio de las mercancías o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir. En ningún caso podrá alegar como causa de exoneración los defectos de los vehículos empleados para el transporte. Cuando el daño sea debido simultáneamente a una causa que exonera de responsabilidad al porteador y a otra de la que deba responder, solo responderá en la medida en que esta última haya contribuido a la producción del daño. La responsabilidad del porteador se concreta en la obligación de **indemnizar**.

5. Contrato de seguro

- 5872 El seguro es aquel contrato por el cual el **asegurador se obliga** mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a **indemnizar**, dentro de los límites pactados, el **daño** producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas (LCS art.1). Esta definición distingue los **dos grandes grupos** de seguros de daños y de personas.

Los **elementos fundamentales** del contrato de seguro son el riesgo, el interés y el daño. El **riesgo** asegurado es la posibilidad de que se produzca un evento que genere un daño o necesidad pecuniaria, posibilidad que se encuentra entre la imposibilidad (cuando un evento no se puede verificar) y la certeza (cuando un evento se verificará en un momento determinado). Cada contrato cubre solo determinados riesgos, y por esta razón es de singular importancia su determinación en el contrato, donde el riesgo ha de ser individualizado y delimitado. El **interés** asegurado se define como la relación que tenga un contenido económico entre un sujeto y una cosa, derecho o patrimonio susceptible de valoración pecuniaria, relación que puede sufrir un daño como consecuencia de un evento o suceso dañoso. Por último el **daño** se produce cuando se lesiona el interés de forma total o parcial, cuando se concreta el riesgo porque se haya producido el siniestro. Todo contrato de seguro tiende a resarcir un daño eventual y, por tanto, es necesaria la existencia de un interés para la validez del contrato durante toda su vigencia. Sin embargo, ante la dificultad de probar el daño en algunos supuestos, se establece por el ordenamiento jurídico una presunción de que ciertos acontecimientos son dañosos, sin que quepa prueba en contrario (p. ej. cuando se produce la muerte de una persona).

- 5873 La principal característica del contrato de seguro es que se trata de un **contrato aleatorio** dado que las partes ignoran en el momento de su conclusión si se verificará el siniestro, o al menos cuándo se efectuará, y cuál será la entidad de las prestaciones económicas de las partes, desconociéndose el beneficio que resultará del contrato para cada una de ellas. Es un contrato oneroso, y además las prestaciones de las partes son correlativas, de duración (o de ejecución continuada) y único. Consensual y de adhesión.

El contrato de seguro esté **regulado** en la LCS (L 50/1980 , de Contrato de Seguro modificada por L 20/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que entra en vigor el 1-1-2016).

- 5874 Entre los **elementos personales** del contrato de seguro destaca el asegurador que es la persona jurídica que asume la obligación del pago de la indemnización cuando se produce el evento asegurado. El ejercicio de la actividad aseguradora está reservado a las sociedades anónimas, sociedades mutuas, mutualidades de previsión social y sociedades cooperativas, que la Ley agrupa bajo la rúbrica genérica de entidades de seguros. Además, deben obtener previamente la oportuna autorización administrativa y estar inscritas en un Registro especial que se lleva en el Ministerio de Economía y competitividad. El objeto social de las entidades de seguros ha de limitarse al ejercicio de la actividad aseguradora. Por otra parte, el asegurado es el titular de interés asegurado y que, por tanto, soporta y está expuesta al riesgo y que normalmente estipula el contrato, asume la obligación de pagar la prima y adquiere el derecho a la percepción de la indemnización. Es posible que quien realice el contrato con el asegurador, actuando en su propio nombre, sea una persona diversa del asegurado. En este caso, aparece la **distinción entre contratante** (o tomador del seguro) **y asegurado**. El **tomador** queda obligado con el asegurador al cumplimiento de los deberes y obligaciones que derivan del contrato, salvo aquellos que por su naturaleza se deban cumplir por el asegurado. Por su parte, el **beneficiario** es la persona que recibirá la indemnización en caso de verificarse el evento asegurado.

Es frecuente que las compañías de seguros canalicen su actividad a través de **intermediarios** que realizan las labores de preparación y formalización de los contratos. Los **agentes de seguros** son profesionales que se dedican a promover y concertar seguros para las compañías de seguros, no es parte en el contrato, pero tiene una cierta intervención en el mismo. Si es un agente afecto -es decir, está vinculado con el asegurador por medio de un contrato de agencia- interviene en la conclusión del contrato de seguro en nombre y por cuenta del asegurador. Si es un **corredor de seguros**, está vinculado con el tomador del seguro por medio de un contrato de mediación o corretaje. Tanto unos como otros están obligados a ofrecer una información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de las pólizas de seguros y, en general, en toda su actividad de asesoramiento.

- 5875** El contrato se perfecciona cuando se unen la **oferta y la aceptación**, cualquiera que sea la forma en que se hayan manifestado, la Ley sin embargo exige, a efectos probatorios, que el contrato y sus modificaciones o adiciones se formalicen por escrito. La póliza es el documento que recoge el contrato de seguro. Debe constar por escrito y contener una serie de menciones que recogen los elementos esenciales del contrato, como las partes, el riesgo cubierto, el interés, la suma asegurada, el importe de la prima, etc. (LCS art.8). En ella también se incluyen las **condiciones generales del contrato** que se configura generalmente como un contrato de adhesión, en el que el tomador se adhiere a una serie de condiciones previamente redactadas por el asegurador. La póliza de seguro se redactará normalmente en forma nominativa con designación concreta de asegurado (LCS art.8.1), aunque también puede emitirse a la orden, de manera que podrá transmitirse mediante endoso, o emitirse al portador, de forma que la simple entrega del título sirva para su transmisión.
- 5876** El **contenido del contrato** se integra por las distintas obligaciones de las partes. Las obligaciones del asegurador consisten en la entrega de la póliza al tomador del seguro o, al menos, un documento de cobertura provisional (LCS art.5). En caso de **extravío de la póliza** estará obligado a entregar, si lo pide el tomador del seguro o a falta de este el beneficiario o asegurado, una copia o duplicado. En segundo término el asegurador está obligado a cubrir el riesgo asegurado que se concretará, si este llega a producirse, en el pago de la indemnización. El asegurador debe ofrecer al asegurado la garantía de que está en condiciones de hacer frente al pago de la prestación en la eventualidad de que se produzca el siniestro. La cuantía de la prestación debida por el asegurador depende del daño sufrido por el asegurado y de cuáles sean los límites que el contrato haya fijado para el resarcimiento de este daño, y siempre se traduce en una prestación pecuniaria. El tomador del seguro y el asegurado están obligados al pago de la prima (LCS art.14), la cual está formada, por regla general, por una suma de dinero. Es un elemento esencial del contrato de seguro que es oneroso. Puede ser única para toda la duración del contrato o bien periódica si se ha fijado una determinada cantidad que corresponde a cada uno de los períodos en que se divide la duración del contrato (normalmente un año). Su **pago** se exige de forma anticipada al iniciarse el contrato (cuando es único) o bien al comienzo de cada uno de los períodos. El tomador o asegurado tienen el deber de comunicar al asegurador durante el curso del contrato, tan pronto como les sea posible, las circunstancias que agravan el riesgo (LCS art.11), del mismo modo que tiene el deber de declarar, antes de la conclusión del contrato, las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo (LCS art.10). Asimismo la Ley establece el deber del asegurado de comunicar la producción del siniestro en un plazo breve al asegurador, así como de suministrarle las informaciones pertinentes sobre las circunstancias y consecuencias del mismo (LCS art.16.3) aminorar consecuencias daño: el tomador del seguro o el asegurado deberán emplear los remedios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro (LCS art.17.1). El fundamento de este deber se encuentra no solo en la defensa de los intereses del asegurador, sino también en los del propio asegurado, y en una exigencia de la buena fe.

SECCIÓN 5

Fiscalidad de los contratos

5880	1. Planteamiento	5885
	2. Contrato de compraventa	5888
	a. Tributación directa	5890
	b. Tributación indirecta	5900
	3. Arrendamientos de viviendas y locales de negocio	5919
	a. IRPF	5915
	b. IS	5935
	c. IRNR	5936
	d. ITP y AJD	5937
	e. IVA	5942

5885 La LGT art.13 establece que las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la **naturaleza jurídica** del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que utilicen las partes, y prescindiendo de los efectos que pudieran afectar a su validez.

Así que, a falta de una calificación autónoma por parte del legislador tributario, habrá que calificar dicho acto o negocio o contrato de acuerdo a la disciplina de derecho (público o privado) de la que trae causa.

5886 En LITP art.2.2; 49.2 y 57.2 se regula la **incidencia tributaria** de la existencia de una condición suspensiva o resolutoria en un contrato:

- cuando concurra en un contrato una condición **suspensiva**, no se liquidará el tributo hasta que se cumpla dicha condición haciendo constar el aplazamiento de los bienes en el Registro Público. Por ejemplo, compra de un solar en el momento en que se produzca el planeamiento urbano. Así las cosas, hasta que no se realice el planeamiento urbano no se producirá el devengo del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales;

- por su parte, cuando concurra en un contrato una condición **resolutoria**, se liquidará el tributo a reserva de que si se cumple dicha condición se anulará el contrato procediéndose a una devolución de ingresos indebidos. Por ejemplo, un propietario transmite un solar a un promotor a condición de que si el Ayuntamiento no le concediera la licencia urbanística para construir tendrá derecho a una resolución del contrato con la correspondiente indemnización. Así las cosas, se liquidará TPO en un primer momento, pero si no se llegase a conceder la licencia urbanística se resolverá el contrato solicitándose la devolución del Impuesto pagado por la anulación del contrato.

La **formalización de un contrato jurídico** tendrá **incidencia** en los distintos impuestos, tasas y contribuciones especiales que conforman nuestro sistema tributario.

Abordaremos de forma sucinta en las siguientes páginas las distintas repercusiones tributarias que produce la formalización de los contratos más usuales.

2. Contrato de compraventa

5888	a. Tributación directa	5890
	b. Tributación indirecta	5900

a. Tributación directa

5890 La transmisión onerosa de activos mobiliarios o inmobiliarios tributará en los distintos Impuestos sobre la renta:

5891 Impuesto sobre la renta de las personas físicas

Las ganancias de patrimonio tributan en el IRPF conforme a (LIRPF art.33 s.).

La **ganancia patrimonial neta** se determina por la diferencia entre el valor de enajenación y el de adquisición (LIRPF art.34.1.a).

En particular, se especifica cómo se determinan ambos valores (LIRPF art.35):

1. El valor de **adquisición** está formado por componentes tales como el importe real del bien adquirido más el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y gastos (notaría, registro de la propiedad) y tributos inherentes a la adquisición (ITP y AJD e IVA), excluidos los intereses y deduciendo el importe de las amortizaciones que se hubieran practicado (p.e. porque hubiera estado alquilado en el pasado).

Nótese que la L 26/2014 , de reforma parcial del IRPF, ha **eliminado los coeficientes de actualización** para la determinación del valor de adquisición para aquellos bienes adquiridos antes del -1-1995. Si el bien fuese adquirido en una fecha anterior, la Ley mantiene un **régimen transitorio**, permitiéndose aplicar los porcentajes reductores de LIRPF disp.trans.9ª pero con un límite por contribuyente de 400.000 €.

2. El valor de **transmisión** está formado por componentes tales como el importe real satisfecho siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste deduciendo los gastos y tributos inherentes a la adquisición (p.e. IIVTNU).

GANANCIA PATRIMONIAL NETA:
VA = Importe real satisfecho + Mejoras + Gastos y tributos - Amortizaciones
VT = Importe real satisfecho salvo que sea superior al valor de mercado

5892 Por último, se establecen varios supuestos que no están sujetos al IRPF (LIRPF art.33.2):

En primer lugar, los supuestos de **disolución de comunidad de gananciales** o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación (p.e. en los supuestos de separación legal o divorcio).

Asimismo, también estarán exentas con ocasión de la **transmisión** de la **vivienda habitual** por una persona **mayor de 65 años** o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia (LIRPF art.33.4.b). Desde el 1-1-2015, también quedan exentas las ganancias de patrimonio que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier elemento patrimonial de contribuyentes mayores de 65 años. No obstante, a diferencia del supuesto anterior, dicha exención con un límite máximo de 240.000 € queda condicionada a la **constitución** en un plazo máximo de seis meses de un **seguro de renta vitalicia**. Cuando el importe reinvertido sea inferior al total obtenido en la enajenación, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida (LIRPF art.38.3 ; RIRPF art.42).

5893 Impuesto sobre sociedades

La LIS grava también las rentas percibidas por una sociedad con ocasión de una transmisión onerosa de un activo.

La **base imponible** se determina por la diferencia entre el valor de transmisión menos el valor de adquisición sin que se apliquen desde el 1-1-2015 coeficientes de actualización sobre este último valor. No obstante, se valorará a **precios de mercado** los **elementos transmitidos** a título lucrativo, cuando sean transmitidos **a los socios** por causa de disolución, separación de éstos, reducción del capital con devolución de aportaciones, reparto de la prima de emisión y distribución de beneficios, los adquiridos por canje o conversión (salvo que se aplique el régimen de diferimiento tributario recogido en LIS Título VII capítulo VII. En estos dos últimos casos, las entidades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos adquiridos y el valor fiscal de los entregados (LIS art.17).

La nueva Ley del Impuesto ha establecido el **tipo de gravamen** en el 25% (desde el 1-1-2016). Las sociedades de nueva creación tributarán al 15% durante los dos primeros ejercicios con beneficios.

5894 Impuesto sobre la renta de no residentes

La LIRNR distingue aquellas rentas que se hayan obtenido a través de un **establecimiento permanente** en España (p.e. unas oficinas, sucursales), de aquellas que se obtienen **sin establecimiento permanente** (p.e. un particular).

Dicho impuesto se remite a las normas del IS y del IRPF respectivamente para la determinación de la **base imponible** con lo que coincide el mismo criterio de **cuantificación** para estos tributos. Una vez cuantificada la renta neta a gravar se le aplicará si se trata de rentas obtenidas sin establecimiento permanente, el 24% (o 20% si se trata de contribuyentes residentes en la UE o del EEE con el que exista un intercambio de información). Mientras que si la renta se ha obtenido con establecimiento permanente tributará al 25%. No obstante, dicha renta podrá tributar al 15% en los dos primeros años de actividad que obtengan rentas positivas.

5895 Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana

Las **transmisiones patrimoniales** onerosas y lucrativas también están sujetas en la esfera local al denominado IIVTNU. La **base imponible** se determina por el valor catastral del suelo en el momento de la transmisión aplicando unos coeficientes por cada año de permanencia del bien. Los ayuntamientos tienen cierta discrecionalidad a la hora de determinar los elementos de cuantificación pero en ningún caso el tipo de gravamen podrá ser superior al 30% (LHL art.106 s.). El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos de la vigente Ley Reguladora de las Haciendas Locales declarando la imposibilidad de gravar por este impuesto aquellas situaciones inexpresivas de capacidad económica en los que se acredite la existencia de decrementos del valor. Actualmente está en tramitación parlamentaria una proposición de ley para adaptar dicha jurisprudencia a la Constitución.

Ejemplo

El Sr. «X» residente en Madrid es propietario de una vivienda que adquirió el 1 de junio de 2011 por 300.000 euros. Pagó a la notaría 3000 euros, al Registro de la propiedad 1000 euros y por el TPO 7000 euros. Nunca estuvo alquilado y finalmente lo vendió al Sr. «Z» el 17 de junio de 2016 por 250.000 euros. Pagó a la inmobiliaria que gestionó la venta un 5% del precio de venta. También pagó el IIVTNU (plusvalía municipal). El valor catastral a la fecha del devengo es de 250.000 euros (150.000 el valor catastral de la construcción y 100.000 euros el del suelo); y el valor de mercado 350.000 € según la página web de la Comunidad de Madrid.

Cuestiones a resolver:

Determine la renta obtenida por el Sr. «X» como consecuencia de la transmisión onerosa del citado inmueble.

Nota aclaratoria: La ordenanza del Ayuntamiento de Madrid establece los siguientes porcentajes del incremento y tipo de gravamen para la transmisión de un bien inmueble que no alcanza los cinco años de permanencia.

Porcentaje del incremento: 10 (le corresponde el porcentaje de 10 en función de los 5 años completos de permanencia del bien ex art.10 de la ordenanza fiscal reguladora del impuesto del Ayuntamiento de Madrid).

Tipo de gravamen: 29% (art.17 de la ordenanza del Ayuntamiento de Madrid).

Solución propuesta:

1. Transmitente (Sr. «X»): Autoliquidación por IRPF e IIVTNU

2. Adquirente: (Sr. «Z»): Autoliquidación por TPO (6%).

- Liquidación del IIVTNU:

Base imponible: 100.000 (v. catastral del terreno) \times 10 = 10.000 €

Cuota a pagar: 10.000 (BI) \times 29% (T.G) = 2.900 €.

- Autoliquidación IRPF:

V. Transmisión - V. Adquisición:

V. Adquisición: 300.000 + 11.000: 311.000V.

V. Transmisión: 350.000 (se fija como valor el de mercado ex art.35.2. in fine LIRPF) - 4.440 (IIVTNU) - 12.500 (comisión agencia inmobiliaria) = 333.060 €V.

Ganancia de patrimonio: 333.060 - 311.000 = 22.060

Tipo de gravamen (Renta del ahorro): Hasta 50.000 - 21% (2016).

Cuota a pagar: 22.060 \times 21% = 4.632,6 €.

b. Tributación indirecta

5900 Impuesto sobre el valor añadido

Para el análisis de la tributación del contrato de compraventa nos centraremos en el que afecta a la transmisión de inmuebles por ser el que tiene mayores especialidades en el ámbito del IVA y del ITP y AJD.

La **transmisión de bienes inmuebles** por sujetos pasivos del IVA es una operación sujeta y no exenta de IVA siempre que se trate de la primera transmisión que es la que realiza el promotor inmobiliario.

No obstante, las **segundas o ulteriores transmisiones** de edificaciones están exentas de IVA de acuerdo con lo previsto en LIVA art.20.uno.22 y de acuerdo con lo previsto en LIVA art.4.cuatro del mismo texto legal pasarían a tributar por el ITP y AJD.

Sin embargo, esta **exención** puede ser objeto de renuncia en los términos recogidos en LIVA art.20.dos según el cual estarán exentas «Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación».

5901 No obstante estar exentas del IVA estas operaciones, la LIVA art.20.dos permite **la renuncia a la exención**, estableciéndolo en los siguientes términos:

«Dos. Las exenciones relativas a los números 20.^o y 22.^o del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y se le atribuya el derecho a efectuar la deducción total o parcial del Impuesto soportado al realizar la adquisición o, cuando no cumpliéndose lo anterior, en función de su destino previsible, los bienes adquiridos vayan a ser utilizados, total o parcialmente, en la realización de operaciones, que originen el derecho a la deducción.»

5902 Por otra parte, el RIVA art.8 precisó los términos de la renuncia a la exención de la siguiente **forma**:

«1. La renuncia a las exenciones reguladas en los números 20^o y 22^o del apartado uno del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, deberá comunicarse fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes.

La renuncia se practicará por cada operación realizada por el sujeto pasivo y, en todo caso, deberá justificarse con una declaración suscrita por el adquirente, en la que éste haga constar su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total o parcial del Impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles o, en otro caso, que el destino previsible para el que vayan a ser utilizados los bienes adquiridos le habilita para el ejercicio del derecho a la deducción, total o parcialmente.

2. A efectos de lo dispuesto en la letra A) del número 22^o del apartado uno del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, se aplicarán los criterios sobre definición de rehabilitación contenidos en la letra B) del citado número 22^o.»

5903 A la vista del precepto se observa que básicamente existen dos **requisitos formales**:

- el primero atañe al **sujeto** que ha de formular la renuncia, esto es, al sujeto pasivo, y consiste en realizar una comunicación fehaciente al adquirente, previa o simultánea a la entrega de los bienes, informándole de que se renuncia a la exención del IVA, lo que implícitamente conlleva la correspondiente tributación por este impuesto;

- el segundo afecta al **destinatario** de la operación, quien queda obligado a informar a su vez al sujeto pasivo de que procede la repercusión del impuesto, en cuanto que tal operación se realiza a favor de otro sujeto pasivo con derecho a la deducción de la totalidad del IVA soportado.

5904 Para que la renuncia a la exención surta plenos efectos es requisito imprescindible que el **sujeto pasivo** comunique al adquirente de forma fehaciente dicha renuncia, bien de modo simultáneo o bien con carácter previo a la entrega del inmueble. Si no constara de algún modo que se ha efectuado la renuncia a la exención procedería la tributación por el ITP y AJD.

De este modo, se torna en aspecto esencial de la presente controversia determinar cómo se debe interpretar el término «fehaciente» a estos efectos.

La doctrina tributarista (entre otros *Varona Alabern* o *Banacloche Palao*) entiende que la renuncia se comunica fehacientemente cuando se hace **a través de cualquier medio** que sirva para manifestar de modo diáfano, que no ofrezca dudas al adquirente, la **voluntad del renunciante**. Además, el sujeto pasivo debe estar en condiciones de poder acreditar dicha comunicación, lo que no dejaría cabida a una comunicación de tipo verbal sino que tendría que ser necesariamente por escrito.

De este modo, la jurisprudencia y doctrina administrativa han analizado **dos cuestiones fundamentales** a la hora de determinar si la renuncia a la exención había sido efectuada en forma:

1. La **validez del documento privado** como instrumento a través del que se puede comunicar la renuncia.
2. La posibilidad de entender **implícita** la comunicación de la **renuncia** cuando el sujeto pasivo **repercute la cuota** correspondiente de **IVA** (y en especial cuando se hace en la escritura pública de transmisión).

5905 **Validez de la renuncia comunicada en documento privado**

Sobre la eficacia del documento privado la doctrina administrativa, expresada en TEAC 29-4-98 inicia una línea no formalista ya manifestada en DGT 10-3-96 y 10-5-96, de acuerdo con la cual la verdadera **finalidad de la exigencia de comunicación** de renuncia es la manifestación de las partes, eficaz también frente a terceros, de su intención de **someter la operación** a un determinado impuesto, el **IVA**. Existiendo esta constancia de forma clara e indubitada es irrelevante que la comunicación al adquirente de la renuncia a la exención se haya efectuado en documento privado, en vez de constar en escritura pública.

Así resulta del fundamento jurídico cuarto de esta resolución:

«En el presente caso, mediante escrito de 1 de febrero de 1994 (...) comunicó al transmitente (...), su condición de sujeto pasivo del IVA con derecho a la deducción total del que habría de soportar en la transmisión de inmuebles proyectada, a lo que contestó esta última renunciando a la exención y poniéndolo así en conocimiento del comprador, según documento privado del siguiente día 8 de febrero. Constan también en el expediente de gestión fotocopias de tres facturas (...), anteriores a la escritura pública de venta, en las que aparece repercutido el correspondiente IVA al 15 por 100 por existir pagos anticipados de la cantidad convenida (...). El examen de todo lo que acaba de exponerse permite llegar a la conclusión de que han sido cumplidos cuantos requisitos son precisos para la renuncia en debida forma a la exención del IVA, pues si bien en la escritura pública de compraventa no aparece literalmente (...) una renuncia expresa del transmitente, sí resulta evidente que, con las reiteradas menciones efectuadas a la repercusión del IVA llevadas a cabo por éste, queda perfectamente claro que ambas partes manifiestan con eficacia respecto de tercero, como lo es la Hacienda Pública, su intención y su conocimiento indubitado de que la entrega de bienes realizada quede sujeta y lo esté efectivamente al Impuesto sobre el Valor Añadido, que es la finalidad perseguida por el Reglamento del Impuesto al exigir la comunicación fehaciente de la renuncia, como así lo ha interpretado además la Dirección General de Tributos en consulta no vinculante de 10 de mayo de 1996. En conclusión, la operación debe quedar sujeta a IVA sin exención, no procediendo exigir el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por lo que debe anularse la liquidación girada».

5906 **Idéntica interpretación** puede encontrarse en las resoluciones TEAC 9-6-00 y 7-3-01, donde el Tribunal, aunque reconoce que la renuncia «se ha querido revestir de un cierto carácter formalista que condiciona su validez», por lo que «no basta que pueda probarse que se cumplen los requisitos, sino que han de reflejarse y comunicarse por escrito al transmitente, de la misma forma que éste ha de dejar constancia de la renuncia a la exención, la cual deberá ser comunicada fehacientemente a la entrega del bien», también destaca que no se exige «en precepto alguno que deba reflejarse necesariamente en documento público», por lo que resuelve admitiendo la validez de la renuncia comunicada en escrito privado.

Esta **postura** ha sido reiteradamente **defendida** por el TEAC, entre otras muchas además de las citadas, por ejemplo en TEAC 17-1-01 en la que consideró que tributaba por IVA la venta del inmueble por un empresario, «constando su renuncia a la exención en el documento privado, repercutido el IVA en la factura emitida y cheques pagados, y habiéndose expresado así en la escritura aclaratoria otorgada antes del plazo de autoliquidación».

Esta doctrina administrativa ha tenido **refrendo jurisprudencial** en sentencias como la de la Audiencia Nacional (AN 30-5-00, EDJ 117315 y en parecidos términos AN 18-7-00, EDJ 117317), que **define la renuncia** como un «acto inter-partes expreso y con comunicación por escrito de ciertas circunstancias», requisitos que considera cumplidos cuando la renuncia consta en **sendos documentos privados** firmados por poder por el representante de la sociedad, anteriores a la entrega del bien, y en los que las partes se comunican la voluntad de renuncia y el cumplimiento para los conocimientos de la misma.

5907 Por su parte, en TSJ Baleares 13-6-00, EDJ 26478 , se estimó que existiendo un documento privado en el que el transmitente, al aceptar la tributación por IVA, renuncia a la exención, y donde el adquirente comunicaba a su vez que era sujeto pasivo del IVA con derecho a la deducción total del que habría que soportar en la transmisión del local de negocio, se tienen que dar por debidamente cumplidas las **exigencias reglamentarias**, aunque no aparezca literalmente en la escritura una **renuncia expresa** a la exención. En el mismo sentido se pronunció en TSJ Baleares 25-7-00, EDJ 38790 en la que se llega a admitir que la entrega de una factura donde se repercute el IVA, expedida el día anterior a la entrega serviría de comunicación fehaciente de la renuncia.

Siguiendo la misma pauta, en TSJ Cataluña 20-10-00, EDJ 68895 se entiende que ante la falta de definición del RIVA del **término fehaciente**, no cabe sostener como hace la Administración del caso enjuiciado que haya de acudir al artículo CC art.1227 , sino que lo procedente es una **interpretación gramatical**, de modo que la comunicación fehaciente «no supone más que ser suficiente o tener los requisitos necesarios para que en virtud de ella se crea lo que dice o ejecuta».

En el mismo sentido se ha pronunciado el TSJ Murcia 29-10-01, EDJ 60163 y 30-3-02, en las que se ratifica que la renuncia comunicada al adquirente a través de una **carta al vendedor** anterior a la entrega es plenamente eficaz, incluso aunque en la misma no aparezca la firma del adquirente, siempre que éste reconozca haberla recibido.

5908 En definitiva, tanto la doctrina tributarista como las resoluciones y sentencias de nuestros órganos administrativos y tribunales jurisdiccionales entienden que la renuncia contenida en **documentos privados**, si va acompañada de los demás requisitos normativamente establecidos, es plenamente eficaz sin que requiera de protocolización notarial alguna, y se considera **fehaciente** en la medida en que refleje una **voluntad** y un conocimiento claro de las partes de que la operación tributa por IVA.

5909 La renuncia es un acto con **eficacia entre las partes**, tal y como ha reconocido la jurisprudencia (AN 30-5-00, EDJ 117315) al margen de la posición subjetiva de la Hacienda Pública. Buena muestra de ello es que la obligación de comunicación vincula al sujeto pasivo y al adquirente, sin que exista ningún deber de informar de tal renuncia a la Administración tributaria.

No podemos olvidar que la opción de renuncia es una **facultad** que, de conformidad con la Sexta Directiva, el Estado concede a sus contribuyentes a fin de que elijan tributar por la figura impositiva que consideren más adecuada a sus intereses, siendo el papel de la Administración tributaria el de mera espectadora de la decisión de las partes y, todo lo más, vigilante del cumplimiento de las condiciones exigidas para la eficacia de la renuncia.

Determinante a los efectos que nos ocupan es la sentencia TSJ Burgos 18-3-00, EDJ 32122 , según la cual debe prevalecer la intención de las partes deducible de la escritura sobre el requisito formal expreso, de manera que admite la renuncia implícita del transmitente. Para llegar a esta conclusión el Tribunal valoró la existencia de una serie de condiciones de cuya interpretación «se desprende inequívocamente» la voluntad de los interesados de someter, de mutuo acuerdo, la operación al IVA cuando:

1. Las dos partes intervinientes son sujetos pasivos del IVA.
2. Existe una cláusula contractual de la escritura de compraventa en la que se señala expresamente que la compradora queda sujeta al pago del IVA.
3. Se admite asimismo una escritura de subsanación de la anterior en la que se hace constar expresamente que las partes vendedora y compradora, ambos sujetos pasivos del IVA, se acogen a la renuncia a la exención establecida en LIVA art.20.dos .

5910 «La renuncia a la exención del IVA se entiende producida cuando consta en la escritura pública de transmisión del inmueble la sujeción de la operación al IVA con liquidación del impuesto.»

Sobre este particular, la **jurisprudencia** y la **doctrina administrativa** son concluyentes afirmando que en estos supuestos se entiende producida la renuncia a la exención.

Así, la Resolución TEAC 10-7-98 reconoció como forma de renuncia a la exención la mera repercusión del IVA al expresar que «(...) aun cuando la repercusión del IVA reflejada en la escritura pública pudiera entenderse como una renuncia expresa a la exención, como así ha empezado a reconocer este Tribunal Central en Resolución de 29 de abril de 1998, criterio también sentado por la Dirección General de Tributos (...)».

La Dirección General de Tributos, en DGT 10-5-96 , también se pronunció en el mismo sentido al afirmar que «a los efectos de la renuncia a la exención debe considerarse suficiente que en la escritura pública se haga constar

el gravamen por el Impuesto sobre el Valor Añadido aunque no aparezca literalmente una renuncia expresa por el transmitente».

5911 La posición de los **tribunales** de lo contencioso-administrativo también es coincidente y favorable al no formalismo en la renuncia, siendo suficiente la repercusión del IVA en la escritura pública.

En este sentido, el TSJ Murcia 28-9-01, EDJ 52888 interpretó que existe comunicación fehaciente a la parte compradora si se ha producido la repercusión del impuesto, que ha sido pagado pacíficamente por el adquirente. Entiende el Tribunal que esta actuación equivale a la renuncia pues «se desprende de forma concluyente de la cláusula 4ª de la escritura de compraventa, al expresar que ha repercutido a la parte compradora el importe correspondiente a dicho impuesto, y ello porque de no haber realizado dicha renuncia no hubiera hecho esta declaración, ni hubiera repercutido el IVA, cuyo pago por la compradora está acreditado por la expedición de la factura y de la carta de pago antes referidas».

Se comparte **idéntico parecer** en la sentencia TSJ Baleares 13-6-00, EDJ 26478 en la que ha establecido que «la constancia en escritura pública de que el transmitente ha recibido una suma de dinero en concepto de IVA, aun cuando no aparezca la renuncia expresa a la exención, constituye renuncia comunicada fehacientemente», lo que permite concluir que «aun no apareciendo literalmente en la escritura pública una renuncia expresa del transmitente a la exención del IVA, sin embargo, reflejada la repercusión, es claro que adquirente y transmitente manifiestan con eficacia respecto a tercero, esto es, en cuanto ahora interesa, en relación a la Hacienda Pública, su intención y su conocimiento indubitado de que la operación quede sujeta al IVA, no siendo otra cosa lo que el Reglamento del Impuesto requiere».

Especialmente relevante es la sentencia del Tribunal Supremo TS 15-1-15, EDJ 2135 , dictada en recurso para la **unificación de doctrina**, en la que se estableció que el reconocimiento por el notario de su error en la descripción de la operación hace expresa y válida la renuncia al IVA. Es el notario el que manifiesta en documento público que es conocedor de que esa era la voluntad de las partes ya en el momento en que se otorgó la escritura pública de compraventa que se rectifica y que, por tanto, ambos contratantes eran conocedores de tales circunstancias en el momento de la transmisión. El cumplimiento de un presupuesto material, acto «inter partes», debe ser expreso, con constancia por escrito, pero no requiere comunicación alguna a la Administración Tributaria ni constancia en documento público. Por tanto, la constancia en **escritura notarial** de rectificación da validez de la renuncia a la exención del IVA.

5912 **Impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas**

También pueden estar sometidos al ITP y AJD los contratos de **compraventa**.

El Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante, TPO) somete a gravamen determinadas operaciones de transmisión de bienes y derechos, así como la constitución de determinados derechos y negocios, cumpliéndose las siguientes **características**:

- son operaciones realizadas a título oneroso;
- «inter vivos»;
- en las que existe un desplazamiento de bienes de contenido económico; y
- además, este impuesto grava las operaciones realizadas entre particulares, es decir, operaciones que no están realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad y no sujetas a IVA. Esta última regla tiene alguna excepción para el caso de los inmuebles afectos a una actividad económica, puesto que la transmisión del inmueble estaría exenta del IVA y procedería su sometimiento a gravamen por TPO.

5913 Así es puesto que la transmisión de inmuebles o de derechos reales que recaigan sobre éstos tributará por TPO siempre que el transmitente no sea sujeto pasivo del IVA o, caso de serlo, la operación se encuentre exenta del IVA y no se haya renunciado a la exención. Estas **operaciones exentas del IVA** son las siguientes:

- a) Entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables (LIVA art.20.Uno.20).
- b) Segundas y ulteriores entregas de edificaciones (LIVA art.20.Uno.22).
- c) Transmisión de derechos reales de goce y disfrute sobre bienes inmuebles (LIVA art.20.Uno.23). En este último caso la exención no puede ser objeto de renuncia.

5914 Es la letra c), relativa a las segundas o ulteriores entregas de edificaciones la que tendría aplicación directa a la transmisión del inmueble donde se ha venido desarrollando la actividad profesional.

En las transmisiones de bienes y derechos el sujeto pasivo de la modalidad TPO del ITP y AJD es el adquirente.

La **base imponible** está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. La imprecisión del término valor real supone que la Administración podrá comprobar, en todo caso, el valor declarado:

- sólo son deducibles las **cargas** que disminuyan el valor real de los bienes (censos, pensiones, servidumbres, etc.);
- no son deducibles las **deudas**, aunque estén garantizadas por prenda o hipoteca

Para la determinación de los **tipos impositivos** son competentes las **CCAA**. Para los supuestos en que no se hubieran fijado tipos impositivos diferentes se aplicaría el tipo de gravamen del 6% en la transmisión de inmuebles y del 4% para bienes muebles.

3. Arrendamientos de viviendas y locales de negocio

5915	a.	IRPF	5919
	b.	IS	5935
	c.	IRNR	5936
	d.	ITP y AJD	5937
	e.	IVA	5942

a. IRPF

5919 Arrendamientos de viviendas

Los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda tendrán para el arrendador la consideración de renta gravada en el IRPF.

La renta se calificará como **rendimiento de capital inmobiliario** (LIRPF art.22 y 24). El rendimiento neto se determina por la diferencia entre los ingresos derivados del alquiler (excluyendo el IVA o el Impuesto General Indirecto canario si se encuentra el inmueble en el archipiélago canario -en adelante, IGIC) pues dicho importe se ingresa a la Hacienda Pública) deduciendo los gastos que sean necesarios para la obtención del ingreso. En este sentido, se establece que se consideran **empresarios o profesionales**, y por tanto sujetos pasivos del IVA «Quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. En particular, tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes» (LIVA art.5.Uno.c). Por consiguiente, los arrendadores de inmuebles realizan operaciones sujetas a IVA por las que deben repercutir dicho impuesto, salvo los **supuestos de exención** previstos en LIVA art.20.Uno.23 (arrendamientos de viviendas, entre otros). Por este motivo, el IVA repercutido en los arrendamientos (por ejemplo de locales de negocio, naves industriales o plazas de garaje) no será un mayor ingreso íntegro del IRPF sino que será objeto de liquidación deduciendo el IVA soportado. Del mismo modo, el IVA soportado tampoco será un gasto deducible sino que entrará en la mecánica liquidatoria del IVA y sólo en los supuestos en los que no fuera posible la deducción del IVA cabría su deducción como gasto en el IRPF.

5920 Se recoge una relación ejemplificativa (no cerrada) de **gastos** que tienen la consideración de **deducibles** del rendimiento y pasamos seguidamente a enumerar (LIRPF art.23 y RIRPF art.13 y 14).

5921 **Intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora del bien, y demás gastos de financiación, así como los gastos de reparación y conservación del inmueble**

La suma total de estos gastos (importe de intereses conjuntamente con gastos de reparación y conservación) no podrá **exceder** de la cuantía del alquiler. En todo caso, el exceso no se pierde, pues podrá deducirse en la declaración de los cuatro períodos impositivos siguientes (DGT CV 9-12-09).

Precisiones

En TSJ Cataluña 21-3-13, EDJ 88847 se ha entendido que cabe también deducir bajo este concepto los **intereses de un préstamo hipotecario** suscrito para poder satisfacer el pago del ISD y del IIVTNU obligado a satisfacer como consecuencia del bien adquirido por herencia.

5922 **Impuestos (IBI, ICIO), contribuciones especiales y tasas**

Tienen la consideración de deducibles siempre que incidan sobre los rendimientos computados, excluidas las sanciones (p.e. tasa de basuras y de vados).

Precisiones

1) Los **tributos o recargos** cuya deducibilidad se pretenda deberán recaer sobre los inmuebles o derechos que generan los rendimientos integrados en la declaración del impuesto. Así, la Sentencia TSJ Madrid 5-11-03 consideró que el IBI era un gasto deducible y que la imputación del gasto debe hacerse en el período del devengo y no en el del pago.

2) En TSJ Madrid 20-1-05, EDJ 6238 no se admitió la deducibilidad la **cuota del ISD** por la herencia del inmueble arrendado al tratarse de un tributo estatal aunque se encuentre cedido a las CCAA.

3) En TSJ Valencia 26-5-03 se consideró gasto deducible las **tasas por licencia urbanística** y el ICIO.

4) Para el TSJ Canarias 13-2-03, es deducible el IBI aunque el recibo esté a nombre del cónyuge casado en régimen de gananciales.

5923 Saldos de dudoso cobro

Cuando transcurran **más de seis meses de impago**, o el inquilino se encuentre en situación de **concurso** de acreedores. Nótese que los ingresos deben imputarse en el momento en que resultan exigibles (LIRPF art.14.1.b) -p.e. del 1 al 5 de cada mes nace la obligación del inquilino de pagar la renta- con lo que habría que declarar dichos ingresos aunque en puridad no se hubieran cobrado. Por ello, cuando se produzca alguna de estas dos **circunstancias** ha de considerarse que existe una gran probabilidad de que dichas rentas finalmente no se perciban por lo que la normativa permite que se neutralice el ingreso computado en su momento dotándose este gasto como saldo de dudoso cobro si han transcurrido ya más de seis meses o el arrendatario se encuentra en concurso de acreedores (RIRPF art.13.e ; DGT CV 26-3-15).

5924 Servicios personales

Las **cantidades devengadas** por terceros como consecuencia de servicios personales: gastos de reparación (p.e. en electrodomésticos), de conservación -p.e. pintado, revoco o alijado del suelo-, o sustitución de mobiliario, excluyendo mejoras -p.e. cerramiento de terraza-; gastos de comunidad, de vigilancia, administración de fincas, de formalización del arrendamiento, etc.

Precisiones

1) Será considerado gasto deducible todo aquel **desembolso** que no pueda calificarse de **«inversión»**, pues las mejoras no son deducibles (TS 14-12-95, EDJ 7872). Así las cosas, en TSJ Cataluña 16-5-02, EDJ 55956 son obras de reparación las de conversión de un ático para su arrendamiento, por lo que no pueden calificarse como de ampliación y mejora. Asimismo, en TSJ Murcia 13-11-02 se consideraron deducibles los gastos de micropiloteo y cimentación de edificio por movimientos estructurales que ponían en peligro la integridad del edificio, mientras que el mismo Tribunal en TSJ Murcia 26-12-02 consideró como gasto y no como mejora o inversión el de las obras para dejar diáfano un local para acondicionarlo para arrendar.

2) Son deducibles los gastos por **arreglo de cubierta**, colocación de vigas, sustitución de solería al considerarse que tenía por finalidad mantener el destino útil del bien arrendado (TSJ Andalucía 29-3-03, EDJ 99876); los gastos de reforma de carpintería de aluminio y madera en puertas y ventanas, así como de impermeabilización (TSJ Canarias 6-2-04, EDJ 11837), así como los cambios de grifería, instalación eléctrica, reparación de muros y cubiertas y pintura porque son destinados a mantener la vida útil del inmueble aunque la alarguen (TSJ Castilla-La Mancha 10-10-03, EDJ 207186); el saneado de tuberías, raspado y pintura de techos y paredes y el alicatado es gasto de conservación (TSJ Castilla y León 23-3-01); así como gastos deducibles los de saneamiento de humedades y grietas por ser imprescindibles para mantener la vida útil del inmueble (TSJ Galicia 31-10-02, EDJ 98157).

La **prueba** de que los gastos son reales le corresponde al **contribuyente** en base al LGT art.105.1 «Tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo» (AN 27-11-03).

Los intereses de capitales ajenos se deducirán por la mitad si el bien inmueble ha sido por un solo de los cónyuges en un régimen económico matrimonial de separación de bienes, mediante un préstamo cuya devolución se efectúa a una cuenta corriente de titularidad conjunta (TEAC 22-9-99).

5926 En la adquisición en el año 2014 de un inmueble para su arrendamiento no produciéndose este hecho hasta el año 2015, los **gastos de comunidad y el seguro de vivienda** satisfechos en el año 2014 no podrán ser deducidos en el año 2015, que es cuando se alquila, pero sí se pueden deducir otros gastos que están correlacionados para la obtención del ingreso (mobiliario, gastos de acondicionamiento, etc.): DGT CV 26-5-15 .

Los gastos de carácter periódico como de comunidad, IBI, suministro, amortizaciones, etc., solo serán deducibles en los períodos en que la vivienda se encuentre arrendada, dado que en los períodos en que la vivienda no se encuentre arrendada, habría que imputar como renta inmobiliaria la cantidad que resulte de aplicar el 2%, o el 1,1%, según proceda, al valor catastral, proporcionalmente al número de días que corresponda de cada período impositivo, de acuerdo con lo previsto en LIRPF art.85 no contemplado este precepto la deducción de gasto alguno (DGT CV 14-4-14).

5927 Cantidades destinadas a la amortización del inmueble

(RIRPF art.14.2)

En particular, se permite deducir el 3% sobre el mayor valor de los dos siguientes: coste de adquisición satisfecho o valor catastral (excluyendo el valor del suelo). Cuando no se conozca el valor del suelo, éste se calculará prorrateando el coste de adquisición satisfecho entre los valores catastrales del suelo y de la construcción de cada año reflejado en el correspondiente recibo del IBI (DGT CV 22-1-15) Las cantidades en concepto de amortización solo serán deducibles en los cuatro años posteriores en que se arriende la vivienda (con el límite máximo del importe del alquiler) pues en el caso de que dicho local esté en expectativa de alquiler, será calificado como imputación de rentas inmobiliarias no permitiendo la deducción de ningún gasto (DGT CV 21-1-15 y CV 24-9-15).

Precisiones

1) Cuando el inmueble haya sido adquirido por herencia, la Administración **interpreta restrictivamente** el LIRPF art.23 y RIRPF art.14 solo permitiendo computar como base para la deducción el 3% del importe de los gastos (p.e. notaría, registro de la propiedad) y tributos (ISD) satisfechos para la adquisición pero no del valor catastral pues entiende que al recibirlo por vía hereditaria no se satisface importe alguno que sea susceptible de ser amortizado (DGT CV 27-5-09 y CV 14-7-14).

2) No obstante, **en contra de este criterio** administrativo, se ha pronunciado TSJ Cataluña 18-9-08, EDJ 262570 , y TSJ País Vasco 17-2-09; así como las TEAF Gipuzkoa 28-2-09 , 30-4-09 y 29-5-09 y TEAF Araba 14-3-08 .

5928 Una vez determinado el **rendimiento neto** previo, el LIRPF art.23.2 permite practicar una reducción del 60% del importe obtenido cuando se trate de arrendamientos de inmuebles destinados a «vivienda» (no a locales comerciales).

Asimismo, se permite la aplicación de una reducción del 30% cuando se obtengan rentas generadas en un plazo superior a dos años o bien, cuando se califiquen por el reglamento como rentas obtenidas de forma notoriamente irregular en el tiempo (LIRPF art.23.3 y RIRPF art.15). Se califican como rentas de este tipo que son merecedoras de la reducción del 30%:

- los importes obtenidos por el **traspaso o la cesión** del contrato de arrendamiento de locales de negocio;
- las **indemnizaciones** percibidas del arrendatario, subarrendatario o cesionario por daños o desperfectos en el inmueble; y
- importes obtenidos por la **constitución de derechos** de uso o disfrute de carácter vitalicio.

5929 Señalamos por su interés el **esquema de cuantificación** del rendimiento neto del capital inmobiliario:

Pasos a seguir para la determinación del rendimiento neto del capital inmobiliario

Ingresos íntegros o brutos (LIRPF art.22.2)

- Gastos deducibles (LIRPF art.23; RIRPF art.13 y14)

Rendimiento neto

- Reducción por arrendamiento de inmueble destinado a vivienda (LIRPF art.23.2)

- Reducción por generación de un rendimiento irregular (LIRPF art.23.3 ; RIRPF art.15)

Rendimiento neto reducido

5930 Por último, el LIRPF art.24 establece una **regla especial** para la determinación del rendimiento neto cuando se trate de arrendamientos a personas con grado de **parentesco** hasta el tercer grado inclusive del arrendador (es decir, cónyuges, padres, abuelos, hermanos y sobrinos). En este caso, el rendimiento neto del capital inmobiliario no podrá ser en ningún caso inferior a la regla de imputación de rentas inmobiliarias regulada en LIRPF art.85 (1,1% o 2% del valor catastral dependiendo de que esté o no actualizado respectivamente).

5931

Ejemplo

El Sr. «X» alquila durante el año 2016 una vivienda a su hermana por 1000 euros al mes. Los gastos de comunidad ascienden a 200 euros mensuales. En el ejercicio se incorporó al edificio un ascensor ya que carecía de él y por el que se pagó una derrama en el año de 1000 euros. También acometió obras de reparación en la vivienda pagando 3000 euros por pintura y arreglos diversos. El valor catastral de la vivienda (que no ha sido revisado) es de 300.000 euros (60% es el valor de la construcción).

Solución propuesta:

Se trata de un rendimiento del capital inmobiliario en caso de parentesco con el arrendatario. Aplicando el artículo 24 LIRPF el rendimiento neto del capital inmobiliario no podrá ser inferior al que resulte de la imputación de rentas inmobiliarias que sería el siguiente: $300.000 \times 2\% = 6000$ euros.

Si aplicamos las reglas generales de los rendimientos del capital inmobiliario el resultado sería

Rendimiento íntegro 1000 × 12 =	12.000
Gastos deducibles	
Comunidad	2400
Obras de pintura y arreglos	3000
Amortización (3% × 180.000= 5400 euros)	5400
Rendimiento neto	1200
Reducción por arrendamiento de vivienda (-60%)	720
Rendimiento neto reducido	480

Resulta aplicable lo previsto en la LIRPF art.24 por lo que el rendimiento neto del capital inmobiliario sería de 6000 euros al tomarse como referencia el parámetro derivado de la imputación de rentas inmobiliarias por ser mayor.

5932 Arrendamiento de local de negocio

Debe distinguirse si dicho arrendamiento se realiza **como empresario o profesional**, o bien como **particular**. En este segundo caso, nos encontraremos ante un rendimiento de capital inmobiliario remitiéndonos a la forma de determinar el rendimiento neto comentado anteriormente para los arrendamientos de viviendas, con la única excepción de que no resultará aplicable la reducción del 60% recogida en LIRPF art.23.2 . Por el contrario, si dicha actividad se realiza con una ordenación de medios materiales y humanos la renta tendrá la consideración de rendimiento de actividad económica, calificándose el arrendamiento de inmuebles como actividad económica cuando exista al menos una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa (LIRPF art.27.2).

Precisiones

1) La Ley del Impuesto, con anterioridad a la promulgación de la L 26/2014 , calificaba una actividad económica derivada del arrendamiento de inmuebles cuando concurrían dos requisitos conjuntamente: persona empleada y local de negocio. Este último requisito ya no es necesario desde el 1-1-2015 para considerar dicha actividad como económica.

2) Así las cosas, el arrendamiento de una vivienda de uso turístico podría ser calificado como rendimiento de actividad económica cuando tenga una persona contratada laboralmente para el ejercicio de la actividad (DGT CV 26-1-15).

3) El rendimiento de actividad económica se determinará por la diferencia entre los ingresos brutos derivados del alquiler (excluyendo el IVA o el IGIC) deducidos todos los gastos que sean necesarios para generar el ingreso.

4) Se consideran gastos deducibles de la actividad económica los importes satisfechos para la interconexión del teléfono e internet (DGT CV 2-2-15).

5933 No existe ninguna reducción del rendimiento neto aplicable cuando se obtienen **rentas de actividades económicas**. No obstante, si cabe deducir 2.000 € como gastos de difícil justificación si determina la base imponible mediante el método de estimación directa simplificada. Deberá aplicarse el 21% de IVA y practicar una retención del 19% (LIRPF art.101.8).

5934 Por último, para la determinación del **rendimiento neto**, cabe la aplicación de una **reducción** del 30% cuando se obtenga una renta en un plazo superior a dos años, o se califique por el RIRPF art.15 como renta obtenida de forma «notoriamente **irregular** en el tiempo» (p.e. como consecuencia, del pago de un traspaso al arrendador o por recibir una indemnización como consecuencia de desperfectos sufridos en el local. Nos remitimos para el desarrollo de este punto a lo señalado en el epígrafe anterior.

b. Impuesto sobre sociedades

5935 Las **rentas** percibidas por una sociedad como consecuencia del arrendamiento de una vivienda o de un local de negocio no tienen ninguna especialidad sobre otro tipo de rentas que perciba en orden a su cuantificación. Los arrendamientos están sujetos al tipo de IVA del 21%, debiendo practicar el arrendatario una **retención** del 19% (LIS art.128.6) sobre las rentas pagadas.

c. Impuesto sobre la renta de no residentes

5936 Las **rentas** percibidas por un no residente con ocasión de un arrendamiento de vivienda o de un local de negocio quedan sujetas a una doble modalidad dependiendo de que las obtengan a través o no de un establecimiento permanente (nos remitimos para dicha delimitación a lo señalado anteriormente para los supuestos de transmisiones de inmuebles). Así las cosas, en el caso de que se obtengan sin establecimiento permanente dichas rentas deberán tributar como rendimiento de actividad económica, o como rendimiento de capital inmobiliario dependiendo igualmente de que en la actividad se utilicen medios materiales y humanos para la obtención del ingreso. La determinación del

rendimiento neto se calculará por la diferencia entre los ingresos del arrendamiento y los gastos derivados del alquiler siempre que estén indisolublemente unidos con la actividad económica realizada en España.

d. ITP y AJD

5937 Los **contratos** de arrendamiento pueden estar **sujetos** a TPO. En LITP art.7.b) se enumera, entre las transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto «la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas (...)». Por su parte en RITP art.14 se equiparan los contratos de arrendamiento y los de subarrendamiento.

Este arrendamiento sujeto a TPO es el que **afecta a viviendas y terrenos rústicos** tal y como se explicará en el apartado siguiente puesto que el resto de arrendamientos de inmuebles deberán tributar por el IVA.

Su forma de gestión es la **autoliquidación** (LITP art.99). De esta manera es el propio contribuyente el que debe declarar, liquidar e ingresar el importe de la deuda tributaria, a través del modelo 600.

5938 La **base imponible** de este impuesto está constituida por la cantidad total que haya de satisfacer el arrendatario por todo el periodo de duración del contrato. Si no constase, entonces se girará la liquidación computándose el periodo de seis años, sin perjuicio de las liquidaciones adicionales que deban practicarse, en caso de que el arrendamiento continuase vigente después de ese periodo. En los contratos de arrendamientos de fincas urbanas con prórroga forzosa se computará, como mínimo, un plazo de tres años (LITP art.10.2.e).

5939 La **cuota tributaria** no se calcula aplicando un tipo de gravamen específico, regulado en LITP art.12 . Así pues, la cuota de los arrendamientos se obtiene aplicando a la base imponible la **tarifa** que fije cada **comunidad autónoma**. Si la respectiva comunidad autónoma no hubiese aprobado ninguna, se aplicará supletoriamente la **escala** que se contiene en LITP art.12.1 :

	Euros
Hasta 30, 05 euros	0,09
De 30,06 a 60,10	0,18
De 60,11 a 120,20	0,39
De 120,21 a 240,40	0,78
De 240, 41 a 480,81	1,68
De 480, 82 a 961,62	3,37
De 961,63 a 1.923,24	7,21
De 1.923,25 a 3.846,48	14,42
De 3.846,49 a 7.692,95	30, 77

De 7.692, 96 en adelante 0,024040 euros por cada 6,01 euros o fracción

5940 El precepto aclara que podrá satisfacerse la deuda tributaria mediante la utilización de **efectos timbrados** en los arrendamientos de fincas urbanas. Por otra parte, se dispone que cuando en el arrendamiento no se utilicen efectos timbrados, el Impuesto se liquidará en metálico (RITP art.52.2).

El **plazo** para pagar el impuesto es de **30 días hábiles** a contar desde que se firme el contrato (RITP art.102.1).

5941

Ejemplo

Veamos la **tributación** de un **alquiler** de 700 euros al mes:

- en primer lugar, hay que calcular el importe del arrendamiento de todo el año: $700 \times 12 = 8.400$ euros.
- Seguidamente para obtener el importe de la base imponible hay que multiplicar el valor anual del alquiler por el tiempo total de duración del contrato (y si no se conoce, se multiplica por seis). Imaginemos que el contrato de arrendamiento tiene un plazo de duración de tres años: $8.400 \times 3 = 25.200$. Esta sería la base imponible.
- Suponiendo que la comunidad autónoma no haya aprobado ninguna tarifa propia, aplicamos supletoriamente la escala de LITP art.12, situándonos en el último tramo, previsto para bases liquidables superiores a 7.692, 96 euros, como es nuestro caso. Entonces procede multiplicar el coeficiente de 0,024040 euros por cada 6,01 euros o fracción: $25.200/6,01 = 4.193, 01$; $4.193, 01 \times 0,024040 = 100, 80$ euros.
- La cuota tributaria por TPO de un arrendamiento de 700 euros al mes, durante tres años, sería de 100, 80 euros.
- En el caso de que el arrendamiento se prorrogara durante un año más, habría que hacer una liquidación adicional por ese periodo, siguiendo el mismo procedimiento, aunque tomando el plazo de 1 año, en vez del de tres del ejemplo

anterior. Sería: $700 \times 2 = 8.400$; $8.400 \times 1 = 8.400$; $8.400/6,01 = 1.397,67$; $1.397,67 \times 0,024040 = 33,60$ euros habría que pagar por el año adicional de alquiler

e. IVA

5942 Hay que considerar como **empresario**, desde luego a las sociedades mercantiles, pero también a toda persona que realice «una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. En particular, tendrán esta consideración los arrendadores de bienes» (LIVA art.5).

Como el que arrienda un bien lo hace con la finalidad de obtener ingresos de forma continuada en el tiempo, a efectos tributarios todo **arrendador** es sujeto pasivo del IVA y, por tanto, todo alquiler está sujeto a IVA.

5943 Sin embargo, se establece una serie de supuestos en los que los arrendamientos, aunque estén sujetos a IVA, están **exentos** de este impuesto: los de **terrenos** y los de **viviendas** (LIVA art.20.Uno 23):

«23. Los arrendamientos que tengan la consideración de servicios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley y la constitución y transmisión de derechos reales de goce y disfrute, que tengan por objeto los siguientes bienes:

a) Terrenos, incluidas las construcciones inmobiliarias de carácter agrario utilizadas para la explotación de una finca rústica.

Se exceptúan las construcciones inmobiliarias dedicadas a actividades de ganadería independiente de la explotación del suelo.

b) Los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas o a su posterior arrendamiento por entidades gestoras de programas públicos de apoyo a la vivienda o por sociedades acogidas al régimen especial de Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas establecido en el Impuesto sobre Sociedades. La exención se extenderá a los garajes y anexos accesorios a las viviendas y los muebles, arrendados conjuntamente con aquéllos.

La **exención** no comprenderá:

a') Los arrendamientos de terrenos para estacionamientos de vehículos.

b') Los arrendamientos de terrenos para depósito o almacenaje de bienes, mercancías o productos, o para instalar en ellos elementos de una actividad empresarial.

c') Los arrendamientos de terrenos para exposiciones o para publicidad.

d') Los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al impuesto.

e') Los arrendamientos de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos.

f') Los arrendamientos de edificios o parte de los mismos para ser subarrendados, con excepción de los realizados de acuerdo con lo dispuesto en la letra b) anterior.

g') Los arrendamientos de edificios o parte de los mismos asimilados a viviendas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

h') La constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute sobre los bienes a que se refieren las letras a.), b.), c.), e.) y f.) anteriores.

i') La constitución o transmisión de derechos reales de superficie.»

5945 De la lectura conjunta de LITP art.7.5 y LIVA art.20.Uno.23 se puede concluir que sólo los **arrendamientos de terrenos rústicos y viviendas** deberán tributar por **TPO** en la forma que se indicaba en el apartado anterior. El arrendador realiza operaciones empresariales tal y como establece en LIVA art.5 y ello aunque en realidad el arrendador sea un particular, puesto que su calificación como empresario se la otorga el citado LIVA art.5 . Sin embargo, los arrendamientos de vivienda y terrenos rústicos están exentas del IVA (LIVA art.20.Uno.23), por lo que, entra en juego la previsión de LITP art.7.5 , y quedan sometidos al TPO.

En cambio, los demás arrendamientos estarán sujetos y no exentos del IVA, es decir, los de locales de negocio, oficinas, despachos, naves industriales, etc., y también, de acuerdo con lo dispuesto en el citado LIVA art.20.Uno.23 , los arrendamientos de plazas de garaje, los de terrenos para depósito, almacenaje de mercancías, o para publicidad; los arrendamientos con opción de compra, los de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador preste además algún servicio complementario, propio de la industria hotelera (como restaurante, limpieza, lavado de ropa, etc.); los que se destinan al subarrendamiento, y algún caso aislado más.

Todos estos arrendamientos tributarán al tipo general del 21% salvo el de arrendamientos de viviendas que estuvieran sujetas y no exentas de IVA como las relativas a **arrendamiento con opción de compra** de viviendas (incluidas un máximo de dos plazas de garaje y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente), que aplicarán un tipo impositivo del 10%.

SECCIÓN 6

Títulos valores

5950	1. Concepto y caracteres	5952
	2. Clasificación	5954
	3. Letra de cambio	5957
	4. Cheque	5974
	5. Pagaré	5976

1. Concepto y caracteres

5952 El título valor se **define** como el documento esencialmente transmisible necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado. La denominación título-valor comprende todo documento necesario para el ejercicio del derecho reflejado en él. Las **notas que caracterizan** los títulos valores son:

- **Autonomía.** El adquirente del documento adquiere la titularidad de los derechos que incorpora de tal manera que su posición jurídica es independiente de la que tenía su transmitente, es decir se adquiere a título originario. La autonomía facilita mucho la circulación del título, ya que protege incluso a quien hubiera adquirido el título de quien no fuera su legítimo dueño (adquisición a non domino); la literalidad que significa que el derecho se adquiere en los términos indicados en el documento es otra de las notas que caracterizan los títulos valores.

- **Función legitimadora.** Supone que únicamente el poseedor del título puede transmitir y exigir el derecho documentado. Identifica la persona del acreedor eximiéndole de la prueba de su derecho. Esta posición lleva aparejada la obligación del deudor de cumplir la prestación que se le exige.

La **función esencial** que desempeñan los títulos-valores en el tráfico económico es la de facilitar la transmisión de los derechos de crédito sin tener que acudir al régimen de su cesión.

Nuestro ordenamiento carece de una disciplina general de los títulos-valores, existen únicamente **normas** sobre ciertos títulos-valores en particular, como sucede con la letra de cambio, el cheque o el pagaré (L 19/85 Cambiaria y del Cheque).

2. Clasificación

5954 Los títulos valores se clasifican en función de **distintos criterios**:

a) Por el carácter del derecho documentado los títulos pueden ser:

- **cambiaris** son aquellos en los que la prestación del deudor consiste en el pago al acreedor de una cantidad de dinero, letra, cheque y pagaré;

- **de tradición o representativos**, se refieren a un derecho a recibir una prestación consistente en la entrega de una cosa mueble y en particular, una mercancía (carta de porte, resguardos de los almacenes generales de depósito y el conocimiento de embarque);

- **de participación**, son los que documentan la posición jurídica de quien participa en una sociedad a título de socio (acciones).

b) Por la ley de circulación se distinguen tres clases de títulos, en función de la forma en que se legitima al poseedor del título-valor en orden al ejercicio de los derechos incorporados al papel:

- **Nominativos** (títulos directos) designan como titular a una persona determinada. Para el ejercicio del derecho es necesaria la posesión del título, pero no es suficiente, es necesario que el poseedor acredite su identidad. Estos títulos son transmisibles pero su régimen legal es complejo. La ley exige que la transmisión se ponga en conocimiento del deudor. Cuando los títulos hayan sido emitidos en masa la notificación de cesión deber realizarse a la entidad emisora para que la anote en el libro registro.

- **A la orden** son títulos nominativos en los que el titular del derecho puede ser sustituido por otro titular sin necesidad de comunicación al deudor. Para acreditar el derecho basta que la persona poseedora del título demuestre ser la

persona designada por el primer titular. Esto es así porque para transmitir los títulos a la orden es suficiente con que el titular (transmitente) ordene al deudor que pague a quien el designe (endoso). Los títulos a la orden están concebidos para circular (letra de cambio).

- **Al portador** suponen que el poseedor (tenedor) está facultado para exigir al deudor el cumplimiento de la obligación. El deudor está obligado a realizar la prestación a quien acredite la posesión del título. Para transmitir los títulos es suficiente la propia entrega. La solidez de estos títulos tiene un destacado reflejo en el **principio de irrevindicabilidad**. Significa que el legítimo dueño del título no podrá entablar reclamación frente a quien hubiera adquirido su posesión de buena fe. El tenedor de un título al portador goza de acción ejecutiva frente al obligado al pago desde el momento en que la obligación esta vencida.

c) Por la **forma de emisión** se distingue entre títulos:

- **emitidos individualmente**, en los que el emitente del título realiza una declaración de voluntad independiente por cada uno de ellos;

- **emitidos en serie**, que se emiten masivamente por ir destinados a diferentes titulares.

3. Letra de cambio

(LCC art.1 s.)

5957 La letra de cambio se configura como un medio para facilitar y promover la concesión de crédito que **atribuye al acreedor un eficaz medio de agresión contra el patrimonio del deudor** si se incumple la promesa de pago que incorpora. Por otra parte, si la letra incorpora un derecho de crédito con frecuencia aplazado, cabe transmitirlo descontando la letra y consiguiendo de este modo liquidez.

5958 Emisión

La letra de cambio es un documento por el que una persona física o jurídica (librador) ordena de forma incondicionada a otra (librado) que pague una cantidad a favor de un tercero (tenedor o tomador), o a su orden en una fecha determinada (vencimiento).

En la letra de cambio intervienen distintas personas que ocupan **diversas posiciones jurídicas**:

- el **librador** es la persona que emite la letra a la orden del tomador (acreedor) y a cargo del librado (persona a la que aquel ordena su pago) da la orden de pago cuyo cumplimiento garantiza;

- el **librado** es la persona a la que va dirigida esa orden de pago, aunque solo queda obligado cambiario al pago cuando con su firma acepta expresamente pagarla; y

- el **tomador** o tenedor es la persona a quien debe hacerse el pago o a cuya orden debe hacerse el pago de la suma de dinero ordenada por el Librador e indicada en la letra.

5959 Junto a estas personas es posible que aparezcan **otras declaraciones cambiarias** distintas al libramiento y con ellas **otros sujetos**, como:

- el **endosante** que es la persona que siendo el tenedor de la letra, la transmite a un tercero por medio de endoso;

- el **avalista** es la persona que garantiza el pago de la letra.

5960 Forma

(LCC art.1 y 2)

La letra de cambio es un **título-valor formal** que debe reunir una serie de requisitos fijados de forma taxativa en la Ley. A tal efecto existen **requisitos esenciales** cuya omisión en la letra hacen que se excluya que pueda considerarse letra de cambio, tal es el caso de:

- La **denominación** de letra de cambio. Esta identificación debe contenerse en la propia letra. Deberá expresarse en el mismo idioma utilizado para redactar el documento.
- La **orden incondicionada de pagar** una suma de dinero determinada. Si el importe figura en letra y número y ambos son divergentes será válida la cantidad escrita en letra. Si el importe figurase escrito varias veces por suma diferente sea en letra o número será válido el importe menor.
- El **nombre del librado** persona a la que va dirigida la letra y que es quien debe pagarla. Sin embargo el librado no asume obligación alguna hasta que declare cambiariamente su voluntad de aceptación.
- El **nombre del tomador** de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar.
- La **fecha de libramiento**. Es requisito esencial porque sirve para concretar el vencimiento cambiario en determinados supuestos.

- La **firma del que emite la letra** denominada librador o de su apoderado facultado para librar letras, en cuyo caso deberá expresarlo en la antifirma. La firma ha de ser autógrafa y legible.

5962 Junto a los referidos requisitos esenciales la ley enumera otros **requisitos formales** indispensables pero cuya ausencia es suplida por la ley. Tal es el caso de:

- La indicación del **vencimiento**. Ha de ajustarse a alguna de las modalidades establecidas, estos es a un plazo determinado, a un plazo desde la fecha, a la vista, a un plazo desde la vista. Si no hay ninguna modalidad se entiende que vence a la vista. Si el vencimiento se determina por meses su cómputo se hace de fecha a fecha. No se excluyen los días inhábiles.
- Indicación del **lugar de pago**. Si no se especifica se entenderá que es el domicilio del librado.
- Indicación del **lugar de libramiento**. Si no se especifica se entenderá en el domicilio del librador.

5963 Aceptación (LCC art.25 s.)

La aceptación es aquella declaración cambiaria del librado contenida en la letra en virtud de la cual **asume la obligación de hacer efectivo el pago**. La falta de aceptación no deja indefenso al tenedor, ya que el librador será el responsable de la letra en caso de impago. La aceptación que convierte al librado en obligado principal y directo al pago de la letra debe escribirse en la letra de cambio. La aceptación ha de ser **pura y simple** por lo que no cabe condicionar la aceptación de ninguna manera, la misma equivaldría a una negativa a la aceptación. Cabe sin embargo **limitar** la aceptación a una parte de la cantidad.

5964 Endoso (LCC art.14 s.)

Es la declaración cambiaria escrita en la letra y acompañada de su tradición, por la que su tenedor endosante ruega al librado el pago de la letra a la orden de otra persona (endosatario), a quien transmite la letra, legitimándole para el ejercicio de todos los derechos cambiarios. El endoso es un acto cambiario integrado por **dos requisitos**: una declaración de **voluntad formal escrita en la letra** a la que se añade la tradición o **entrega de la misma** al endosatario.

El endoso puede ser **pleno** cuando se transmite al endosatario la **propiedad** de la letra y la titularidad de todos los derechos incorporados a la misma. Y **limitado** cuando no se transfiera ninguna de ellas, sino simplemente la **posesión** de la letra y con ella la legitimación para ejercitar el derecho incorporado. Tal es el caso del **endoso para cobranza** cuando se transmite la letra al endosatario para que aquel la presente al cobro pero actuando en nombre y en interés del endosante (LCC art.21) y el **endoso en garantía** en el que el endosante se limita a entregar la letra a un acreedor en prenda con el fin de garantizar con su importe el cumplimiento de una obligación preexistente y contraída frente a él (LCC art.22)

La ley admite el **endoso en blanco**, que consiste en la firma del endosante y se estampe al dorso del documento. También es endoso en blanco aquel en el que figura al portador.

5966 Aval (LCC art.35 s.)

Es una declaración cambiaria por la cual el emitente (avalista) **garantiza el pago** total o parcial de la letra, obligándose a responder de igual manera que el otro obligado cambiario (avalado).

El aval ha de **reflejarse en la letra** (por aval) junto con la firma del avalista. Corresponde al avalista indicar la identidad del obligado cambiario avalado.

El aval **puede ser general** o total cuando el avalista se compromete frente al acreedor cambiario al pago de la letra en la misma cantidad que el avalado, o puede ser parcial o **limitado** cuando el avalista restringe su obligación a una cantidad inferior al importe total de la letra.

5967 Las notas de la **autonomía** y de la **solidaridad** caracterizan la obligación del avalista frente al tenedor. Impagada la letra por el librado y protestada oportunamente, el tenedor podrá dirigirse indistintamente y a su elección contra el deudor avalado o contra su avalista, o conjuntamente contra ambos, sin necesidad de dirigirse previamente contra el primero, tanto si el avalado es el aceptante, como si es librador o endosante. El avalista responde frente al tenedor de la letra de igual manera que lo haría el avalado. Así el avalista del aceptante responde igual que el aceptante. No podrán oponerse por el avalista las excepciones personales que correspondan al avalado, en virtud del principio de autonomía o independencia del aval respecto a la obligación cambiaria del avalado. El avalista **garantiza el pago no la aceptación**.

El **avalista que pagó** al tenedor el importe total de la letra tiene **derecho** a obtenerla. A partir de este pago, el avalista podrá resarcirse del mismo, reclamando del avalado y de las personas que sean responsables cambiariamente frente al avalado el **importe de la letra**, así como los intereses y los gastos que haya realizado.

5969 Acciones cambiarias

(LCC art.49 s.)

Presentada una letra al cobro, impagada y protestada notarialmente en tiempo y forma, el tenedor acredita fehacientemente frente a todos que no se ha producido el pago voluntario de la letra, quedando legitimado para exigir judicialmente su reembolso. En este caso **para exigir el pago en vía judicial** el tenedor dispone de **dos acciones** distintas:

5970 1. La **acción cambiaria directa**. Puede ser ejercitada por el tenedor contra los obligados en vía directa (aceptante y avalista). Para ello es suficiente acreditar la falta de pago sin protesto ni otra formalidad, pudiendo reclamar intereses y gastos. Esta acción tiene un plazo de prescripción de 3 años desde la fecha de vencimiento.

5971 2. La **acción cambiaria de regreso**. Puede ejercitarla el tenedor contra los obligados. En este caso la falta de aceptación o pago deberá acreditarse mediante protesto notarial o declaración equivalente firmada y fechada por el librado o por la cámara de compensación.

Ambas acciones pueden ejercitarse conjuntamente.

5973 Excepciones cambiarias

(LCC art.67)

El deudor cambiario en su defensa frente a las acciones ejercitadas contra él puede esgrimir distintas **causas de oposición**. A tal efecto se distingue entre:

- **excepciones personales** que son aquellas que no pueden oponerse frente a cualquier acreedor sino únicamente frente a algunos acreedores. Son excepciones derivadas de las relaciones personales existentes entre acreedor y deudor; y

- **excepciones reales** que tienen su causa en el derecho de crédito incorporado a la letra. Por ello son oponibles por el deudor frente a cualquier tenedor de la letra de cambio. La ley enumera tres:

- Inexistencia o falta de validez de la firma o de la declaración cambiaria del deudor.
- Falta de legitimación del tenedor o la falta de formalidades esenciales de la letra.
- Extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento exige el demandado.

4. Cheque

(LCC art.106 s.)

5974 Es un título valor ligado a los depósitos bancarios de dinero, por el cual **una persona ordena** incondicionalmente a **una entidad de crédito que pague a la vista** a su tenedor legítimo una determinada suma de dinero. El **régimen jurídico** del cheque presenta muchas similitudes con el de la letra de cambio. La diferencia con la letra de cambio está en que el cheque es solo un **medio de pago** de las deudas pecuniarias y no como la letra un **medio de crédito**.

Las **características** básicas del cheque son:

a) En el texto habrá de figurar la denominación de cheque en el idioma expresado para su redacción.

b) El cheque es medio de pago por lo que vence a la vista.

c) El librado debe ser necesariamente un banco.

d) El banco no asume ninguna posición de obligado cambiario.

e) A falta de indicación especial se reputará lugar de pago el designado junto al banco.

f) Si no aparece lugar de libramiento se entenderá el del librador.

g) Solo puede coincidir librado y librador cuando el cheque se ponga en circulación entre distintos establecimientos de un mismo librado.

h) Si en el cheque figurara cláusula de intereses se tendrá por no escrita.

i) La orden de pago es irrevocable mientras no transcurra el plazo fijado para la presentación.

5975 El cheque debe reunir una serie de **requisitos sustanciales de validez** (LCC art.106), tales como:

- la denominación de cheque inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título;
- el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial;
- el nombre del que debe pagar, denominado librado, que necesariamente ha de ser un Banco;
- el lugar de pago;
- la fecha y el lugar de la emisión del cheque y la firma del que expide el cheque, denominado librador.

Algunas de estas menciones se suplen conforme a lo dispuesto en la LCC art.107 de modo que **a falta de indicación especial**, el lugar designado junto al nombre del librado se reputará lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado. A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el librado ningún establecimiento, en el lugar donde el librado tenga el establecimiento principal. El cheque sin indicación del lugar de su emisión se considerará suscrito en el que aparezca al lado del nombre del librador.

El **tenedor del cheque** que no puede dirigirse cambiariamente contra el librado, tiene acción contra los endosantes, el librador y los avalistas de estos, respondiendo todos ellos solidariamente.

5. Pagaré

(LCC art.94 a 97)

5976 La Ley Cambiaria regula el pagaré de forma similar a la letra de cambio.

Es un **título valor** por cuya virtud una persona (firmante) se obliga a **pagar** a otra (beneficiario) una cantidad determinada de dinero en la fecha y lugar indicados en el título. A diferencia de la letra de cambio, el pagaré no contiene mandato de pago de ningún tipo, solo **promesa de pago** de una suma determinada a otro cuyo nombre figura en el título realizada por el propio firmante de la cual responde personal y directamente. Habrá de identificarse en el título y deberá llevar la firma original de quien promete el pago. Así las menciones formales que debe tener el pagaré son las relativas a quien lo emite denominado firmante y no librador y la persona a la que se ha de hacer el pago, el tenedor.

El **firmante** de un pagaré queda **obligado** de igual manera que el aceptante de una letra de cambio.

SECCIÓN 7

Concurso de acreedores

6000	1. Acuerdos de refinanciación	6005
	2. Acuerdo extrajudicial de pagos	6040
	3. Concurso de acreedores	6060

1. Acuerdos de refinanciación

(LCon art.71 bis)

6005 La LCon no contemplaba originalmente un régimen específico de refinanciación, fue la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2009 la que incluyó en la LCon una serie de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica en nuestro país, la que introdujo la regulación de los acuerdos de refinanciación. La referida reforma respondió a la acentuada necesidad de la prevención dejando paso progresivamente a una **intervención temprana y no judicial** de las crisis económicas empresariales en orden a prevenir y en su caso tratar estas crisis. La necesidad de regular los acuerdos extrajudiciales se justificó por razones de celeridad y discreción y en aras de la **conservación de las empresas**. En este mismo sentido, la L 38/2011 introdujo un nuevo marco regulador de los acuerdos de refinanciación propiciando e incentivando los institutos preconcursales como **alternativas al concurso** de acreedores.

La **normativa actual** deriva de la reforma introducida por el RDL 4/2014 , modificado por la L 17/2014 , por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que introduce una nueva tipología de los acuerdos preconcursales de refinanciación que permiten al deudor que se encuentre en estado de insolvencia tratar de evitar la declaración de concurso mediante la obtención de **financiación adicional** que le permita salir de dicho estado y hacer frente al pago de sus deudas, al mismo tiempo que adopta las medidas que sean necesarias para evitar caer de nuevo en la insolvencia, atribuyendo determinados efectos a la simple

comunicación por el deudor al juzgado de la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en LCon art.71 bis.1 , con el fin de facilitar el éxito de las negociaciones (LCon art.5 bis), atribuyendo carácter no rescindible a los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, cuando cumplan determinadas exigencias (LCon art.71 bis) y estableciendo que los acuerdos de refinanciación que cumplan ciertos requisitos, previa homologación judicial, extiendan sus efectos incluso a acreedores no participantes o disidentes (LCon disp.adic.4ª). La **última reforma** es el RDL 1/2015 , de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, convertida en la L 25/2015 , como norma de segunda oportunidad al empresario persona natural. Por su parte, el RDL 11/2014 que culminó en la L 9/2015 , afecta a los efectos de la comunicación de la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación.

6008 El deudor en **estado de insolvencia** actual está en principio obligado a solicitar la declaración del concurso voluntario (nº 6061) en los 2 meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. No obstante, si dentro de ese plazo de 2 meses el deudor comunica al juzgado que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, dicha comunicación produce los efectos previstos en la LCon art.5 bis , esto es, queda en suspenso el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. El deber volverá a nacer si, transcurridos 3 meses desde la comunicación, el deudor continúa en estado de insolvencia, haya alcanzado o no el acuerdo de refinanciación. En este caso, la **declaración de concurso voluntario** deberá solicitarse dentro del mes siguiente (LCon art.5 bis.2 y 5.5).

No podrán dirigirse **ejecuciones singulares**, judiciales o extrajudiciales, contra el bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y las que se encuentren pendientes serán suspendidas, cuando se trate de ejecuciones que se encuentren en alguno de los casos previstos en la LCon art.5 bis.4 . Estas limitaciones **se mantienen** hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en la LCon art.71 bis.1 , o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o hasta que transcurran los plazos establecidos en la LCon art.5 bis.5 para la negociación y, en su caso, para la solicitud de declaración de concurso. Las anteriores previsiones no afectan, sin embargo, a las ejecuciones de créditos de derecho público.

Cuando un porcentaje no inferior al 51% de pasivos financieros de los previstos en la LCon disp.adic.4ª haya **apoyado expresamente** el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia, no podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por acreedores de dicha clase sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor. Para hacer valer esta regla se tendrá que acreditar documentalmente el porcentaje de pasivo que apoya las negociaciones en las condiciones indicadas (LCon art.5 bis.4.IV). Además de lo anterior, no se admitirán **solicitudes de declaración de concurso** necesario hasta que transcurran los 3 meses desde la comunicación (LCon art.15.3).

La LCon distingue entre acuerdos de refinanciación conservativos de **distintas clases** en función del grado de desjudicialización de la prevención, de la categoría de acreedores respecto de las de las que han de alcanzarse las mayorías legalmente exigidas, de la publicidad de que han de rodearse los acuerdos y de los escudos protectores. Así se diferencia entre **acuerdos atípicos** de refinanciación alcanzados por las partes en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes (CC art.1255), sin cumplimiento de requisitos que condicionan la protección legal de los acuerdos y los **acuerdos típicos** que cumplen con los requisitos y cuentan con protección legal (LCon art.71 bis y disp.adic.4ª).

6012 **Acuerdos típicos**
(LCon art.71 bis.1)

La Ley atribuye el carácter de **no rescindibles** a los acuerdos de refinanciación, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, que cumplan los requisitos establecidos en LCon art.71 bis.1 . El precepto exige que se trate de acuerdos que **mejoren** significativamente la **situación patrimonial del deudor**, exigiendo que en virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas; que respondan a un plan de viabilidad de la empresa que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que el acuerdo haya sido suscrito antes de la declaración de concurso cumpliendo determinados requisitos de mayorías y formales.

Es preciso que el acuerdo haya sido **suscrito por acreedores** cuyos créditos **representen** al menos 3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75% del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. En el caso de **acuerdos de grupo**, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como

en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

Es preciso también que se emita **certificación del auditor** de cuentas del deudor sobre la **suficiencia del pasivo** que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si este fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante y que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

6015 Acuerdos típicos sin concurrencia de requisitos legales

(LCon art.71 bis.2)

Los actos realizados con **anterioridad a la declaración** de concurso, que no cumplan las exigencias del LCon art.71 bis.1 , pero sí todas las condiciones exigidas en el apartado 2 del mismo precepto quedan protegidos frente a eventuales acciones rescisorias. Ha de tratarse de actos que, de forma individual o conjuntamente con otros que formen parte del mismo acuerdo de refinanciación, cumplan las siguientes **exigencias**:

- incrementen la **proporción de activo** sobre pasivo previa;
- que el **activo corriente resultante** sea superior o igual al pasivo corriente;
- que el **valor de las garantías** que se establezcan en el acuerdo no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en LCon disp.adic.4ª. 2 ;
- que el **tipo de interés** aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; y
- que el acuerdo haya sido formalizado en **instrumento público** otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

6016 Para verificar el **cumplimiento de las condiciones** anteriores se tendrán en cuenta todas las **consecuencias** de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a **acreedores no intervinientes**.

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

Está previsto que los referidos acuerdos únicamente serán **susceptibles de impugnación** por la administración concursal y solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en su regulación, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento.

6020 Acuerdos homologados judicialmente

(LCon disp.adic.4ª)

El legislador ha considerado oportuno establecer, para acuerdos de refinanciación que cumplen determinados requisitos, y que han sido homologados por el juez, que **sus efectos se extiendan** a acreedores no participantes o disidentes. Los requisitos que ha de cumplir el acuerdo para que se produzca la extensión de efectos, así como el procedimiento que ha de seguirse para la homologación judicial del acuerdo se encuentran regulados en LCon disp.adic.4ª .

Para que el acuerdo pueda ser homologado se exige que cumpla los **requisitos** establecidos en LCon art.71.bis.1 y que esté **suscrito** por acreedores que representen al menos el 51% de los pasivos financieros. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de **rescisión**.

La norma divide a los acreedores en **dos grupos**:

- acreedores de pasivos financieros;
- resto de acreedores (trabajadores, proveedores y acreedores de derecho público, fundamentalmente).

La **extensión del acuerdo** a acreedores que no lo hayan suscrito o disidentes se regula con referencia a los acreedores de pasivos financieros; las **mayorías** que se exigen varían en función de que el derecho del acreedor afectado esté o no asegurado con garantía real:

- para la extensión de los efectos a acreedores cuyos créditos **no tengan garantía real** o por la parte que exceda del valor de la garantía, se exige una mayoría del 65% del pasivo financiero, cuando se trata de la extensión de medidas menos gravosas, y del 75% para la extensión de medidas que comportan un sacrificio patrimonial mayor;

- para la extensión de efectos a acreedores **con garantía real**, por la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía las mayorías exigidas son del 65% y del 80% de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías, en función de la menor o mayor onerosidad de las medidas de cuya extensión se trate.

6021 También se contempla la **homologación** judicial de acuerdos aprobados con una mayoría de al menos el 51% de los pasivos financieros, sin llegar al 65%, en cuyo caso la homologación solamente lleva consigo la exclusión de la rescisión concursal, pero no la extensión de los efectos del acuerdo a acreedores que no lo hayan suscrito.

La homologación se debe **solicitar al juez de lo mercantil** que en su caso fuera competente para la declaración de concurso de acreedores. La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme a LCon art.71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud.

El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia **admitiendo a trámite la solicitud**. Esta resolución paraliza las ejecuciones singulares hasta que se decida sobre la homologación. En los 15 días siguientes el juez debe **resolver** sobre la homologación solicitada. La resolución que aprueba la homologación **se publica** en el Registro Público Concursal y en el BOE. En los 15 días siguientes a la publicación los acreedores de pasivos financieros a quienes afecte la extensión de efectos del acuerdo podrán **impugnar** la homologación judicial del mismo, lo que podrán hacer con base, exclusivamente, en no haberse alcanzado los porcentajes necesarios y en el carácter desproporcionado del sacrificio exigido. La impugnación se resolverá mediante sentencia no apelable

Los **efectos** de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Solicitada una homologación **no podrá solicitarse otra** por el mismo deudor en el **plazo** de un año (LCon disp.adic.4ª.12).

6022 Los acreedores de pasivos financieros que **no hubieran suscrito** el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su **disconformidad** al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica (LCon disp.adic.4ª.9).

En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la **cancelación de los embargos** que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación (LCon disp.adic.4ª.10).

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma (LCon disp.adic.4ª.11).

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de **concurso de acreedores** o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

6023 Si se **ejecutasen las garantías reales**, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes **reglas** (LCon disp.adic.4ª.11):

a) Si el importe obtenido en la ejecución **excediese del de la deuda originaria**, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, se considerará la diferencia entre el primer y el segundo importe como sobrante a los efectos del LEC art.674 y art.692 , LH art.133 y concordantes.

b) Si la cantidad obtenida en la ejecución **fuese menor** que la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará que no hay sobrante ni remanente, haciendo el acreedor suya toda la cantidad resultante de la ejecución.

c) Si la cantidad resultante de la ejecución fuese **inferior** a la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará como parte remanente del crédito la diferencia entre ambas».

6024 A los acreedores de pasivos financieros **que no hayan suscrito** el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su **disconformidad** al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda

del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes **efectos** acordados en el acuerdo de refinanciación:

1. Si el **acuerdo** ha sido **suscrito** por acreedores que representen al menos el **60% del pasivo financiero**, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a 5 años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

2. Si el **acuerdo** ha sido **suscrito** por acreedores que representen al menos el **75% del pasivo financiero**, las siguientes **medidas**:

a) Las esperas con un plazo de 5 años o más, pero en ningún caso superior a diez.

b) Las quitas.

c) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso:

- los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

- el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las SRL y SA en LSC art.198 y 201.1 . A efectos de LSC art.301.1 , se entenderá que los pasivos financieros **son líquidos, están vencidos y son exigibles**.

d) La conversión de deuda en **préstamos participativos** por un plazo de 5 años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

e) La **cesión de bienes o derechos** a los acreedores **en pago** de la totalidad o parte de la deuda.

Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

- del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior;

- del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

2. Acuerdo extrajudicial de pagos

(LCon art.231 s.)

6040 La Ley le permite al deudor que se encuentre en estado de insolvencia, si se cumplen ciertos requisitos, acudir a un procedimiento especial cuyo objeto es alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, que permita al deudor **salir del estado de insolvencia** y evitar así la declaración de concurso. Así 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 , convertido en la L 25/2015 , conocida como Ley de **segunda oportunidad**.

En lo que concierne al **ámbito subjetivo** pueden acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos todas las personas físicas, empresarios o no, siempre que su deuda no supere los cinco millones de euros y las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que se encuentren en estado de insolvencia y en caso de ser declarados en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos por la LCon art.190 ; dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo; en el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. A estos efectos se considerarán 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 (LCon art.231).

6041 **Se exceptúan de la posibilidad** de solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos:

- 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;

- las personas que, dentro de los **5 últimos años**, hubieran alcanzado un **acuerdo extrajudicial** de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas

en concurso de acreedores. El **cómputo** de dicho plazo comenzará 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.

No pueden acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes **se encuentren negociando** con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

No pueden acudir a este procedimiento las **entidades aseguradoras** y reaseguradoras.

6042 Los **créditos con garantía real** se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por la LCon art.238 y 238 bis .

Los **créditos de derecho público** no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.

6043 Cuando se dan las referidas circunstancias el deudor que quiera **iniciar el procedimiento** ha de acudir a un registrador mercantil, a un notario o a una cámara de comercio quien, a solicitud de aquél, nombra a un **mediador concursal**, si no aprecia ninguna causa de inadmisión. El nombramiento se comunica al mediador y, aceptado por este, el registrador, el notario o la cámara de comercio deben dar publicidad a la iniciación del procedimiento.

6044 La Ley vincula a la publicación de la **apertura del expediente** los siguientes **efectos**:

- el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, pero deberá **abstenerse** de realizar **actos de administración** y disposición distintos de los propios del giro o tráfico de su actividad (LCon art.235.1);
- no podrá ser declarado en concurso, mientras se encuentre negociando el acuerdo extrajudicial (LCon art.235.5).

Concurso voluntario y acuerdos preconcursales; los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos **no podrán** iniciar ni continuar **ejecuciones singulares** contra el patrimonio del deudor, mientras duren las negociaciones y hasta un máximo de **3 meses** (LCon art.235.2.a). El límite temporal es **de 2 meses** cuando se trate de deudor persona natural no empresario (LCon art.242 bis.1.8º). Se exceptúan de esta regla los acreedores con garantía real, en los términos previstos en LCon art.235.2.a) . Tampoco afecta la regla a los acreedores de derecho público, ya que, por disposición expresa de la ley, no les afecta el acuerdo extrajudicial (LCon art.231.5). Los **acreedores con garantía personal** no podrán promover ejecución contra el deudor, pero sí **contra el fiador** (LCon art.235.4). Por lo demás, hay que tener en cuenta que las ejecuciones que se promuevan no podrán dirigirse contra bienes o derechos que resulten necesarios para la **continuidad de la actividad** profesional o empresarial del deudor hasta que se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos (LCon art.5.4). Los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común (LCon art.235.2.b).

6045 El mediador convoca al deudor y a los acreedores a una reunión, en la que se discute y se vota sobre una **propuesta de acuerdo** extrajudicial de pagos remitida con antelación a los asistentes por el propio mediador concursal. **La propuesta puede contener**:

- **esperas** que no pasen de 10 años;
- **quitas**, no sujetas a ninguna limitación;
- **cesión de bienes** a los acreedores en pago o para pago de las deudas;
- **conversión** de deuda en **acciones** o participaciones de la sociedad deudora; y
- **conversión** de deuda en cualquier instrumento financiero de rango, vencimiento o **características distintas** de la deuda original (LCon art.236.1).

6046 Se **prohíbe** expresamente que la propuesta consista en la **liquidación global** del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas. Tampoco se admite que la propuesta **altere el orden de prelación** de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente (LCon art.236.1 i. y f.).

6047 Por otro lado, cuando el **deudor** sea **persona natural no empresario**, no cabe proponer la capitalización de la deuda ni su conversión en otros instrumentos financieros (LCon art.242 bis.1.7º). El acuerdo **debe incluir**:

- un plan de pagos, con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento (LCon art.236.2);
- las previsiones sobre pago de los créditos de derecho público, acompañando, en su caso, el acuerdo o solicitud de aplazamiento de dichos créditos ante la administración correspondiente (LCon art.236.2 i. y f.).

Debe acompañarse de un **plan de viabilidad**, que incluirá:

- una **propuesta de cumplimiento** regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, el pago de alimentos para el deudor y su familia; y
- un **plan de continuación de la actividad** profesional o empresarial del deudor (LCon art.236.1).

- 6048 En los **10 días** naturales **siguientes** al **envío**, los acreedores pueden:
- presentar **propuestas alternativas** o propuestas de modificación;
 - comunicar al mediador su decisión de **no continuar** sus **negociaciones**. Si realizan esta comunicación acreedores que representen la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo, y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso (LCon art.236.4).
- 6049 En los 10 días naturales anteriores a la reunión, los acreedores convocados pueden **manifestar su aprobación o su oposición** al plan de pagos. Los acreedores convocados que no realicen la anterior manifestación deben **asistir** a la reunión; en caso de no hacerlo, si sus créditos no están asegurados con garantía real, se calificarán como subordinados en caso de que fracasara la negociación y fuera declarado el concurso del deudor común (LCon art.237.1). En la reunión se debatirá sobre la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. Se podrán proponer y aprobar modificaciones, excepto en lo que se refiere a las condiciones de pago de los acreedores que hubiesen manifestado su aprobación antes de la reunión y no hubieran asistido a esta (LCon art.237.2).
- 6050 La propuesta de acuerdo será sometida a **votación** en la reunión. De la LCon art.238.1 y 238 bis.3 parece deducirse la exigencia de diferentes **mayorías** en función del **contenido** de la propuesta y de los **sujetos** a los que afectará el acuerdo alcanzado.
1. Para que el acuerdo afecte a los acreedores sin garantía real o a los que sí la tienen, si hubiesen votado a favor y, en otro caso, por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se exigen las siguientes mayorías, **en función del contenido** de la propuesta:
- a)** Basta el apoyo del 60% del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo para la aceptación de propuestas que contemplen esperas de duración no superior a 5 años, quitas no superiores al 25% o conversión de deuda en préstamos participativos durante un plazo máximo de 5 años (LCon art.238.1.a).
- b)** Es necesario un apoyo de al menos un 75% del pasivo para la aceptación de propuestas que contemplen esperas de 5 años o más, o quitas superiores al 25%, o cualquiera de las demás medidas previstas en la LCon art.236.1 , distintas de las mencionadas en el subapartado a) anterior (LCon art.238.1.b).
- 6051 **2.** Para que el acuerdo **afecte a acreedores con garantía real que no hayan votado** a favor, por la parte de sus créditos cubierta por el valor de la garantía se requieren las siguientes **mayorías** (LCon art.238 bis.3):
- a)** El 65%, al menos, de garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas, cuando el contenido de la propuesta se limite a lo previsto en LCon art.238.1.a).
- b)** El 80%, al menos, de garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas, cuando el contenido de la propuesta sea el previsto en el artículo LCon art.238.1.b) . Si no se alcanza la mayoría necesaria para la aceptación del acuerdo, y el deudor continuara en estado de insolvencia, el mediador concursal debe solicitar la declaración de concurso, que el juez acordará de forma inmediata, conforme a lo previsto en el artículo LCon art.238.3 . Este concurso se ajustará a lo previsto en LCon art.242 para el concurso consecutivo.
- 6052 Si la propuesta de acuerdo es **aceptada** por los acreedores con la mayoría legalmente exigida, **se documenta** en escritura pública y **se cierra el expediente** (LCon art.238.2). La aprobación del acuerdo produce los siguientes **efectos**: el aplazamiento, remisión o extinción de los créditos, de acuerdo con lo pactado (LCon art.240.2), sin que se puedan iniciar ni continuar ejecuciones singulares por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente y se cancelarán a petición del deudor los embargos que se hubieran practicado (LCon art.240.1).
- 6053 Respecto a los **obligados solidariamente** con el deudor y a sus fiadores o avalistas, la Ley distingue:
- los **acreedores que no hayan apoyado** el acuerdo pero resulten **afectados** por el mismo, conservan todos sus derechos frente a dichos sujetos; y
 - los **acreedores que hayan suscrito** el acuerdo extrajudicial mantienen o no sus derechos frente a obligados solidarios, fiadores o avalistas en función de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica (LCon art.240.3 y 240.4).
- 6054 El acuerdo **se puede impugnar** por los acreedores afectados que no hubieran sido convocados a la reunión o que hubieran manifestado expresamente su oposición al acuerdo (bien votando en contra en la reunión, bien mediante comunicación al mediador en los 10 días anteriores). La falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo y la superación de los límites establecidos para las quitas, esperas y demás medidas previstas en LCon art.236.1 , y la desproporción de las medidas acordadas (LCon art.239.2) constituyen las causas de impugnación.
- 6055 Aprobado el acuerdo extrajudicial de pagos **el deudor debe cumplir** lo que se haya convenido. Corresponde al mediador concursal supervisar el cumplimiento del acuerdo (LCon art.241.1). Una vez que el acuerdo extrajudicial de

pagos haya sido cumplido en su integridad, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se **publicará** en el Registro Público Concursal (LCon art.241.2).

Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera **incumplido**, el mediador concursal deberá **instar el concurso**. El concurso declarado como consecuencia del incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos es un concurso consecutivo sujeto a las reglas especiales establecidas en la LCon art.242 . El **concurso consecutivo** se rige por lo dispuesto para el procedimiento abreviado, con ciertas **particularidades**, entre las que cabe destacar:

- que la **administración** concursal se confía, como regla, al mediador concursal;
- que se consideran **créditos contra la masa** los gastos del expediente extrajudicial y los créditos del LCon art.84 generados durante la tramitación de dicho expediente;
- que el periodo de **2 años** anteriores a efectos de **actos rescindibles** se computa desde la fecha de solicitud de nombramiento de mediador concursal; y
- que los **acreedores que hubieran firmado** el acuerdo extrajudicial no tienen que comunicar sus créditos en el concurso.

6058 Aunque normalmente el concurso consecutivo conducirá a la **liquidación**, la Ley no excluye que pueda terminar mediante **convenio**, que puede ser promovido por el deudor o por el mediador concursal mediante la presentación de una propuesta anticipada de convenio junto con la solicitud de declaración de concurso, o bien en los 15 días siguientes a la declaración de concurso cuando esta haya sido solicitada por acreedores (LCon art.242.2.1ª y 7ª). Tras el concurso consecutivo, el deudor persona natural puede quedar exonerado del pasivo insatisfecho en la liquidación, con sujeción a lo previsto en la LCon art.178 bis .

3. Concurso de acreedores

6060 El concurso de acreedores se concibe como un **instrumento jurídico** destinado a solventar los problemas del empresario que se encuentra ante la **imposibilidad de cumplir** regularmente las obligaciones exigibles. La finalidad del concurso de acreedores es lograr la máxima **satisfacción de los acreedores** con respeto del principio de igualdad, de manera que el eventual quebranto económico que lleve aparejada la insolvencia del deudor común se reparta de manera proporcional entre todos los acreedores.

6061 El **desarrollo del proceso** concursal español regulado en la LCon se divide en distintas **fases**:

1. Declaración del concurso: el proceso comienza con la solicitud de declaración de concurso que puede presentar ante el tribunal competente el deudor (**concurso voluntario**) o cualquiera de sus acreedores, además de otros sujetos que después se dirán (**concurso necesario**). La solicitud pone en marcha unos trámites para que el **juez compruebe** si efectivamente concurre la situación que legalmente justifica la declaración de concurso (si el deudor se encuentra verdaderamente en una situación de insolvencia). Comprobada esa situación, el juez dicta auto declarando el concurso.

2. Efectos inmediatos de la declaración del concurso: el auto de declaración de concurso produce unos efectos inmediatos tendentes, por un lado, a **evitar que la situación** patrimonial del deudor **se deteriore** y, por otro, a **evitar la satisfacción individual** de los acreedores que lesionaría el principio de *par conditio creditorum*. Lo primero se consigue, principalmente, privando al deudor de la disposición y administración de sus bienes y confiándosela a unos administradores nombrados por el juez, o bien, sin privar al deudor de dichas facultades, sujetando su ejercicio a fiscalización por parte de los administradores; lo segundo se logra, principalmente también, poniendo fin a los pagos individuales a los acreedores y a los procesos de ejecución singular pendientes al declararse el concurso, de manera que los acreedores se ven abocados a obtener la satisfacción de su derecho en el proceso concursal.

3. Determinación del activo y del pasivo del patrimonio del concursado: antes de poner en marcha las actuaciones que la Ley establece para ordenada satisfacción de los acreedores son precisas unas actuaciones preparatorias tendentes a determinar los bienes y derechos que integran el activo patrimonial del deudor y a identificar a los acreedores del deudor. Estas actuaciones preparatorias constituyen lo que la LCon denomina fase común del concurso.

4. Satisfacción de los acreedores mediante convenio o liquidación: tras las actuaciones anteriores pueden ya emprenderse las directamente encaminadas a lograr un convenio entre deudor y acreedores o a liquidar el activo patrimonial del deudor y distribuir el producto entre los acreedores conforme a las reglas legales de preferencia. La LCon trata de favorecer que se logre el convenio, pero si este no se alcanza o si, logrado, se incumple, se procede a la liquidación.

6063 Declaración de concurso

El concurso de acreedores, como proceso jurisdiccional está condicionado en su declaración a la concurrencia de los presupuestos subjetivos y objetivos que lo fundan. En cuanto al **ámbito subjetivo** la LCon se refiere al **deudor común** que puede ser persona física o persona jurídica, con independencia de su condición empresarial. El concurso de la herencia puede ser declarado en tanto no se haya producido su aceptación pura y simple. No pueden ser declarados en concurso los entes territoriales, los organismos públicos ni los demás entes de derecho público, la pluralidad de acreedores puede considerarse como uno de los requisitos que deben concurrir para solicitar la declaración de concurso de acreedores, aunque la solicitud provenga de un solo acreedor.

El **presupuesto de hecho** que sirve de base legal a la declaración del estado legal de concurso de acreedores es la **insolvencia** encontrándose en dicho estado patrimonial el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad, y sin que sea necesario un incumplimiento total bastando con que sea generalizado sin que desvirtúe el carácter único del presupuesto su consideración en un doble momento, actual y futuro o inminente cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

6065 La declaración de concurso implica el nombramiento de la **administración concursal** generalmente integrada por un único miembro, por el juez en el auto de declaración de concurso de forma discrecional (LCon art.21.1.2º).

El **nombramiento** del administrador concursal debe ser **comunicado** al designado por el medio más rápido (LCon art.29.1). Para ello el juez puede acudir a medios privados u oficiales de comunicación o publicidad, siempre que, en el primer caso, se emplee un medio (correo certificado, telegrama o burofax) que deje constancia fehaciente de su recepción. Dentro los 5 días siguientes al recibo de la comunicación de nombramiento, el designado debe comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y manifestar si acepta o no el encargo.

Al **aceptar el cargo**, el administrador concursal debe facilitar al juzgado sus direcciones postal y electrónica. Esta última debe cumplir las condiciones técnicas de seguridad propias de este tipo de comunicaciones.

A quien sin justa causa **no comparezca o no acepte** el cargo no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el mismo partido judicial durante un plazo de 3 años. Esta medida está plenamente justificada ya que desde el momento en que una persona se ha inscrito voluntariamente en el listado correspondiente, la aceptación del cargo es obligatoria. Si concurre en el designado alguna **causa de recusación** está obligado a manifestarla en la comparecencia. Aceptado el cargo, el letrado de la Administración de Justicia ha de expedir y entregar al designado un documento acreditativo o credencial de su condición de administrador concursal.

No es necesaria la aceptación cuando el nombramiento recaiga en personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o del Consorcio de Compensación de Seguros. Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica esta, al aceptar el cargo, debe comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo.

Los administradores concursales pueden incurrir en el ejercicio de sus funciones en **responsabilidad penal, civil y tributaria**. La norma concursal se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, trasponiendo, en esencia, la de los administradores de sociedades mercantiles. El mismo régimen de responsabilidad de los administradores concursales es aplicable a los auxiliares delegados, sean cuales sean las funciones que les hubieran delegado.

Se regulan **dos modalidades** diferentes de responsabilidad de los administradores concursales (AP Córdoba 7-7-08, EDJ 306029):

1. Una, a la que se refieren los cinco primeros números del art.36 LCon, denominada por la doctrina **responsabilidad concursal o colectiva**, que tiene por objeto reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos o realizados sin la diligencia debida de la administración concursal. Se trata de una acción que se relaciona con el interés colectivo de preservación de la integridad de la masa y puede ser ejercitada indistintamente tanto por el deudor como por cualquier acreedor.

2. Otra, prevista en el apartado sexto del indicado artículo, conocida por la doctrina como **individual**, que permite al deudor, a los acreedores o a terceros reclamar los daños y perjuicios que les hayan causado los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio.

Respecto a la primera modalidad de responsabilidad, la propiamente concursal, se configura en la LCon como una responsabilidad subjetiva, por culpa y por daño, derivada del incumplimiento de obligaciones específicas (las expresamente determinadas en la Ley) y genéricas (las que surgen del deber de diligencia exigible ex LCon art.35.1). Son **presupuestos materiales** de dicha responsabilidad la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo.

La **acción de responsabilidad** prescribirá a los 4 años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.

6066 El **modo de operar** la insolvencia actual como presupuesto del concurso es diferente en función de que sea el deudor (concurso voluntario) o los acreedores (concurso necesario) quienes soliciten el concurso. En supuestos de **concurso voluntario** la insolvencia opera a modo de **cláusula general**, pues no se tasan por el legislador las manifestaciones externas de dicha insolvencia, frente a lo que acontece en los supuestos de concurso necesario, en los que solo la insolvencia que se manifieste externamente a través de alguno de los hechos enumerados por el legislador en la LCon art.2.4 permite al acreedor solicitar el concurso. A tal efecto se recogen una serie de hechos externos o indiciarios de insolvencia o circunstancias a partir de las cuales la Ley **presume la existencia de un estado de insolvencia**, salvo prueba en contrario (AP Barcelona auto 19-5-08, EDJ 169211 ; auto 1-12-06; JM Pontevedra auto 18-7-11, EDJ 159438):

- embargo infructuoso; sobreseimiento general en el pago de corriente de las obligaciones del deudor, embargo por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor; alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor; incumplimiento generalizado de obligaciones sensibles.

6070 **Efectos de la declaración del concurso**
(LCon art.40 s.)

La declaración de concurso produce una serie de efectos, que recaen sobre:

- el deudor, sobre
- los acreedores y sobre
- los contratos.

6071 Respecto del **deudor**, la declaración de concurso tiene como efecto la **limitación de sus facultades patrimoniales**, para proteger a la masa activa de sus actos de administración y disposición, facilitando su mejor determinación y conservación hasta que se adopte una solución al procedimiento. En caso de concurso el deudor quedará intervenido o sustituido en sus funciones de administración y disposición sobre su propio patrimonio. La regla general para el concurso voluntario de intervención y en el necesario de suspensión podrán modificarse motivadamente.

El sometimiento del deudor al procedimiento concursal puede requerir **restricciones** a sus **derechos fundamentales**. Si el deudor es **persona física**, el juez del concurso, en cualquier estado del procedimiento, podrá acordar la intervención de las comunicaciones del deudor, la imposición del deber de residencia del deudor en la población de su domicilio -pudiendo, incluso, acordarse el arresto domiciliario en garantía de su cumplimiento- y la entrada y registro en domicilio del deudor. Si el concursado fuere una **persona jurídica**, las citadas medidas restrictivas podrán adoptarse, asimismo, respecto a todos o alguno de sus administradores o liquidadores.

Por otra parte, el deudor persona física y los administradores, liquidadores y apoderados del deudor persona jurídica - e incluso quienes hayan ejercido dichos cargos en los 2 años anteriores a la declaración de concurso- están **obligados a colaborar** e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Uno de los aspectos en que se concreta el mencionado deber, viene representado por la obligación del deudor de poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualquier otro libro, documento y registro relativo a los aspectos patrimoniales de su actividad. La LCon contempla expresamente la sanción aplicable al incumplimiento de dicho deber a cargo del concursado, pudiendo llegar a ocasionar la calificación del concurso como culpable, con las perniciosas consecuencias que dicha circunstancia conllevará para el deudor incumplidor.

6072 La **masa activa** debe administrarse tratando de **conservarla** del modo más conveniente para los intereses del concurso, hasta que se adopte una solución al mismo (LCon art.43). La declaración de concurso no interrumpe la actividad del deudor, sin perjuicio de las limitaciones que en su ejercicio sufra el deudor en razón de las medidas de intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales. No obstante, excepcionalmente, el juez podrá acordar el **cierre total o parcial** -con carácter definitivo o temporal- de la empresa, explotación o establecimiento del deudor concursado, si fuere manifiesta su inviabilidad económica.

En el caso de que el deudor concursado sea una **persona jurídica**, la declaración de concurso tiene una serie de específicos efectos que se concretan en el **mantenimiento de los órganos** de la persona jurídica durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de las limitaciones que en sus facultades patrimoniales se pudieren producir a consecuencia de las medidas de intervención o suspensión acordadas. Se concede legitimación a los administradores del concurso para ejercitar las **acciones de responsabilidad** que pudieran corresponder a la persona jurídica deudora contra sus administradores, liquidadores o auditores. Asimismo, gozan de legitimación los citados administradores a los efectos de interponer, en su caso, las acciones contra el socios o socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales. Por otro lado, el **órgano de administración concursal** viene **facultado** incluso para reclamar de los socios el desembolso de las aportaciones sociales que pudiesen haber sido diferidas a un momento posterior

al de la constitución de entidad en cuestión, así como el cumplimiento de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, puede acordar, como **medida cautelar**, el embargo de los bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de quienes hubieran tenido tal condición durante los 2 años anteriores a la declaración de concurso, o de los socios que fueran subsidiariamente responsables de las deudas sociales; medida cuya adopción podrá ordenarse cuando de las actuaciones resulte la posibilidad fundada de que la masa de bienes y derechos sobre la que han de cobrarse los acreedores sea insuficiente para pagar todas las deudas. No obstante, tanto en uno como en otro caso, el embargo podrá sustituirse, a petición del interesado, por aval bancario.

6073 Respecto a los **acreedores** del deudor concursado, una vez declarado el concurso, todos ellos -a excepción de aquellos para los que la ley, expresamente, establezca lo contrario- quedan integrados en la masa pasiva del concurso, no pudiendo sustraerse a los efectos del mismo.

En tal sentido, con carácter general, **se veda el libre ejercicio de nuevas acciones** judiciales individuales con posterioridad a la declaración de concurso. En cuanto a los juicios y a los procedimientos arbitrales en los que el deudor sea parte, y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, se continúan hasta la firmeza de la respectiva sentencia o laudo. En todo caso, las **sentencias** judiciales y los laudos arbitrales **firmes**, se hayan dictado antes o después de la declaración de concurso, vinculan al juez del concurso.

Sin perjuicio de lo referido, existe toda una serie de **efectos específicos** en relación con los acreedores que merecen especial mención, entre otros, la **paralización de actuaciones ejecutivas** contra el patrimonio del deudor concursado. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones individuales, ni apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor; quedando, asimismo, suspendidas -desde la propia fecha de declaración del concurso- las actuaciones ejecutivas cuya tramitación ya se hubiere iniciado. No obstante, **quedan exceptuados** de tal régimen los **acreedores con garantía real** sobre los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad que únicamente se ven sometidos a una paralización temporal de sus ejecuciones. La LCon dispone que dichos acreedores no pueden iniciar la respectiva ejecución, ni la realización forzosa de los bienes objeto de la garantía -quedando, asimismo, suspendidas las actuaciones ejecutivas iniciadas antes de la declaración de concurso-, hasta que se apruebe el convenio en el seno del procedimiento concursal, o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se abra la liquidación. A título excepcional, **si al tiempo de la declaración de concurso**, la tramitación de las correspondientes **actuaciones ejecutivas** ya se encontrase avanzada, habiéndose publicado los anuncios de subasta de los respectivos bienes o derechos, y -además- la ejecución no recayere sobre bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, podrán proseguir las actuaciones ejecutivas iniciadas hasta su completa finalización.

6074 Por último, la declaración de concurso no afecta a la **vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes** de cumplimiento, ya sean tales obligaciones a cargo del deudor concursado o de un tercero, quedando el crédito a favor del concursado, o la deuda a su cargo, incluidos en la respectiva masa del concurso.

La declaración de concurso tiene **efectos** importantes respecto de los **créditos en particular**, prohibiendo la compensación de los créditos y deudas del concursado, suspendiendo el devengo de intereses, salvo los correspondientes a créditos con garantía real y a los créditos salariales reconocidos e interrumpiendo la prescripción de las acciones contra el deudor, así como de las que pudieren haberse ejercido contra los socios, administradores, liquidadores y auditores del deudor persona jurídica.

No tiene lugar el **vencimiento anticipado** -a la fecha de dicha declaración- de las obligaciones aplazadas a cargo del deudor concursado.

La LCon contiene una serie de normas concretas relativas a los especiales efectos de la declaración de concurso con **respecto a los contratos de trabajo**, a los contratos del personal de alta dirección, a los convenios colectivos, a los contratos de carácter administrativo con las Administraciones públicas, y a la posibilidad de operar la rehabilitación de otros contratos -contratos de préstamo y crédito, contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y contratos de arrendamientos urbanos-. Especial interés presenta la posibilidad de rehabilitar la vigencia de un contrato de **arrendamiento urbano**, así como la de evitar la acción de desahucio, y consiguiente desalojo del deudor concursado arrendatario, aunque la respectiva acción judicial se hubiera ejercitado antes de la declaración de concurso.

6075 Fase común

La fase común **se inicia** con el auto de declaración de concurso y **concluye** con la presentación del informe de la administración concursal, o en su caso, con la resolución de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores y comprende las actuaciones tendientes a la delimitación de las masas activa y pasiva para poder apreciar la verdadera situación patrimonial del deudor.

6076 La **determinación de la masa activa** requiere partir de los bienes que estuvieran en poder del deudor, para retirar los que no son suyos, mediante operaciones de separación (LCon art.80 y 81), y para incluir los que han salido y pueden ser reintegrados.

Las **operaciones de reducción** son de dos tipos:

1. Acciones de reivindicación y las que comportan el **derecho de separación**. Las acciones de reivindicación, también son conocidas como acciones de separación del dominio o *separatio ex iure dominio*, por tratarse de bienes o derechos cuya propiedad o titularidad no pertenece realmente al patrimonio concursal por no haberse transferido su propiedad al concursado por un título legal e irrevocable, reconociendo el derecho de sus legítimos dueños a su puesta a disposición. En referencia a las acciones que comportan el derecho de separación o *separatio ex iure creditii*, estas no afectan a la propiedad del bien en cuestión y sí a un mejor derecho que se ostenta sobre el mismo (de uso, goce o gravamen). Este derecho de separación puede ser de **separación absoluta** (fuera del procedimiento concursal o de ejecución universal) o **relativa** (que motiva la preferencia y prelación crediticia).

2. Operaciones de reintegración posibilitan que bienes que no están en el patrimonio del deudor al tiempo de la declaración concursal, debiendo estarlo, se incorporen al mismo, disponiendo a tal efecto que podrán -en su caso, y si procediere- dejarse sin efecto los **actos perjudiciales** realizados por el deudor dentro de los **2 años anteriores a la declaración de concurso**, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (LCon art.71). El perjuicio patrimonial ha de venir acreditado por aquel que solicita la rescisión, no obstante, la LCon lo presume en una serie de **casos tasados**: actos dispositivos a título gratuito, pagos anticipados de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso, actos dispositivos a título oneroso a favor de persona especialmente vinculada con el deudor y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes. No cabe la rescisión de los actos propios u ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor, siempre que vengán realizándose en condiciones de normalidad. Si la **rescisión** llegare a tener lugar, supondría que los bienes y derechos salidos en su día del patrimonio del deudor se reintegrarían al concurso a los efectos, en unión de los demás bienes y derechos del concursado, de abonar los créditos de sus acreedores conforme a lo dispuesto en la LCon.

- 6077 Por su parte la **masa pasiva** integra todos los acreedores del deudor que sean reconocidos como tales en el procedimiento. Los créditos de estos acreedores reciben la denominación de **créditos concursales**, y están sujetos a las vicisitudes del concurso, debiendo ser satisfechos de conformidad con las reglas del mismo. Junto a ellos, la ley atribuye a otros créditos el carácter de **créditos contra la masa**, que se caracterizan, frente a los concursales, porque su pago debe realizarse a sus vencimientos y por su total importe, con fondos procedentes de la masa activa. Estos créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva. Los principales créditos contra la masa son las costas y gastos judiciales que deban hacer frente el concursado y la administración concursal, los créditos derivados de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y las obligaciones surgidas con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal, entre los que se incluyen los salarios correspondientes a los 30 días anteriores a la declaración de concurso, en cuantía que no supere al doble del SMI.
- 6078 El **reconocimiento de créditos** se atribuye a la administración concursal, quien ha de elaborar una lista de acreedores y acompañarla al informe. El procedimiento para reconocer los créditos se inicia con el Auto de declaración de concurso, que habrá de contener un llamamiento a los acreedores para que **pongan en conocimiento** de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de 1 mes. Los acreedores lo comunicarán por escrito, ante el juzgado, adjuntando los originales o copias autenticadas del título o de los documentos relativos al crédito, siendo los administradores concursales quienes adopten una decisión en cuanto al reconocimiento o no de estos créditos. No obstante lo dicho, hay determinados créditos que deben ser necesariamente y automáticamente reconocidos, tal es el caso de los créditos reconocidos por laudo o sentencia, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía figure en los libros y documentos del deudor (LCon art.85 a 88).
- 6079 La **clasificación de los créditos** (LCon art.89 a 93), es otra de las tareas que se encomienda a la administración concursal. La clasificación legal distingue entre créditos privilegiados (con privilegio especial, y con privilegio general), ordinarios y subordinados.
- 6080 Los **créditos privilegiados especiales** (LCon art.90) en relación con un determinado bien o derecho de los que integran la masa activa, garantizan al acreedor que el referido bien o derecho va a ser destinado, ante todo, al pago del crédito privilegiado, lo que conlleva la posibilidad de promover una ejecución separada, esto es, al margen del procedimiento concursal. Tienen esta consideración:
- los créditos garantizados con **hipoteca** voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados;
 - los créditos garantizados con **anticresis**, sobre los frutos del inmueble gravado; los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado; los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago;

- los créditos con garantía de **valores** representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados;
- los créditos garantizados con **prenda** constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

6081 Los **créditos garantizados con prenda** (LCon art.90.1.6º) constituida sobre créditos futuros solo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes **requisitos** antes de la declaración de concurso:

- a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.
- b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.
- c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El privilegio especial solo **alcanzará** la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en la LCon art.94.5 . El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.

6082 Los créditos privilegiados con **privilegio general** (LCon art.91), no constituyen privilegios procesales al no conceder derecho a la ejecución separada, sino tan solo a una posición especial en caso de convenio, y un derecho de cobro preferente, en caso de liquidación, por el **orden** siguiente:

1. Los créditos por **salarios** que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.
2. Las cantidades correspondientes a **retenciones tributarias** y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
3. Los créditos de **personas naturales** derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los 6 meses anteriores a la declaración del concurso.
4. Los **créditos tributarios** y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme a la LCon art.90.1 , ni del privilegio general de la LCon art.90.2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta% de su importe.
5. Los créditos por **responsabilidad civil** extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4.

Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

6. Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en la LCon art.71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.
7. Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el 50% de su importe.

6083 Finalmente, reciben la consideración de **créditos subordinados** conforme a lo dispuesto en LCon art.92 :

- los créditos que, habiendo sido **comunicados tardíamente**, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de esta;
- los créditos que por **pacto contractual** tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor;
- los créditos por **recargos e intereses** de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía;

- los créditos por **multas** y demás sanciones pecuniarias;
- los créditos de que fuera titular alguna de las **personas especialmente relacionadas** con el deudor a las que se refiere LCon art.93 , excepto los comprendidos en LCon art.91.1 cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere LCon art.93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican;
- los créditos que como **consecuencia** de **rescisión concursal** resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado;
- los créditos derivados de los **contratos con obligaciones recíprocas** a que se refieren LCon art.61, 62, 68 y 69 , cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Los **créditos ordinarios** son los que no tiene la consideración ni de privilegiados ni de subordinados.

Precisiones

1. Pese a haber sido **comunicados tardíamente**, no quedarán subordinados, y serán clasificados según corresponda, los créditos de la LCon art.86.3 , los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

2. Aunque se trate de **personas especialmente relacionadas** con el deudor, se exceptúan del carácter de subordinados los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de créditos ordinarios.

6084 La **determinación de los bienes** y derechos que integran la **masa activa** quedan recogidos en el **inventario** que se adjunta al informe emitido por la administración. El inventario deberá contener una relación de los bienes y derechos realizables de los que el concursado sea titular, el avalúo de cada uno de los bienes y derechos incluidos en la relación, atendiendo a su valor de mercado, una relación de los litigios pendientes cuyo resultado pueda afectar al contenido de la masa activa y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, para la reintegración de la masa activa.

Si la administración concursal considera necesario el **asesoramiento de expertos independientes** para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones propondrá al juez su nombramiento y los términos del encargo. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados, que son con cargo a la retribución de la administración concursal, se unen al inventario.

La Ley atribuye a la **administración concursal** la obligación de redactar y presentar un **informe**, al que deberán adjuntar un inventario de los bienes y derechos que formen la masa activa del concurso y una relación de deudas que integran la masa pasiva. El informe debe contener un **análisis** de los **datos** y circunstancias del deudor expresados en la **memoria**, que debió acompañarse a la solicitud (en el concurso voluntario) o aportarse con posterioridad a requerimiento judicial (en el necesario). El informe debe verificar la exactitud del contenido de la memoria, así como efectuar un estudio de las medidas a las que el deudor supedita, en su caso, la continuación de su actividad empresarial. Por otra parte, debe reflejar el **estado de la contabilidad** del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria. La administración concursal ha de verificar el cumplimiento por el deudor de la obligación de **presentar los libros** de contabilidad y si el balance y el resto de documentos que componen las cuentas anuales se elaboraron de conformidad con la ley, constituyendo la falta de formulación de las cuentas anuales, uno de los supuestos en los que el legislador presume, *iuris tantum*, que el deudor actuó con dolo o culpa grave en la generación del estado de insolvencia, calificando el concurso como culpable. Lo que también sucede con el **incumplimiento** sustancial del deber de llevanza de la contabilidad, o la llevanza de doble contabilidad. Asimismo ha de incorporar una memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. Al informe se ha de acompañar necesariamente el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado.

El **plazo** para la presentación del informe de los administradores concursales es de 2 meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos.

6085 Soluciones del concurso

El moderno derecho concursal configurado en la ley persigue que el concurso de acreedores constituya un eficaz instrumento técnico para solucionar, por la vía del convenio o de la liquidación, el problema que para los acreedores representa la insolvencia del deudor común. El Título V de la LCon bajo la rúbrica «De las fases de convenio o liquidación» regula las **vías solutorias** del concurso de acreedores, la conservativa, el convenio y la liquidativa, la liquidación, sobre la base del **principio de flexibilidad** que permite que el procedimiento con una estructura

procedimental única desemboque en una u otra vía en función de la satisfacción de los acreedores que constituye la finalidad esencial del concurso.

6086 Convenio

La LCon prevé **diversas formas de tramitar** el convenio, sin embargo su concepto y naturaleza jurídica no varían con ello. Así se puede partir de la tradicional definición que un relevante sector doctrinal constituyó en torno al convenio de la quiebra como un auténtico negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación (*J. Garrigues*). De ello se desprende que estamos ante un negocio jurídico que nace en el seno de un proceso concursal, lo cual no le hace perder su **naturaleza** preponderantemente **contractual**, como se dice explícitamente en la exposición de motivos al referirse al convenio como un acuerdo contenido en un negocio jurídico en que la autonomía de la voluntad goza de gran amplitud (apartado VI).

Uno de los **principales aspectos** del convenio regulado en la LCon es el relativo a su **contenido**. A pesar de que la autonomía de la voluntad a la hora de configurar el contenido del convenio goza de gran amplitud, sin embargo, el legislador ha optado por **limitar** legalmente el contenido del convenio en **protección de los intereses de los acreedores**, y ante el temor de que el convenio pueda contener liquidaciones encubiertas y ello a pesar de los controles legalmente establecidos que sucesivamente y de forma complementaria tratan de asegurar la bondad formal y material del convenio. En este sentido, la propuesta está sometida a un **control judicial** en sede de admisión a trámite y después a la **evaluación de la administración concursal**. Más tarde debe ser **aceptada mayoritariamente** por los acreedores, y finalmente se verá sometida a la **aprobación judicial**, en cuya sede se une el control de oficio al control a instancia de parte merced al ejercicio de la oposición por parte de los acreedores, de la administración concursal e incluso del deudor no aceptante, sobre la base de motivos no solo formales sino incluso de oportunidad.

6088 Se determina el **alcance** y los **límites del contenido** que la propuesta de convenio que somete a aprobación deba tener (LCon art.100). Junto a los modos tradicionales de arreglo del pasivo, la quita y la espera, la LCon prevé la posible inclusión de otros contenidos estableciendo a su vez determinados límites de obligado cumplimiento.

La **propuesta de convenio** deberá contener **proposiciones de quita o de espera**, pudiendo acumular ambas, además podrá contener, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En caso de **conversión del crédito en acciones** o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las SRL y SA en LSC art.198 y 201.1 . A efectos del LSC art.301.1 , se entenderá que los **pasivos** son **líquidos**, están vencidos y son **exigibles**. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de **enajenación**, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se registrarán por lo dispuesto en LCon art.146 bis .

6089 Las **proposiciones incluirán** necesariamente la **asunción por el adquirente de la continuidad** de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la **liquidación global** del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

Solo podrá incluirse la **cesión en pago de bienes** o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos **no resulten necesarios para la continuación de la actividad** profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en LCon art.94 , sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por LCon art.155.4 .

En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los **acreedores públicos**.

6090 Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un **plan de pagos** con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado.

Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los **recursos que genere la continuación**, total o parcial, en el **ejercicio de la actividad** profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

Si la propuesta de convenio ofreciese a todos o algunos de los acreedores la facultad de elegir entre varias alternativas, deberá determinar la **aplicable en caso de falta** de ejercicio de la facultad **de elección**.

Se permite que existan **tratos singulares** a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características siempre que se cumplan los requisitos previstos en el LCon art.125 . Las mayorías para aprobar el convenio deben encontrarse en el juego de LCon art.124 y 134 .

6091 La **conclusión del convenio** concursal tiene lugar a través de un complejo proceso integrado por actos de distinta naturaleza;

1. De un lado, la **fase negocial** (acto jurídico-privado), que comprende la tramitación del convenio en la que, se pueden diferenciar dos instancias fundamentales: la propuesta de convenio y su aceptación por los acreedores con las mayorías previstas por la ley.

2. De otro, la **fase procesal** (acto jurídico-público) integrada por la aprobación judicial del convenio aceptado por los acreedores, que supone el control de regularidad de su tramitación, esto es su conformidad con la ley.

Ambas fases tienen **naturaleza imperativa** cualquiera que sea la forma de tramitación del convenio, anticipada u ordinaria, y son constitutivas del convenio, cuya eficacia se condiciona en todo caso a la aprobación judicial

6092 La LCon regula **dos modalidades de tramitación** del convenio, la anticipada y la ordinaria, diferenciadas tanto por las particularidades de su proceso formativo, como por el momento procesal de su aprobación judicial.

La propuesta **anticipada** permite la aprobación del convenio en fase común y su aprobación ha de lograrse necesariamente mediante el sistema de adhesiones por escrito. Para la admisión a trámite, la propuesta anticipada de convenio deberá ir **acompañada de adhesiones** de acreedores ordinarios o privilegiados, y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.

En la propuesta **tramitada en la fase de convenio** es posible su discusión en junta de acreedores, aunque la LCon también prevé la tramitación escrita, pero solo en los supuestos que así lo decida el juez y siempre que se cumplan los presupuestos legalmente previstos para ello.

El **convenio solo existe** y, en consecuencia, comienza a producir los efectos que le son propios desde la fecha de su **aprobación judicial** (LCon art.133), sin que tenga que esperarse a la publicación de la sentencia aprobatoria o a su notificación. No obstante, como **excepción** a la regla general puede anticiparse la eficacia, si lo acuerda el juez en la providencia de admisión a trámite de la oposición al convenio, aunque se trata de una eficacia provisional, porque si se estima la oposición, el convenio provisionalmente eficaz dejaría de vincular a las partes y, en cambio, si la oposición se rechazara, la eficacia se convertirá en definitiva; y parcial porque la eficacia provisional no puede afectar a la totalidad del contenido del convenio. En cualquier caso, la **eficacia parcial** no puede suponer el cese de los administradores concursales. Asimismo la LCon permite al juez de oficio o a instancia de parte retrasar la eficacia del convenio a la fecha en que la aprobación alcance firmeza. Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio el juez podrá acordarlo con carácter parcial (LCon art.133.1).

6094 **Liquidación**

(LCon art.142 s.)

Solución **alternativa** a la de convenio, a la que puede optar el deudor, si bien, cuando su apertura tiene lugar de oficio o a solicitud de acreedores, se configura como una solución subsidiaria *in extremis* que solo opera **cuando no se alcance** o se frustre la ejecución de un **convenio**, que es la solución natural del concurso que la Ley propicia con distintas medidas.

Una vez que el concurso desemboca en una fase liquidatoria, el **objeto** del procedimiento pasa a ser la **realización de los bienes** y derechos del concursado para posteriormente satisfacer a los acreedores con lo obtenido mediante dicha realización por el orden de preferencia establecido legalmente.

El deudor, los acreedores y también el órgano judicial de oficio, puede decretar su **apertura**.

6095 La Ley le concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidadora del concurso (**liquidación voluntaria**), como alternativa a la de convenio, en cualquier momento, pero también le impone, en determinados supuestos, el deber de solicitar la liquidación (**liquidación necesaria**). El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio «conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación», supuesto en que el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación.

Independientemente del momento en que la solicitud del deudor tenga lugar, la apertura de la fase de liquidación, solo procederá tras la finalización de la fase común de tramitación del concurso y la correspondiente resolución judicial.

Si el deudor no solicita la liquidación durante la vigencia del convenio, **puede hacerlo cualquier acreedor** que acredite la existencia de alguno de los hechos reveladores de la situación de insolvencia que pueda fundamentar la declaración de concurso (LCon art.2.4).

En **caso de cese de la actividad** profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación (LCon art.143).

6096 El juez **abre de oficio** la fase de liquidación cuando (LCon art.143):

- no se haya presentado dentro de plazo, propuesta alguna de convenio por parte del deudor o de los acreedores, o no se hubiesen admitido a trámite las presentadas;
- de haberse presentado alguna propuesta de convenio, no haya sido aceptada en junta de acreedores;
- haya sido rechazada por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores;
- se ha declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez;
- se ha declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.

6097 En cuanto a los **efectos de la liquidación** (LCon art.145 s.) es preciso señalar que si se trata de persona natural la apertura de la fase de liquidación provoca, si no estuviera ya acordada, la suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición, siendo sustituido por la administración concursal. También se producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, tanto para el concursado, como para las personas a que el concursado tuviera el deber legal de prestarlos. No obstante, no queda extinguida la obligación de prestar alimentos que hubiera sido impuesta al concursado por resolución judicial dictada en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que además seguirá teniendo la consideración de crédito contra la masa.

Si el concursado es una **persona jurídica** se producirá la **disolución automática**, si no estuviese antes acordada, el **cese** de los **administradores** o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal y la realización de la liquidación de conformidad con las previsiones de la LCon.

Sobre los **créditos concursales** la apertura de la fase de liquidación producirá el **vencimiento anticipado** de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

6098 La administración concursal debe elaborar un **plan de liquidación** para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, plan sobre el que podrán formular observaciones o propuestas de modificación el deudor y los acreedores concursales, así como los representantes de los trabajadores con anterioridad a su aprobación por el juez (LCon art.148).

Cuando el deudor hubiera solicitado la liquidación en el mismo escrito de solicitud de declaración de concurso, deberá acompañar a dicha solicitud una **propuesta de plan de liquidación**. Dicho plan de liquidación habrá de ser presentado al juez dentro de los 15 días siguientes al de la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, pudiendo ser prorrogado por igual duración, si la complejidad del concurso lo justificara.

Una vez presentado el plan, los acreedores y los representantes de los trabajadores podrán **formular observaciones**; de no haberlas, el juez dictará auto declarando aprobado el plan. Si las hay, el juez podrá aprobar el plan en los mismos términos presentados, introducir modificaciones en atención a las observaciones, o acordar la liquidación de conformidad con las reglas supletorias.

En caso de que no se apruebe el plan de liquidación, y en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplican una serie de **reglas subsidiarias** sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso. De este modo se establece como criterio preferente la **enajenación** como un todo del conjunto de los establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas de bienes y servicios del deudor (la venta global de la empresa), fijándose un plazo para la presentación de ofertas, teniendo preferencia las que garanticen la continuidad de la empresa y los puestos de trabajo (sucesión de empresa). Las enajenaciones individuales de los bienes y derechos del concursado que integren la empresa/s, ya sea por conveniencia del juez, o por no ser posible la transmisión global de la empresa, se realizará mediante **subasta**, de quedarse desierta, se acordará su enajenación directa y en el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, se estará a lo dispuesto en LCon art.64 (LCon art.149).

6099 En cuanto al **pago de los acreedores** (LCon art.154 s.) en los casos en los que a la liquidación hubiere precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados, salvo que se pruebe la existencia de fraude. Por otra parte, quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubieran recibido pagos en un porcentaje equivalente.

Se seguirá el siguiente **orden** dentro de la fase de liquidación:

1. Primero se satisfarán los **créditos en contra la masa** (antes de proceder al pago de los créditos concursales), para lo cual la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios, de entre lo que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial.
2. Después, se atenderá al pago de **créditos con privilegio especial** (hipotecas, etc.), lo que se efectuará con cargo a los bienes y derechos afectos al privilegio, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. En caso de concurrencia de privilegios especiales sobre un mismo bien o derecho, se aplicará el principio de prioridad temporal. La realización de los bienes y derechos se hará por subasta, salvo que el juez autorice la venta directa (tendrá que concurrir que el oferente esté dispuesto a pagar por el bien un precio superior al mínimo que se hubiese pactado para la subasta, y se pague al contado).
3. Se procederá a la satisfacción de los **créditos** que gocen de **privilegio general**, en el orden establecido en LCon art.91 (salarios, retenciones a SS y Tributaria, etc.).
4. Una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, se satisfarán los **créditos ordinarios** a prorrata con los bienes y derechos que resten, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte que estos no hubieren sido satisfechos con cargo a bienes y derechos afectos
5. Por último, el pago de **créditos subordinados**.

6100 Calificación y conclusión del concurso

A continuación analizamos tanto la calificación (nº 6105 s.), como la conclusión del concurso (nº 6115 s.).

6105 Calificación

(LCon art.163 s.)

La calificación del concurso es una forma de determinar cuáles son las **causas** de la situación de insolvencia, sobre todo **para poder sancionar**, pero también para poder condenar a indemnizar o pagar el déficit, a las personas que han ocasionado la insolvencia de forma culpable. Procederá la **formación de la sección de calificación** del concurso conforme a lo dispuesto en LCon art.163 :

- cuando tenga lugar la aprobación judicial de un **convenio** en que se establezca, para todos los acreedores o los de una o varias clases, una **quita** superior a **un tercio** del importe de sus créditos o una **espera** superior a **3 años**; y
- en todos los supuestos de **apertura** de la fase de **liquidación**.

6106 El concurso se calificará como **fortuito** o como **culpable**, sin que vincule a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito

El concurso se calificará como **culpable** cuando en la generación o agravación del estado medio **dolo o culpa grave** del deudor o como consecuencia en una innovación de la Ley la depuración de responsabilidades de los directivos de alta dirección o administradores de hecho o de derecho y apoderados, gerentes, a efectos de una relación continuada de causalidad que hubiera tenido una notable incidencia de los motivos a que hubiera ocasionado en esa situación concursal. Por tanto, se procederá a la **pérdida de cualquier derecho** que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como indemnizar los daños y perjuicios causados, a veces irreparables en alusión al LCon art.172.2.3º .

En caso de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá **condenar** a todos o a algunos de los **administradores**, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en LCon art.165.4 , que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

6108 Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de **reapertura** de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de **pluralidad de condenados**, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

La **legitimación** para **solicitar la ejecución** de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro del mes siguiente al requerimiento.

Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la **masa activa** del concurso.

Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de **apelación**.

6115 **Conclusión** (LCon art.176 s.)

Se dispone que la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones **procederá** en los siguientes casos (LCon art.176):

1. Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso.
2. Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación.
3. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.
4. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia.
5. Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

En los dos últimos casos del apartado anterior, la **conclusión** se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas.

Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase **oposición** a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del **incidente concursal**.

6118 A su vez la LCon prevé una serie de **especialidades** en el caso de que el **concurso concluya por insuficiencia de la masa**. A este respecto en LCon art.176 bis se indica que desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa **mientras se esté tramitando** la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

6120 Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a **pagar** los créditos contra la masa conforme al **orden siguiente**, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1. Créditos **salariales** de los **últimos 30 días de trabajo** efectivo y en cuantía que no supere el doble del SMI.
2. Créditos por **salarios e indemnizaciones** en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago.
3. Créditos por **alimentos** de LCon art.145.2 , en cuantía que no supere el SMI.
4. Créditos por **costas** y gastos judiciales del concurso.
5. Los **demás** créditos contra la masa.

6121 **Una vez distribuida** la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un **informe justificativo** que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

El informe se pondrá **de manifiesto en la oficina judicial por 15 días** a todas las partes personadas.

- 6122 La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por **auto**. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. Durante este plazo, el deudor persona natural podrá solicitar la **exoneración del pasivo insatisfecho** (nº 6128). La tramitación de dicha solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en LCon art.178 bis (LCon art.176 bis.3).

También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Si el concursado fuera **persona natural**, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del LCon art.176 bis.2 . Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, **los requisitos para beneficiarse de la exoneración** y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el LCon art.178 bis .

Contra este auto podrá interponerse recurso de **apelación** (LCon art.176 bis.4).

- 6123 Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la **reanudación del concurso** siempre que justifiquen **indicios suficientes** para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante **aval solidario** de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El letrado de la Administración de Justicia admitirá a trámite la solicitud si cumplen las **condiciones de tiempo y contenido** establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el letrado de la Administración de Justicia dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. **Reanudado el concurso**, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de **reintegración o de impugnación**, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en LCon art.54.4 .

- 6124 En cuanto a los **efectos de la conclusión** del concurso, conviene precisar que cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes. Por su parte, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.

La **resolución judicial** que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su **extinción** y dispondrá la **cancelación de su inscripción** en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme.

- 6128 **Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho**
(LCon art.178 bis)

Una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en LCon art.178 bis . Para ello, el deudor deberá **presentar su solicitud** de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en LCon art.152.3 . Admitiéndose únicamente la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe, entendiéndose que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes **requisitos**:

1. Que el concurso no haya sido **declarado culpable**. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación de LCon art.165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor.

2. Que el deudor **no haya sido condenado** en sentencia firme por **delitos contra el patrimonio**, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

3. Que, reuniendo los requisitos establecidos en LCon art.231 , haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un **acuerdo extrajudicial de pagos**.

4. Que haya **satisfecho** en su integridad los **créditos** contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

6129 5. Que, alternativamente al número anterior:

a) Acepte someterse al **plan de pagos** previsto en LCon art.178 bis.6 .

b) No haya incumplido las obligaciones de **colaboración** establecidas en LCon art.42 .

c) **No haya obtenido este beneficio** dentro de los 10 últimos años.

d) **No haya rechazado** dentro de los 4 años anteriores a la declaración de concurso una oferta de **empleo** adecuada a su capacidad.

e) **Acepte** de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará **constar en la sección especial del Registro Público Concursal** por un plazo de 5 años. Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por este y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

6130 De la solicitud del deudor se **dará traslado** por el letrado de la Administración de Justicia a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de 5 días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La **oposición** solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del LCon art.178 bis.3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

6131 El **beneficio** de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en LCon art.178 bis.3.5º **se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:**

1. Los créditos **ordinarios y subordinados pendientes** a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

2. Respecto a los **créditos enumerados** en LCon art.90.1 , la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado.

6132 Los **acreedores cuyos créditos se extingan** no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los **obligados solidariamente** con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

6133 Si el concursado tuviere un **régimen económico matrimonial de gananciales** u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

Las **deudas que no queden exoneradas** conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser **satisfechas** por el concursado dentro de los 5 años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los 5 años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de **plan de pagos** que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

Respecto a los **créditos de derecho público**, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

- 6134 Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la **revocación del beneficio** de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los 5 años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos. Se exceptúan de esta previsión los **bienes inembargables** conforme a lo dispuesto en LEC art.605 y 606 .

También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:

- incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en LCon art.178 bis.3 hubiera **impedido la concesión** del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.
- en su caso, incumpliese la obligación de pago de las **deudas no exoneradas** conforme a lo dispuesto en el plan de pagos; o.
- mejorase sustancialmente la **situación económica del deudor** por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

- 6136 La solicitud **se tramitará** conforme a lo establecido en la LEC para el **juicio verbal**. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos **sin que se haya revocado** el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará **auto** reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

- 6137 También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la **exoneración definitiva** del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese **destinado a su cumplimiento**, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de 5 años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el RDL 6/2012 art.3.1 a) y b) , de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

- 6140 A los efectos de este artículo, se entiende por **ingresos inembargables** los previstos en RDL 8/2011 art.1 , de 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.

Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá **recurso** alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el párrafo primero del apartado anterior.

Derecho penal

6555	A. Tipos de infracciones penales: delitos graves, delitos menos graves y delitos leves	6560
	B. Causas de exención o atenuación de la imputabilidad. Circunstancias de exención o atenuación de la culpabilidad. Supuestos de exclusión de la punibilidad	6700
	C. Penas y medidas de seguridad: su aplicación. Las consecuencias accesorias	6792
	D. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada de delitos	6850
	E. Responsabilidad penal de los menores	6835
	F. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Penas y criterios de determinación. Responsabilidad civil	7028

A. Tipos de infracciones penales: delitos graves, delitos menos graves y delitos leves

6560	1. Concepto de delito en el sistema penal vigente	6562
	2. Distinción entre delito grave y menos grave y leve	6565
	3. Penas graves, menos graves y leves	6570
	4. Regla del CP art.13.4	6575
	5. Consecuencias de la distinción entre delito grave, menos grave y leve	6580
	6. Desaparición de las faltas	6590

1. Concepto de delito en el sistema penal vigente

(CP art.10)

6562 El CP art.10 introduce en el sistema una **definición legal** de delito, frente a lo que suele ser habitual en las legislaciones de nuestro entorno jurídico y cultural. Tal precepto dispone que «Son delitos las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley» (que se corresponde, a su vez, con el CPM art.1 , conforme al cual «Solo serán penadas como delitos militares las acciones u omisiones dolosas o culposas previstas como tales en este código»). Se trata, sin embargo, de una definición en la que priman las notas de carácter formal (delito es lo que la ley dice que es delito) que muy poco indican sobre el contenido intrínseco o sustancial del delito. No obstante, no resulta infrecuente que la doctrina sostenga que en tal disposición legal se encuentran presentes todos los elementos de la definición material de delito, entendida como acción u omisión típica, antijurídica y culpable o cualquiera de las variantes habituales. Así, el CP art.10 exige que exista una acción u omisión, con lo que se incluye el elemento básico. Esa acción u omisión debe tener un componente subjetivo: el dolo o la culpa o imprudencia, con lo que lo que el núcleo de la tipicidad subjetiva, o si se quiere, de la culpabilidad, se encuentra recogido. En la expresión «penadas por la ley», se encontraría reflejada la tipicidad y la antijuridicidad. Sin embargo, en todo caso, es una definición **incompleta** ya que en ella falta, al menos, la referencia a la conciencia de la antijuridicidad (como mucho implícita en la referencia al dolo) y a la imputabilidad. Para obtener la definición completa es preciso, pues, un **análisis completo del sistema**; entre otros, del CP art.20 que regula las eximentes, de donde se desprende la necesidad de que concorra imputabilidad; del CP art.19 , cuando dispone que la mayoría de edad penal se establece a los 18 años; del CP art.14.3 que regula el error de prohibición y que determina la exigencia de conciencia de la antijuridicidad; etc.

En definitiva, el valor de la declaración del CP art.10 se reduce, lo que ciertamente no es poco, a subrayar el principio de legalidad y a excluir la posibilidad de responsabilidad objetiva, si bien, en cuanto a esto último, no debe olvidarse que se trata de algo reiterativo, toda vez que se desprende también del CP art.5 («No hay pena sin dolo o imprudencia»).

2. Distinción entre delito grave y menos grave y leve

6565 En la actualidad la ley penal realiza esta distinción tripartita que procede de los Códigos Penales de 1848 y 1870.

Desde el punto de vista positivo, la distinción entre delitos graves, menos graves y leves alude a la subdivisión contenida en el CP art.13 dentro del concepto genérico de delito que hemos visto. Conforme al citado CP art.13 «1. Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave. 3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave». Por su parte, la distinción entre penas graves, menos graves y leves se ubica en el CP art.33, por ejemplo, se reputa siempre pena grave la privativa de libertad superior a 5 años, etc. (volveremos sobre ello posteriormente).

En definitiva, se trata de una distinción por la **gravedad del hecho**. No obstante, se detecta históricamente una discusión sobre si la distinción entre delito, graves y menos graves, y leves (antiguas faltas) es de índole **cuantitativa o cualitativa**. De forma muy mayoritaria se estima que se diferencian tan solo cuantitativamente, de forma que todos ellos participan de la misma naturaleza jurídica. Esto es especialmente claro en determinados casos. Así en los supuestos de hurto, donde el CP art.234.1 castiga como delito de hurto la sustracción de cosa mueble ajena cuando esta posea un valor superior a 400 euros; mientras que el CP art.234.2 castiga como delito leve los mismos hechos si el valor de lo sustraído es inferior a esa cantidad. No obstante, es claro que no siempre existe esa **correlación** entre delitos graves, menos graves y leves, de forma que no todo delito integrado en la primera categoría se corresponde con un paralelo delito de otra (por ejemplo, paradigmáticamente, dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no hay un delito leve).

3. Penas graves, menos graves y leves

6570 Como hemos visto, el criterio para diferenciar entre delitos graves, menos graves y leves es el de la pena prevista. De esa forma, son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave; son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave; y son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. A su vez, es el CP art.33 el que regula qué penas se corresponden con tales categorías. Este último precepto diferencia según se trate de penas imponibles a personas físicas y jurídicas. En cuanto a las primeras, en síntesis, la ley establece la siguiente **clasificación**:

En primer lugar, son **penas graves** la prisión permanente revisable (introducida por la LO 1/2015), la prisión superior a 5 años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a 5 años, la suspensión de empleo o cargo público por más de 5 años, la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por más de 8 años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a 8 años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la privación del derecho a comunicarse o aproximarse a determinadas personas por tiempo superior a 5 años y la privación de la patria potestad.

En segundo lugar, son **penas menos graves**: la prisión de 3 meses a 5 años, las inhabilitaciones especiales hasta 5 años, la suspensión de empleo o cargo público hasta 5 años, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 año y un día a 8 años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a 8 años, la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a 5 años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la privación del derecho a comunicarse o aproximarse a determinadas personas por tiempo de 6 meses a 5 años, la multa de más de 3 meses, la multa proporcional de cualquier cuantía y los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a 1 año.

En tercer lugar, son **penas leves**: la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 meses a 1 año, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 meses a 1 año, la 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 un año, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y la privación del derecho a comunicarse o aproximarse a determinadas personas por tiempo inferior a 6 meses, la multa de hasta 3 meses, la localización permanente de un día a 3 meses y los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

En lo que respecta a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, tendrá naturaleza de grave o leve en función de la pena de multa a que sustituya (CP art.33.5).

4. Regla del CP art.13.4

6575 El CP art.13 regula, asimismo, cómo considerar el delito cuando está castigado con pena que puede incluirse por su extensión a la vez en dos categorías (apartado 4). En estos casos, cuando pueda incluirse a la vez entre las de pena grave y menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Mientras que cuando pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve (CP art.13.4 inciso último, cuya literalidad procede de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015).

La **doctrina** ha puesto de manifiesto los problemas que esta última regla ocasiona, toda vez que delitos que no se pretendía convertir en leves (antiguas faltas) quedan transformados en tales, lo que conlleva consecuencias que veremos en cuanto a su prescripción, competencia, enjuiciamiento, etc. (p.e., las indicaciones de la **Circular de la**

Fiscalía General del Estado 1/2015, 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, ap.3.2).

Entre los problemas que se plantean se encuentra el de cómo resolver la cuestión de la calificación de aquellos delitos en los que se señalan penas alternativas o cumulativas que pertenecen a distinta categoría (p.e., pena menos grave y, alternativamente pena leve). La citada Circular 1/2015 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 (ap. 3.3) entiende prevalente aplicación el CP art.13.2 sobre el CP art.13.4 , de modo que el delito habría de considerarse menos grave.

Para solucionarlo la L 41/2015 ha añadido una LECr disp.adic.6ª , conforme a la cual «Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto».

5. Consecuencias de la distinción entre delito grave, menos grave y leve

6580 La clasificación entre delitos graves, menos graves y leves no obedece exclusivamente a una necesidad teórica de sistematización, sino que origina consecuencias prácticas, desde el punto de vista penológico y desde el punto de vista procesal.

6581 En primer lugar, desde la **perspectiva penológica**, hay que hacer referencia a las reglas de medición de la pena, la prescripción, reincidencia y antecedentes penales.

1. Los delitos menos leves no computan a efectos de **reincidencia** (CP art.22.8).

2. Los delitos leves no se someten a las **reglas de medición** de la pena de los delitos (CP art.61 a 72), sino que, conforme al CP art.66.2 , los jueces y tribunales procederán «según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable». No obstante, ello no equivale a plena libertad, de forma que, especialmente, si el juez decide superar la mitad inferior de la pena abstracta, debería motivarlo convenientemente en la sentencia. Lo mismo acaece con las penas accesorias (CP art.57.3).

3. La **responsabilidad** personal subsidiaria **por impago de multa** de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, en el caso de los delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente (CP art.53.1).

4. Los **plazos de prescripción** son diferentes en unos y otros casos. Los delitos leves prescriben al año (CP art.131.1 inciso último), mientras que los delitos graves y menos graves se sujetan a unos plazos de prescripción diferentes en función de la gravedad de la condena, establecidos en el mismo CP art.131.1 .

5. El **perdón del ofendido** extingue la responsabilidad criminal cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado (CP art.130.1.5º).

6. Los delitos leves tienen unos plazos inferiores para la **cancelación de antecedentes** (CP art.136.1 a).

6582 En segundo lugar, de la distinción entre delito grave, menos grave y leve derivan **consecuencias procesales**, en lo que concierne a la aplicación del principio de oportunidad, a la distinción entre instrucción y enjuiciamiento y a la competencia.

1. En cuanto a los **requisitos de perseguibilidad**, la mayoría de los delitos leves son perseguibles a instancia de parte, al requerir de la denuncia previa del perjudicado, salvo los relacionados con la violencia de género y doméstica.

2. En relación con los delitos leves se ha introducido el **principio de oportunidad** (LECr art.963) lo que implica, en síntesis, que las actuaciones se podrán sobreseer cuando lo solicite el Ministerio Fiscal, utilizando el criterio de la escasa gravedad, o las circunstancias del hecho o autor, y ausencia de interés público relevante.

3. Los delitos leves se someten a **reglas procedimentales especiales** (LECr art.962 s.).

4. Finalmente, la clasificación que nos ocupa determina la atribución de la competencia objetiva para enjuiciar los hechos. La atribución de la citada competencia objetiva para enjuiciar los hechos se hace teniendo en cuenta la pena en abstracto señalada a cada delito y no en atención a la efectivamente pedida. Sin embargo, hay que descartar que la penalidad determine, por efecto de la degradación de la pena, la naturaleza o la clase de infracción por la que se castiga; por ejemplo, si por ser cómplice de un delito menos grave se ha de imponer una pena de carácter leve, ello no significa que el cómplice responda por un delito leve, sino que sigue respondiendo por complicidad en un delito menos grave (el partícipe no responde por un delito *sui generis*, sino por el mismo delito que el autor); lo mismo se podría decir de los actos preparatorios.

6583 En **síntesis**, la situación sería la siguiente (LECr art.14):

A. Para el **conocimiento y fallo** de los **juicios por delito leve** será competente el juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda al juez de violencia sobre la mujer (LECr art.14.5) (se ha suprimido la atribución de competencia anterior al juez de paz para determinadas faltas).

B. Para el conocimiento y fallo de las causas por **delitos a los que la ley señale pena privativa de libertad** de duración **no superior a 5 años o pena de multa** cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de estas no exceda de 10 años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquellos, será competente el juez de lo penal (o el juez central de lo penal, sin perjuicio de la competencia del juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, o del juez de violencia sobre la mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el LECr art.801 . Todo ello salvo que el delito fuere de los atribuidos al tribunal del jurado. La regulación ha suscitado la crítica doctrinal en la medida en que las sanciones pueden ser muy elevadas para ser decidida por un órgano unipersonal.

C. Para el conocimiento y fallo de las causas en los **demás casos** -que son fundamentalmente los delitos graves-, será competente la audiencia provincial (o la sala de lo penal de la Audiencia Nacional, LOPJ art.65 y 89 bis 3). Todo ello salvo que el delito fuere de los atribuidos al tribunal del jurado.

D. Por último, debe tenerse en cuenta lo previsto en el LECr art.14 bis cuando de **personas jurídicas** se trata. Conforme a tal precepto «Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a este por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica».

6. Desaparición de las faltas

6590 La actual clasificación tripartita entre delitos graves, menos graves y leves, ha sustituido a la anterior a la aprobación de la LO 1/2015 , donde el Código distinguía entre delito grave, delito menos grave y falta. El **concepto de falta**, sin embargo, sigue apareciendo en importantes normas. Así, por ejemplo, permanece en el CC art.1092 («Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal») o en el LECr art.100 («De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»).

De la desaparición de las faltas se ha dicho que tiene algo de fraude de etiquetas, en la medida en que en la mayor parte de los casos **se han transformado en** delitos leves (las antiguas referencias a las faltas en la LECr pasan a ser a los delitos leves conforme a la LO 1/2015 disp.adic.2ª), con un significativo **incremento de las penas**, al tiempo que, desde una perspectiva procesal, se mantiene la tramitación que antiguamente se correspondía con la de las faltas (LECr art.962 s.). Desde otra perspectiva, sin embargo, la reforma supuso algo más que un simple cambio de denominación ya que han desaparecido aproximadamente un tercio de las viejas faltas, lo que supone una cierta **descarga de la jurisdicción** penal y singularmente de los juzgados de instrucción. Entre estas últimas, algunas han sido despenalizadas y transformadas en **infracciones administrativas** (frecuentemente más gravemente penadas) y otras, simplemente, determinan **responsabilidad civil** (CC art.1902), pero no punitiva de ninguna clase. Dentro de las **primeras**, podemos destacar ejemplificativamente, la realización de actividades sin seguro obligatorio y la falta de respeto y consideración a agentes de la autoridad y la desobediencia leve del anterior CP art.634 . Entre las **segundas**, entre otras, se encontrarían las antiguas faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve (anteriormente reguladas en el CP art.621); las faltas de incumplimiento de obligaciones familiares (de los viejos CP art.618.2 y 622 , salvo los incumplimientos graves de convenios reguladores o sentencias que podrían constituir un delito de desobediencia del CP art.556) y la falta de injurias leves y vejaciones injustas del anterior CP art.620 , salvo las referidas a las personas indicadas en el CP art.173.2 .

B. Causas de exención o atenuación de la imputabilidad. Circunstancias de exención o atenuación de la culpabilidad. Supuestos de exclusión de la punibilidad

6700	1.	Introducción	6705
	2.	Ausencia de acción	6710
	3.	Causas de atipicidad	6725
	4.	Causas de justificación	6735
	5.	Causas de exculpación	6750
	6.	Causas de exclusión de la punibilidad	6765

1. Introducción

6705 Antes de dar comienzo al análisis de las causas de exención o atenuación de la imputabilidad, circunstancias de exención o atenuación de la culpabilidad y a los supuestos de exclusión de la punibilidad se antoja necesario realizar una breve precisión sobre su título y el contenido que se desarrolla en este espacio.

El **título del capítulo** es el señalado en el programa del ejercicio de profesión de abogado y alude únicamente a las circunstancias de exención o atenuación de la imputabilidad y de la culpabilidad. En sentido estricto, deberíamos ocuparnos entonces solo de las denominadas causas de exculpación (CP art.20.1 a 3) así como de las circunstancias atenuantes (CP art.21) en lo que a la culpabilidad pudieran afectar, obviando aquellas referidas al injusto. Junto a esto, siempre a la luz del citado programa, se señalarían los supuestos de exclusión de la punibilidad.

No obstante lo anterior, se antoja fundamental el conocimiento y manejo de las distintas causas que excluyen o atenúan la responsabilidad criminal del sujeto en general y, por ello, se opta por una **interpretación amplia** del título.

6706 Aclarado lo anterior, corresponde adelantar a continuación el sentido del contenido de las páginas que siguen.

Con independencia de relevantes discusiones doctrinales, existe un amplio consenso en torno a la **definición de delito**, entendiendo por tal la acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuye una pena o una medida de seguridad.

De este modo, si **alguno de los elementos** que lo componen (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, según algunos autores, punibilidad) **no concurre**, entonces el sujeto que ha lesionado un bien jurídico protegido por el ordenamiento penal, no será responsable penalmente, es decir, estará exento de responsabilidad criminal.

Por otro lado, en virtud del principio de culpabilidad entendido como la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el grado de responsabilidad del sujeto en la producción del resultado y la sanción impuesta, se contemplan una serie de **circunstancias atenuantes** que disminuyen la determinación de la pena. El fundamento de esta previsión radica en el menor injusto o en la menor reprochabilidad que atribuyen al actuar del sujeto. Empezando por el estudio de las causas o circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, sirva este cuadro de introducción:

Delito	Exención de responsabilidad
Acción	Ausencia de acción: <ul style="list-style-type: none"> • Vis absoluta. • Movimiento reflejo. • Sueño o sonambulismo.
Típica	Causas de atipicidad: <ul style="list-style-type: none"> • Error de tipo. • Ausencia de imputación objetiva.
Antijurídica	Causas de justificación: <ul style="list-style-type: none"> • Legítima defensa. • Estado de necesidad. • Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.
Culpable	Causas de exculpación: <ul style="list-style-type: none"> • Inimputabilidad. • Error de prohibición. • Causas de inexigibilidad.
Punible	Causas de exención de punibilidad: <ul style="list-style-type: none"> • Excusas absolutorias. • Condiciones objetivas de punibilidad.

2. Ausencia de acción

6710 Para que se considere que se ha llevado a cabo una acción con relevancia jurídico penal, comprendiendo en el término acción tanto la acción en sentido estricto como la omisión, es necesario que el sujeto actúe con **voluntad** en sus movimientos o en la no realización de la conducta debida (en el caso de la omisión). De esta manera, si se realiza una conducta de modo involuntario o no se lleva a cabo del mismo modo, se considerará que estamos ante un supuesto de ausencia de acción o de ausencia de omisión.

Tradicionalmente, la doctrina ha señalado tres **supuestos** específicos de ausencia de acción o de omisión, al margen, claro está, de cualquier otra situación en la que el sujeto actúe de forma involuntaria. Estos son: fuerza irresistible o *vis absoluta*, los movimientos reflejos y los movimientos efectuados durante el sueño normal o sonambulismo.

6712 Fuerza física irresistible o «vis absoluta»

Un ejemplo clásico planteado por la doctrina de ausencia de acción por *vis absoluta* es aquel en el que se produce un accidente de trenes porque el guardavía se encuentra atado a una silla.

En casos como el anterior, no existe acción u omisión cuando el movimiento, o en el supuesto descrito su ausencia, derivan de una **fuerza externa** al sujeto que le obliga o impide realizarla.

Esta fuerza convierte al sujeto sobre quien se ejerce en un **instrumento** de la comisión de una acción u omisión típicas por lo que no concurre ni finalidad ni voluntad en el sujeto a quien se atribuye y, por lo tanto, no es posible admitir que sus actos constituyen la realización de un delito.

6714 Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos constituyen otra categoría de movimientos propia de la ausencia de acción o de omisión. Se identifican con aquellos que realiza el sujeto como consecuencia de un **incentivo externo** que transmite directamente a los centros motores una reacción concreta, sin que intervenga voluntad alguna del sujeto que mueve una parte de su cuerpo. De este modo, no es posible establecer una relación entre el acto y la personalidad del sujeto.

Entiende *Silva Sánchez* que una característica fundamental de estos movimientos, que además la distingue de los denominados «**cortocircuito**», su capacidad de reproducirse, de repetirse. De este modo, se considera que ante el mismo estímulo siempre se llevará a cabo la misma reacción ya que es una reacción mecánica. Así, por ejemplo, ante un objeto que se introduce en el ojo o un deslumbramiento repentino del Sol, un conductor cerrará los ojos.

Precisiones

No obstante, la práctica demuestra que **no resulta fácil tal distinción**. Sirva de ejemplo el célebre caso resuelto por el Tribunal Supremo discutido por la doctrina, entre otros, por el ya mencionado *Silva Sánchez*. Nos referimos al supuesto en que un sujeto, junto con la víctima y otro amigo, después de haber estado bebiendo copas, decidieron ir a la bodega de uno de ellos para continuar bebiendo y cuando el procesado se encontraba agachado para sacar vino de una barrica y con las piernas separadas, hallándose de espaldas a quien resultó víctima, este agarró a aquel, fuertemente, por los genitales, en cuyo momento, el procesado, al sentirse dolorido, giró bruscamente su cuerpo empujando con el codo a la víctima quien perdió el equilibrio cayendo al suelo y golpeándose la cabeza, por lo que los dos amigos le trasladaron en un automóvil hasta las inmediaciones de su domicilio, sin dar importancia al accidente y no queriendo el agredido ir al médico. Sin embargo, resultó que tenía una contusión frontoparietal izquierda y hematoma aparenquimatoso, y falleció horas después. El tribunal consideró que el empujón se realizó de manera maquina, fruto de un movimiento corporal instintivo al sentir el dolor producido por la presión ejercida sobre sus órganos genitales, por lo que tal movimiento corporal no puede estimarse como constitutivo de una acción penalmente relevante. Sin embargo, *Silva Sánchez* lo califica de un acto «cortocircuito» ya que resulta dudoso que siempre que se produzca un estímulo de las características del caso se produzca la misma reacción en forma de giro brusco y golpe con el codo al sujeto pasivo. Esta reacción está afectada por la personalidad del sujeto. Un movimiento reflejo habría sido un movimiento hacia la zona dolorida y no un giro brusco (TS 23-9-83, EDJ 10552).

6716 Movimientos ejecutados durante el sueño normal o sonambulismo

Finalmente, tampoco son considerados acción, desde una perspectiva penal, los movimientos llevados a cabo durante el sueño normal o durante el sonambulismo tampoco son considerados acción, desde un **punto de vista jurídico penal**.

Resulta, sin embargo, dudoso el caso de quien actúa en estado de hipnosis. Si bien la mayor parte de la doctrina considera que sí hay acción porque el sujeto hipnotizado no queda privado totalmente de su voluntad, lo que no implica que no pueda reconocerse inimputabilidad.

6718 Excurso: «Actio libera in causa»

No obstante lo anterior, **existe una excepción** por la que en ausencia de acción o de omisión se atribuye voluntariedad en sus actos al sujeto. Esto ocurre cuando se produce la denominada *actio libera in causa*. Esta se identifica con aquellas situaciones en las que un sujeto ha actuado en ausencia de acción o de omisión, porque se encuentra en un estado de inconsciencia, pero ha sido él mismo el que se ha situado en dicho estado de forma voluntaria.

De este modo, estas acciones se consideran libres en su causa porque en el momento de ejecutarlas existe ausencia de acción o de omisión pero **es posible atribuir voluntad al sujeto** en la realización si se acude al momento en que se colocó en el estado de ausencia de acción o de omisión.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, al señalar que «la teoría de la *actio libera in causa* parte de una previa capacidad de culpabilidad del sujeto que pierde conscientemente para cometer el hecho, bien por falta de valor para ejecutarlo, bien como consecuencia de ponerse a cubierto de una posible responsabilidad criminal por su estado de incapacidad mental, buscándose, como dice el Código penal italiano, "una excusa", es claro que tal resorte no puede ser aplicado a situaciones como la juzgada de alteraciones o anomalías mentales permanentes, es decir, enfermedades mentales crónicas o muy cronicables, pues en tales supuestos el sujeto es inimputable con anterioridad a dar comienzo a la ejecución del hecho, sin que pueda controlar, o no, su disposición a liberar una causa de excepción a su responsabilidad criminal, lo que no sucede, por el contrario, ni en el propio trastorno mental transitorio, ni en la drogadicción o en sustancias de efectos análogos, razón por la cual el sistema legal responde a una explicación científica, y por ende, el motivo no puede ser estimado», citando la sentencia TS 14-4-93, EDJ 3545 (TS 31-5-16, EDJ 80322).

3. Causas de atipicidad

6725 Para que un sujeto lleve a cabo un ilícito penal, además de realizar una conducta voluntaria, consciente, este actuar deberá corresponderse con un tipo penal. Es decir, es necesario que coincida con lo previsto en la descripción normativa de un delito. De lo contrario, la acción no será típica y no se seguirán evaluando los demás requisitos exigibles del delito.

Teniendo en cuenta esto, y a modo de ejemplo, cuando el CP art.138 tipifica la muerte de otro, para que una conducta sea subsumible en él será necesario que un sujeto mate a otro sujeto, por lo que si la muerte es de un insecto o su conducta consiste en arrancar unos hierbajos de su jardín, aunque se esté quitando la vida de un ser vivo, estas conductas no serán subsumibles en el tipo penal porque ese «otro» del precepto, se refiere a un ser humano.

Siendo esta la forma más burda de atipicidad, puede ocurrir que un sujeto mate a otro y, sin embargo, dicha conducta, tampoco sea típica.

Grosso modo, los motivos por los que una conducta aparentemente subsumible en el tipo no resulta típica serán la concurrencia de un error de tipo invencible o la ausencia de imputación objetiva (también sería atípica la conducta imprudente que no tenga prevista sanción penal).

6727 Error de tipo

En el CP art.14 se prevé la respuesta del ordenamiento jurídico ante el denominado error de tipo, es decir, ante el desconocimiento o error por parte del sujeto relativo a la existencia de alguno o algunos de los hechos que constituyen la infracción penal.

Conforme a lo previsto en este precepto, solo será atípica la conducta derivada de un **error invencible**, ya que cuando este sea vencible será castigada como imprudente, siempre y cuando sea punible.

El carácter de vencible o invencible viene determinado por las condiciones en las que se encontraba el sujeto para evitarlo o para haberlo podido prever. De este modo, si empleando el debido cuidado el sujeto hubiera podido evitarlo, el error será vencible, mientras que si el error se encontraba fuera incluso de posibilidad de previsión, se considerará invencible.

Señalado lo anterior, y aunque no procede detenerse en el análisis de las distintas clases de error de tipo y sus particularidades, debe advertirse que el error *in persona* será irrelevante tanto si es vencible como invencible, salvo que tuviera consecuencias en la calificación de los hechos.

Finalmente, independientemente de la clase de error ante la que nos encontremos, este debe probarse «como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación» (TS 24-2-15, EDJ 26815).

6729 Ausencia imputación objetiva

Aun a riesgo de simplificar en exceso la **Teoría de la Imputación Objetiva**, no puede faltar una breve alusión a ella en el ámbito de la tipicidad de la conducta. Y es que, para que una acción, entendida en sentido amplio, sea típica es necesario que exista una relación de causalidad entre esta y el resultado producido, es decir, la lesión del bien jurídico protegido (o su puesta en peligro).

En la actualidad se exige que el resultado se pueda imputar objetivamente a la conducta llevada a cabo por el sujeto, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores más allá de la relación de causalidad naturalística. De este modo, la conducta del sujeto debe ser *condictio sine qua non* del resultado, pero también **deberá lesionar** los siguientes principios (TS 26-11-08, EDJ 222314):

A. Principio de confianza. En este principio se apoyan los miembros de la sociedad en su conjunto, ya que se confía en que cada uno de los demás respete las reglas establecidas para evitar la puesta en peligro de un bien jurídico. Siendo esto así, si un sujeto va cumpliendo con las distintas normas del tráfico vehicular, por ejemplo, y un peatón cruza por un lugar no indicado, desencadenando un accidente que le produce la muerte o lesiones, aunque estas

han sido derivadas de la acción del sujeto que iba conduciendo, no se le puede imputar el resultado de lesiones o muerte por no haber evitado al peatón, ya que en virtud del principio de confianza, el sujeto no tenía que prever el cruce de un peatón en ese lugar.

B. Principio de riesgo permitido. Este principio parte del presupuesto de que, para que exista progreso, es necesario poner en riesgo bienes jurídicos. No obstante, este riesgo está delimitado a través de normas que regulan las actividades peligrosas o creadoras de riesgos. Teniendo en cuenta esto, al sujeto que cumple escrupulosamente con las normas no se le puede imputar objetivamente el daño derivado de su conducta porque forma parte del riesgo autorizado.

De esta manera, solo **se atribuyen al agente** las lesiones o riesgos concretados, cuando se comprendan por el tipo penal, derivados solo de determinadas conductas. Siendo esto así, se atribuirá al sujeto un resultado causado por una conducta humana (en el sentido de la equivalencia de las condiciones), si dicha acción ha creado (o aumentado) un peligro jurídicamente desaprobado, y el peligro se ha materializado en el resultado típico. Así, es relevante tanto el peligro creado y el resultado, como el carácter jurídicamente desaprobado de ese peligro.

4. Causas de justificación

6735 Una vez que se ha llevado a cabo una conducta humana de forma voluntaria y que es subsumible en un tipo penal, esta deberá ser antijurídica, es decir, contraria a Derecho. Para ello será necesario que el actuar concreto no esté permitido por la ley porque si no se justificará la conducta del sujeto y se considerará acorde a Derecho.

La ley penal contempla en el CP art.20.4, 5 y 7 los **supuestos** por los que una conducta típica es legítima. En ellos se establece que está exento de responsabilidad criminal: el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos; el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber; y el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

6737 Legítima defensa (CP art.20.4)

La legítima defensa se identifica con aquella **defensa necesaria** para repeler una agresión injusta, antijurídica, a bienes jurídicos, intereses propios o ajenos.

En la actualidad se le atribuye una naturaleza justificativa. De este modo, forma parte de las causas de justificación que prevé la ley. La doctrina mayoritaria considera que esta previsión responde a un doble fundamento, individual y colectivo ya que únicamente permite la defensa, la protección, de bienes individuales pero no sitúa al agresor y al defensor en una posición igualmente válida frente al orden jurídico (mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma), sino que el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho.

Deteniéndonos en lo que a su regulación se refiere, para que sea admisible esta causa de justificación, es necesario que se cumplan los siguientes **requisitos**:

- agresión ilegítima;
- necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión;
- falta de provocación suficiente por parte del defensor.

6738 Agresión ilegítima

El primero de los requisitos que exige la ley para admitir que un sujeto ha obrado en legítima defensa es que dicho actuar sea respuesta a una agresión ilegítima. Por «agresión», tradicionalmente, la jurisprudencia ha entendido «acometimiento físico violento contra la persona». Se trata de un **concepto muy restringido** de agresión que, sin embargo, concuerda con el lenguaje ordinario. No obstante, en la actualidad se admiten ataques a bienes inmateriales como la honestidad y el honor, así como la agresión sin acometimiento físico. Este entendimiento de la agresión tiene perfecto encaje con la previsión legal, la cual habla de **defensa de la persona y de sus derechos**, como dos alternativas de igual valor, lo que no sería posible si se exigiera el carácter físico.

Parece que dicha agresión debe provenir de una persona, y así lo exigen doctrina y jurisprudencia, si bien en sentencia de la AP Sevilla se admitió la legítima defensa de un hombre mató a un perro porque estaba atacando a su nieta (AP Sevilla 4-2-00, EDJ 10614). Por otro lado, tampoco está clara la admisibilidad de esta causa de justificación en supuestos de inexistencia de acción, por ejemplo frente al acto de un sonámbulo, ni de imprudencia, ya que falta el matiz energético, la voluntad de lesionar.

Para que se cumpla con el primer requisito, la agresión deberá ser ilegítima, es decir, **contraria a Derecho**, lo que no implica que deba ser típica.

No obstante, **se exceptúa** en los supuestos de agresión ilegítima al patrimonio y a la morada o sus dependencias, los cuales sí deberán ser reconducibles a un ilícito penal. Además, en el primero de estos casos, junto con que la exigencia de tipicidad, será necesario que se ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminente del bien protegido.

Precisiones

La doctrina ha criticado estas restricciones y aboga por una **unificación de criterio** que evite problemas interpretativos, los cuales resultan más patentes en el caso de la legítima defensa frente a la entrada indebida en la morada o sus dependencias. Y es que, tradicionalmente, la entrada indebida en las dependencias no constituye allanamiento de morada, por lo que no parece que la conducta pueda ser típica. Por otro lado, del texto se desprende que solo se contempla la legítima defensa frente a la entrada, mientras que el tipo de allanamiento de morada contempla tanto la entrada como la permanencia en la morada sin el permiso del morador. Resulta un sinsentido que no quepa legítima defensa frente a la permanencia en la morada, y sí respecto de la entrada.

6739 Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

El segundo requisito legal es el referido a la «necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión». Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han desdoblado este requisito en dos, distinguiendo entre necesidad de la defensa en abstracto y necesidad de la defensa en concreto:

a) La necesidad **en abstracto** se identifica con la necesidad de que la agresión sea actual o inminente.

Se trata de establecer unos **límites cronológicos** a la legítima defensa, que impiden la concurrencia de legítima defensa si la agresión ha concluido o si todavía no es inminente. En definitiva, se niega la legítima defensa preventiva. Si se respondiese ante una agresión ilegítima no actual o inminente, se produciría un exceso extensivo de la defensa, tal y como lo califica la jurisprudencia.

Junto a los límites temporales del desenvolvimiento de la legítima defensa será necesario también que se ponga en grave **peligro inminente** los bienes jurídicos defendidos y que la defensa sea el único medio para que no se consuma la agresión o para que esta finalice. Teniendo en cuenta esto último, parece que si cabe la huida, no sería admisible la legítima defensa. No obstante, se ha considerado que sí es posible actuar en legítima defensa en estos supuestos porque la huida siempre es deshonrosa. Dicho esto, en la actualidad se entiende que habrá que estar al caso concreto ya que, por ejemplo, si el agresor es un enfermo mental o un niño, parece que se deberá huir antes que repeler o evitar la agresión, si se tuviera esta opción.

b) Por otra lado, la necesidad de defensa **en concreto**, supone que debe haber racionalidad en el medio defensivo interpuesto, de tal manera que en el caso en que el medio empleado sea irracional, estaremos ante un exceso intensivo, tal y como lo define la jurisprudencia.

Para determinar si un medio empleado es racional, no existen pautas fijas. Será necesario evaluar la índole de la agresión y los medios de los que se dispone en el momento concreto para impedir o repelerla. De este modo, no se exige que la respuesta defensiva sea absolutamente proporcional (aunque, alguna Sentencia vincula la racionalidad del medio empleado con su proporcionalidad (AP Barcelona 30-5-11, EDJ 182778 , en la que se califica de desproporcionado el «estrellar en el rostro de su oponente un vaso de cristal»). Lo realmente determinante será que, de entre los medios de los que un sujeto disponga para repeler o impedir la agresión, seleccione el que **menor daño produzca** al agresor, de tal manera que si solo cuenta con un medio para defenderse, la ley no puede obligarle a soportar la agresión (TS 21-6-07, EDJ 70231).

Otro problema que se plantea respecto a la racionalidad del medio es si cabe o no interponer los denominados **offendicula**, aquellos medios defensivos que se activan de forma automática cuando se produce la agresión (ejemplo: valla eléctrica). La doctrina considera que se debe estudiar caso por caso pero, en general, serán admisibles cuando sean racionales y cuando sean claramente perceptibles para el eventual agresor. Así, por ejemplo, no sería admisible una valla electrificada que no se avise pero sí lo son unos cristales encima de una tapia.

6740 Falta de provocación suficiente por parte del defensor

El último de los requisitos exigidos es la «falta de provocación suficiente por parte del defensor». El sentido de este requisito es impedir que quien ha provocado la agresión pueda alegar legítima defensa. Obviamente, no bastará cualquier provocación, sino que deberá ser «suficiente», lo que significa que si la agresión ha sido provocada pero su índole no **guarda proporción** con la provocación previa, entonces sí podrá concurrir legítima defensa.

En la evaluación de este requisito, se plantea un problema respecto a los supuestos en los que la legítima defensa se alega en el transcurso de una **pelea o riña aceptada por ambas partes**. El Tribunal Supremo ha establecido que, en casos de riñas aceptadas por las dos partes no cabe legítima defensa porque no se cumple con el requisito de falta de provocación suficiente por parte del defensor. En estos casos se entiende que hay provocación recíproca y esto excluye apelar a la legítima defensa. No obstante, la doctrina matiza esta afirmación advirtiendo que habrá que

estar de nuevo al tenor literal del requisito. Si los contendientes deciden pelearse con los puños y en el transcurso uno saca un arma, sí cabe legítima defensa (TS 10-2-05, EDJ 71503).

Precisiones

No se considera **provocación suficiente** rozar un vehículo ya que son innumerables los incidentes de este tipo que diariamente cursan con un simple parte amistoso a las compañías aseguradoras (TS 18-12-01, EDJ 56466).

6741 Restricciones

Lo expuesto en los marginales anteriores, sin embargo, se enfrenta a importantes restricciones. El art.2 del **Convenio Europeo de Roma de 1950**, de 4 de noviembre, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales recoge el derecho de toda persona a la vida al tiempo que prevé una serie de excepciones: el precepto no se vulnera cuando la muerte se causa en defensa de una persona contra una agresión ilegítima. La cuestión que se plantea es cómo interpretar el concepto de persona que aparece en la citada norma. El **Tribunal Supremo** (TS 23-11-10, EDJ 259026) y la **doctrina mayoritaria** vienen sosteniendo que el citado precepto del Convenio Europeo restringe el derecho a la legítima defensa, de modo que solo se puede causar la muerte de una persona en legítima defensa de la vida, la salud, y la integridad (incluida la autodeterminación sexual).

6742 Estado de necesidad

El estado de necesidad está previsto como causa general de exención de responsabilidad criminal en el CP art.20.5 . Sin embargo, desde que *Berner* plantease su Teoría diferenciadora, la doctrina le ha venido atribuyendo una **doble naturaleza**, considerando que puede concurrir como causa de justificación o como causa de exclusión de la culpabilidad.

La diferencia entre una causa y otra radica en el **conflicto de intereses** que se produce. De este modo, cuando el conflicto es entre intereses de distinto valor, rige el principio de interés preponderante y, en estos casos, el mal que se causa se puede justificar por el Derecho, es una causa de justificación, por encontrarse en estado de necesidad si es menor que el que se trata de impedir. Por el contrario, cuando el conflicto se produce entre intereses de igual peso o cuando el mal que se causa es idéntico al evitado, esta conducta no puede ser justificada por el Derecho, pero sí no reprochada, de manera que se exculpa la conducta, como veremos en el apartado de las causas de exculpación.

En el Código Penal no se lleva a cabo esta distinción pero se puede identificar en los requisitos previstos. Tampoco se lleva a cabo una enumeración ni definición de las situaciones de necesidad sino que, simplemente, se excluye la respuesta penal en los casos de estado de necesidad, aunque se lesione un bien jurídico de otra persona o se infrinja un deber, siempre que se actúe para evitar un mal propio o ajeno. Teniendo en cuenta esto, se identifica el estado de necesidad con aquella situación de **amenaza grave, inminente**, para un bien jurídico propio o ajeno que únicamente puede ser eludida lesionando bienes jurídicos ajenos o dejando de cumplir un deber jurídico.

Esta situación de necesidad debe diferenciarse claramente de las situaciones de legítima defensa con las que solo tiene en común: el conflicto de intereses ante una amenaza para bienes jurídicos propios o ajenos, que resuelve el sujeto lesionando bienes jurídicos. En el estado de necesidad la amenaza no procede de una agresión ilegítima (ejemplo: hurto para no morir por inanición, AP Madrid 17-9-04, EDJ 145442) como ocurre en la legítima defensa, y además, en el estado de necesidad nunca se puede causar un mal mayor que el que se evita mientras que, en la legítima defensa ya se ha señalado que sí es posible en determinados supuestos. Finalmente, y al contrario de lo que ocurre en la legítima defensa, en el estado de necesidad el conflicto se produce entre dos intereses protegidos por el Derecho y no entre uno protegido frente a otro que no lo está.

6743 Señalado lo anterior, corresponde analizar los **requisitos** exigidos para que se admita la actuación en estado de necesidad, como causa de justificación (CP art.20.5):

- el **mal causado** deberá ser menor que el que se trata de evitar;
- la situación de necesidad **no** puede haber sido **provocada intencionadamente** por el sujeto. Esta cláusula plantea algunos problemas interpretativos, en los supuestos en que se actúa en estado de necesidad de un tercero o en caso de auxilio necesario. Y es que habrá que determinar quién es el sujeto que no debe haber provocado la situación de necesidad, si quien produce el mal para evitar otro menor, o quien se auxilia. La doctrina entiende que solo excluye el estado de necesidad la provocación dolosa de la propia situación de necesidad. La jurisprudencia, sin embargo, ha sido más errática en sus soluciones y no existe una jurisprudencia constante;
- el necesitado no puede tener por su oficio o cargo **obligación de sacrificarse**. De este modo, aquellos cuya profesión comporta un sacrificio podrán alegar estado de necesidad pero de un modo más restrictivo.

6745 Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo responde a un **doble fundamento**, formal y material. Por un lado, en lo que a su fundamento formal se refiere, se basa en el principio de unidad del

ordenamiento jurídico, conforme al cual se exige eliminar las posibles contradicciones normativas y valorativas que puedan presentarse en él. De este modo, aunque resulta una tautología referirlo y quizá se podría prescindir de su previsión, quien obra de acuerdo con el Derecho obra justificadamente. Pero, por otro lado, se fundamenta también en el **conflicto de intereses** que se produce, resolviéndose a favor del interés público concreto.

La doctrina tiende a reducir la referencia del apartado 7 del CP art.20 a las cuatro causas de justificación: cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, ejercicio legítimo de un oficio y ejercicio legítimo de un cargo; a dos: cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.

En relación con el cumplimiento de un deber, este deberá ser un **deber jurídico** (AP Palencia 26-1-98, EDJ 68852). Resulta habitual que el deber sea de carácter profesional, por eso se confunde esta causa de justificación con el ejercicio legítimo de un cargo.

El caso más característico es el empleo de la fuerza de la violencia, por las **fuerzas y cuerpos de seguridad**. Al respecto se plantean dudas en relación al **alcance del amparo del despliegue de violencia típica**. Parece que, en estos casos, se exige que la violencia sea ejercida por un agente en el desempeño de sus funciones y que exista necesidad del recurso a la fuerza, adecuación de la misma y que sea proporcional (AP Málaga 2-5-03, EDJ 168766). No obstante, aquí no tendría cabida el disparo doloso, el cual, considera la doctrina dominante, únicamente está legitimado en legítima defensa propia o de otro.

En lo que al **ejercicio legítimo de derechos** se refiere, se entiende que quien ejercita un derecho no puede obrar en contra del Derecho. Para que se considere que se actúa de tal modo, es necesario que se lleve a cabo la conducta **dentro de los límites** del citado derecho.

En este contexto, la doctrina distingue según se trate de derechos profesionales o **no profesionales**. Dentro de estos últimos se encuentran el *ius corrigendi*, de los padres, madres o tutores en relación con los hijos, en el que no se encuentran amparadas las lesiones, o el ejercicio legítimo de la práctica del deporte, donde será relevante el consentimiento ante el riesgo ante las lesiones deportivas, siempre y cuando se respeten las reglas del juego, o el ejercicio de un derecho mediante vías de hecho, lo que supone el ejercicio de un derecho al margen de los Tribunales y en contra de la voluntad de otra u otras personas (como es el caso en que un sujeto se lleva lo que es suyo en contra de la voluntad de otro). Por su parte, en el caso de los **derechos profesionales**, estos se encuentran habitualmente reglados. Aquí se comprenden el derecho a la información de los periodistas frente a acusaciones de violar el honor o la intimidad de las personas, el derecho al secreto profesional de los abogados, aunque suponga encubrimiento de un delito, o el secreto profesional de los médicos respecto a sus pacientes.

5. Causas de exculpación

6750 Con independencia de discusiones doctrinales en relación al lugar donde se ubica el dolo, si corresponde a un elemento del tipo o forma parte de la culpabilidad, existe cierto consenso en relación a los requisitos que deben concurrir en un sujeto para reprocharle penalmente la realización de una acción típica y antijurídica: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y posibilidad de actuar acorde al Derecho.

Siendo esto así, si alguno de los requisitos anteriores no está presente no se podrá calificar la conducta delictiva de culpable.

En el Código Penal se prevén causas por las que esto puede ocurrir, distinguiéndose entre causas de inimputabilidad (nº 6752 s.), error de prohibición (nº 6756) y causas de inexigibilidad de una conducta distinta (nº 6758 s.).

6752 Causas de inimputabilidad

Estas son:

- minoría de edad (CP art.19);
- anomalía o alteración psíquica alteración psíquica o trastorno mental transitorio (CP art.20.1);
- estado de intoxicación plena o síndrome de abstinencia (CP art.20.2);
- alteraciones en la percepción desde el nacimiento (CP art.20.3).

6753 La **minoría de edad** como causa de exculpación debe matizarse ya que sí se reconoce la responsabilidad penal del menor de edad, mayor de 14 años. De este modo, en puridad se debe señalar que la inimputabilidad es del menor de 14 años pero, conforme al Código Penal, solo se exigirá responsabilidad penal a los mayores de 18, reservándose para los menores de entre 14 y 18 años una regulación específica. Al respecto nos remitimos al apartado de este Memento dedicado a la Responsabilidad penal de los menores (*Tapia Ballesteros, P.*) (nº 6893 s.).

Teniendo en cuenta esto, se presume *iuris et de iure* que los menores de 18 años son inimputables de acuerdo al Código Penal, mientras que los mayores son imputables *iuris tantum*. Es decir, se presume su imputabilidad salvo que concurra alguna de las causas previstas en el CP art.20.1 a 3 .

6754 De este modo, en los tres primeros apartados del art.20 se prevén los **supuestos** en los que un sujeto es considerado inimputable debido a que, en el momento de llevar a cabo el ilícito penal, no se encuentra en plenas facultades mentales:

a) Quien cuenta con una **anomalía o alteración psíquica** que le impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. En relación con esta causa, se critica la **falta de rigor médico-legal**.

En cualquier caso, en ella se comprenden las oligofrenias agudas, las psicosis endógenas (esquizofrenia-paranoide, psicosis delirante, psicosis maniáco depresiva) y las psicosis exógenas (producidas por causas externas, como son las neurosis y las psicopatías).

Además, se contempla la posibilidad de que el trastorno sea transitorio, siempre y cuando no haya sido provocado por el propio sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera podido o debido prever su comisión.

b) Quien se halla en **estado de intoxicación plena** por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Remisión al apartado de las circunstancias atenuantes, donde se señala las diferencias entre esta causa de exculpación y la circunstancia atenuante.

c) El que, por sufrir **alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia**, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. Se plantean problemas de delimitación entre esta causa de inimputabilidad y el error de prohibición el cual, como se señalará a continuación, está relacionado con la falta de conciencia de la ilicitud de los actos.

6756 **Error de prohibición**
(CP art.14.3)

Una vez que se ha descartado la eventual inimputabilidad del sujeto que ha realizado un ilícito penal, es necesario que este sujeto haya obrado con conciencia de la antijuridicidad de sus actos para que se le considere culpable. De lo contrario, incurrirá en un error de prohibición. Se entiende como tal el error sobre la **ilicitud del hecho** constitutivo de la infracción penal.

Al igual que ocurría en el error de tipo, el error de prohibición podrá ser calificado de **vencible o invencible** y solo este último error deriva en una exención de la responsabilidad penal del sujeto, mientras que cuando el error se considere vencible se aplicará la pena prevista para el caso concreto inferior en uno o dos grados (TS 21-5-12, EDJ 107924).

Precisiones

El Tribunal Supremo ha consolidado su doctrina en relación al error de prohibición. Entre otras cuestiones, se establece que «la apreciación del error de prohibición **no puede basarse** solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis -nos dice la sentencia TS 27-2-03, EDJ 4268 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento» (TS 22-12-14, EDJ 261492).

6758 **Causas de inexigibilidad de una conducta distinta**

Finalmente, para que pueda reprocharse penalmente a un sujeto su actuar delictivo, es necesario que se le pueda exigir una conducta distinta a la que realizó, es decir, una conducta acorde a Derecho. Esto se fundamenta en la imposibilidad de imponer **conductas heroicas o extraordinarias** a los legislados porque la ley se dicta para personas normales en situaciones normales.

De modo explícito se reconoce esta premisa en el CP art.195.1 cuando sanciona a «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo **sin riesgo propio ni de terceros** [...]», así como en el CP art.450.1 del mismo cuerpo legal al tipificar a «El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, [...]».

Junto a estas causas de inexigibilidad de realizar la conducta debida, en favor de la integridad física propia, se contemplan otras generales en el art.20 CP . Se trata de **permisos débiles**, vinculados con la idea de inexigibilidad de una conducta distinta, acorde al Derecho, que nada tienen que ver con las causas de justificación.

6759 Estado de necesidad

En el estudio de las causas de justificación ya anunciamos que se atribuía distinta naturaleza al estado de necesidad (CP art.20.5), según el **conflicto de intereses concreto** que se produjera. De este modo, en el estado de necesidad como causa de exculpación, el conflicto se produce entre bienes de igual valor.

Existen **ejemplos** clásicos que ayudan a clarificar su sentido: náufrago que mata a otro náufrago para comer su carne y poder sobrevivir o la tabla de Carneades, referido al náufrago que impide que otro náufrago se agarre al madero que se hundiría con el peso de los dos.

Orts Berenguer y González Cussac plantean otros más cercanos a nuestra realidad y donde los bienes jurídicos enfrentados no son la vida, sino la propiedad privada: «Agricultor que para evitar la sequía de su huerta, se apropia del agua que correspondía a su vecino.» o el caso de «Quien para evitar que el incendio llegue a sus árboles, tala los del vecino».

En todos los casos referidos, no es posible ponderar los bienes jurídicos en conflicto ya que el Derecho debe proteger a ambos por igual, sin embargo, tampoco se puede exigir un comportamiento distinto al sujeto que lleva a cabo la conducta lesiva. Por ello, para que se admita la concurrencia de esta causa de exculpación, se exige que se cumplan con los siguientes **requisitos** (entre otras TS 2-10-02, EDJ 37207):

- el **mal que se produce** no puede ser mayor que el que se trata de evitar. Se entiende por mal tanto la lesión de un bien jurídico como su puesta en grave peligro;
- debe existir una **verdadera situación de necesidad**. Esto implica que exista un peligro actual, absoluto, efectivo, grave, inminente, injusto e ilegítimo para el bien jurídico que se trata de proteger;
- la **persona que la invoca** el estado de necesidad exculpante ha de saber que se encuentra en estado de necesidad. Así se desprende del texto cuando dice «para evitar...», si bien el precepto no obliga a que se logre evitar finalmente ese mal para que se pueda aplicar la eximente. (Por ejemplo, sujeto que quiere robar en un garaje privado, y al romper la puerta evita que un escape de gas termine en una explosión destrozando todos los coches);
- se deben haber **agotado todos los recursos** existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente (entre otras AP Barcelona 15-9-14, EDJ 227564);
- los **medios empleados** han de ser adecuados para alcanzar el fin perseguido para salvar al bien jurídico en peligro;
- que el sujeto necesitado **no** haya **provocado intencionadamente** (dolosamente) la situación de necesidad;
- que el necesitado no tenga, por razón de su cargo u oficio, la **obligación de asumir o sufrir los efectos del mal**.

6760 Miedo insuperable

El miedo insuperable resulta una causa de exculpación especialmente compleja ya que no se regula en otros ordenamientos de nuestro entorno y, lo más importante, el legislador nacional no le atribuye ningún contenido, de manera que se antoja complicada su definición.

La ausencia de **definición legal** ha propiciado el desarrollo de concepciones que tratan de delimitar o aclarar cuándo existe miedo insuperable. Baste en este momento conocer la propuesta por el Tribunal Supremo, la cual es de carácter exclusivamente psicológica, al considerar que el miedo es un estado psicológico personalísimo y debe haber sido causado por la amenaza de un mal a los bienes jurídicos de quien lo percibe y, en consecuencia, no deberse a ningún otro motivo.

Se entiende que esta situación incide sobre la capacidad de elección o decisión, sin llegar a anularla; de ahí que lo que interese sea ver al miedo como aquella afectación psicológica que deja al sujeto una posibilidad de actuación, pero que, en mayor o menor medida, afecta a la voluntad del sujeto.

Teniendo en cuenta esto, se pueden establecer unos **criterios** que ayuden a determinar cuándo puede admitirse la concurrencia de esta causa de exculpación en la realización de un ilícito penal de un sujeto (TS 29-1-15, EDJ 7402):

- debe existir un mal que coloque al sujeto en una situación de **temor invencible** determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. Esto implica que el miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que el miedo sea invencible, incontrolable o imposible de dominar por el **común de las personas** con pautas generales de los seres humanos, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes. Se lleva a cabo así una valoración desde la perspectiva «del hombre medio», es decir, del común de las personas. La doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo consideran que se debe tener en cuenta para comprobar la insuperabilidad del miedo: el sexo, la edad, la condición física, el oficio y los conocimientos específicos o profesionales, del autor como de la víctima, así como el lugar y el tiempo de la acción;

- el miedo ha de ser el **único móvil** de la acción. No obstante, *Rubio Lara* entiende que si concurre el miedo junto con otros móviles, en virtud del principio *in dubio pro reo*, se deberá considerar que concurre la eximente;

- el temor debe **anunciar un mal igual o mayor** que el causado. Así estaba previsto en el Código Penal anterior.

Un **ejemplo** recurrente de esta causa de exculpación, es el pago de rescate exigido por una organización terrorista a los familiares de una persona secuestrada. Otro supuesto relativamente frecuente, es el del sujeto requerido a cometer un delito ante la amenaza de lesionar a su familia (TS 16-2-06, EDJ 16025).

En ambos supuestos podría plantearse la concurrencia de un estado de necesidad exculpante, si bien se plantean dudas en relación al cumplimiento de todos los requisitos exigidos. Es por esto que se establece el miedo insuperable como alternativa a los casos en los que no pueda admitirse el estado de necesidad. En este sentido, *Cuerda Arnau* circunscribe los supuestos de miedo insuperable a los casos en que el mal temido en realidad no existe (estado de necesidad putativo), o cuando se cause un mal mayor que el que se trata de evitar, y también en determinados casos de exceso intensivo en la legítima defensa, en concreto, cuando el exceso en el medio empleado para repeler o impedir la agresión se derive del miedo.

6. Causas de exclusión de la punibilidad

6765 La doctrina discute sobre si la punibilidad comprende el último de los elementos del delito o si, por el contrario, es un elemento independiente que no configura la definición y contenido de aquel. No obstante lo anterior, resulta incontestable que existen una serie de circunstancias que, cuando concurren, impiden la aplicación de la sanción penal prevista ante la comisión de un delito.

6767 Excusas absolutorias

Las excusas absolutorias son unas **cláusulas legales** que describen determinadas circunstancias por las que se exime de pena a un hecho típico, antijurídico y culpable, en virtud de **razones político-criminales**. Claro ejemplo es la previsión del CP art.268.1 , en el que se establece que «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges [...] y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, [...]».

Las excusas absolutorias también se prevén en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en relación a las defraudaciones realizadas, cuando se reintegren las subvenciones, ayudas o desgravaciones percibidas ilícitamente y calificadas como delictivas (CP art.305, 307 y 308).

6769 No cumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad

En ocasiones, se exige el cumplimiento de condiciones objetivas para que pueda imponerse la pena. Estas condiciones son **extrañas a la propia conducta**, ajenas al sujeto que ha realizado el ilícito penal y no tienen por qué ser, ni siquiera, conocidas por él.

Un **ejemplo** de condición objetiva de punibilidad es la exigencia de que recaiga sentencia condenatoria en causa penal para crear el tipo agravado del falso testimonio (CP art.458.2).

7. Circunstancias de atenuación

6775 Las circunstancias de atenuación son una clase de circunstancias que modifican la responsabilidad penal del sujeto que ha llevado a cabo un acto delictivo o que ha participado en su realización. En concreto, estas circunstancias, disminuyen la responsabilidad penal. Se trata de **elementos accidentales** del delito que gradúan el contenido del injusto y de la culpabilidad.

En el caso de las atenuantes, se prevén de modo general en el art.21 CP , y afectarán principalmente a la determinación de la culpabilidad. Estas circunstancias serán calificadas como «generales» porque son susceptibles de concurrir en la generalidad de los tipos penales recogidos en el Código Penal, si bien cabe la posibilidad de que un delito concreto contemple alguna u algunas circunstancias especiales por las que se disminuya la pena, es decir, la responsabilidad atribuida a quien realice el ilícito penal.

6777 Eximente incompleta

Centrándonos en las circunstancias generales del CP art.21 , este da inicio con la denominada eximente incompleta. Se trata de una cláusula cuya **finalidad** es matizar la concurrencia parcial de algunos elementos esenciales del delito, la antijuridicidad y la culpabilidad. En puridad no es una circunstancia atenuante, de facto se regula su concurrencia en el CP art.68 a diferencia de la de las circunstancias atenuantes (CP art.66) pero tradicionalmente se ha reconocido junto a ellas quizá porque, al igual que las circunstancias atenuantes, disminuye la pena.

El **contenido** de la eximente incompleta se obtiene acudiendo al CP art.20 , ya que el CP art.21.1 realiza una remisión al Capítulo anterior. No obstante, esta remisión general representa un sinsentido ya que abarca tanto el citado CP art.20 , referido a las causas que eximen de responsabilidad criminal, como el CP art.19 , que versa sobre la edad necesaria para que el sujeto sea considerado responsable penalmente conforme al Código Penal. Como resulta obvio, la edad se tiene o no se tiene, es un criterio único y objetivo que no puede desgajarse de manera que en vez de considerar que se exime de responsabilidad criminal se atenúa la culpabilidad del sujeto. De este modo, hubiera sido preferible que la remisión se llevara a cabo únicamente al CP art.20 .

Advertido lo anterior, las distintas eximentes incompletas han sido delimitadas por la doctrina y la jurisprudencia, ya que la ley no establece qué requisitos son susceptibles de ausentarse y cuáles no. De este modo, a continuación se exponen las **eximentes incompletas consensuadas**, siendo las no referidas atendidas caso por caso:

a) **Legítima defensa incompleta.** Doctrina y jurisprudencia coinciden en que para aceptar la actuación en legítima defensa incompleta será necesario que exista una agresión ilegítima así como la necesidad racional en abstracto (AP Guadalajara 28-6-12, EDJ 183901). De este modo, existiendo una agresión ilegítima actual o inminente, se aprecia legítima defensa incompleta si el medio empleado para impedir la o repelerla no es racional o si el sujeto que alega la legítima defensa ha provocado de manera suficiente dicha agresión ilegítima.

b) **Estado de necesidad incompleto.** En este caso, de los tres requisitos que se prevén en el CP art.20.5 , es necesario que concurren, al menos, los dos primeros, es decir, el mal causado no podrá ser mayor que el evitado y este último no puede haber sido causado intencionadamente por quien actúa en estado de necesidad.

c) **Miedo insuperable.** En el caso del miedo insuperable, para que se considere su concurrencia como eximente incompleta, deberá concurrir un miedo inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, no siendo necesario que sea insuperable aunque sí se exige que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva de la víctima.

6779 Actuar a causa de grave adicción

A bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Esta circunstancia está relacionada con la imputabilidad y, por lo tanto, con la culpabilidad. Se trata de una **circunstancia subjetiva** que afectará en la determinación de la responsabilidad penal solo del sujeto en el que hubiera concurrido.

Resulta complejo delimitar esta circunstancia de la eximente incompleta del obrar en estado de intoxicación plena del CP art.20.2 en relación con el CP art.21.1 . Con el fin de facilitar esta tarea y aportar algo de claridad, el Tribunal Supremo ha establecido algunas **pautas** distinguiendo entre el consumo de drogas y el consumo de alcohol.

En relación con el **consumo de drogas** (TS 4-11-08, EDJ 272908).

a) Se considerará que concurre **eximente completa**:

- cuando se pueda acreditar que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica derivada de un consumo muy prolongado y muy intenso (ejemplo, los daños producidos por el consumo de heroína);
- cuando los efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos;
- cuando el sujeto se encuentre bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

b) Se considerará que concurre una **eximente incompleta**:

- cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales;
- cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad;
- cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

c) Se considerará que concurre una **circunstancia atenuante**, cuando existe una grave adicción y además se acredite que esta sea la causa del delito enjuiciado, de tal manera que el impulso del autor hacia la conducta delictiva venga condicionado por una adicción cuya gravedad se haya acreditado.

El Tribunal Supremo señala, además, que en los supuestos en que la **adicción a las drogas** sea **apreciable** es posible determinar la existencia de una afectación leve de las facultades del sujeto, dando lugar a una atenuante analógica del CP art.21.7º en relación con el CP art.21.1ª y 20.1ª y 2ª, todos del Código Penal.

6780 Estos criterios no coinciden plenamente cuando la anulación o disminución de las facultades mentales es derivada por la **ingesta de alcohol** en vez de drogas o sustancias psicotrópicas. Por lo general, en el caso del consumo de alcohol, se tiene en cuenta también el origen fortuito o culpable de la alteración de las facultades mediante el consumo de alcohol (TS 4-12-05, EDJ 225579).

- concurre **eximente completa** por trastorno mental transitorio, cuando la embriaguez es plena y fortuita;
- concurre **eximente incompleta**, cuando la embriaguez es fortuita pero no plena, siempre y cuando las facultades intelectivas y volitivas se encuentra seriamente disminuidas cuando la ejecución de los hechos;
- se entiende que es una **circunstancia atenuante**, cuando la embriaguez no es habitual ni provocada con el propósito de delinquir, que determine o influya en la realización del hecho delictivo;
- se puede apreciar **circunstancia atenuante analógica**, cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de entender ha sido leve, cualesquiera que sean las circunstancias alcohólicas que las motivan.

6782 Arrebato u obcecación

El arrebato u obcecación **consiste** en obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Es lo que se denomina, estados pasionales. Habitualmente es alegado en los casos de **violencia de género** si bien, también con frecuencia, se descarta (TS 12-12-06, EDJ 358857) aunque se puede encontrar alguna resolución donde ha sido aceptado (TS 5-10-01, EDJ 34747).

Son datos que afectan a la imputabilidad del sujeto. El **fundamento** de esta atenuante es una disminución de la imputabilidad, que nada tiene que ver con la valoración que merezcan los motivos, sino solo con su intensidad, pues no nos movemos ahora en el ámbito del injusto, sino en el de la imputación personal.

Para determinar cuándo concurre esta circunstancia, el Tribunal Supremo ha establecido que deben estar presentes una serie de **requisitos** (TS 19-12-02, EDJ 59267 ; 19-1-06, EDJ 3972):

- los estímulos han de proceder de la persona que resulta después ser la víctima de la agresión;
- la activación de impulsos ha de ser debida a circunstancias no rechazables por las normas;
- debe existir una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la emoción o la pasión con la que se ha actuado.

Respetando lo anterior, resulta evidente que si el arrebato, obcecación u otro estado pasional llegan a excluir por completo la imputabilidad, darán a lugar a la estimación de la eximente de trastorno mental transitorio (CP art.20.1) y si la disminución de imputabilidad es muy considerable puede motivar la aplicación de la eximente incompleta (CP art.21.1 , en relación con el CP art.20.1).

6784 Haber confesado la infracción a las autoridades

Esta circunstancia, junto con la siguiente, (reparar el daño o disminuir sus efectos), en el Código Penal anterior aparecían como una sola, aludiendo al arrepentimiento espontáneo.

Ambas se fundamentan en la **conveniencia político-criminal** de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño causado, y responden a la misma ratio, ya que buscan atenuar la pena de quien confiesa o ayuda a esclarecer los hechos acaecidos, y de quien repara el daño.

No obstante, no se exige el arrepentimiento, como ocurría en la legislación derogada, bastando con que se lleven a cabo datos objetivos de confesión o ayuda en el esclarecimiento de los hechos o reparación del daño.

6786 Reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos

Para considerar alguna de estas acciones como circunstancia que atenúe la responsabilidad criminal deben haberse realizado en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6788 Dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento

Esta circunstancia fue incorporada mediante la modificación del Código Penal llevada a cabo a través de la LO 5/2010 .

La dilación no se identifica con el incumplimiento de los plazos procesales sin más. Será necesario que el juez o tribunal evalúe el caso concreto, atendiendo a la proporcionalidad entre el delito y el tiempo empleado para esclarecer

los hechos, y a la paralización o inacción procesal, derivada de una falta de diligencia por parte de la Administración de Justicia.

6790 Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores

El Tribunal Supremo ha señalado que la aplicación de esta circunstancia analógica dependerá de la existencia de una analogía en la idea general en que se apoya la atenuante y no las circunstancias concretas de atenuación que están previstas en los demás apartados del CP art.21 (TS 5-6-08, EDJ 97505).

De este modo, en la sentencia citada, se acepta como circunstancia atenuante por analogía el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito porque ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor.

C. Penas y medidas de seguridad: su aplicación. Consecuencias accesorias

6792	1. Sistema del Código Penal de 1995	6795
	2. Penas	6800
	3. Medidas de seguridad	6835
	4. Penas y medidas de seguridad	6845
	5. Consecuencias accesorias	6846

1. Sistema del Código Penal de 1995

6795 El sistema penal español, a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y hasta la reforma operada mediante la LO 5/2010 , contenía lo que se ha venido a llamar por la doctrina como **modelo «dualista flexible» o «dualista mitigado»**. Esto se debe a que se preveía dos posibles respuestas o **vías ante un acto delictivo**: la pena y la medida de seguridad, permitiendo su aplicación conjunta de modo sustitutorio, en casos concretos.

De esta manera, la pena se reservaba como respuesta única a los sujetos imputables, mientras que se hacía lo propio entre las medidas de seguridad y los inimputables. Adicionalmente, se podían aplicar ambas a los sujetos calificados como semi-imputables (CP art.104).

Sin embargo, este **sistema** se ha visto **alterado en parte tras las reformas del Código Penal** llevadas a cabo por LO 5/2010 y LO 1/2015 , en las que se contemplan supuestos en los que penas y medidas de seguridad se aplican conjuntamente, de modo acumulativo, a sujetos imputables. En concreto, se prevé la imposición de la libertad vigilada, una nueva medida de seguridad que se incorpora al ordenamiento jurídico penal español con la modificación del año 2010.

6796 A modo de **resumen**:

SUJETOS		RESPUESTA PENAL		
Imputabilidad	Características	Solo Pena	Solo medida de seguridad	Pena y medida de seguridad
Imputable	Entre 14 y 18 años (LO 5/2000) Plenas facultades mentales.	NO	SI	
	A partir de 18 años (CP)	SÍ	NO	SÍ, solo para determinados delitos.
Inimputable	Menores de 14 años.	NO	NO	NO
	Los señalados en el CP art.20.1, 2 y 3	NO	SÍ	NO
Semi-imputable	Sujetos imputables en los que concurre una eximente incompleta (CP art.21.1)	NO	NO	SÍ, de modo sustitutorio con la pena.

6800 Clases

El Capítulo I del Título III del Libro I del Código Penal de 1995 versa «De las penas, sus clases y efectos», enumerándose las clases de penas en la Sección 1ª (CP art.32 a 34). Dichas penas son clasificadas conforme a su duración (gravedad), naturaleza y carácter principal o accesorio.

6802 En relación con la **gravedad y naturaleza** de las penas, sirva el cuadro siguiente para conocer las distintas penas y su clasificación en función de los criterios señalados (Capítulo I, secciones 2ª, 3ª y 4ª):

Duración	NATURALEZA			
	Privativas de libertad	Privativas de otros derechos	Multa	
GRAVE	<ul style="list-style-type: none"> Prisión permanente revisable. Prisión superior a 5 años. 	<ul style="list-style-type: none"> Inhabilitación absoluta Privación de la patria potestad 		
		Superior a 5 años		<ul style="list-style-type: none"> Inhabilitaciones especiales. Suspensión de empleo o cargo público. Privación del derecho a residir o acudir en un determinado lugar. Prohibición de aproximarse a la víctima u otros. Prohibición de comunicarse con la víctima u otros.
		Superior a 8 años		<ul style="list-style-type: none"> Derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores. Derecho a la tenencia o porte de armas.
MENOS GRAVE	Prisión de 3 meses hasta 5 años.	Hasta 5 años	<ul style="list-style-type: none"> Inhabilitaciones especiales Suspensión de empleo o cargo público. Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales (desde 1 año y 1 día) 	Más de 3 meses. Proporcional (salvo las de personas jurídicas)
		De 6 meses a 5 años	<ul style="list-style-type: none"> Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. Prohibición de aproximarse a la víctima u otros. Prohibición de comunicarse con la víctima u otros 	
		Desde 1 año y 1 día hasta 8 años	<ul style="list-style-type: none"> Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores Privación del derecho a la tenencia y porte de armas. 	
		Trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a 1 año.		
LEVE		De 3 meses a 1 año	<ul style="list-style-type: none"> Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. 	Hasta 3 meses
		Inferior a 6 meses	<ul style="list-style-type: none"> Privación del derecho a residir o acudir en determinados lugares. Prohibición de aproximarse a la víctima u otros (desde 1 mes). Prohibición de comunicarse con la víctima u otros (desde 1 mes). 	
		<ul style="list-style-type: none"> Localización permanente de 1 día a 3 meses. Trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días. 		

6804 Junto a la clasificación anterior, ya se ha advertido que también se distingue entre penas principales y accesorias (CP Libro I, Título III, Capítulo I, Sección 5ª).

Las **penas principales** son aquellas que se prevén en el precepto donde se describe el tipo penal, mientras que las accesorias, por lo general, están previstas en la Parte General (Libro I) y van asociadas a la imposición de una principal, si bien en ocasiones se establecen en el precepto del delito tanto la pena principal como la accesoria.

Esta asociación con las penas principales tiene una de sus manifestaciones en la determinación de la duración de la pena, ya que coincidirá con la de la pena principal, salvo que se establezca lo contrario (CP art.33.6). No obstante, y a pesar de que dicha vinculación es un mandato legal, los Jueces y Tribunales tienen la obligación de imponerlas explícitamente en la sentencia condenatoria (CP art.79).

6806 Teniendo en cuenta lo anterior, y sin perjuicio de disposiciones específicas, las **penas accesorias** se asocian de la siguiente manera con las principales (CP art.55 a 57):

Pena principal		Penas accesorias	
PRISIÓN	# 10 años	OBLIGATORIAS • Inhabilitación absoluta (salvo que esté prevista como pena principal).	POTESTATIVAS • Inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (si hubieran tenido relación directa con la comisión del delito) • Privación de patria potestad (si hubiera tenido relación directa con la comisión del delito).
	< 10 años	Alguna o algunas de las siguientes: • Suspensión de empleo o cargo público. • Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. • Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.	
DELITO	Homicidio, aborto, lesiones. Contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral. Trata de seres humanos. Contra la libertad e indemnidad sexuales. La intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor. El patrimonio y el orden socioeconómico.	POTESTATIVAS • Privación del derecho a residir o acudir en determinados lugares. • Prohibición de aproximarse a la víctima u otros. • Prohibición de comunicarse con la víctima u otros. Duración: # 10 años, si el delito fuera grave # 5 años, si el delito fuera menos grave. Si el juez o tribunal acuerda 1 o más penas accesorias, y la pena principal concreta fuera de prisión, se establecerá para la pena accesoria una duración de entre 1 y 10 años superior al de la pena de prisión impuesta, si el delito fuera grave y entre 1 y 5 años si fuera menos grave.	
	Mismos delitos, con víctima: Sea o haya sido cónyuge o análogo, aun sin convivencia. Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente. 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. Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.	OBLIGATORIA • Prohibición de aproximarse a la víctima u otros. Duración: # 10 años, si el delito fuera grave. # 5 años, si el delito fuera menos grave.	POTESTATIVAS • Privación del derecho a residir o acudir en determinados lugares. • Prohibición de comunicarse con la víctima u otros. Duración: por un tiempo que no excederá de 6 meses, cuando tengan la consideración de delitos leves.

Pena principal		Penas accesorias	
	Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados.		

6808 No se puede terminar el apartado dedicado a las clases de penas sin aludir, al menos, a las **penas** dirigidas a las **personas jurídicas**, incorporadas al Código Penal de 1995 a través de la LO 5/2010, con la que se reconoció la responsabilidad penal de estas. Al respecto, nos remitimos al apartado de este Memento dedicado a la Responsabilidad penal de la persona jurídica (*Gómez Tomillo, M.*) (nº 7028 s.).

6810 Aplicación

Como es sabido, el Código Penal español no establece una pena concreta, determinada, fija, para cada uno de los tipos penales, sino que se ofrece al Juzgador un **marco legal**, lo que se ha venido a llamar «horquilla», dentro del cual este puede moverse atendiendo a las circunstancias específicas del caso.

Esto no significa que los Jueces y Tribunales puedan **individualizar la pena** de un modo discrecional ya que, en virtud del Const art.24.1, se reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva que exige que las resoluciones estén fundadas en Derecho, es decir, que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos (CP art.72). Además, el Código Penal contempla en el Capítulo II del Título III del Libro I del Código Penal las **reglas generales** que, salvo que se establezca otra cosa específica (CP art.64 y 67), se deben respetar en la realización de esta tarea.

Señalado lo anterior, antes de aplicar las referidas reglas, se antoja necesario destacar que la previsión de la pena en los preceptos de la ley penal se establece en relación con los autores de los ilícitos penales para los supuestos en que se haya llegado a **consumar la infracción** (CP art.61). De este modo, cuando en el CP art.138, por ejemplo, se prevé una pena de prisión de 10 a 15 años para el reo de homicidio, se está sancionando en el supuesto en el que el juzgado sea el autor de los hechos y que estos, efectivamente, hayan provocado el resultado de muerte, la lesión del bien jurídico protegido (vida).

Sin embargo, no es ajena a la responsabilidad penal la **participación de otros sujetos** en la realización del delito (CP art.63) así como la punibilidad de los actos dirigidos a lesionar el bien jurídico protegido que, por causas externas a la voluntad del sujeto, no llegan finalmente a lesionarlo (CP art.62). Además, se deberá considerar también la eventual **concurriencia de circunstancias** materiales o personales en la realización de los hechos delictivos, las cuales afectarán a la valoración del injusto o de la culpabilidad de los autores y/o partícipes de los mismos.

6811 Es sobre la base de estos presupuestos, y con el objeto de salvaguardar el **principio de proporcionalidad**, que la ley otorga a los jueces y tribunales unas **precisiones máximas** para facilitar la individualización de la pena, previéndose la aplicación en su mitad superior, en su mitad inferior, superior en grado o inferior en grado. Así:

a) La **pena superior en grado** se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a esta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer (CP art.70.1.1º). Por ejemplo, en el caso del homicidio, si el marco legal es pena de prisión de 10 a 15 años, la pena superior en grado será 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses.

Deberá tenerse en cuenta los límites máximos de cada clase de pena.

b) La **pena inferior en grado** se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de esta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer (CP art.70.1.2º). En el mismo ejemplo, la pena inferior en grado será 5 a 10 años menos 1 día de prisión.

En el caso de la **prisión permanente revisable**, la pena inferior en grado será de 20 a 30 años.

En los demás supuestos, los jueces y tribunales no se encuentran limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley para cada clase de pena. Sin embargo, cuando al llevar a cabo la determinación de la pena inferior en grado, el resultado sea una pena de prisión inferior a 3 meses, esta deberá sustituirse por las penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (CP art.71).

c) La **mitad superior** y la **mitad inferior** se calculan dividiendo entre dos el período concreto del marco legal. Así, en nuestro ejemplo, la pena en su mitad inferior será de 10 a 12 años y 6 meses, y en su mitad superior de 12 años, 6 meses y un día a 15 años.

Sobre los cálculos anteriores, resta añadir que los **días multas** no se podrán dividir (CP art.70.2).

6813 Conocidas las precisiones máximas para determinar la pena, corresponde mostrar cuáles son las **reglas generales** que deben respetar para su **individualización**:

1. Autoría y participación en relación con el iter críminis (CP art.62 y 63)

Participación	Grado de ejecución	
	Consumado	Tentativa
Autor	Marco penal	Inferior en 1 o 2 grados
Cómplice	Inferior en grado	Inferior en grado (autor tentativa)

6814 2. Por otro lado, en los supuestos de delitos dolosos en los que eventualmente concurren **circunstancias modificativas de la responsabilidad penal**, los Jueces y Tribunales deben regirse por las reglas previstas en el CP art.66.1 , salvo en el caso de los delitos leves. Tanto en estos últimos como en los delitos imprudentes se determinará la pena concreta conforme a su «prudente arbitrio» (CP art.66.2).

CP art.66.1	CIRCUNSTANCIAS		EFECTOS	
	Atenuantes	Agravantes	Obligatorios	Potestativos
1	1	0	Mitad inferior	
2	# 2 # 1 muy cualificadas.	0	Inferior en grado	Inferior en 2 grados
3	0	1 ó 2	Mitad superior	
4	0	> 2		Superior en grado en su mitad inferior
5	Puede	Multirreincidencia		Superior en grado (con atenuante: en mitad inferior)
6	0	0	Marco penal	Marco penal
7	# 1 Sí	# 1	Fundamento atenuatorio: Inferior en grado Fundamento agravatorio: Mitad superior	

El CP art.66 se cierra con una cláusula (CP art.66.8ª) mediante la cual se otorga la potestad a los jueces y tribunales de determinar la **pena concreta en toda su extensión** en los supuestos en que se aplique la pena inferior en más de un grado.

Con relación a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, se debe tener en cuenta los distintos **efectos de expansión** que se producen entre autores y partícipes, según su naturaleza sea personal o material. Y es que solo las relacionadas con la ejecución material del hecho o con los medios empleados para realizarlos (circunstancias de naturaleza material), afectarán a aquellos que hubieran tenido conocimiento de las mismas en el momento de la acción o de la cooperación en el delito, mientras que las personales únicamente se tendrán en cuenta para la determinación de la pena de aquellos sujetos en los que concurren (CP art.65).

6816 Vistas las reglas relativas a la autoría y participación, al *iter críminis* y la eventual concurrencia de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, resta señalar «**Reglas especiales** para la aplicación de las penas», referidas a los **concursos de delitos**, y previstas en la sección 2ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

La **regla general** está prevista en el CP art.73 , donde se regula el concurso real de delitos: la aplicación de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible.

Si esto no resultare factible, se prevé el **cumplimiento sucesivo** de las penas, atendiendo a su mayor gravedad (CP art.75), si bien el **máximo de cumplimiento efectivo** no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas, de manera que se declararán extinguidas aquellas que procedan desde dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. No obstante, se establecen algunas **excepciones** en el CP art.76.1 a este límite máximo de 20 años en aquellos casos en que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos. De este modo:

- límite máximo de 25 años de cumplimiento, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años;
- límite máximo de 30 años de cumplimiento, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años;
- límite máximo de 40 años de cumplimiento, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años, así como cuando el sujeto haya

sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años;

- en los casos en que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en las reglas específicas de esta nueva pena sobre progresión al tercer grado (CP art.78 bis) y suspensión de la pena (CP art.92).

6817 No obstante todo lo anterior, se prevén **soluciones diferentes** para determinados supuestos (CP art.74 y 77):

a) Cuando en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza: será castigado como autor de un **delito continuado** y se establecerá la pena más grave, en su mitad superior, pudiendo incluso establecer una pena dentro de la mitad inferior de la pena superior en grado (CP art.74.1).

b) Cuando se trate de **infracciones contra el patrimonio**: se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho reviste notoria gravedad y ha perjudicado a una generalidad de personas (CP art.74.2). Esto será así, siempre y cuando las ofensas no sean a **bienes eminentemente personales**, salvo las constitutivas de delitos contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten a un mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar, o no, la continuidad delictiva (CP art.74.3).

c) Cuando **un solo hecho constituye dos o más delitos**: se aplica la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que hubiera resultado de la suma de las penas que hubieran correspondido, si se hubieran sancionado separadamente las infracciones. Si fuera así, se penará cada delito por separado (CP art.77.2).

d) Cuando **uno de los delitos es necesario para cometer el otro**: se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en caso concreto, por la infracción más grave, sin poder exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos (CP art.77.3).

Para concluir este apartado referido a la aplicación de las penas, debemos llevar a cabo, de nuevo, una remisión al capítulo de este Memento dedicado a la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** (Gómez Tomillo, M.) en lo que a la determinación de sus pena se refiere (CP art.66 bis) (nº 7028 s.).

6819 **Suspensión de las penas privativas de libertad**

El capítulo III del título III del libro I del Código Penal versa sobre «Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional». Dentro de este capítulo resulta de especial importancia lo previsto en la sección 1ª en relación a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (CP art.80 a 87).

Esta institución, incorporada al ordenamiento jurídico penal español a principios del siglo XX, representa una alternativa básica a la pena privativa de libertad.

6820 En el cuadro que sigue, se describen las **situaciones** en las que se puede conceder dicha suspensión, así como los **requisitos** exigidos para que se conceda y el período de **duración** de la misma (CP art.80 y 81).

Circunstancias fácticas	Requisitos	Plazo de suspensión
Pena # 2 años Valorando: • Circunstancias del delito • Circunstancias del penado • Antecedentes penales • Reparación del daño • Efectos esperables de la suspensión	<ul style="list-style-type: none"> • Que el condenado haya delinquido por primera vez. • Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a 2 años. • Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia. 	De 2 a 5 años De 3 meses a 1 año (en las penas leves).
Pena # 2 años Reos no habituales. Valorando: • Circunstancias del delito • Circunstancias del penado • Reparación del daño	Excepcionalmente solo se requiere: Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia.	De 2 a 5 años De 3 meses a 1 año (en las penas leves).

Circunstancias fácticas	Requisitos	Plazo de suspensión
Enfermedad muy grave con padecimientos incurables	Que en el momento de la comisión del delito no tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.	
Pena # 5 años Delito cometido a causa de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.	<ul style="list-style-type: none"> • Que el condenado se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento. • Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia. 	De 3 a 5 años

Adicionalmente a los requisitos señalados, se prevé en los delitos que únicamente pueden ser perseguidos previa **denuncia o querrela** del ofendido, que este o quien le represente sea **oído por el juez o tribunal** antes de adoptar una decisión sobre la concesión de los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

6821 Además, el mantenimiento de la suspensión de la pena, puede condicionarse al cumplimiento de una serie de **prohibiciones o deberes**, dirigidos a evitar el peligro de la comisión de nuevos delitos, así como de prestaciones o medidas. De este modo el juez o tribunal, podrá establecer al condenado (CP art.83, 84):

Prohibiciones	Deberes/Obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> • Aproximarse a la víctima u otras personas que determine el juez o tribunal. • Establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. • Residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. • Conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aproximarse a la víctima u otras personas que determine el juez o tribunal. • Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización • Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine para informar de sus actividades y justificarlas. • Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. • Participar en programas de deshabitación de sustancias o comportamientos adictivos. • Cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes, en virtud de la mediación. • Pago de una multa. • Realización de trabajos en beneficio de la comunidad

6822 Todas estas condiciones podrán ser **modificadas, sustituidas o alzadas**, por el juez o tribunal conforme cambien las circunstancias del penado (CP art.85), pudiendo incluso prorrogar el plazo de suspensión de la pena, sin que exceda de la mitad de la duración del plazo fijado inicialmente (CP art.86.2). Adicionalmente, podrán también revocar la suspensión y, consecuentemente, ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad cuando el penado (CP art.86):

- sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión;

- incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas que le hubieran sido impuestos;

- facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

En el supuesto en que transcurra el tiempo establecido de la suspensión de la pena sin ningún incidente el juez o tribunal acordarán la **remisión de la pena**, siendo necesario, en su caso, acreditar la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento para que no se ordene su cumplimiento o se establezca una prórroga del plazo de suspensión por un tiempo no superior a 2 años, si es que así se aconseja para poder continuar con el tratamiento (CP art.87).

6824 **Sustitución de las penas privativas de libertad**

En la sección 2.^a del capítulo III del título III del libro I del Código Penal se regula «La sustitución de las penas privativas de libertad».

Sin embargo, con la reforma llevada a cabo mediante LO 1/2015 , de 30 de marzo, ha quedado prácticamente vacía de contenido ya que solo contempla la sustitución de las penas privativas de libertad para los **ciudadanos extranjeros**, a quienes se podrá llevar a cabo tal sustitución por la expulsión del territorio español (CP art.89).

6826 Libertad condicional

Con la LO 1/2015 , de 30 de marzo, se ha modificado profundamente la sección 3ª del capítulo III del título III del libro II del Código Penal, dedicada a «La libertad condicional» (CP art.90 a 92), afectando dicha modificación incluso a su propia **naturaleza**.

Tradicionalmente, a pesar de las críticas derivadas de la ubicación de su regulación, se calificaba como el cuarto grado penitenciario ya que la libertad condicional supone la última fase de cumplimiento de las penas. No obstante, con la reforma, se la identifica con un modo de sustitución de la pena, lo que tiene otro fundamento diferente, dirigido a limitar el uso de la privación de libertad.

Otros cambios a destacar son la atribución de la **competencia** al juez de vigilancia penitenciaria y la eliminación del cómputo para el cumplimiento de la pena del tiempo transcurrido en libertad condicional, si esta fuera revocada.

En lo que a la regulación de la libertad condicional se refiere, se establece como **plazo de suspensión** de la ejecución del resto de la pena un período de 2 a 5 años, si bien dicha suspensión y la libertad condicional no podrán ser inferiores a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento.

6827 Para acordar la libertad condicional, se tendrán en cuenta la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro con el mismo y los efectos que cabe esperar de la suspensión de la pena y de la libertad condicional. Una vez que el juez de vigilancia penitenciaria lleva a cabo esta valoración, la **concesión** de la libertad condicional depende del cumplimiento de una serie de **requisitos** que varían en función del grado de cumplimiento de la pena (CP art.90 y 91):

Grado de cumplimiento	Requisitos
3/4 Partes de la pena	<ul style="list-style-type: none"> • Calificado en 3^{er} grado. • Buena conducta. • Responsabilidad civil satisfecha.
2/3 Partes de la pena. Salvo delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupacionales, durante el cumplimiento de la pena, que hayan modificado favorablemente las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa. • Calificado en 3^{er} grado. • Buena conducta.
1/2 Parte de la pena. Se podrá adelantar, en relación a la exigencia de 2/3 partes de la pena, la concesión de libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, Salvo delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales	<ul style="list-style-type: none"> • Propuesta de Instituciones Penitenciarias e informe previo del Ministerio Fiscal y de las demás partes. • Calificado en 3^{er} grado. • Buena conducta. • Desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupacionales, durante el cumplimiento de la pena, que hayan modificado favorablemente las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa. • Participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.
1/2 Parte de la pena Salvo por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.	<ul style="list-style-type: none"> • Primera condena de prisión y que esta no supere los 3 años de duración. • Calificado en 3^{er} grado. • Buena conducta. • Desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupacionales, durante el cumplimiento de la pena, que hayan modificado favorablemente las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa.
Cumplir 70 años de edad o enfermedad muy grave con padecimientos incurables.	<ul style="list-style-type: none"> • Calificado en 3^{er} grado. • Buena conducta.

6828 Junto a los requisitos anteriores, cuando la condena sea por **delitos de terrorismo o en el seno de una organización criminal**, se exige adicionalmente que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades.

Finalmente, se debe señalar que, tal y como se establece para los supuestos de suspensión de la pena de privación de libertad en general, es posible que el juez de vigilancia penitenciaria imponga al penado el cumplimiento de alguna de las **prohibiciones u obligaciones** previstas en el CP art.83 , pudiendo **revocarse** la suspensión y libertad condicional, en caso de incumplimiento de las condiciones establecidas.

6829 Con la incorporación de la **pena de prisión permanente revisable**, a través de la LO 1/2015 , se ha establecido una regulación específica para otorgar su suspensión y la libertad condicional (CP art.92). En estos supuestos, el tribunal deberá valorar la existencia de un pronóstico de reinserción social favorable, a la vista del estudio de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas. Haciendo un breve paréntesis, llama la atención que, en esta ocasión, no se aluda directamente al juez de vigilancia penitenciaria, salvo en lo que a la revocación de la suspensión de la pena se refiere (CP art.92.3.3º).

6830 En cualquier caso, los **requisitos** para otorgar la suspensión de la pena de prisión permanente revisable y conceder la libertad condicional son:

a) Que el penado haya cumplido 25 años de su condena, siempre y cuando el penado no haya sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de 25 años o más, en cuyo caso, deberá haber cumplido 30 años.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Si se trata de una condena por delitos de terrorismo o referentes a organizaciones y grupos terroristas será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades.

En el caso de la pena de prisión permanente revisable, el **plazo de suspensión** será de 5 a 10 años.

3. Medidas de seguridad

6835 Introducción

El Código Penal de 1995 reserva el título IV del libro I (CP art.95-108) a la regulación de las medidas de seguridad, si bien, en el Título preliminar, así como en las disposiciones comunes de las penas se llevan a cabo importantes referencias a las mismas relacionadas con su aplicación.

Para aproximarnos al **concepto** de medidas de seguridad, reproducimos la definición propuesta por *Sanz Morán*, quien establece que las medidas de seguridad constituyen «un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa». La idoneidad de esta definición radica en que, por fin, se dan por resueltas algunas de las polémicas tradicionales que, en la actualidad, han alcanzado un relativo consenso doctrinal.

Siendo esto así, las medidas de seguridad **se fundamentan en** la peligrosidad del sujeto, frente a las penas cuyo fundamento radica en su culpabilidad. Comparten con estas, sin embargo, el carácter post-delictual. Y es que, tradicionalmente se confundían las medidas de seguridad con aquellos otros mecanismos dirigidos a controlar la peligrosidad, en el mejor de los casos, o el modo de vida que llevaban determinados sujetos, como ocurría con los denominados «vagos y maleantes» a quienes iban dirigidas la L 4-8-1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970. No obstante, a partir de la aprobación de la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional de forma reiterada ha manifestado que las medidas pre-delictuales vulneraban el principio de legalidad penal (Const art.25.1) al imponerse antes de que se hubiera cometido el hecho delictivo o, conforme a los supuestos concretos resueltos por el Alto Tribunal, antes de que la jurisdicción penal se hubiera manifestado sobre la comisión y culpabilidad de los mismos por el sujeto imputado (TCo 23/1986 ; 21/1987 , o 131/1987). Por otro lado, hoy en día se reconoce la **naturaleza jurídico-penal** de las medidas de seguridad. Esta característica ha sido justificada por la doctrina en base al momento en que se impone (después de cometerse un acto delictivo), a su fundamentación (preventivo especial), y, finalmente, a la observancia de los límites y garantías propios del Derecho penal en la aplicación de las mismas. Es decir, se deben respetar el principio de legalidad, entendido en sentido amplio, junto con el principio de proporcionalidad. Finalmente, se les atribuye una finalidad preventivo-especial. Esto último significa que su objetivo es evitar que el sujeto a quien se impone vuelva a delinquir neutralizando su peligrosidad, lo que se podrá alcanzar mediante técnicas correctoras (educativas, terapéuticas) o inocuidadoras (asegurativas). La doctrina

mayoritaria, y así parece lo propio de un Estado de Derecho, considera que la generalidad de las medidas deberá perseguir la reinserción social y reeducación de los delincuentes peligrosos, con independencia de que existan medidas orientadas al aseguramiento de la sociedad.

6837 Clases

Al igual que en el caso de las penas, las medidas de seguridad se clasifican conforme a su naturaleza, pudiendo distinguirse entre: privativas y no privativas de libertad. De este modo, son medidas de seguridad **privativas de libertad**: el internamiento en centro psiquiátrico, en centro de deshabitación o en centro educativo especial (CP art.96.2), mientras que serán medidas **no privativas de libertad**: la inhabilitación profesional, la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, la libertad vigilada, la custodia familiar, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (CP art.96.3).

Todo ello sobre la base de lo previsto en el precepto del Código Penal, en el que se reconoce la **peligrosidad criminal** como la fundamentación de las medidas de seguridad, aunque se vinculan los límites máximos temporales y de gravedad de las mismas con «la pena abstractamente aplicable al hecho cometido» (CP art.6). De manera que, el legislador penal español optó por la vinculación del principio de proporcionalidad con los hechos realizados.

No son pocos los autores que se han mostrado críticos con la previsión de este apartado del CP art.6 ya que, consideran, la peligrosidad criminal futura se vincula a hechos pasados y, como consecuencia, la duración de la medida no puede superar la que hubiera correspondido si se le hubiera impuesto una pena, independientemente de que la medida haya alcanzado su fin preventivo-especial. Sin embargo, también hay quien considera que usar como criterio delimitador de la duración de la medida la peligrosidad del sujeto, conlleva un riesgo importante para el respeto de garantías propias del Estado de Derecho tan relevantes como la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la dignidad humana.

6839 Aplicación

(CP Libro I, Tit IV Cap.II, art.101 a 108)

Sorprende que en este Capítulo solo se comprendan las distintas medidas de seguridad que pueden aplicarse a los sujetos en función de que los mismos sean calificados como inimputables o semi-imputables, sin aludir de un modo explícito a la posibilidad de imponer medidas de seguridad a los sujetos imputables, más allá de la referencia a la libertad vigilada y su previsión de modo acumulado a una pena.

Para concretar los supuestos en que se produce tal posibilidad, se debe acudir a los tipos concretos en los que se prevé, a lo largo del Libro II.

6840 Teniendo en cuenta lo anterior, en el cuadro siguiente se recogen las medidas de seguridad previstas para cada uno de los **supuestos**:

SUJETO	MEDIDA DE SEGURIDAD	
	No privativa de libertad	Privativa de libertad
INIMPUTABLES		
Padecer anomalía o alteración psíquica.	Internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.	Inhabilitación profesional. Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. Libertad vigilada Custodia familiar.
Art.20.2 En estado de intoxicación plena o síndrome de abstinencia.	Internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado.	Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
Art.20.3 Sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia	Internamiento en un centro educativo especial.	
Eximente incompleta en relación con 20.1, 2 y 3	Internamiento, según corresponda.	
Imputable		Libertad vigilada

6841 En los supuestos en los que se imponga una **medida de seguridad privativa de libertad**, o mientras se esté ejecutando esta, el juez o tribunal podrán imponer razonadamente una o varias de las medidas siguientes, teniendo en cuenta los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad (CP art.105):

Duración	Medida de seguridad
#5 años	<ul style="list-style-type: none"> • Libertad vigilada. • Custodia familiar.
#10 años	<ul style="list-style-type: none"> • Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga el Código. • Privación del derecho a la tenencia y porte de armas. • Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.

No obstante los plazos señalados, en virtud del fundamento de las medidas de seguridad (peligrosidad del sujeto) se prevé la **revisión** de la continuidad de la aplicación de dicha medida. Así, en el CP art.97 se establece que el juez o tribunal sentenciador podrá mantener la ejecución, decretar el cese, si es que hubiera desaparecido la peligrosidad criminal, sustituir la medida de seguridad por otra más adecuada o dejarla en suspensión. Dicha revisión, deberá llevarse a cabo, al menos anualmente, en los supuestos en que se haya impuesto una medida privativa de libertad (CP art.98). De igual manera se establece para los casos en los que se imponga la libertad vigilada a continuación de una pena privativa de libertad.

4. Penas y medidas de seguridad

6845 Ya se ha advertido que nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de que penas y medidas de seguridad se apliquen de modo conjunto en determinados supuestos. Siendo esto así, corresponde ahora explicar brevemente cuándo ocurre y cómo se lleva a cabo dicha aplicación.

El supuesto tradicional en el que pena y medida de seguridad concurren es el de los **sujetos semi-imputables**, es decir, en aquellas situaciones en las que se contempla una imputabilidad disminuida al concurrir lo previsto en el CP art.21.1 con cualquiera de los tres primeros apartados del CP art.20 del mismo cuerpo legal. En estos supuestos, en virtud del CP art.99 , el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida de seguridad, en primer lugar, cuando se trate de concurrencia de penas y medidas de libertad privativas de libertad, y el tiempo de cumplimiento de aquella se abonará del de la pena. Además, la pena puede suspenderse o aplicar una medida no privativa de libertad si, una vezalzada la medida de seguridad, se considera que los efectos conseguidos por ella se ponen en riesgo. Sirva de ejemplo, entre tantos otros, AP Baleares 11-5-15, EDJ 119328 en la que concurre la eximente incompleta de enfermo mental del CP art.21.1 en relación con los ap.1 y 3 del CP art.20 .

Distinto es el supuesto en el que la pena y la medida de seguridad se imponen a un **sujeto imputable**. En puridad, la única medida de seguridad prevista para imponer a un sujeto imputable será la libertad vigilada. En estos casos, el juez o tribunal decretará la imposición de la medida con posterioridad a la pena privativa de libertad. Así se aprecia en la Sentencia condenatoria a un sujeto por un delito continuado de abuso sexual sobre una menor de 13 años, con prevalimiento de una relación de superioridad, a una pena de 12 años de prisión, e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, prohibición de aproximarse a menos de 100 metros respecto de la víctima, su domicilio, colegio o cualquier otro lugar en el que se encuentre, así como de comunicar con ella por cualquier medio durante 15 años, así como medida de 6 años de libertad vigilada (TS 28-5-15, EDJ 105519).

5. Consecuencias accesorias

6846 Las consecuencias accesorias se encuentran previstas en el (CP título VI del libro primero arts.127-129 bis). Este título ha sido modificado ampliamente mediante la reforma del CP operada por la LO 1/2015 , de 30 de marzo, lo que ha supuesto la incorporación de los (CP arts.127 bis-127 octies) dedicados a la regulación del comiso.

Se discute cuál es la **naturaleza jurídica** de las consecuencias accesorias, ya que no pueden calificarse de penas pero tampoco de medidas de seguridad, a pesar de que son impuestas por jueces y tribunales en el proceso penal. Se trata de reacciones jurídicas ante delitos:

- en los que se produce una ganancia. Se establece el **comiso** de la ganancia, aunque en realidad la previsión del comiso en el ordenamiento jurídico penal español es más amplio, CP arts.127-128 ;
- que sean cometidos «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de **personalidad jurídica**, no estén comprendidas en el CP art.31 bis » (CP art.129). Se realiza una remisión a las penas previstas en el CP art.33.7 para las personas jurídicas, en sus apartados c) a g) donde se establece consecuencias tales como: la suspensión de las actividades, la clausura de locales o establecimientos, la prohibición de realizar en un futuro actividades relacionadas con la comisión del delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores;

• ante **delitos graves** contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o la indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas (CP art.129 bis). Se establece la posibilidad de inscribir en la base de datos policial los indicadores de ADN del sujeto.

6847 Comiso
(CP art.127-128)

La primera de las consecuencias accesorias que se contempla en el Título VI es la referida al comiso. Tal y como se ha indicado, su regulación se ha visto modificada sustancialmente, incorporándose con la LO 1/2015 siete preceptos dirigidos a ampliar los supuestos en los que puede decretar el comiso de los bienes, efectos, instrumentos o ganancias derivados de un delito. El comiso no es de aplicación preceptiva ni automática. Debe ser **instado por la parte acusadora** y el juez o tribunal puede no decretarlo o decretarlo parcialmente cuando los efectos del delito o los instrumentos utilizados para realizar el delito « sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles » (CP art.128). Siguiendo la clasificación propuesta por *Orts Berenguer/González Cussac*, se puede distinguir entre:

6848 Comiso ordinario
(CP art.127)

En el texto original del CP 1995 se preveía únicamente el comiso de los efectos, bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado un delito, así como de las ganancias que de él provengan, con independencia de las transformaciones que hayan podido producirse. Se observaba, sin embargo, una excepción, cuando estos bienes hubieran sido adquiridos por un **tercero de buena fe**.

Con la reforma del CP operada a través de la LO 15/2003 , de 25 de noviembre, se amplió su regulación permitiendo el comiso de bienes que tuvieran un **valor equivalente** a los efectos, bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado un delito, así como las ganancias derivadas de él, si es que no fuera posible su comiso. Además, se contempla la posibilidad de acordar el comiso en los supuestos en los que la persona que ha llevado a cabo el delito se calificase **exenta de responsabilidad penal** o en aquellos casos en los que se hubiera extinguido la responsabilidad criminal. Finalmente, con la reforma del 2003 se estableció que el destino de los bienes decomisados, si son de comercio lícito, será la venta para satisfacer con ella la responsabilidad civil del penado, o, si no pertenecen al comercio lícito, se les dará el destino que se tenga previsto y, si no hay nada determinado, se inutilizarán.

Esta consecuencia accesoria se vio nuevamente modificada con la LO 5/2010 , de 22 de junio. Tras la aprobación de esta reforma, en el CP art.127 se presume que **proviene de la actividad delictiva** el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas, y por lo tanto debe decomisarse. Además, por primera vez, se contempla la posibilidad de aplicar el comiso en los delitos imprudentes que tengan prevista una pena privativa de libertad superior a un año.

En la actualidad, el CP art.127 se encuentra redactado conforme a la reforma de la LO1/2015, la cual ha incorporado siete artículos más referidos a la materia, propiciando la simplificación del CP art.127 . En él, se contempla el comiso para los **delitos dolosos** y, de manera potestativa, para los imprudentes en los que se prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. Junto a esto, se mantiene la previsión referida a los supuestos en los que no fuera posible el decomiso, contemplando la posibilidad de acordar el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos.

6849 Decomiso ampliado
(CP art.127 bis)

Teniendo en cuenta la regulación del comiso ordinario, se establece una presunción que **amplía los supuestos** en los que se puede aplicar la consecuencia accesoria y los bienes a decomisar CP art.127 bis . En este sentido, se presume, a partir de «indicios objetivos fundados», que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, si no se puede acreditar su origen lícito, para un extenso catálogo de delitos sustancialmente más amplio que el de la reforma del año 2010.

De este modo, **se aplica esta presunción** a: delitos de trata de seres humanos; delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del CP art.197 y 264 ; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; delitos relativos a las insolvencias punibles; delitos contra la propiedad intelectual o industrial; delitos de corrupción en los negocios; delitos de receptación del apartado 2 del CP art.298 ; delitos de blanqueo de capitales; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; delitos contra los derechos de los trabajadores de los CP arts.311 a 313 ; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos contra la salud pública de los CP art.368 a 373 ; delitos de falsificación de moneda; delitos de

cohecho; delitos de malversación; delitos de terrorismo; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

En el apartado 2 se establece un **catálogo abierto de indicios** que sirven de guía para poder determinar si los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva. Estos son:

- la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada;
- la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes;
- la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

6849.1 Decomiso sin sentencia condenatoria

(CP art.127 ter)

Se contempla la posibilidad de acordar el decomiso aunque no exista sentencia condenatoria, siempre y cuando se haya **acreditado la ilicitud** de la situación patrimonial en un proceso contradictorio y concurra alguna de las siguientes situaciones: (CP art.127 ter)

- el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos;
- el sujeto se encuentre en rebeldía;
- al sujeto no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse extinguido.

6849.2 Decomiso de bienes de terceros

(CP art.127 quater)

Existe la posibilidad de decomisar los efectos, bienes y ganancias procedentes de la realización de un delito que hayan sido **transferidos a un tercero**, siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (CP art.127 quater)

- que el tercero haya adquirido los efectos y ganancias con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente hubiera tenido motivos para sospechar de ello;
- que el tercero haya adquirido otros bienes con conocimiento de que así dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente hubiera tenido motivos para sospechar de esa dificultad.

En ambos escenarios se **presume *ius tantum*** el conocimiento o la obligación de haber sospechado, cuando la transferencia se ha producido a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado.

6849.3 Decomiso por actividad delictiva continuada

(CP art.127 quinquies y 127 sexies)

En los CP arts.127 quinquies y sexies se regula otro decomiso ampliado, referido a la **actividad previa del condenado**, siempre y cuando el beneficio de la actividad delictiva haya superado los 6.000 euros y concurran las siguientes condiciones:

- El sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos previstos en el CP art.127 bis.1 .
- El delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada. En el precepto se establece que se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:
 - el sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto;
 - o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto;
 - o en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el CP art.127 bis , hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.
- Que existan indicios fundados de que una parte del patrimonio del penado procede de una **actividad delictiva previa**. En este sentido, a modo de guía se determina que son indicios relevantes: la desproporción entre el valor

de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada; la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes, y la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

En el contexto de este decomiso, se establecen una serie de **presunciones** relacionadas con la adquisición de bienes y gastos realizados en el período comprendido entre los seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal y el inicio de este procedimiento: (CP art.127 sexies)

- se presume que todos los bienes adquiridos en ese período de tiempo se adquieren libres de cargas y proceden de su actividad delictiva;
- se presume que los gastos realizados se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

Estas presunciones pueden no aplicarse por el juez o tribunal cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.

La regulación del comiso se cierra con una serie de **disposiciones comunes** relacionadas con su ejecución (CP arts.127 septies y 127 octies):

- se prevé la posibilidad de acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, en aquellos supuestos en los que no pueda ejecutarse el comiso de los bienes, efectos o instrumentos que procedan del delito. Y lo mismo se establece para los supuestos en los que el valor de lo decomisado sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición (CP art.127 septies).
- con el objeto de garantizar la efectividad del decomiso, se permite la aprehensión o el embargo de los bienes, medios, instrumentos o ganancias desde el momento de las primeras diligencias (CP art.127 octies 1).
- en lo que se refiere al destino de esos bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente (CP art.127 octies 3).

6849.4 Consecuencias accesorias para entes sin personalidad jurídica (CP art.129)

Remisión al estudio realizado en este mismo texto por Gómez Tomillo en F. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Penas y criterios de determinación. Responsabilidad civil.

6849.5 Toma de muestras biológicas e inscripción en la basa de datos policial (CP art.129 bis)

Esta prueba consiste en la realización de análisis para la obtención de **identificadores de ADN**. Con la LO 1/2015 se incorpora al título VI, donde se contempla la posibilidad de que el juez o tribunal decrete la recogida de muestras biológicas, el análisis pertinente para obtener los indicadores de ADN e inscribirlos en la base de datos policial ante delitos graves contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indentidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas. Para ello debe valorarse el peligro de reiteración delictiva, conforme a las circunstancias del hecho, los antecedentes, la valoración de su personalidad, o cualquier otra información de la que se disponga.(CP art.129 bis)

D. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada de delitos y faltas

6850	1. Responsabilidad civil derivada de delito: introducción. Concepto	6850
	2. Naturaleza jurídica	6855
	3. Requisitos de la responsabilidad civil derivada de delito	6860
	4. Alcance	6865
	5. Articulación de la responsabilidad: personas civilmente responsables	6880
	6. CP art.122: la participación a título lucrativo. Concepto, requisitos y límites	6885

1. Responsabilidad civil derivada de delito: introducción. Concepto

6852 Con la imposición de una pena o de una medida de seguridad no se agotan las posibles reacciones estatales ante la verificación de un hecho descrito como delito. Cabe, asimismo, la exigencia de responsabilidad civil. Se suele indicar

que mientras la responsabilidad penal descansa en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la responsabilidad civil **se centra en** las pérdidas patrimoniales infligidas a las víctimas y en los sufrimientos de toda índole padecidas por estas.

El CP art.116 dispone que «Toda persona responsable de un delito lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Se trata de una regulación paralela a la del LECr art.100 : «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». No obstante, conviene advertir que no siempre hay lugar para tal reclamación. **No surge responsabilidad civil** en:

- **determinados delitos**, como por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto, entre otros, en la tenencia ilícita de armas (CP art.563 s.) o en la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas (CP art.379.2); o

- en algunos casos de **tentativa**. Por ejemplo, en el caso de un hurto intentado, normalmente no habrá lugar a la reclamación de cantidad alguna, mientras que una tentativa de agresiones sexuales o de homicidio sí que puede generar responsabilidad civil, en tanto, la víctima haya sido hospitalizada, necesite atención psicológica, etc.

En definitiva, hay que tener en cuenta que no por el mero hecho de que haya delito hay responsabilidad civil, sino por haberse realizado un hecho dañoso. Con razón, se ha dicho que no debería hablarse de responsabilidad *ex-delicto*, sino más bien habría que hablar de responsabilidad *ex-damno* (Alastuey Dobón).

2. Naturaleza jurídica

6855 «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal» (CC art.1092). La inclusión de normas reguladoras de la responsabilidad civil derivada de delito en el Código Penal (título V, libro I CP) se ha venido explicando sobre la base de la inercia que representa la tradición jurídica de nuestro país en el que la codificación penal fue anterior a la civil. Pese a tal ubicación, la doctrina especializada y la jurisprudencia, tanto de una como de otra disciplina, de forma mayoritaria, ha venido sosteniendo su naturaleza eminentemente *iusprivatista* (TS 16-12-05, EDJ 237406 , FJ 4º). Lejos de ser una cuestión estrictamente teórica, de ahí se desprenden numerosas **consecuencias** prácticas.

a) Estamos ante normas que poseen el carácter de ley ordinaria (LO 10/1995 disp.final 6ª).

b) No le afecta la irretroactividad característica de las normas sancionadoras.

c) Cabe el recurso a la analogía, prohibida en general en normas de carácter sancionador.

d) Se puede renunciar al ejercicio de la acción civil, lo que no ocurre generalmente en la acción penal. Al respecto, debe considerarse, entre otras normas, el LECr art.100 que regula la posibilidad de acumular ambas acciones o de reservarse la acción civil para su posterior ejercicio en ante la jurisdicción civil. El Ministerio Fiscal, si no se indica lo contrario, ejercita ambas, si bien el tribunal de oficio puede reservar el ejercicio de la acción civil (TCo 28/1995, FJ 4º , en un caso en que no se había oído a uno de los responsables civiles). En los casos de conformidad con la pena, pero disconformidad con respecto a la responsabilidad civil, el proceso debe continuar, exclusivamente ceñido a esta última (TS 22-6-15, EDJ 129547 , FJ 2º).

e) Cabe responsabilidad objetiva, esto es, en ausencia de dolo o culpa, lo que se encuentra proscrito en el Derecho penal en virtud de los CP art.5 y 10 (y dimana de la propia Constitución).

f) Los plazos de prescripción se regulan en el CC art.1964 o 1968 (TS 11-9-07, EDJ 213159 , FJ 60ª) lo que ha generado la crítica de algún autor.

3. Requisitos de la responsabilidad civil derivada de delito

6860 La exigencia de responsabilidad civil derivada del delito está subordinada a que se cumplan una serie de requisitos:

a) Se requiere una **acción antijurídica**, aun cuando no sea culpable (CC art.1089 ; CP art.118 y 119).

b) Es necesaria la **causación de un daño**. En general se sostiene que existe una identidad entre las expresiones «daño» y «perjuicio», conforme a la doctrina civilista y el propio Código Civil que las usa conjunta e indiferenciadamente, de forma que la habitual distinción entre ambas sería una mero recurso estilístico sin repercusión práctica. No obstante, en ocasiones, se entiende que el daño se inflige a las cosas y el perjuicio a las personas. Desde otra perspectiva, también se ha dicho que el daño mira al pasado -daño emergente- y el perjuicio al futuro -lucro cesante- (sobre todas estas cuestiones, vid. Alastuey Dobón).

c) Se precisa acreditar un **nexo de causalidad** entre la conducta desplegada por el responsable penal y el daño causado (el cual es muy matizable, especialmente en el caso de delitos de omisión).

d) Por último, se exige por parte de algunos autores un mínimo **elemento culpabilístico**: dolo o, lo más normal, imprudencia (al menos culpa *in eligendo* o *in vigilando*). Esta última, sin embargo, posee un carácter objetivante. De hecho a lo largo del Código Penal existen normas que parecen orientarse más en sentido objetivista (p.e CP art.120). Es razonable que para una reclamación puramente objetiva, a la vista de lo estricto de la exigencia, se exija de una declaración legal expresa. Sin embargo, también cabe encontrar un fundamento para la responsabilidad objetiva, concretamente el principio *ubi commoda, ibi incommoda*, principio de carácter objetivista que explica alguna de las normas del CP art.120 y que resulta coherente con la idea de que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la generación de un riesgo (p.e TS 1-4-14, EDJ 62250 , FJ 5º).

4. Alcance

(CP art.110)

6865 La responsabilidad civil comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización del perjuicio material y moral.

6866 Restitución

La restitución resulta el concepto menos complejo. Consiste en la devolución del bien que, normalmente, ha sido el objeto material del comportamiento antijurídico. Procede, sobre todo, en los delitos patrimoniales, p.e. en el hurto. Si no se puede restituir o resulta complejísimo se debe recurrir a la **indemnización**. Cabe una hipótesis mixta, como es aquella a la que alude el CP art.111.1 cuando establece que «Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen».

El bien debe ser restituido aunque se halle en poder de un tercero que lo haya adquirido de buena fe (CP art.111.2º). Al respecto, el CC art.464 , dispone que «La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título». Sin embargo, a continuación establece que «El que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella de ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea». Evidentemente, en estos casos, el tercero de buena fe poseedor del bien podrá **repetir** contra quien corresponda, normalmente contra la persona de la que recibió el bien. No obstante, debe considerarse lo dispuesto en el CP art.111.2 : «Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las Leyes para hacerlo irreivindicable». Para ello, a su vez, debe acudir al CC art.1.764, 1.955 y 1.956 y CCo art.85, 86, 324 y 545.

6867 Reparación del daño

La reparación de daño se ha definido como una prestación personal tendente a paliar los menoscabos ocurridos en una cosa (*Gimeno Sendra*). El Código Penal establece cuáles son las posibles modalidades de reparación: «podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer» (CP art.112 , coincidiendo con el CC art.1088). La **obligación de dar** puede consistir, por ejemplo, en la entrega de una cosa, cuando no se trate del objeto material del delito, incluido dinero, como el pago de lo adeudado en el delito de impago de prestaciones civiles establecidas en resolución judicial (CP art.227.3); o el precio del objeto material del delito del que se vio privado el agraviado u otra cosa sustitutoria de la sustraída, de igual valor. La **obligación de hacer** puede consistir en p.e. la publicación de la sentencia condenatoria en los delitos de injuria y calumnia (CP art.216); en la reconstrucción o restauración de la obra, en el caso de un delito de daños o de un delito contra el patrimonio histórico (CP art.321). La determinación de la **obligación de no hacer** como actividad reparadora en el marco de la responsabilidad civil resulta de difícil concreción (*Alastuey Dobón*).

En relación con las tres modalidades de reparación, el CP art.112 dispone que son los jueces y tribunales los que establecen una u otra modalidad de reparación; para ello deben atender a la naturaleza del daño, a las condiciones personales y patrimoniales del «culpable», determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

6868 Indemnización del perjuicio tanto material como moral

Indemnizar implica pagar una cantidad de dinero suficiente para compensar los menoscabos causados. Desde el punto de vista de los daños materiales, implican una disminución efectiva en el patrimonio de la víctima evaluable en dinero. Al respecto, debe considerarse el efectivo daño o perjuicio causado; se atiende, por ejemplo, a los días en que se dejó de trabajar, estancia en hospital, cirugía plástica; en caso de homicidio, los gastos de sepelio y entierro; etc. Dentro de los perjuicios materiales hay que considerar el lucro cesante.

Desde el punto de vista de los daños morales, éstos resultan de difícil conceptualización. Se incluyen entre ellos p.e. el sufrimiento en los familiares como consecuencia de la muerte del padre, marido, etc. Puede ser ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo que afirma que «por su propia naturaleza no pueden ser determinados de forma precisa (TS 28-1-14, EDJ 5297) y aquella que afirma que solo puede calcularse en un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido atendiendo a la naturaleza del daño, su gravedad y teniendo en cuenta la realidad socio-económica del momento e incluso las posibilidades económicas del obligado» (TS 18-10-10, EDJ 246602) (v., asimismo, la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, art.11, el cual incluye

la indemnización de disgustos y perturbaciones tales como insomnios, malestares o un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida», lo que incluye, por ejemplo, la imposibilidad o dificultad de mantener relaciones sexuales, etc.).

- 6870 Para la **determinación concreta de la cantidad** el Código Penal proporciona muy escasas pautas. Tan solo el CP art.114 regula lo que se conoce como compensación de culpas, admisible por tratarse de una cuestión de índole civil: «Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces y tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». Se trata de un fenómeno frecuente en el tráfico automovilístico. Sin embargo, en el precepto se hace referencia a la conducta de la víctima, porque puede que no haya habido en ella culpa o imprudencia (v.g. se trata de un menor o de un disminuido psíquico).

Constatada la escasez de normas en la materia, se puede concluir que queda al **arbitrio de los jueces y tribunales** la determinación concreta del *quantum*, el cual han de razonar en sus resoluciones (por todas TCo 78/1986). Así, el CP establece concretamente que esta se ceñirá a «las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la sentencia o en su ejecución» (CP art.115). Dado que se trata de algo que transcurre en el marco de la apreciación subjetiva, no es revisable en casación, aunque sí lo son las bases sobre las que se asienta la decisión (TS 30-9-10, EDJ 213613, FJ 6º ; 5-6-15, EDJ 111146 , FJ 3º, entre otras muchas). Se ha de estar a muy variadas circunstancias, guiándose por las pautas que sobre el particular se vayan decantando en las correspondientes resoluciones judiciales, de acuerdo con la realidad económica de cada momento histórico. En el caso de los **daños materiales**, la cuestión resulta más sencilla, desde el momento en que se atiende a un criterio compensatorio. En el caso de los **daños morales** resultan todavía más difíciles de precisar los criterios para la determinación concreta de la cuantía de modo que se suele recordar que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (p.e., TS 30-9-10, EDJ 213613 , FJ 6º).

- 6872 Desde el **punto de vista procesal**, hay que tener en cuenta que es doctrina consolidada que el tribunal no puede superar lo pedido por el demandante (por muchas TS 5-6-15, EDJ 111146 , FJ 3º), si bien, como es lógico, la petición de que se fije en ejecución la cuantía no vincula al tribunal.

Pese a todo lo señalado, existen **normas de derecho positivo que proporcionan importantes pautas**. Concretamente, el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (RDLeg 8/2004) el cual en un anexo incorpora un «sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» (deben considerarse las resoluciones de la Dirección General de Seguros en cuanto a sus actualizaciones). En él se encuentran tablas con las indemnizaciones que corresponden a los perjudicados por muerte, lesiones e incapacidades. La aplicación de este sistema queda expresamente excluida cuando los daños sean consecuencia de delito doloso (la razón de lo cual no está muy clara, desde el momento en que la responsabilidad civil tiene un carácter compensatorio, salvo que se atribuya a esta un carácter sancionatorio del que debería estar desprovista, sobre todo ni no se quiere incidir en un bis in idem prohibido), si bien se viene considerando que en caso de indemnización por delitos dolosos el sistema de baremación del daño corporal puede operar como referente (por todas, TS 6-3-13, EDJ 39176 , FJ 14º).

- 6874 En cuanto a los **destinatarios de la indemnización**, el Código Penal dispone que «La indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares o a terceros» (CP art.113). Así, pues, con carácter general, dentro de los perjudicados por el delito pueden figurar un amplio número de personas.

En primer lugar, en cuanto a la **persona «agraviada»** se suele identificar con el sujeto pasivo del delito (o titular del bien jurídico).

- 6875 Por lo que concierne a los **familiares**, se trataría de un concepto que capta a todas aquellas personas que se hallen unidas por un vínculo de parentesco con el agraviado y que, cumulativamente, se vean directamente perjudicados por el delito, debiéndose reservar a «quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con esta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad» (TS 27-11-03, EDJ 186728 ; 4-7-05, EDJ 119240 , FJ 10º). Evidentemente se trata de un concepto que tiene especial trascendencia en el caso de delito de homicidio -doloso o imprudente-, aunque también, por ejemplo, en las lesiones invalidantes.

Desde una perspectiva casuística, se puede señalar, en primer lugar, al **cónyuge supérstite**. Aquí no se incluye al divorciado (TS 13-10-04), salvo que tenga derecho a una pensión; en cuanto al separado, hay sentencias (TS 2-3-92, EDJ 2001) para las que dado que la relación familiar no se ha extinguido, «máxime habiendo hijos comunes y teniendo en cuenta que la sentencia de instancia no menciona a la mujer con la que convivía» concede a la mujer

separada la indemnización. En segundo lugar, los **hijos**, mayores de edad o no, dependientes del fallecido o no, si bien lógicamente la dependencia y minoría de edad determinan un incremento en la cantidad a recibir (en el caso de los no dependientes económicamente, solo perciben los daños morales y no los materiales (TS 14-11-92, EDJ 11207). En tercer lugar, los **padres**, en términos análogos a los anteriores. Por lo que respecta a los **hermanos**, «a la familia pertenecen los hermanos, quienes por su condición de tales, aunque no exista en la sentencia referencia alguna a relaciones de convivencia o de particular afección, están legitimados para recibir *iure* propio la prestación reparatoria por daño moral cuando no existan otros familiares más inmediatos...pues el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se pruebe un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los hermanos están dentro de un orden natural de afectos...» (TS 4-7-05, EDJ 119240 , FJ 10º; TCo 149/2006 , para la que, muy en síntesis, no puede reputarse injustificado o irrazonable el criterio de la exclusión de los hermanos mayores de edad de víctimas mortales de accidentes de circulación sin cónyuge ni hijos, cuando concurren con los ascendientes).

6876 Finalmente en cuanto a los **terceros**, la jurisprudencia considera que «terceros son solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo (TS 9-6-99, EDJ 9721) sin que sea posible extender la indemnización, como derivada del delito, a los perjudicados indirectos» (TS 18-10-11, EDJ 269635 , FJ 5º.3). Se puede señalar, ejemplificativamente, a las compañías aseguradoras, al propio Estado por los trabajos no prestados por sus funcionarios o contratados, o por las cantidades sustraídas en la malversación de caudales públicos, y los empresarios por el mismo concepto o las instituciones de sanidad pública (o, en su caso, privada) por los gastos ocasionados, entre otros.

5. Articulación de la responsabilidad: personas civilmente responsables

6880 Personas directamente responsables

Cabe diferenciar varios grupos de **hipótesis**:

A. El autor del delito **actúa solo**. En tal caso debe hacer frente en solitario a toda la responsabilidad civil que se determine.

B. Intervienen varios sujetos en los hechos. Dentro de esta segunda hipótesis cabe diferenciar, a su vez, dos posibilidades:

1. **Todos** los intervinientes lo son a título de **autor** (se entiende que el concepto de autor es el que se desprende del CP art.27 , lo que incluye a autores en sentido estricto, a inductores y a cooperadores necesarios). En este caso, el juez debe señalar una cuota por la que debe responder cada uno de ellos (lógicamente en las hipótesis de indemnización porque en la restitución normalmente no procede el establecimiento de cuota alguna). En la determinación de esa cuota el juez o tribunal, en los términos que hemos visto, es libre. Todos ellos responden solidariamente entre sí por el montante total (CP art.116.2).

2. En los hechos han intervenido una pluralidad de sujetos, unos a título de **autor** y otros de **cómplice**. En este caso, el juez o tribunal señala a cada interviniente la cuota por la que estima debe ser hecho responsable. La regulación en este supuesto es excesivamente parca. Nuevamente hay que indicar que los jueces y tribunales operan discrecionalmente en la determinación de la cuota que corresponde a cada uno. Sin embargo, no resultaría razonable, v.g. una distribución de esta en la que la impuesta a un cómplice superase a la de un autor. Concurriendo autores y cómplices, cada uno de los autores responde solidariamente por las cuotas de los demás autores; y cada uno de los cómplices responde solidariamente por las cuotas de cada uno de los demás cómplices. Si no fuese posible ver satisfecha la suma total de la cuantía que corresponde pagar a los autores, responde cualquiera de los cómplices subsidiariamente. Del mismo modo, si no fuese posible ver satisfecha la suma total de la cuantía que corresponde pagar a los cómplices responde subsidiariamente cualquiera de los autores (CP art.116.2). Con otras palabras, entre los autores, hay solidaridad, entre los cómplices hay solidaridad y entre uno y otro grupo, subsidiariedad. Por lo pagado de más por cualquier sujeto tiene este acción para reclamar a los demás en la proporción que corresponda (CP art.116.2.3º). Ello ha generado alguna crítica, toda vez que el sistema complica extraordinariamente el cobro a la víctima, por lo que se ha sugerido establecer un sistema de solidaridad total (Yzquierdo Tolsada).

Si el **autor** está **en rebeldía**, se procede a hacer responsable por el total al cómplice, sin que ello sea obstáculo para que si posteriormente se condena a más personas, como autores o cómplices, se redistribuya el montante final.

6882 Personas subsidiariamente responsables

El Código Penal diferencia múltiples supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, esto es, en defecto de quienes los sean directamente, en los CP art.120 y 121 . Son reglas en la práctica muy importantes, en la medida en que la frecuente insolvencia del responsable directo se compensa con la más habitual solvencia de quien es responsable subsidiario. Frecuentemente se tratará de una responsabilidad de carácter objetivo, esto es, con independencia de la potencial concurrencia de dolo o culpa en el responsable subsidiario. El fundamento de la responsabilidad debe

hallarse en tales casos en la regla *ubi commoda, ibi incommoda*; se basa, pues, en la idea de que quien genera un riesgo debe asumir todas las consecuencias, positivas o desfavorables, derivadas de aquel.

Enumeramos sucintamente tales **supuestos** de responsabilidad civil subsidiaria.

6883 1. El CP art.120.1 se refiere a la de los **padres o tutores** por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de 18 años. Para ello es preciso que concurren tres **requisitos**.

a) Que se encuentren sujetos a su patria potestad o tutela.

b) Que vivan en su compañía.

c) Que haya por su parte culpa o negligencia, quebrantamiento, pues, de las normas objetivas de cuidado.

Debe tenerse en cuenta que el LO 5/2000 art.61.3 de Responsabilidad penal del menor dispone la responsabilidad solidaria de padres, tutores, guardadores legales o de hecho y por este orden. Ello se regula así, sin ulterior requisito; es decir, parece tratarse de una responsabilidad de carácter objetivo, por el mero hecho de ser padre, tutor, etc. En la práctica ello significa que en la mayor parte de las veces, son los padres los que tienen que pechar con los gastos, ya que los hijos son insolventes. En cualquier caso, el citado LO 5/2000 art.61.3 establece una regla que permite atemperar la rigidez de tal planteamiento legal. En efecto, el citado precepto permite moderar la responsabilidad de los padres cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. En definitiva, se permite al juez reducir la responsabilidad de los padres en un cierto porcentaje, valorativamente establecido cuando se llega a la conclusión de que los padres poco tienen que ver con la conducta del hijo; por ejemplo, no se detectan déficits de educación o atención al menor. La jurisprudencia viene sosteniendo que la separación nulidad o divorcio de los padres no altera el régimen en lo referente al cónyuge no custodio.

2. Las personas naturales o jurídicas **titulares de medios de comunicación**, por los delitos cometidos a través de éstos (CP art.120.2). Por ejemplo, las sociedades editoras de periódicos, o las empresas radiofónicas o televisivas. Debe tenerse en cuenta que el caso más frecuente será el de los delitos de injurias y calumnias. En este caso, debe acudirse al CP art.212 que establece un régimen de solidaridad y no de subsidiariedad.

3. El CP art.120.3 , se refiere a las personas jurídicas por los **delitos cometidos en sus establecimientos** cuando se hayan infringido reglamentos de policía (por ejemplo, los reglamentos de espectáculos).

4. El CP art.120.4 alude a la responsabilidad civil de las **personas jurídicas por los delitos** o faltas cometidos por sus **empleados** en el desempeño de sus obligaciones (infra nos ocuparemos de su articulación con la responsabilidad solidaria de la persona jurídica condenada por delito, prevista en el art.116.3 CP).

5. Las personas naturales o jurídicas **titulares de vehículos** por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes, representantes o personas autorizadas (CP art.120.5). El precepto se ha utilizado analógicamente para hacer responsables civiles subsidiarios a los propietarios de armas de fuego por delitos cometidos utilizando estas (vid. *Alastuey Dobón* con cita de las sentencias TS 14-10-02, EDJ 42747 ; 27-6-03, EDJ 49540).

6. Los **entes públicos** (Estado, CCAA, provincias, municipios, e islas «y demás entes públicos») por hechos delictivos cometidos por autoridades, agentes, contratados por aquéllas y funcionarios públicos (CP art.121). Surge por hechos delictivos cometidos por tales personas (por lo que se la ha criticado, toda vez que la búsqueda de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado implica frecuentemente la búsqueda de un cabeza de turco en los funcionarios públicos contra los que se presenta la querrela correspondiente. En cualquier caso, para la **operatividad del CP art.121** es preciso que se den dos **requisitos**:

a) Por una parte, que los hechos se produzcan en el ejercicio del cargo que desempeñen (p.e. torturas a detenidos; malos tratos a internos; prevaricación en la concesión de un concurso administrativo o en un procedimiento judicial; lesiones a niños por ausencia de vigilancia en un colegio público, etc.). Sin embargo, cuando se trata de, p.e. miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, el hecho de portar permanentemente armas es consecuencia del modo de organización del Estado, luego, responde el Estado aun cuando el sujeto no se encuentre de servicio, salvo en determinados supuestos cuando se emplean armas en un ámbito íntimo y privado (TS 27-10-03, EDJ 127666, FJ 1º , con cita del acuerdo del pleno del Tribunal Supremo de 12-7-02).

b) Por otra, que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados. Esto último ha sido el centro del debate doctrinal y jurisprudencial.

Precisiones

1) En las hipótesis en las que **no exista posibilidad de reclamar** en el marco de un **procedimiento penal** se puede acudir a la vía jurisdiccional contencioso administrativa (LRJSP art.32 s.). Si se da la circunstancia de la existencia de una reclamación en vía administrativa de responsabilidad patrimonial a la Administración, se plantea la posibilidad de

simultanear ambas acciones (la administrativa o contencioso administrativa, por un lado, y la penal por otro). Procede en este punto la cita del LRJSP art.37 : «1.- La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada de delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. 2.- La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial».

2) La utilización de la vía penal abre un nuevo cauce diferente del anterior cara a la potencial obtención del **resarcimiento económico** de los hechos. Incluso, en la doctrina algún autor recomienda la utilización simultánea de ambas vías para garantizar la satisfacción indemnizatoria. Al respecto, se recuerda que si una vía es directa (la reclamación en vía administrativa y, posteriormente en su caso, contencioso administrativa) y la otra subsidiaria (la acción penal), ello es debido al diferente fundamento de una y otra. La primera deriva del funcionamiento de los servicios públicos, la segunda de la potencial insolvencia del funcionario público que, conforme a lo descrito, debería responder directamente. Debe quedar claro que no puede haber duplicidad indemnizatoria (CP art.121 inciso final).

6. CP art.122: la participación a título lucrativo. Concepto, requisitos y límites

6885 El CP art.122 contiene una regla relativa a la llamada impropia «receptación civil», o participación a título lucrativo.

La **jurisprudencia** viene exigiendo, de forma más o menos uniforme, tres **requisitos** para su aplicación:

1º) Que alguien se aproveche del delito o falta.

2º) Que la persona obligada a restituir o resarcir no haya sido condenada como autora o cómplice de la infracción penal, correspondiente.

3º) Que tal participación a los efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo no oneroso (así, puede verse, entre otras, TS 8-4-14, EDJ 110202, FJ 16ª ; 15-7-11, EDJ 166747, FJ 15ª ; 8-4-09, EDJ 56124, FJ 5ª ; 11-2-09, EDJ 16840, FJ 7ª).

En palabras de la más concisa sentencia «de acuerdo con el CP art.122 , supone una situación que se integra por dos elementos: uno positivo y otro negativo. Como elemento positivo supone que la persona concernida se ha aprovechado de los efectos del delito o falta... Como elemento negativo, se exige que la persona no haya sido condenada como partícipe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable penalmente de acuerdo con el CP art.116 » (TS 20-11-14, EDJ 209381, FJ 5ª).

Su **fundamento**, pues, no es común con la responsabilidad civil *ex delicto*, sino que implica una responsabilidad civil derivada de la nulidad de los contratos con causa ilícita; en definitiva, se trata de impedir un enriquecimiento ilícito.

6886 La responsabilidad derivada del CP art.122 presenta una serie de **características**: se trata de una responsabilidad solidaria y no acumulativa, subsidiaria y limitada.

En cuanto a las dos primeras ideas, afirma la sentencia TS 13-3-14, EDJ 42841, FJ 4ª que «no es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal. Sencillamente responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio».

Asimismo, es una responsabilidad subsidiaria. Al respecto, conviene la cita de la sentencia TS 17-4-13, EDJ 67866, FJ 5ª conforme a la cual «El CP art.122 , solo se aplicará cuando no resulte exigible la responsabilidad civil subsidiaria impuesta a las empresas y sociedades por los delitos cometidos por sus representantes, empleados o dependientes (CP art.120 y 121) (TS 14-3-03, EDJ 4267)». Estaríamos, pues, ante una especie de subsidiariedad de segundo grado.

6887 Por último, y en lo que a los **límites** concierne, al menos es posible señalar dos, uno de carácter material y otro procesal.

A) En cuanto al primero, como es obvio, la responsabilidad derivada del CP art.122 tiene un límite constante: no puede ir más allá del beneficio obtenido por el partícipe lucrativo. Al respecto, quizá sea indicativo poner de manifiesto que la jurisprudencia sostiene que el ingreso de dinero por parte del responsable penal en las cuentas del partícipe lucrativo no determina sin más la presencia de la figura, toda vez que no es imposible «que el paso del dinero en las cuentas tuviera una simple finalidad nominal o transitoria, al objeto de dificultar el descubrimiento del fraude» (TS 2-6-09, EDJ 134675, FJ 5ª con cita de las sentencias 24-9-04, EDJ 126776 , y 9-5-07, EDJ 32804 ; 24-9-04 y 9-5-07). No obstante, incluye los intereses (TS 11-3-09, EDJ 16552).

B) Desde la **perspectiva procesal**, por un lado, debe considerarse el LECr art.614 conforme al cual cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, «el

juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad. Si no se prestase, el Letrado de la Administración de Justicia embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios». Por otra, parece obvia la necesidad de que el partícipe a título lucrativo haya sido **parte en el correspondiente proceso**. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo declarado por el Tribunal Supremo, conforme al cual no es procedente que quien haya sido absuelto de la acción ejercitada, en este caso la responsabilidad penal y la civil directa por su participación en un hecho delictivo, «sea condenado sin mediar esa acusación como partícipe lucrativo en la instancia revisora del pronunciamiento absolutorio» (TS 22-10-14, EDJ 183944, FJ 2º). Sin embargo, nada debería obstar a la condena en el caso en el que la **acusación** se hubiese **ejercido en el mismo proceso**, al menos, de forma subsidiaria. En este sentido la sentencia (TS 29-5-07, EDJ 70165) ya había precisado que el hecho de que un responsable civil fuese convocado a juicio en calidad de tercero civil responsable directo y fuese condenado como responsable civil subsidiario no afecta a sus derechos ni le ocasiona indefensión, porque tuvo plena posibilidad de defenderse en juicio y esta responsabilidad lo es de segundo grado, esto es concebida en defecto de la responsabilidad civil directa o de primer grado. Lo esencial es su consideración como responsable civil y la posibilidad que ha tenido de negar cualquiera de esas dos posibilidades. Obviamente, de forma alternativa, siempre cabe el ejercicio de acciones civiles, posteriores al procedimiento penal.

E. Responsabilidad penal de los menores

6893	1. Introducción	6895
	2. Ámbito de aplicación	6900
	3. Las medidas	6994
	4. Proceso penal de menores	7010
	5. Responsabilidad civil	7026
	6. Mediación	7027

1. Introducción

6895 El Derecho penal juvenil se identifica con un sector del ordenamiento jurídico-penal dirigido solo a los menores de edad. En concreto a aquellos a los que se reconoce responsabilidad penal. En el caso de España, se ocupa de regular la responsabilidad penal de los menores de 18 años pero mayores de 14 años. Su **principal característica** consiste en que comparte los mismos presupuestos que el Derecho Penal, es decir, los tipos penales se mantienen, pero las consecuencias jurídicas difieren ya que no se prevé el establecimiento de sanciones penales como respuesta ante un ilícito penal.

En la actualidad, lo encontramos previsto en la LO 5/2000 , reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM), con la que se deroga definitivamente el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (D 11-6-1948). Como no puede ser de otra manera, esta norma ya había sido ampliamente reformada, especialmente, mediante la LO 4/1992 , y, previamente, la LOPJ había creado los Juzgados de Menores, si bien se antojaba necesaria una nueva norma que se correspondiese con el período constitucional. De este modo, la **LORRPM** se rige por lo previsto en los Const art.12 y CC art.315 , en los que se sitúa la mayoría de edad a los 18 años, al tiempo que da cumplimiento al mandato del CP art.19 , de aprobar una regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad.

De la propia Exposición de Motivos se pueden extraer cuáles son los **principios generales inspiradores** de la ley: «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.».

6896 De este modo, la LORRPM se caracteriza por su especial naturaleza y por el reconocimiento del interés superior del menor:

A. Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa. La **naturaleza** de la ley es evidentemente penal ya que prevé un sistema de exigencia de responsabilidad jurídica a los menores infractores, no obstante se establece una intervención adecuada a los sujetos sobre los que se aplica, sujetos todavía en fase de formación, lo que requiere que se profundice en el componente educativo.

B. Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del **interés superior del menor**. El reconocimiento expreso al principio del interés del menor por encima de todo conlleva una serie de **consecuencias**. La primera de ellas, relacionada con la naturaleza materialmente sancionadora-educativa de la ley, es la renuncia al principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción, en beneficio de la finalidad educativa. De este modo, cede también o se flexibiliza el principio de legalidad ya que, si bien están previstas las infracciones y las consecuencias atribuidas a su realización, no existe una concreta relación entre el delito y la medida. Se trata de que, en virtud del interés del menor y en la búsqueda de alcanzar la finalidad educadora, se imponga la medida más conveniente a las circunstancias del menor. En este mismo sentido, el Ministerio Fiscal adopta una posición ambivalente, llevando a cabo una función acusatoria y de protección del menor.

Precisiones

Señalado lo anterior, y antes de comenzar el análisis de la regulación de la ley, se antoja necesario advertir que la LORRPM, desde su aprobación no ha estado exenta de críticas. En este contexto, se llevó a cabo una importante reforma en el año 2006, a través de la LO 8/2006, con la que se modificaron prácticamente la mitad de los preceptos de la LORRPM, dirigidos hacia un mayor endurecimiento de las respuestas previstas. A pesar de esto, la exposición de motivos de la ley señalará que se mantiene el **principio del superior interés del menor** ya que «es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta».

2. Ámbito de aplicación

(LORRPM art.1.1; CP art.19)

6900 Ámbito subjetivo

En el CP art.19 se declara que «Los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor». De manera que se establece un criterio estrictamente cronológico para determinar la responsabilidad criminal prevista en el Código Penal. No obstante, esto no implica que los menores de 18 años sean inimputables, sino que su responsabilidad penal se regula en una normativa específica.

Será el LORRPM art.1.1 el que delimite el ámbito subjetivo de aplicación, previendo su aplicación a «**mayores de 14 años y menores de 18**». Conforme a este precepto, los menores de 14 años no serán responsables penalmente, de ninguna manera, es decir, se les declara inimputables. A ellos, se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes, conforme a lo establecido en el LORRPM art.3. Así, rige la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor cuando un menor de 14 años cometa un delito, poniéndose en conocimiento del Ministerio Fiscal para que realice una valoración de la entidad de los hechos y, solo en el supuesto en el que éstos sean suficientemente graves, se remitirá a los Servicios Sociales del ente autonómico que corresponda para que apliquen las medidas más adecuadas al caso particular. En la práctica se tiende a intentar que el menor permanezca en el ámbito familiar.

Adicionalmente, el CP art.69 se inclinaba por aplicar un tratamiento diferente a determinados semi-adultos, es decir, a los **mayores de 18 y menores de 21**, extendiendo hasta los 21 años la normativa de los menores. En esta línea, el LORRPM art.4 presumía *iuris tantum* la capacidad de culpabilidad plena del sujeto mayor de 18 y menor de 21, salvo que se demostrase la falta de madurez, lo que plantea serias dificultades a la hora de comprobarlo y puede llegar a crear inseguridad jurídica. En cualquier caso, fue derogado por la LO 8/2006.

Volviendo al ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM vigente, en su determinación se aplican las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal del Código Penal si bien, en los **supuestos de inimputabilidad** (CP art.20.1º, 2º y 3º) se podrán aplicar las medidas terapéuticas que contempla el LORRPM art.7.1 en sus letras d y e (LORRPM art.5).

6992 Ámbito objetivo

Para delimitar el ámbito objetivo de aplicación, el LORRPM art.1.1, se remite al Código Penal, ya que las conductas por las que un menor de 18 años, mayor de 14, es responsable penalmente, coinciden con las de un adulto. La diferencia estriba en las consecuencias y en el proceso que se desencadena en función de la edad del infractor.

6994 Clases de medidas

El título II de la LORRPM comprende el catálogo y la regulación de las medidas que se pueden imponer a un menor responsable penalmente de un hecho delictivo.

En concreto, las medidas que los jueces de menores pueden imponer se encuentran recogidas en el LORRPM art.7, las cuales se clasifican conforme al bien o valor que con su imposición se afecta, así como por su especial finalidad.

Recuérdese que el juzgador elige dentro de este catálogo la más idónea al menor infractor, en función de las circunstancias en las que se encuentra, si bien, no es este el único criterio a tener en cuenta ya que existen ciertas reglas y garantías que debe respetar.

6995 Con el objeto de conocer las medidas que se pueden imponer a un menor infractor, sirva de apoyo el siguiente cuadro:

Privativas de libertad	Privativas de otros derechos	Terapéuticas	Educativas
<ul style="list-style-type: none"> • Internamiento • Permanencia de fin de semana 	<ul style="list-style-type: none"> • Libertad vigilada • Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otros. • Prestaciones en beneficio de la comunidad. • Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. • Inhabilitación absoluta. 	<ul style="list-style-type: none"> • Internamiento terapéutico • Tratamiento ambulatorio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asistencia a un centro de día. • Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. • Prestaciones en beneficio de la comunidad. • Realización de tareas socio-educativas. • Amonestación.

La **medida privativa de libertad** por excelencia es el internamiento. Resulta obvio señalar que se trata de la medida más grave y severa que comprende la LORRPM, cuya afección es sobre la libertad ambulatoria del sujeto. Dentro de esta medida, la ley contempla distintas modalidades, según finalidad (ordinarias y terapéuticas) y según la intensidad de la restricción de la libertad ambulatoria (régimen cerrado, semi-abierto y abierto).

6996 Teniendo en cuenta esto, podemos distinguir dentro de la LORRPM las siguientes **clases de internamiento** (LORRPM art.7.1):

A. Internamiento ordinario. Será el reservado para los menores infractores imputables. Se fundamenta en la mayor peligrosidad del sujeto, manifestada en la naturaleza particularmente grave de los hechos realizados. Este internamiento podrá tener una mayor o menor intensidad, distinguiéndose entre:

1. Internamiento en **régimen cerrado**. El menor reside en un centro donde desarrolla todo el proyecto educativo, laboral y de ocio. Esta situación puede cambiar si en el transcurso del cumplimiento de la medida el menor alcanza la mayoría de edad y el juez de Menores decide ordenar que se continúe cumpliendo con ella en un centro penitenciario. Por otro lado, cuando dicha medida se imponga a quien ya ha cumplido 21 años o haya alcanzado dicha edad mientras la cumplía, el juez de menores ordenará la continuidad de la misma en un centro penitenciario, salvo que proceda una modificación o sustitución de la medida o el sujeto esté respondiendo a los objetivos de la sentencia (LORRPM art.14).

2. Internamiento en **régimen semi-abierto**. En este caso, el menor reside en el centro, aunque puede desarrollar fuera de este alguna de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida, siempre y cuando la persona evolucione favorablemente y vaya cumpliendo con los objetivos previstos. De no ser así, el juez de Menores puede suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

3. Internamiento en **régimen abierto**. Finalmente, en esta categoría de internamiento, el menor lleva a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno pero reside en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

B. Internamiento terapéutico. Esta clase de internamiento se reserva para los menores que, conforme a su edad, son responsables penalmente en virtud de la LORRPM pero son **declarados inimputables** por concurrir alguna de las circunstancias previstas en los tres primeros números del CP art.20 (LORRPM art.5.2), es decir, presentan alguna anomalía o alteración psíquica, llevaron a cabo los hechos en una situación de intoxicación plena, síndrome

de abstinencia, o presenta alteraciones en la percepción. Este internamiento se caracteriza por prestar una atención educativa especializada, por conllevar un **tratamiento específico** dirigido a menores que se encuentren en las circunstancias descritas si bien, el menor puede rechazar un tratamiento de deshabitación y, en esos supuestos, el juez aplicará otra medida que se adecúe a sus circunstancias.

Al igual que en el caso del internamiento ordinario, el internamiento terapéutico podrá ser en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

Junto a esta medida de privación de libertad, se prevén otras menos aflictivas: la **permanencia de fin de semana** y el tratamiento ambulatorio. Cuando se establece la primera de ellas, el menor debe permanecer en su domicilio o en un centro hasta un máximo de 36 horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia. Por su parte, el **tratamiento ambulatorio**, consiste en asistir a un centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan.

6997 En lo que a las **medidas restrictivas de otros derechos** se refiere, la **libertad vigilada** es la medida de mayor aplicación, debido a su versatilidad. En la ley se contemplan sus distintas manifestaciones, las cuales, en esencia, consisten en controlar, en hacer un seguimiento, de la actividad del menor, con el objeto de superar los factores que propiciaron la comisión del delito (LORRPM art.7.1.h). De este modo, el juez de menores podrá establecer alguna o algunas de las siguientes **reglas de conducta**:

- obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria;
- obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares;
- prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos;
- prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa;
- obligación de residir en un lugar determinado;
- obligación de comparecer personalmente ante el juzgado de menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

6998 Pero la libertad vigilada no es la única medida restrictiva de otros derechos diferentes a la libertad que se contempla en el catálogo de medidas del LORRPM art.7. Así, el juez puede establecer la **prohibición de aproximarse o comunicarse** con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez. También puede proponer **prestaciones en beneficio de la comunidad**, con lo que se pretende potenciar los efectos beneficiosos de la actividad laboral, frente a otras medidas más aflictivas, aunque para su aplicación es necesario el consentimiento del menor. Junto a estas, se prevé la privación del **permiso de conducir** ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las **licencias** administrativas para **caza** o para uso de cualquier tipo de **armas**. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente aunque, como resulta obvio, su aplicación es escasa porque muchos de estos derechos se ejercen solo a partir de los 18 años y solo tendrá sentido su imposición cuando se extienda la medida más allá de la mayoría de edad. Finalmente, dentro de las medidas restrictivas de otros derechos, se prevé la **inhabilitación absoluta**, cuya imposición implica la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recaiga, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos u otros, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida. Por ejemplo, al menor al que se le imponga esta medida se le podría privar de su condición de miembro del Consejo escolar en su Centro Educativo.

6999 De especial relevancia en este sector del Derecho penal resultan las **medidas educativas** por ir dirigidas, directamente, a reconducir la conducta del sujeto que, todavía, se encuentra en formación. De este modo, el LORRPM art.7 contempla la posibilidad de imponer la **asistencia a un centro de día** a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio. Se trata de una medida que se ejecuta en medio abierto, lo que reporta multitud de consecuencias positivas como el permitir al menor no separarse de su entorno habitual. También se prevé el establecimiento de la **convivencia con otra persona, familia o grupo educativo**, pretendiendo que el menor se relacione en un ambiente de socialización positivo. Esta es considerada la medida más adecuada para los supuestos en los que se evidencia que el núcleo familiar original ha fracasado en la socialización primaria del menor. El juzgador podrá imponer la realización de **tareas socio-educativas**, de contenido educativo, dirigidas a facilitarle el desarrollo de su competencia social. Y, en último término, se prevé la simple **amonestación**, con la que se pretende hacer comprender al menor la gravedad de los hechos y las consecuencias que tienen o habrían podido tener. Se trata de una advertencia, adecuada para menores sin antecedentes penales que han cometido actos delictivos de menor trascendencia.

7000 Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que, a pesar de que la ley alude a una naturaleza sancionadora-educativa de las medidas, existen elementos que las acercan estrechamente a las penas y a las medidas de seguridad. Así, coinciden con las penas en que el presupuesto necesario para su imposición es la realización de una conducta tipificada en el Código Penal, cuya consecuencia es la privación de derechos. Pero, también cuentan con elementos propios de las medidas de seguridad, ya que se dirigen a la prevención y no a la represión del acto cometido, adecuándose a la situación del sujeto más que a los hechos llevados a cabo.

De este modo, las medidas de menores son una especie de **medidas de seguridad *sui generis***, con una indiscutible naturaleza penal propia de una sanción aunque con una finalidad educativa específica orientada a la recuperación individual y social del menor.

7002 Aplicación de las medidas

Ya se ha advertido que en lo que a las medidas se refiere existe una **indeterminación legal**, debido a que no está prevista una medida concreta para cada delito, sino que se deja al arbitrio del juzgado de menores la determinación de la consecuencia jurídica concreta, en función, de la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (LORRPM art.7.3). Dicho juzgador, además, no estará limitado a la imposición de una sola medida en cada caso, sino que se contempla la posibilidad de aplicar una o varias de las medidas, con independencia de que se trate de uno o más hechos, aunque en ningún caso se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase (LORRPM art.7.3).

7003 En general, para llevar a cabo esta tarea, se contemplan las siguientes **directrices**:

- la medida restrictiva de otros derechos distintos a la libertad, será preferente siempre frente a la medida de internamiento;
- la prueba y la valoración jurídica de los hechos, debe evaluarse de modo flexible y lo realmente determinante en la concreción de la medida o medidas a imponer serán la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor;
- la medida no puede ser más grave ni de mayor duración que la pedida por el Ministerio Fiscal, en virtud del principio acusatorio;
- la medida de internamiento no puede tener una duración mayor que la que hubiera correspondido a la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido mayor de edad e imputable;
- debe buscarse la finalidad educativa.

Las anteriores pautas se desprenden de la LORRPM, donde se establece el principio acusatorio (LORRPM art.8) y el régimen general de aplicación y duración de las medidas (LORRPM art.9) reservándose el LORRPM art.10 del mismo texto legal a la previsión de unas reglas especiales, sobre las que nos referiremos después.

7004 Así, en función de los hechos imputados, se deben contemplar las siguientes **reglas de determinación** de la medida y de su duración (LORRPM art.9 y 10):

Delito	Medida	Duración	Medidas	
			Infractor (edad)	
			14 o 15	16 o 17
Delitos leves (*) (*) El LORRPM art.9.1 habla de faltas, las cuales han sido derogadas por la LO 1/2015, que reforma el Código Penal español de 1995, incorporando la categoría de delitos leves	Libertad vigilada	# 6 meses		
	Amonestación			
	Permanencia de fin de semana	# 4 fines de semana		
	Prestaciones en beneficio de la comunidad	# 50 horas		
	Privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas	# 1 año		
	Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otros	# 6 meses		
	Realización de tareas socio-educativas			
Delitos graves	Todas las medidas LORRPM art.7	Regla general	# 3 años	# 6 años
Delitos menos graves pero con violencia o intimidación en las personas, o generando grave		Prestaciones en beneficio de la comunidad	# 150 horas	# 200 horas

Delito	Medida	Duración		
riesgo para la vida o integridad física de las mismas				
Delitos que se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación		Permanencia de fin de semana	# 12	# 16
		Si reincidencia: Obligatorio internamiento régimen cerrado obligatorio. Libertad vigilada		De 1 a 6 años. # 5 años
		Medidas	Infractor (edad)	
			14 o 15	16 o 17
Delitos CP art.138, 139, 179, 180 y 571 a 580 Delito con pena de prisión # 15 años	Todas las medidas del LORRPM art.7	Obligatorio Internamiento régimen cerrado	De 1 a 5 años	De 1 a 8 años
		Potestativo libertad vigilada	# 3 años	# 5 años
		Si CP art.571-580 . Obligatorio Inhabilitación absoluta	De 4 a 15 años, superior a la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado	
Delitos menos graves	Todas las medidas LORRPM art.7	Regla general: # 2 años Prestaciones en beneficio de la comunidad: # 100 horas Permanencia de fin de semana: # 8		

Las anteriores **reglas de duración máxima** deben respetarse incluso cuando el menor sea responsable de dos o más infracciones, siempre que sean conexas o estemos ante una infracción continuada, así como cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones (LORRPM art.11.1). Únicamente en el caso en que alguno, o algunos de los actos se correspondan con los delitos previstos en los CP art.138, 139, 179, 180 y 571 a 580 o contemplen una pena de prisión igual o superior a 15 años, podrá preverse la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo no superior a 10 años, si el menor infractor fuera mayor de 16, y de 6 años si tuviera entre 14 y 16 años, junto con la medida de libertad vigilada que eventualmente pudiera corresponder (LORRPM art.11.2).

4. Proceso penal de menores

7010 El procedimiento jurídico que se sigue para determinar la responsabilidad penal del menor de edad, mayor de 14 años, se encuentra previsto también dentro de la LORRPM. En concreto, se dedican a esta tarea los Títulos III-VII, donde se regula todo lo referido a la instrucción, la audiencia, la sentencia, los posibles recursos y la ejecución de las medidas.

El proceso se **inicia** de oficio, como consecuencia de una denuncia o mediante un atestado policial, o a instancia de parte, con la presentación de una querrela. Esta última opción, se incorporó a la ley mediante la LO 25-11-2003, con la que se abrió camino a la acusación particular en el procedimiento, incluso para instar la imposición de una medida sancionadora-educativa respecto del menor acusado de una infracción penal. Así, tienen derecho a personarse y ser parte en el procedimiento y a ser informados de todas las resoluciones que puedan afectar a sus intereses.

Una vez que se constata la realización de unos hechos susceptibles de ser delictivos, será el **Ministerio Fiscal** el encargado de **admitir a trámite** la denuncia o querrela, o de archivar la causa, si comprende que los hechos no son constitutivos de delito o si estuviera ante el caso de no existir un autor conocido. En el supuesto de que admita a trámite la denuncia o querrela, llevará a cabo entonces la instrucción del caso, si bien su función no se limitará a encarnar la mera acusación pública sino que deberá velar también por el interés del menor, es decir, por su educación o reeducación.

7011 Durante esta fase de instrucción, el Ministerio Fiscal puede **desistir** o, incluso, no llegar a iniciar el proceso en virtud del principio de oportunidad, siempre y cuando concurra alguna de las **circunstancias** siguientes (LORRPM art.18 y 19):

- los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o delitos leves (el art.18 dice faltas, las cuales han sido derogadas del Código Penal, como ya advertimos), no sea reincidente y se prevea una corrección en el ámbito educativo y familiar;
- los hechos constituyan un delito menos grave o leve y se ha llevado a cabo una conciliación o reparación entre el menor y la víctima, o el menor se haya comprometido a cumplir una actividad educativa propuesta por el equipo técnico.

7012 Si decide iniciar, o continuar con la instrucción, entonces se produce la **incoación del expediente**, lo que supone el inicio *stricto sensu* de la instrucción, reconociéndose una serie de **derechos para el menor investigado** (LORRPM art.22.1):

- ser informado por el juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten;
- designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración;
- intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias;
- ser oído por el juez o tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente;
- la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el juez de menores autoriza su presencia;
- la asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al juzgado de menores.

7013 Respetando los derechos anteriores, el Ministerio Fiscal deberá realizar las **diligencias** necesarias para determinar la responsabilidad penal del menor. Estas podrán ser a propuesta propia o a petición de las partes (LORRPM art.26), y resultan esencialmente idénticas a las del proceso penal de adultos: inspecciones oculares, determinación del cuerpo del delito, identidad del menor y sus circunstancias, declaración del menor imputado, declaración de testigos, careo de testigos y expedientados, informes periciales, entrada y registro en lugar cerrado, de libros, papeles, apertura de correspondencia escrita y telegráfica, intervención de comunicaciones.

Con el objeto de asegurar el enjuiciamiento del presunto responsable y la ejecución de la sentencia, es posible solicitar durante la instrucción al juez de menores la adopción de **medidas cautelares**. Estas consistirán en internamiento, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otros sujetos que considere el juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, en función de la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, que el menor haya cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza (LORRPM art.28).

Será también en este momento procesal cuando se elabore el **informe del equipo técnico**, integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, u otro tipo de profesionales que exija el caso concreto. Este informe deberá contener las circunstancias personales, familiares y sociales del menor y será de especial importancia tanto para que el Ministerio Fiscal solicite la actuación más adecuada para alcanzar la reeducación del menor responsable de los hechos, como para que el Juzgador pueda sentenciar con todos los elementos de conocimiento necesarios (LORRPM art.27).

7014 Una vez que se ha llevado a cabo todo lo anterior, se inicia la denominada **fase intermedia** en la que el Ministerio Fiscal comunica a las partes personadas la resolución por la que decide la conclusión del expediente y solicitar al juez de menores bien la apertura de la fase de audiencia, bien el sobreseimiento de las actuaciones y, en su caso, la remisión de las actuaciones a la entidad competente en materia de protección (LORRPM art.30). De este modo, son los jueces de menores los competentes para conocer y resolver los actos delictivos llevados a cabo por menores de edad, mayores de 14 años, salvo en los actos de terrorismo, cuya competencia se encuentra en el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (LORRPM art.2).

7015 En lo que a la **fase de audiencia** se refiere, esta da inicio con el traslado simultáneo a quienes ejerciten las acciones penal y civil, de manera que puedan formular sus respectivos escritos de alegaciones y propuesta de pruebas, en un plazo común de 5 días (LORRPM art.31). En este momento, si el escrito de alegaciones de la acusación solicita la imposición de medidas distintas al internamiento y existe conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, el juez de menores dictará **sentencia de conformidad** (LORRPM art.32). En caso contrario, deberá tomar una decisión sobre el proceso, la cual podrá ser desde continuar con la audiencia, hasta dictar sobreseimiento del caso, aceptar la práctica de pruebas denegadas durante la fase de instrucción o remitir las actuaciones al juez que considere competente (LORRPM art.33).

Si se decide celebrar la audiencia, entonces el juez de menores deberá dictar un **auto de apertura** que determine el día y la hora, y donde se resuelva sobre la propuesta de las pruebas solicitadas por las partes (LORRPM art.34).

Dicha audiencia será pública, salvo que el juez acuerde lo contrario en interés de la persona imputada o de la víctima (LORRPM art.35.2).

Antes de dar inicio a la audiencia como tal, el juez dará la oportunidad al menor de que se conforme con los hechos de los que se le acusa, así como con la medida solicitada, pudiendo este conformarse por ambos o solo con los hechos, en cuyo caso la audiencia se llevará a cabo solo para determinar la medida a imponer (LORRPM art.36).

- 7016 Posteriormente, ya en la **celebración**, el juez invitará al Ministerio Fiscal, a quienes hayan ejercitado, en su caso, la acción penal, al letrado del menor, y eventualmente y respecto de las cuestiones que estrictamente tengan que ver con la responsabilidad civil al actor civil y terceros responsables civilmente, a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado.

Esta fase continuará con la **práctica de las pruebas** propuestas y admitidas, seguido de la declaración del equipo técnico sobre las circunstancias del menor. Posteriormente, el juez oír al Ministerio Fiscal, a quien haya ejercitado en su caso la acción penal, al letrado del menor y al actor civil y terceros responsables civilmente respecto de los derechos que le asisten, sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oír también al equipo técnico y, en su caso, a la entidad pública de protección o reforma de menores. Finalmente, el juez **oír al menor** (LORRPM art.37).

- 7017 Con todo lo anterior, el juez deberá dictar **sentencia** en la que se resuelvan las cuestiones planteadas por las partes en sus escritos de alegaciones en relación con la concurrencia o no de los hechos que se imputan al menor, su calificación jurídica, el grado de responsabilidad del menor y la medida o medidas a imponer, así como sobre el contenido y la extensión de la responsabilidad civil (LORRPM art.39). Es posible que se decrete la **suspensión de la ejecución del fallo** cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de 2 años, no suspendiéndose, claro está, lo relacionado con responsabilidad civil derivada del delito (LORRPM art.40).

Contra esta Sentencia cabe **recurso de apelación** ante la Audiencia Provincial, si la hubiera dictado el juzgado de menores, o ante la Audiencia Nacional, si hubiera hecho lo propio el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, se llevará a cabo ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LORRPM art.41). Frente a estas resoluciones, es posible presentar **recurso de casación** ante la sala segunda del Tribunal Supremo, cuando la medida a imponer sea en relación con los delitos graves, menos graves pero se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado un grave riesgo para la vida o la integridad física, o los hechos se cometan en grupo o el menor perteneciera o actuase al servicio de una banda, organización o asociación (LORRPM art.42).

- 7018 **Refundición de las medidas**
(LORRPM art.47)

La ley prevé el cumplimiento simultáneo de las medidas, pero hay ocasiones en las que esto se antoja imposible. Para estos casos, la LORRPM contempla una serie de reglas que deben seguirse a la hora de configurar un cumplimiento sucesivo, y que rigen también para los supuestos en los que se imponen medidas en distintas resoluciones judiciales. En estos casos, si las medidas son de la misma naturaleza el juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando su duración, hasta alcanzar un límite máximo del doble de la más grave de las refundidas.

Las **reglas de prelación** de las medidas son:

- la medida de internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra;
- la medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento;
- la medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de estas;
- las medidas de libertad vigilada contempladas para los supuestos de delitos graves, menos graves pero ejecutados con violencia o intimidación o generando un riesgo grave para la vida o la integridad física de las personas, o para hechos delictivos llevados a cabo en grupo o por un menor que pertenece o actúa al servicio de una banda, organización o asociación.

No obstante lo anterior, en virtud del interés del menor, se podrá **alterar este orden** motivadamente.

- 7019 Se plantea un problema en los supuestos en que el sujeto está cumpliendo una o varias medidas, ha alcanzado la **mayoría de edad** y comente un delito por el que se le impone una pena o una medida de seguridad. En estos supuestos, la LORRPM prevé la **ejecución simultánea**, siempre y cuando sea posible. Para aquellas situaciones en las que no es viable dicha ejecución, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas dentro del régimen de responsabilidad penal del menor, salvo que la medida en curso sea de internamiento y la pena

impuesta sea de prisión. Si esto ocurre, se seguirá cumpliendo la medida de internamiento solo que en un centro penitenciario y, cuando termine, se ejecutará la pena, todo ello salvo que el juez de menores adopte otra solución.

7020 Ejecución de las medidas (LORRPM art.44 y 45)

La LORRPM somete el cumplimiento de las medidas a un doble control: administrativo y judicial. De este modo, el **juez sentenciador** será el encargado de controlar la ejecución de las medidas establecidas, mientras que de la ejecución material se ocuparán los medios proporcionados al respecto por las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla, las cuales podrán establecer acuerdos y convenios de colaboración con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, bajo su directa supervisión.

Para dar inicio a la ejecución de la medida es necesario en primer lugar que el juez de menores apruebe un **Programa de Ejecución** de la medida impuesta. En este se identifica al menor, se establece la medida a imponer, los objetivos que se pretenden alcanzar durante la ejecución, los horarios y actividades a desarrollar, el tipo de inserción, metodología utilizada, recursos y evaluación. Posteriormente, el secretario del juzgado de menores competente, será quien proceda a la **liquidación** de dicha medida, teniendo en cuenta el tiempo cumplido por las eventuales medidas cautelares, para lo que abrirá un expediente de ejecución donde hará constar las incidencias que se puedan producir en el transcurso de la ejecución.

De todo esto, junto con testimonios e informes técnicos que el juez considere oportuno, se dará **traslado a la entidad pública de protección o reforma de menores** competente para el cumplimiento de las medidas, designada en Sentencia firme. Esta entidad abrirá un expediente personal único para el menor, donde se recogerán los informes relativos a él, las resoluciones judiciales que le afecten y demás documentación que se genere durante la ejecución, y, además, designará a un profesional quien deberá encargarse del seguimiento de la medida y, en su caso, de designar un centro de internamiento (LORRPM art.46 y 48).

Una vez que da comienzo la ejecución de la medida, conforme a lo previsto en la LORRPM, la entidad pública remitirá al juez de menores y al Ministerio Fiscal **informes periódicos** sobre la ejecución de dicha medida y las eventuales incidencias que se hubieran podido producir, elaborándose un informe final en el que se dará cuenta de la situación en la que se encuentra el menor después de la ejecución de la medida (LORRPM art.49).

7021 Siendo lo anterior aspectos comunes de la ejecución de toda medida, la LORRPM prevé algunas particularidades a tener en cuenta en relación con la ejecución de las medidas privativas de libertad, en el capítulo III del título VII. En puridad, en este capítulo, lo que se hace es establecer las **condiciones y características de los centros** donde se desarrollará la medida de internamiento (LORRPM art.54), recordar el principio que debe regir y respetarse siempre en la ejecución de esta y todas las medidas, que no es otro que el de resocialización (LORRPM art.55), así como declarar los derechos y deberes de los menores internados (LORRPM art.56 y 57) y el régimen disciplinario al que quedan sometidos por encontrarse, precisamente, en un centro de menores (LORRPM art.58 a 60).

De este modo, en cuanto a los **centros de cumplimiento** de la medida privativa de libertad se establece la prohibición de que coincidan con centros penitenciarios, destinados a adultos que han llevado a cabo un acto delictivo y a los que se aplica lo previsto en el Código Penal. Si lo que se pretende es la resocialización del menor, es preciso mantenerlo en un entorno que se asemeje lo máximo posible a la vida en libertad. Es por ello que el funcionamiento interno se rige por una normativa propia que permita la convivencia ordenada, la ejecución de los diferentes programas y la custodia de los menores internados, pero también compatible con el desarrollo de vínculos sociales, el contacto con familiares y allegados, y la colaboración y participación de entidad públicas y privadas que favorezcan la integración social. Con esta finalidad resocializadora, también se dividen los centros en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores.

7022 Dentro de los centros de cumplimiento de las medidas privativas de libertad, a los menores se les reconocen una serie de **derechos**, derivados todos de un derecho fundamental básico, que no es otro que el derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena. De este modo, se reconoce los siguientes derechos:

- a que la entidad pública de la que depende el centro vele por su vida, su **integridad física y su salud**. Esto implica que, en ningún caso, el menor interno podrá ser sometido a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor arbitrario o innecesario en la aplicación de las normas;
- del menor de edad civil a recibir una **educación y formación** integral en todos los ámbitos y a la protección específica que por su condición le dispensan las leyes;
- a que se preserve su **dignidad y su intimidad**. Este derecho conlleva que la información sobre su condición de internado sea estrictamente reservada frente a terceros;
- al ejercicio de los **derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales** que les correspondan, siempre y cuando no sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena;

- a estar en el centro más **cercano a su domicilio**;
- a la **asistencia sanitaria** gratuita, a recibir la enseñanza básica obligatoria que corresponda a su edad, y a recibir una formación educativa o profesional adecuada a sus circunstancias;
- a un programa de **tratamiento individualizado** y a participar en las actividades del centro;
- a **comunicarse libremente** con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, con arreglo a lo dispuesto en la ley;
- a **comunicarse reservadamente** con sus letrados, con el juez de menores competente, con el Ministerio Fiscal y con los servicios de Inspección de centros de internamiento;
- a una **formación laboral** adecuada, a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que le correspondan;
- a formular **peticiones y quejas** a la Dirección del centro, a la entidad pública, a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo o institución análoga de su comunidad autónoma y a presentar todos los recursos legales que prevé esta ley ante el juez de menores competente, en defensa de sus derechos e intereses legítimos;
- a recibir **información** personal y actualizada de sus **derechos y obligaciones**, de su situación personal y judicial, de las normas de funcionamiento interno de los centros que los acojan, así como de los procedimientos concretos para hacer efectivos tales derechos, en especial para formular peticiones, quejas o recursos;
- a que sus **representantes legales** sean informados sobre su situación y evolución y sobre los derechos que a ellos les corresponden;
- de las menores internadas a tener en su compañía a sus **hijos menores** de 3 años, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

7023 Correlativamente a estos derechos, se establecen una serie de **obligaciones** relacionadas con su situación en el centro. Así, los menores internados deberán:

- **permanecer** en el centro **a disposición de la autoridad judicial** competente hasta el momento de su puesta en libertad;
- recibir la **enseñanza básica obligatoria** que legalmente les corresponda;
- respetar y cumplir las **normas de funcionamiento interno** del centro y las directrices o instrucciones que reciban del personal de aquel en el ejercicio legítimo de sus funciones;
- colaborar en la consecución de una actividad ordenada en el interior del centro y mantener una actitud de **respeto y consideración** hacia todos, dentro y fuera del centro;
- utilizar adecuadamente las **instalaciones** del centro **y los medios materiales** que se pongan a su disposición;
- observar las **normas higiénicas y sanitarias**, y sobre vestuario y aseo personal establecidas en el centro;
- realizar las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el **buen orden y la limpieza** del mismo;
- participar en las **actividades formativas, educativas y laborales** establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad.

7024 Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones así como la buena convivencia y respeto de los derechos individuales de cada interno, en los centros regirá un **régimen disciplinario**, el cual deberá respetar en todo momento la dignidad de los menores sin que en ningún caso se les pueda privar de sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas.

Las faltas en las que puede incurrir el menor se clasifican en muy graves, graves y leves, según la violencia empleada, la intencionalidad, el resultado de la misma y el número de personas ofendidas. Al respecto, solo se establece en la LORRPM las posibles **sanciones** que se pueden prever, conforme a la calificación de la falta infringida (LORRPM art.60).

Medida	GRAVEDAD DE LA FALTA/DURACIÓN DE LA MEDIDA		
	Muy Grave	Grave	Leve
Separación del grupo	De 3 a 5 fines de semana.	De 1 a 2 fines de semana.	
	De 3 a 7 días, si existe evidente agresividad,	2 días, si persiste evidente agresividad,	

Medida	GRAVEDAD DE LA FALTA/DURACIÓN DE LA MEDIDA		
	Muy Grave	Grave	Leve
	violencia y alteración grave de la convivencia.	violencia y alteración grave de la convivencia.	
Privación de salidas de fin de semana	De 15 días a 1 mes	De 1 a 15 días	
Privación de salidas de carácter recreativo	De 1 a 2 meses	1 mes	
Privación de participación en actividades recreativas del centro		De 7 a 15 días	De 1 a 6 días
Amonestación			Amonestación

Teniendo en cuenta los derechos de los menores que se encuentran internos, cuando se imponga la sanción de **separación del grupo**, esta implicará la permanencia del menor en su habitación, u otra análoga, durante el horario de actividades del centro, excepto para asistir a la enseñanza obligatoria, recibir visitas y disponer de 2 horas de tiempo al día al aire libre.

7025 Modificación o sustitución de la medida

Sobre la base del principio resocializador de las medidas y la naturaleza socio-educativa de la LORRPM, en esta última se prevé la adaptación de la ejecución de la medida impuesta al desarrollo y evolución del menor, de manera que el juez podrá dejarla sin efecto, reducir su duración o sustituirla, actuando de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor (LORRPM art.13). Si bien es cierto que, si tras la sustitución de la medida, el menor evoluciona desfavorablemente, podrá dejarse sin efecto tal sustitución. Además, en los casos en que se produzca acuerdo entre la víctima y el menor infractor, podrá dejarse también sin efecto la medida impuesta, siempre y cuando se considere que la duración de la medida ya cumplida expresa suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor (LORRPM art.51), lo cual no deja de ser sorprendente si tenemos en cuenta la conciliación con la víctima y los principios inspiradores de la ley.

5. Responsabilidad civil

7026 Nos remitimos a lo indicado en el tema de la responsabilidad civil derivada del delito (nº 6850).

6. Mediación

7027 Dentro de la LORRPM se prevé la mediación, como mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos aunque integrado dentro del procedimiento judicial. En concreto, se regula:

a) La **conciliación**. Supone que el menor reconoce el daño causado y se disculpa ante la víctima, siendo aceptado por esta.

b) La **reparación del daño**. Alude al compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de ellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

Ambas se configuran como **soluciones privadas del conflicto social** y no como sanciones penales, considerando que las partes están en disposición de solucionar de manera adecuada el conflicto sin necesidad de que concurran dichas sanciones. Estas soluciones se llevarán a cabo a través de la mediación efectuada por el equipo técnico quien, precisamente, se ocupará de informar al Ministerio Fiscal sobre los compromisos alcanzados y, en su caso, el grado de cumplimiento. Se pueden llevar a cabo en dos **momentos** diferentes: antes de dictar sentencia, en concreto, durante la fase de instrucción (LORRPM art.19) o una vez dictada Sentencia, pudiendo estar en ejecución la medida (LORRPM art.51.3).

a) Si se llega a la conciliación o al compromiso de reparación del daño durante la **fase de instrucción**, entonces, el Ministerio Fiscal podrá proceder a solicitar al juez de menores el **sobreseimiento** en la continuación del expediente. Para ello, los hechos deberán ser constitutivos de un delito menos grave o leve (la LORRPM dice falta) y valorará la gravedad de los hechos, prestando especial atención al uso de violencia o intimidación graves en su comisión, así como las circunstancias personales del menor. En el supuesto en que el menor no cumpliera con la reparación, el Ministerio Fiscal continuará con el expediente.

b) Por su parte, cuando la conciliación entre el menor y la víctima se produzca **después de haberse dictado sentencia**, tal y como hemos advertido en el epígrafe anterior, el juez de menores competente deberá tener en cuenta el tiempo de duración de la medida que se haya cumplido y valorar si con este se expresa suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

F. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Penas y criterios de determinación. Responsabilidad civil

7028	1. Introducción	7030
	2. Sujetos a los que alcanza	7031
	3. Delitos imputables a las personas jurídicas	7034
	4. Criterios de imputación de conductas delictivas a las personas jurídicas	7035
	5. Culpabilidad	7044
	6. Tipicidad, culpabilidad y carga de la prueba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	7050
	7. Circunstancias atenuantes	7052
	8. Extinción de la responsabilidad	7053
	9. Penas aplicables a las personas jurídicas	7054
	10. CP art.129	7063
	11. Responsabilidad civil	7070

1. Introducción

7030 En España, la responsabilidad penal se introdujo por medio de la LO 5/2010 . Pese al escaso periodo de tiempo de vigencia del sistema y su reducida aplicación, la LO 1/2015 reformó todo el sistema. Seguimos con ello la tendencia mayoritaria en el derecho comparado y particularmente el modelo de los países anglosajones. Se ha superado, pues, definitivamente, el viejo aforismo *Societas delinquere non potest* o *Universitas delinquere nequit*.

La **regulación** se encuentra alojada, esencialmente, en los CP art.31 bis.a, 31 quinquies, 33.7 y 129 .

2. Sujetos a los que alcanza

7031 Concepto penal de persona jurídica

En el caso del Código Penal español, los CP art.31 bis y 129 genéricamente se refieren a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, no se especifican qué debe entenderse por este último concepto.

Normalmente, se asume que personas jurídicas, son las que el **derecho privado reconoce como tales** (ese es el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, p. 16); en cuanto a las entidades extranjeras se remite a su propio ordenamiento jurídico, con cita del CCo art.9.11). Sin embargo, pueden presentarse problemas en determinados casos. Solo a título de ejemplo, las comunidades de bienes, conforme a los parámetros civiles, carecen de personalidad jurídica (TS 16-7-15, Rec 503/15). Pese a ello, de acuerdo con el ET art.1.2 , pueden ser **empresarios**. Del mismo modo, las Uniones Temporales de Empresas carecen de personalidad jurídica (L 18/1982 art.7.2). Sin embargo, de acuerdo con el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS art.7 y 9.3), deben tributar por lo que pueden en abstracto cometer, por ejemplo, el delito del CP art.305 .

La cuestión, pues, es dilucidar si el Derecho penal está subordinado al concepto de persona jurídica característico de **otras ramas del Derecho** (en cuyo caso en los dos supuestos anteriores y otros análogos no sería posible la exigencia de responsabilidad penal) y, singularmente, del Derecho civil. O si, por el contrario, puede desarrollar un concepto propio, independientemente de la regulación del Derecho civil, como ocurre con el de funcionario público (CP art.24) y que captase tales supuestos. Un concepto de persona jurídica estrictamente penal, suficientemente flexible, podría ser suficiente para captar tales casos. Así sería necesario una triple exigencia: cierto reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico (para ser «jurídica»), capacidad de afectar al bien jurídico y capacidad de hacer frente al pago de la multa.

7032 Entidades públicas, partidos políticos y sindicatos

Ulteriormente, se debate si se excluyen del ámbito de potenciales sujetos activos a entidades públicas. Ese ha sido el criterio del CP español al **excluir** la **punición** del Estado, CCAA, municipios y provincias, y en general a la administraciones institucionales, organismos reguladores, agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (CP art.31 quinquies). La **Circular 1/2009** interpreta que sí que cabe hacer responsables a los colegios profesionales y a las corporaciones de Derecho público porque defienden intereses privados. Ello puede tener relevancia, por ejemplo, cara al CP art.319 . Por fin, se excluye la responsabilidad penal de sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que, sin embargo, solo les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) CP art.33.7 (multa e intervención judicial,

respectivamente). Esta limitación no es aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Del mismo modo ha existido cierta discusión en torno a partidos políticos y sindicatos, los cuales, en España, inicialmente, se encontraban exentos de responsabilidad penal, probablemente con el argumento de que se trata de instituciones centrales para el funcionamiento del Estado democrático. Sin embargo, se trata de un punto de vista ya rectificado en la reforma del CP de 2012 (considérese, especialmente, los nuevos delitos de financiación ilegal de partidos políticos, CP art.304 bis).

Precisiones

La reforma se operó mediante la LO 7/2012 , de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995 , de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, lucha contra el fraude fiscal y de la Seguridad Social.

7033 Compatibilidad de la sanción a la persona física y a la jurídica

(CP art.31 ter)

La sanción a la persona física, no excluye la de la persona jurídica ni a la inversa. Cada una de ellas, pues, responde por su propio injusto y culpabilidad. No obstante, en el caso en el que se sancione conjuntamente a ambos, en CP art.31 ter.1 dispone que: «Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos».

En definitiva, se podrá **disminuir la multa** a ambos, incluso por debajo del marco legal, sin que se haya establecido ningún criterio para concretar hasta dónde pueden llegar jueces y magistrados, los cuales gozan en este punto de una discrecionalidad excesiva. Se trata de una cláusula que, probablemente, tenga más fundamento en los casos de pequeñas empresas, empresas familiares, pero difícilmente en las de gran tamaño. No obstante, la norma parece haberse concebido en términos imperativos y no meramente potestativos.

3. Delitos imputables a las personas jurídicas

7034 Una segunda cuestión relevante que se plantea es la relativa a los delitos afectados por el nuevo sistema. Desde un punto de vista comparado, lo más habitual es que los ordenamientos jurídicos recurran a un sistema de *crimina societatis*, conforme al cual a las organizaciones tan solo se les pueden imputar determinadas figuras de delitos, aquellos que expresamente así lo prevean. Con otras palabras, no todo delito susceptible de ser cometido por las personas físicas puede imputarse a una persona jurídica. Eso es lo que ocurre en España, donde las figuras delictivas por las que pueden hacerse responsables a las personas jurídicas son muy numerosas, pero en todo caso se trata de un **numerus clausus** que no permite la sanción penal a la persona jurídica, por ejemplo, por homicidio o lesiones. La ley permite la sanción a las personas jurídicas en 18 grupos de delitos, los cuales han sido ampliados después de la reforma de 2015. Concretamente, la ley se refiere a la favorecimiento, facilitación o publicidad del tráfico ilegal de órganos (CP art.156 bis), trata de seres humanos (CP art.177 bis.7º), delitos relativos a la prostitución (CP art.189 bis), delitos de descubrimiento y revelación de secretos (CP art.197 quinquies), estafa (CP art.251 bis), insolvencias punibles (CP art.258 ter), daños informáticos (CP art.264 ter), propiedad intelectual, industrial y contra el mercado y los consumidores (CP art.288), blanqueo de capitales (CP art.302.2), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (CP art.310 bis), delitos relativos a la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente (CP art.328), delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (CP art.343), tráfico drogas (CP art.366), falsificación de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje (CP art.399 bis), el delito de cohecho (CP art.427 bis), tráfico de influencias (CP art.430), corrupción de funcionarios extranjeros (CP art.445), criminalidad organizada (CP art.570 quater) y financiación del terrorismo (CP art.576 bis), el delito de contrabando (LO 6/2011 art.2.6).

En la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 se añadieron el delito de financiación ilegal de partidos políticos (CP art.304 bis), los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros (CP art.318 bis), los delitos contra la salud pública farmacéutica y alimentaria, seguridad alimentaria (CP art.366), el delito de falsificación de moneda (CP art.386) y, finalmente, el delito de provocación al odio (CP art.510 bis).

4. Criterios de imputación de conductas delictivas a las personas jurídicas

7035 En general

Al margen de lo expresado, debe examinarse cuándo procede exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, cuáles son los presupuestos o los requisitos para poder imputar un delito a una persona jurídica. Se trata de una

cuestión que se encuentra condicionada, por un lado, por el hecho de que los tipos penales están mayoritariamente diseñados pensando en la conducta de personas naturales y no se han visto modificados por el cambio del sistema. Por otro lado, las personas jurídicas no tienen una existencia física, sino que son una creación instrumental del Derecho.

Aun cuando la cuestión se encuentra sometida a debate, probablemente para la afirmación de la **tipicidad de una actuación social**, deberían verificarse, al menos, dos extremos:

- en primer lugar, la actuación de una o más personas físicas, lo que se viene llamando **hecho de conexión** (*Anknüpfungstat* en la extendida terminología alemana);
- en segundo lugar, que tal actuación aparezca externamente como hecho de la persona jurídica, que solo tenga un sentido social, empresarial, o, en palabras del CP art.31 bis , que se lleve a cabo la actuación **«en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto»**.

No obstante, el Tribunal Supremo *obiter dicta* ha requerido para la **exigencia de responsabilidad penal** de la persona jurídica analizar si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella «ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho». (TS 29-2-16, EDJ 10795 ; 16-3-16, EDJ 18524 FJ 5 , in fine). Sin embargo, en la práctica, hasta ahora, de tal criterio tan solo ha extraído consecuencias desde la perspectiva de la carga de la prueba de la existencia e idoneidad de programas de cumplimiento. Estos son, en palabras del CP art.31 bis.2 , «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». Si la persona jurídica adopta tales programas cabe eximirla de responsabilidad o, al menos, atenuarla, en los términos del CP art.31 bis.2 y 31 bis.4 . A ello nos referiremos posteriormente.

7036 Hecho de conexión y sujetos que pueden llevarlo a cabo

En cuanto a la exigencia de un hecho de conexión, alguna persona física tiene que haber llevado a cabo una conducta delictiva, susceptible de ser imputada a las personas jurídicas. Tal exigencia, sin embargo, no equivale automáticamente a requerir la identificación o imputación del concreto autor físico (entre otras cosas porque así se establece en el CP art.31 bis.2). Por consiguiente, si, p.e., una sociedad paga a un funcionario para que este haga o deje de hacer algo relacionado con el ejercicio de su cargo, sin que conste quien efectuó el pago se podría actuar contra la sociedad misma, con plena independencia de lo que acaezca con la persona física directamente responsable.

Precisiones

V. el CP art.31 bis.2 : «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 apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella».

7037 Aceptado que es preciso un hecho de conexión llevado a cabo por una persona física, debe examinarse quién puede llevar a cabo ese hecho de conexión.

Probablemente se pueda decir que del CP art.31 bis se deduce que el sistema español, responde a lo que se conoce internacionalmente como estándar *respondeat superior*, procedente del Derecho civil norteamericano, es decir, cualquier sujeto que actúe en el marco social, empresarial u organizativo puede comprometer penalmente a la sociedad misma. Concretamente, el CP art.31 bis se refería en su redacción anterior a 2015 a los **representantes legales**, a los **administradores de hecho o de derecho** y a los trabajadores. Ahora se habla de los representantes legales, de «quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica» y «quienes ostentan facultades de organización o control» y, finalmente, cualquier persona sometida a la autoridad de las anteriores, esto es, cualquier trabajador de la empresa. Dentro de ese modelo la ley opta por uno de los más expansivos posibles, en la medida en que cabe sostener que ni siquiera es necesaria una vinculación laboral con la empresa, sino que es suficiente, con una menos consistente, como es el mero arrendamiento de servicios o que el trabajador preste sus servicios por cuenta de una empresa de trabajo temporal (*Gómez Tomillo, 2010, VI, 5.3*; sigue literalmente nuestro criterio la Circular 1/2011, 46).

No es necesaria una estricta acotación entre los representantes legales, «quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica» y «quienes ostentan facultades de organización o control». La ley equipara la capacidad de todos ellos para comprometer penalmente a la persona jurídica. Lo que sí tiene importancia es encontrar el límite inferior entre directivos y sus subordinados, caracterizados esencialmente por la ausencia de capacidad de decisión.

7039 En cuanto a los **trabajadores de la empresa**, la ley española ha requerido un plus para exigir responsabilidad penal a la empresa. Se puede decir que el *minus* que implica exigir responsabilidad a la persona jurídica por la simple actuación de un trabajador subordinado, se compensa por un *plus*. Este último es, conforme al CP art.31 bis.1 b)

el «grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus actividades». Este último es un elemento puramente normativo que solo puede ser dotado de contenido valorativamente en contacto con las circunstancias del caso concreto. No obstante, debe indicarse que ausencia de control no es lo mismo que una defectuosa selección del personal, de forma que cabe que haya habido esta última y, sin embargo, no haya existido un deficiente control. Sobre la cuestión volveremos al examinar la culpabilidad de la persona jurídica (nº 7044).

La discusión que probablemente más relevancia ha tenido en cuanto a si los **mandos intermedios** (como el director de una sucursal bancaria), pueden comprometer directamente a la entidad o si, por el contrario, es exigible ese plus de ausencia del debido control sobre ellos. Considerando que en las grandes empresas múltiples decisiones se adoptan en ese nivel y no por el consejo de administración, y que tales mandos tienen capacidad de decisión por sí mismos, no hay duda de que los mandos intermedios tienen capacidad para comprometer penalmente a la entidad directamente sin ulteriores requisitos.

En todo caso, la citada exigencia de «grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control» de las actividades de los trabajadores va a plantear un problema de **carga de la prueba**. Es decir, se va a discutir a quién le concierne acreditar si hubo o no tal deficiente control. La cuestión es si concierne a la acusación acreditar un deficiente control o si, por el contrario, corresponde a la **defensa** acreditar que la empresa hizo todo lo posible para controlar a su trabajador que actuó al margen de tales medidas. Probablemente, deba concluirse que concierne a la defensa acreditar su diligencia y no a la acusación su falta de diligencia (sigue literalmente nuestro criterio, la Circular 1/2011, p. 48). Las **razones** que abonan tal punto de vista son múltiples:

En **primer lugar**, resulta razonable eximir de la prueba de lo que resulta excepcional o, lo que es lo mismo, se puede presumir lo que es normal, en nuestro caso que si se ha cometido un delito en el seno de una persona jurídica por uno de sus trabajadores ello ha sido debido a la ausencia de suficiente nivel de control, vigilancia o supervisión.

En **segundo lugar**, reclamar que los elementos excluyentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea acreditado por quien los alega se encuentra en línea con lo que es normal en la responsabilidad penal de las personas físicas (piénsese en una legítima defensa o en la causa de inimputabilidad de intoxicación plena).

En **tercer lugar**, es el criterio habitual entre otros, en el derecho anglosajón (*due diligence defence*), de donde procede la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finamente, el criterio expuesto es el que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sala de lo contencioso-administrativo, en materia de sanciones administrativas (TS 4-3-04, EDJ 17558, FJº 5º ; 6-6-08, EDJ 97539, FJº 5º ; 31-10-07, EDJ 206144, FJ 4º , etc.).

7040 Exigencia de que la conducta aparezca externamente como hecho de la persona jurídica (CP art.31 bis.1)

Esta exigencia implica los siguientes **requisitos**:

A. Actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

B. Actuación en beneficio de la persona jurídica.

7041 A. Requisito de que la acción u omisión se lleve a cabo en nombre o por cuenta de la persona jurídica

Para que pueda existir responsabilidad penal de la persona jurídica, el CP art.31 bis.1 requiere que cualquiera de ellos, administradores, representante legal o trabajador, actúe «en nombre o por cuenta» y «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica.

En cuanto al primer requisito (actuación «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica), debe entenderse que su concurrencia es alternativa entre sí (o en nombre o por cuenta). Por lo demás, se ha discutido sobre su alcance. Probablemente cuando la ley exige que la persona física actúe «**en nombre**» de la persona jurídica hace referencia a cuando se cuenta con habilitación formal para actuar por la persona jurídica, por ejemplo, por medio de un acuerdo del consejo de administración de la sociedad. La intelección expuesta explica que los trabajadores sin poder de decisión solo puedan actuar «por cuenta» y no «en nombre» de la persona jurídica, puesto que nunca cabe deducir de su posición que cuentan con autorización para comprometer a la entidad. El segundo caso, cuando se actúa u omite hacerlo «**por cuenta**» de la persona jurídica, supone carencia de un poder formal habilitante, pero implica una actuación material del dirigente o trabajador, presente cuando un tercero, un espectador objetivo, razonablemente creería que el agente poseía autorización de la empresa. De ello se deduce que los excesos del sujeto actuante u omitente, su actuación en contra de lo que era la política social, o incluso contra las órdenes expresas no excluyen automáticamente la posibilidad de imputar objetivamente el hecho a la persona jurídica (rechaza también que la extralimitación implique ausencia de responsabilidad de la persona jurídica la Circular 1/2011, p. 41).

7042 B. Actuación en «beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica

Por otra parte, el Código Penal ha introducido la exigencia de que se actúe «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica. El **beneficio directo** implica la obtención de cualquier clase de ventaja no solo económica, sino de

cualquier otra índole, incluyendo cualquier otro elemento menos tangible, como el prestigio social, mercantil, etc. El **beneficio indirecto** capta especialmente el ahorro de costes. Permanece el **problema de interpretación** de tales expresiones, toda vez que tal requisito se puede interpretar subjetiva u objetivamente e, incluso, dentro de cada uno de esos dos bloques caben diversas alternativas.

- desde un **punto de vista subjetivo**, «en beneficio directo o indirecto» equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa;

- desde un **punto de vista objetivo**, «en beneficio directo o indirecto» puede ser entendido, a su vez, de dos maneras distintas. Bien como la exigencia de constatación del efectivo beneficio, bien como la efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho. Esta última intelección es la más sólida. Se estaría requiriendo la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato, por ejemplo, por ser una posibilidad futura que, finalmente, no acaeciese. Para verificarlo debería recurrirse al criterio de un espectador objetivo. En suma, la ley requiere que se trate de un hecho de empresa que carezca de sentido, que sea, pues, incomprensible desde otra perspectiva.

5. Culpabilidad

7044 Concepto y contenido de la culpabilidad de las personas jurídicas

También el delito imputable a las personas jurídicas debe ser entendido como acción u omisión típica, antijurídica y culpable. En cuanto a este último elemento, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho penal vinculado a los Const art. 10, 24 y 25, sin el cual no es posible imponer la sanción. Ello incluye a las personas jurídicas. En definitiva, se debe responder a la pregunta de en qué consiste la culpabilidad de las personas jurídicas y cuándo se puede excluir (TCo 59/2008, FJº 11).

Probablemente, la construcción más adecuada en el estado actual de la ciencia jurídica es, con ciertos importantes matices, la desarrollada por *Tiedemann*, la cual goza de reconocimiento casi universal. Como es conocido, conforme a tal criterio debe hablarse de **culpabilidad** de las personas jurídicas **por defecto de organización** (p.e., K. *Tiedemann*, 1996 entre otras obras de este autor). Desde tal punto de vista, entendemos que la culpabilidad implicaría un juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Como en el caso de las personas físicas, la culpabilidad de las entidades colectivas implicaría un **complejo juicio valorativo** que requiere la ponderación de múltiples cuestiones por parte del juez. Esos datos a tener en cuenta son múltiples, por lo que tan solo se pueden aquí considerar algunos de los más importantes, sin que pueda aspirar a agotar la cuestión: la existencia o ausencia de un programa de cumplimiento, las características personales del sujeto físico realmente actuante, la presencia de dolo o imprudencia en este último, la existencia o no de instrucciones expresas de evitar la conducta delictiva o de llevar a cabo conductas lícitas alternativas, etc. La ausencia de culpabilidad, esto es, de defecto de organización, supondría excluir la presencia misma de la infracción y, por lo tanto, de la posibilidad de sancionar (recordemos que se trata de un elemento estructural del Estado de Derecho mismo, en los términos que los plantea nuestra jurisprudencia constitucional).

Puede ser ilustrativo de lo que se quiere expresar proponer algún **ejemplo**. Piénsese en el caso del trabajador de una empresa que «enloquece» y abre las compuertas de la balsa en la que se almacenan los purines de la granja dedicada a la explotación avícola o porcina, determinando un vertido contaminante. En principio la empresa no debería ser sancionada, salvo que, por ejemplo, el patente estado psíquico del sujeto en cuestión hiciera prever la posibilidad de que acaeciese el hecho.

En cualquier caso, evidentemente, es inevitable un **acto valorativo por parte del juzgador** en cuanto a si hubo o no defecto organizativo, como ocurre con la culpabilidad característica de las personas físicas, que pondere las circunstancias del caso concreto. No es lo mismo el empleado de una granja porcina al que parece claro no hay necesidad alguna de someterlo a controles psiquiátricos que el piloto de una línea aérea.

7045 Aceptada, pues, la culpabilidad de la persona jurídica en los términos expuestos como defecto organizativo, cuya ausencia determina la ausencia misma del delito imputable a la persona jurídica se debe plantear **qué elementos pueden condicionar la existencia o inexistencia de tal culpabilidad de empresa**. Probablemente, deberán considerarse varios factores que citamos, sin olvidar que normalmente será un dato valorativo que requiere la **ponderación de múltiples cuestiones** por parte del sujeto encargado de sancionar:

En primer lugar, será central la presencia o ausencia de un **programa de cumplimiento** *ex ante* serio, eficaz, correctamente implementado y actualizado. Ausentes tales características deberá ponderarse una disminución de la culpabilidad, la cual es una categoría elástica; a su vez, ello debería tener eficacia en la cantidad de pena a imponer en la línea de lo previsto en los CP art.31 bis.2, párrafo último y 31 bis.4, párrafo último, que permiten atenuar la pena.

En segundo lugar, entendemos que sistemáticamente es aquí donde deben considerarse algunos de los **rasgos de las personas físicas realmente actuantes u omitentes**, como la presencia o ausencia de causas de disculpa (como el miedo insuperable, CP art.20.6), de inimputabilidad (como la anomalía o alteración psíquica (CP art.20.1) o el error de prohibición (CP art.14.3). Sin embargo, como subrayaremos posteriormente, y a diferencia de lo que ocurre en el caso del delito tradicional, la constatación de cualquiera de los elementos citados automáticamente no determinará la exclusión de la responsabilidad del ente, puesto que, precisamente, puede constituir un síntoma de una deficiente organización o, por el contrario, excluirlo absolutamente.

En tercer lugar, es en la culpabilidad donde se debe analizar el **carácter doloso o imprudente** de la conducta del agente físico, puesto que el déficit organizativo no puede estimarse idéntico en uno u otro caso.

En cuarto lugar, probablemente en este contexto se plantee la cuestión de si es suficiente para excluir la culpabilidad social con la **existencia de instrucciones expresas** por parte de quien tiene poder de dirección frente al trabajador a fin de que se abstenga de llevar a cabo la conducta que acaba desencadenando el correspondiente procedimiento penal (o, por el contrario, a fin de que lleve a cabo una determinada acción que excluiría, por ejemplo, el resultado lesivo). La cuestión no admite una toma de posición general, sino que depende del conjunto de circunstancias en las que cursan los acontecimientos y que implican valorar un conjunto amplio de elementos, como el énfasis con el que se emitieron las instrucciones, su claridad, las posibilidades de tomar medidas alternativas de vigilancia, la capacidad del sujeto que recibió las órdenes, los antecedentes de este, etc. Ello explica la disparidad de resoluciones jurisprudenciales en estos casos en la experiencia de aquellos países que nos han precedido en el reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas (así, puede verse, p.e., United States v. Hilton Hotels, The Director General of Fair Trading v Pioneer Concrete (UK) Ltd.).

7046 Programas de cumplimiento y culpabilidad

Con la redacción del CP art.31 bis.2, dada por la LO 1/2015, parece clara la posibilidad de que los programas de cumplimiento tengan un **papel eximente** de la responsabilidad. Tales programas serían, en palabras del Código Penal, «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». Se trataría, en definitiva, de protocolos dirigidos a organizar la actividad social de manera orientada a impedir la comisión de delitos, e infracciones administrativas. Si se cometiese un delito o una infracción administrativa, la presentación de esos programas en el correspondiente proceso tendrían la virtualidad de servir de base, de indicio, a la exclusión o atenuación de la culpabilidad y, consecuentemente, de la responsabilidad de la empresa.

Precisiones

«2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará **exenta de responsabilidad** si se cumplen las siguientes **condiciones** (CP art.31 bis.2):

1ª. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado 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.

2ª. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha 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.

3ª. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

4ª. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

7047 Su **contenido** no puede detallarse aquí, pero incluiría con carácter general múltiples cuestiones:

1. Identificación de **riesgos penales** (CP art.31 bis.5.1º); p.e. una empresa dedicada a contratar con la administración pública, tiene un elevado riesgo de cometer delitos de cohecho y seguramente nulo de cometer un delito relativo a la prostitución.

2. Nombramiento de un **compliance officer** (CP art.31 bis.2.2ª) y una comisión de cumplimiento, encargados de verificar que el programa de cumplimiento efectivamente se cumple y con poder ejecutivo para tomar decisiones.

3. Adopción de un **código ético**.

4. Una estricta política de **selección del personal**, el establecimiento de cursos periódicos de **formación** del personal, la organización de **auditorías** periódicas, control de los **regalos a empresas**, sistemas de delación interna anónimos, obligatoriedad de documentar todas las instrucciones dadas a los trabajadores, mandos intermedios, etc.

5. Adopción de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6. Establecimiento de un canal de denuncias que posibilite el conocimiento de irregularidades en el seno de la persona jurídica y que garantice el anonimato de quien a él acuda.

En relación con tales programas, el CP art.31 bis.2 exime de responsabilidad cuando, siendo idóneos para prevenir la comisión de delitos o reducir significativamente el riesgo de comisión, el **delito** ha sido «**cometido**» por «**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». Sin embargo, desde un punto de vista puramente estadístico, parece razonable entender que su operatividad jurídica entrará sobre todo en juego en el caso de conductas desplegadas u omitidas por empleados sin poder de dirección y, especialmente, aunque no solo, en el caso de conductas imprudentes, más que en las dolosas. En estos últimos casos, la redacción no deja lugar a la duda en cuanto a la posibilidad de eximir de responsabilidad toda vez que el precepto establece que (CP art.31.bis.4):

«4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, 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. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo».

Con independencia de que el concreto delito haya sido cometido por persona que ocupe una **posición** dirigente o subordinada **en la estructura empresarial o social**, parece claro que la idoneidad del programa para impedir la verificación de delitos en el marco de la persona jurídica debe contemplarse desde una perspectiva *ex ante*, aunque *ex post* tal programa no haya sido suficiente. Lo que no cabe racionalmente es la exigencia de un *compliance* perfecto, sin fisuras, que, con toda probabilidad, sería incompatible con un ejercicio razonablemente eficaz de las tareas empresariales. Del mismo modo, y como es obvio, un programa de cumplimiento meramente cosmético no debería determinar la exclusión, ni siquiera la aminoración, de la responsabilidad de la empresa. Sin embargo, va a resultar particularmente complejo acreditar en el caso concreto que el programa fue objetivamente idóneo para impedir la comisión de delitos o infracciones administrativas.

Lo expuesto no resulta alterado en las hipótesis en las que la persona jurídica, en cuyo seno se haya llevado a cabo un **delito imputable a la entidad** en nombre o por cuenta y en beneficio directo o indirecto de aquella, tenga implementado un programa de cumplimiento certificado conforme a la UNE 19601 de sistemas de gestión de *compliance* penal. Como es conocido, esta establece los requisitos para implantar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de *compliance* penal en las organizaciones con el objetivo de prevenir la comisión de delitos en su seno y reducir el riesgo penal, «a través del impulso de una cultura ética y de cumplimiento».

La importancia de tal norma es indiscutible. En todo caso, se encuentra lejos de ser una especie de solución mágica, pese a que parezca que quien obtenga la certificación de su *compliance* adquirirá una especie de salvoconducto penal. El poseer el citado certificado ciertamente puede ser un **elemento de prueba significativo**. Sin embargo, ni es vinculante para el juez, ni puede alterar las reglas generales de la carga de la prueba, como si de una especie de prueba tasada se tratase, de forma que, emitida la certificación correspondería a la acusación acreditar bien que dicha certificación fue irregular, bien que elementos significativos de violación implicaron una modificación del sistema.

A fin de cuentas, por una parte, ninguna de las disposiciones reguladoras de la normalización y certificación tiene rango para derogar, matizar o limitar las normas de responsabilidad penal o las de la carga de la prueba. Por otra, como indica *Nieto Martín*, la empresa **adquiere el estatus de cliente** frente a la certificadora, lo que, evidentemente, puede comprometer su imparcialidad (*Nieto Martín*, 2013-b, 43).

Asimismo, cabe pensar en la posibilidad de que, pese a la certificación, de hecho, las **irregularidades organizativas** fuesen tan groseras que se pueda concluir que en modo algún era idóneo el programa de cumplimiento y por consiguiente no cabe apreciar ni la eximente, ni siquiera la atenuante. De igual forma, no por el hecho de no tener acreditado el sistema de *compliance* automáticamente debería excluirse la posibilidad de atenuar o excluir la responsabilidad (lo que, en todo caso, será excepcional). Existente el *compliance*, seguramente mediante dictámenes periciales, se puede llegar a la conclusión de que el programa de cumplimiento era idóneo *ex ante* para disminuir de forma muy significativa el riesgo de infracciones penales y, por consiguiente, apto para excluir la responsabilidad en el caso concreto.

7048 Cuestión diversa es la del **marco dogmático** en el que se insertan los programas de cumplimiento. Una exposición de todo un sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta en este momento imposible. Así pues, partimos genéricamente de que la culpabilidad debe exigirse también en la imposición de penas y sanciones administrativas a las personas jurídicas. Asimismo, entendemos que debe estimarse que tal culpabilidad debe consistir en un defecto de organización y que la ausencia de tal defecto de organización excluye la presencia misma de la infracción y, por lo tanto, de la posibilidad de sancionar.

Desde tal perspectiva, es claro que la **adopción de un programa de cumplimiento** serio, eficaz y correctamente implementado **excluye la culpabilidad**, entendida como defecto de organización y, con ello, la posibilidad de imponer una pena, o sanción administrativa, a la persona jurídica. Formulado en otros términos, mal puede censurarse a una empresa un defecto organizativo, cuando se dotó a sí misma de un programa de tales características (otra cosa es que se tenga programa y que, sin embargo, no sea un programa serio, eficaz o siéndolo, no se encuentre correctamente implementado). No tiene sentido preventivo alguno que si un sujeto ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de un hecho delictivo se le sancione por ese hecho. Se trataría de un inaceptable e inconstitucional supuesto de responsabilidad objetiva.

La **consecuencia** tangible de entender que un programa de cumplimiento excluye la culpabilidad de la persona jurídica sería que corre de cargo de esta la prueba de una organización no defectuosa. Entendemos que en modo alguno vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia estimar que corre de cargo de la persona jurídica la prueba de una organización no defectuosa. Obviamente existen razones prácticas para propugnar que sea la persona jurídica la que acredite su diligente organización: es ella la que tiene la información y quien se encuentra en óptimas condiciones de hacerlo. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, aceptado que la **presunción de inocencia** debe operar en iguales términos en el Derecho penal de las personas físicas y en el de las jurídicas, nuestro criterio se apoyaría en múltiples motivos, ya expuestos, más allá de tales razones prácticas (resulta razonable eximir de la prueba de lo que resulta excepcional o, lo que es lo mismo, se puede presumir lo que es normal, en este caso que el programa de cumplimiento no funcionó correctamente; también los elementos excluyentes de la responsabilidad penal de las personas físicas han de ser acreditados por quien los alega; ése es el criterio habitual en el derecho comparado).

6. Tipicidad, culpabilidad y carga de la prueba en jurisprudencia del Tribunal Supremo

7050 Pese a lo expuesto, a nivel de tipicidad, el Alto Tribunal requiere para la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica analizar si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella «ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho». Dentro de esa **cultura de respeto** se incluiría la implementación de un adecuado **programa de cumplimiento** (TS 29-2-16, EDJ 10795 ; 16-3-16, EDJ 18524 FJ 5 , in fine). Lo cierto es que, por un lado, el Tribunal Supremo, hasta la fecha no ha analizado la existencia o inexistencia de una cultura de cumplimiento como causa de atipicidad en casos concretos. Por otro, se trata de una cuestión muy controvertida, en el seno del propio tribunal, toda vez que en el voto particular formulado por 7 magistrados a dicha sentencia se sostiene un criterio distinto: «Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del CP art.31 bis , y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada».

Llama la atención la **incorrección del criterio** que asume el tribunal por dos razones. Por una parte, por la imposibilidad de que la ausencia de una cultura determinada facilite nada. Y, por otra, por utilizar un criterio muy discutible como núcleo de la exigencia de responsabilidad penal de las entidades jurídicas.

Comenzando por lo primero. Hemos indicado que es más que cuestionable que «la **ausencia** de una cultura de respeto al Derecho» pueda hacer posible o facilitar el delito de cualquier forma. Dicho de otra manera, parece afirmarse que de una omisión (el no haber promovido una cultura determinada) puede derivarse algo (el delito), cuando un abstenerse de actuar es una nada fáctica y de la nada, nada puede surgir, *ex nihilo nihil fit*. Puede ser ilustrativa la remisión a la discusión que en términos idénticos se desarrolla en el marco de los delitos de comisión por omisión. Por otro lado, resulta muy cuestionable el criterio de la cultura de respeto al derecho como «**elemento imprescindible** la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal...». La idea de la cultura empresarial como base de la responsabilidad de las personas jurídicas aparece en el Derecho angloamericano. Sin embargo, resulta excesivamente ambigua y determina una excesiva restricción de las posibilidades sancionatorias, reducidas al ámbito de lo excepcional, puesto que una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que, excepcionalmente, incurrir en un delito.

7051 Ulteriormente, pueden aquí subrayarse dos últimas **ideas conexas** entre sí. Por un lado, que a una empresa recién creada claramente se le puede imputar un delito, pero difícilmente se puede decir que carezca de una cultura de cumplimiento, puesto que esta no parece que se pueda improvisar, sino que conceptualmente implica una proyección dilatada en el tiempo. Por otro, un injusto consistente en la ausencia de una determinada cultura, implicaría claramente una transición de un Derecho penal del hecho a una especie inasumible de Derecho penal de autor asociado al modo de conducción de la vida en nuestro caso social, empresarial, u organizativa (TCo 150/1991, FJ 4 ; 185/2014, FJ 3).

Sea como fuere, del punto de vista que sostiene la jurisprudencia parece desprenderse una consecuencia desde la perspectiva de la **carga de la prueba**: es a la acusación la que debe acreditar la ausencia de esa cultura de respeto

de la legalidad, o lo que es lo mismo, la inexistencia, inadecuación o falta de actualización de los programas de cumplimiento. En palabras de la propia sentencia de 29-2-16: «en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida «cultura de cumplimiento» que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno». Sin embargo, el criterio del voto particular a dicha sentencia es el contrario: «La conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del CP art.31 bis» (ver nº 7039 , las razones por las que la carga de la prueba de la existencia, adecuación y actualización de los programas de cumplimiento recae sobre la persona jurídica).

7. Circunstancias atenuantes

(CP art.31 quater)

7052 Por lo que concierne a las circunstancias atenuantes, el precepto establece un **numerus clausus** : «Solo 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...».

El criterio legislativo de limitar el número de circunstancias atenuantes a las personas jurídicas, merece una consideración sumamente crítica. No se entiende que no quepa aplicar a las personas jurídicas la circunstancia atenuante por analogía característica del Derecho penal de las personas físicas; o, por ejemplo, las razones por las que no debe aplicarse a las personas jurídicas la nueva circunstancia atenuante del CP art.21.6 , relativa a las dilaciones extraordinarias e indebidas en la tramitación del procedimiento. La propia Circular de la Fiscalía 1/2011 tácitamente lo critica, con toda la doctrina. Incluso ya se ha planteado su posible inconstitucionalidad.

Sea como fuere, se establecen las siguientes circunstancias atenuantes:

- a)** Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b)** Haber colaborado 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.
- c)** Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d)** Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Lógicamente a ellas habrá que añadir la cláusula prevista en el CP art.31 bis.2 , párrafo último, esto es, cuando tan solo puedan ser **objeto de acreditación parcial**, la adopción de programas de cumplimiento o los descritos «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».

No se han establecido **agravantes**, aunque tácitamente el CP art.66 bis parece admitirlas.

8. Extinción de la responsabilidad

7053 Del mismo modo que en el caso de las personas físicas, la extinción de la personalidad, conlleva la extinción de la responsabilidad, cualquiera puede pensar que bastaría con la **disolución**, por ejemplo, de la sociedad para hacer ilusoria la efectiva responsabilidad penal. Sin embargo, tal eventualidad se ha previsto solo parcialmente en el CP art.130.2 . Conforme a tal precepto, «no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución meramente encubierta o meramente aparente... 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». En definitiva, la ley parece sugerir que será la sociedad que se forme en sustitución de la anterior la que debería hacer frente al pago de la multa o sobre la que puede recaer la pena de prohibición de llevar a cabo determinadas actividades, etc. Ello puede plantear el problema de cómo articular procesalmente esa especie de responsabilidad penal subsidiaria, lo que probablemente pueda

dilucidarse en el marco de la ejecución de la pena. La Circular 1/2011 sostiene que los Fiscales pedirán como medida cautelar la intervención en esas circunstancias (p. 24).

Algo semejante ocurrirá en los casos de **transformación, fusión o absorción** donde la pena se traslada a las entidades resultantes a tenor de lo dispuesto en el mismo CP art.130.2 , párrafo primero, si bien acepta una moderación de la pena en función de la «proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».

9. Penas aplicables a las personas jurídicas

(CP art.33.7)

7054 Cuestiones generales

Las penas aplicables a las personas jurídicas se encuentran reguladas en el CP art.33.7 . En ese contexto debe partirse de que ya algunos autores venían sosteniendo que el sistema, con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010, había aceptado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, independientemente de las etiquetas que se utilizasen para designarlo. En cualquier caso, sintéticamente, a partir de la LO 5/2010 , se producen dos **cambios centrales en la regulación** del fenómeno en el Código Penal español.

a) En primer lugar, desde un **punto de vista formal**, dejan de denominarse consecuencias accesorias del delito, las medidas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para denominarse expresamente penas.

b) En segundo lugar, desde un **punto de vista material**, deja de ser necesario que se exija responsabilidad a una persona física para imponer medidas punitivas a una entidad colectiva, por lo que estas adquieren carácter autónomo.

7055 Todavía hoy, existe una cierta corriente de opinión que estima que el sistema que establece nuestro Código Penal es solo formalmente penal, pero que materialmente no hay penas para las personas jurídicas. Conforme a tal punto de vista, la expresión «responsabilidad penal de las personas jurídicas» que aparece en la ley no es obstáculo, puesto que también se habla de responsabilidad penal del menor, sin que propiamente haya tal responsabilidad. Se trata de una **perspectiva minoritaria**. En todo caso, de tales posiciones se derivarían importantes **consecuencias negativas**. Destacamos dos.

a) Por una parte, aceptado que frente a tales entidades es necesaria alguna clase de reacción jurídica, se construiría un sistema paralelo de «semipunición» de entidades, de naturaleza confusa y de segundo nivel, lo que no contribuye a la eficacia preventiva del sistema (recuérdese, además, que el CP art.129 ya prevé medidas accesorias frente a entidades carentes de personalidad jurídica que se sumarían a estas otras, lo que atomizaría extraordinariamente el panorama de consecuencias jurídicas asociadas al delito).

b) Por otra, si no estamos ante penas, es posible disminuir las garantías. Sería posible, pues, no respetar plenamente principios garantistas esenciales a ellas vinculados y que van desde el principio de culpabilidad, incluyendo el de personalidad de las penas, a la presunción de inocencia y principios del debido proceso, pasando por las garantías asociadas al principio de legalidad, incluido el *non bis in ídem*, y el principio de proporcionalidad. No es baladí en ese contexto que las sanciones a personas jurídicas puedan ser impuestas a partir de la reforma no «solo» a las empresas, sino en ámbitos democráticamente sensibles, como los partidos políticos y los sindicatos.

7057 Concretas penas aplicables

(CP art.33.7)

Aceptada, pues, la innegable realidad jurídico-positiva, se recogen las siguientes penas aplicables a las personas jurídicas: multa por cuotas o proporcional; disolución de la persona jurídica; suspensión de actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de realizar actividades; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; intervención judicial.

1. Multa proporcional y multa por días. Se trata de la pena central para las personas jurídicas, que debe ser impuesta en todos los casos. En la mayoría de los casos se dispone la multa proporcional, esto es, vinculada al beneficio obtenido o al perjuicio patrimonial causado. No obstante, cuando éstos criterios no sean posibles de determinar, se sustituye por días multa (CP art.52.4). Esta última, asimismo, se impone cuando no se prevea la multa proporcional. En tal caso, además de las reglas generales, se aplican los siguientes **criterios**:

- la **extensión mínima** será de 10 días y máxima de 5 años (CP art.50.3);

- la **cuota diaria** tendrá un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 euros (CP art.50.4);

- se ha previsto la posibilidad del **fraccionamiento del pago** de la multa durante un periodo de hasta 5 años, cuando la multa, por su cuantía, pueda poner en peligro la supervivencia de la empresa o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes o cuando sea aconsejable por el interés general (CP art.53.5);

- si la persona jurídica **no** procede a la **satisfacción** voluntaria o por vía de apremio de la **multa** impuesta, se podrá acordar su intervención hasta el pago total de la multa (CP art.53.5).

2. Disolución de la persona jurídica. Tal pena es la consecuencia jurídica más grave que se puede imponer a una persona jurídica (con razón se ha dicho que equivale a la pena de muerte). De ahí que deba ser aplicada con criterios restrictivos. Concretamente el CP art.66 bis dispone que para su **aplicación** será preciso que se dé alguna de las dos **circunstancias** siguientes:

- que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del CP art.66.1 (esto es, cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título, siempre que sean de la misma naturaleza);

- que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entiende que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

3. Suspensión de actividades, la cual tiene necesariamente carácter temporal, sin que su duración no podrá superar los 5 años. El código permite, asimismo, su adopción como medida cautelar.

4. Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos. Como en el caso anterior, solo puede ser temporal y nunca superar los 5 años de duración.

5. Prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de 15 años. El código permite, asimismo, su adopción como medida cautelar.

6. 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.

7. 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 puede 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 puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tiene 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 deben determinar los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. Cabe, por fin, su aplicación como medida cautelar.

7060 Salvo en lo que a la pena de multa respecta, el CP art.66 bis dispone que, para la **aplicación del resto de penas,** habrán de tenerse en cuenta tres **factores**:

- su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos;

- sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores;

- el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

10. CP art.129

7063 El CP art.129 se refiere a una serie de **medidas aplicables.**

«En el caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el CP art.31 bis ...».

El Código Penal parece haber optado, pues, en el caso en el que se pueda imputar un determinado delito a una entidad o agrupación sin personalidad jurídica (independientemente del alcance que se otorgue a esta idea) por imponerle solo medidas accesorias y no auténticas penas.

Desde el **punto de vista dogmático,** la nueva regulación plantea el problema de la naturaleza jurídica de las medidas a las que se refiere el legislador (consecuencias accesorias conforme a la dicción del CP art.129.2). Las posiciones oscilan entre los que estiman que se trata de medidas *sui generis*, pasando por los que sostienen que se trata de medidas de naturaleza civil o administrativa a quienes, finalmente, entienden que, pese a la denominación legal de «medidas accesorias» estamos ante auténticas penas. Esta última perspectiva parece la más adecuada. No deja de ser un fraude de etiquetas la denominación formal empleada por el legislador, puesto que se llama «consecuencia

accesoria» a algo que tiene idéntico contenido que las penas en sentido estricto, hasta el punto de que hay una remisión expresa al CP art.33.7 que es, precisamente, el que contiene las penas aplicables a las personas jurídicas. Es posible que en la mente del legislador se pretendiera solventar algunos de los problemas que, sin duda, va a plantear la normativa. Concretamente, admitir que estamos ante auténticas penas determinaría la necesidad de garantizar derechos como el de oír al acusado, el cual, al no tener una existencia formal, puede tener dificultades para articular su defensa. En todo caso, lo que no cabe es la imposición de medidas como las que nos ocupan, materialmente coincidentes con las penas y, por consiguiente, aflictivas, sin garantizar que quien las padece, aunque carezca de personalidad jurídica, pueda ser escuchado (para lo que, obviamente, se requiere que su imposición sea expresamente solicitada y razonada en la sentencia).

De forma estrechamente conectada con lo anterior, se plantea, de modo análogo a lo que ocurría con la redacción del art.129 del **Código Penal anterior a 2010**, si la aplicación del precepto requiere la previa punición de una persona física. Parece claro que la aplicación de la norma debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que puedan incurrir tales personas físicas.

7065 En cuanto a los **sujetos a los que les son aplicables**, la cuestión es extraordinariamente complicada. La ley se refiere a «empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el CP art.31 bis ».

Las **opciones interpretativas** son varias. Destacamos dos:

A) Cabe entender que se refiere a cualquier clase de organización que carezca de personalidad jurídica, entre otras, comunidades de bienes, uniones temporales de empresas, supuestos de nulidad previstos en la LSC art.56 (la citada norma regula las causas de nulidad de las sociedades, entre las que se incluye la no aportación en la escritura de constitución o en los estatutos sociales de la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto).

B) Alternativamente cabe entender que el Derecho penal no está subordinado al concepto de persona jurídica característico del Derecho privado. Por consiguiente, y como hemos señalado, habría persona jurídica, a efectos penales, siempre que concurriera una **triple condición**: cierto reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico (para ser «jurídica»), capacidad de afectar al bien jurídico y capacidad de hacer frente al pago de la multa (única pena excluida en el CP art.129). Si ello es así, las comunidades de bienes, las UTE s y demás supuestos antes citados frecuentemente podrían ser sancionados sin más como «personas jurídicas». El papel del CP art.129 sería puramente residual, como una escasamente útil cláusula de cierre del sistema, singularmente para hipótesis en las que no se pudiera hacer efectivo el pago de la multa.

Las **consecuencias** susceptibles de ser aplicadas son las previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del CP art.33 . Esto es, las ya vistas suspensión de actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de realizar actividades; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y, finalmente, intervención judicial.

Precisiones

Por último, permanecen **sin resolver múltiples cuestiones**, entre las que destacamos tres: En primer lugar, si es posible aplicar a las consecuencias accesorias las reglas referentes a la prescripción de las penas (CP art.133). En segundo lugar, si es posible acumular a estas medidas accesorias responsabilidad civil (CP art.116.3). Por último, si el incumplimiento de estas consecuencias accesorias podría determinar un delito de quebrantamiento de condena (CP art.468). Parece que lo más consecuente, aceptado su carácter de auténticas penas, es una respuesta afirmativa.

11. Responsabilidad civil de las personas jurídicas

7070 El sistema de responsabilidad civil de la persona jurídica como consecuencia de delito a ella imputable se encuentra recogido en el Código Penal (CP art.116.3), el cual establece la **responsabilidad solidaria** de la persona jurídica con las personas físicas condenadas por los mismos hechos. Se debe plantear el modo en el que se ha de articular la nueva regulación con la anterior dimanante del CP art.120.4 , precepto diseñado cuando todavía no había responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta última norma establece un régimen de **responsabilidad subsidiaria** de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios, entre los que se puede encontrar sus administradores, representantes legales o trabajadores. Estos, a su vez, ahora pueden ser condenados penalmente junto a la empresa empleadora. Obviamente, parece producirse un cierto conflicto con el nuevo CP art.116.3 que establece un régimen de solidaridad con las personas físicas condenadas por los mismos hechos (evidentemente, si no hay tal condena decae el contenido del precepto). Probablemente deba llegarse a la conclusión de que el CP art.120.4 se aplica

cuando no haya responsabilidad penal de las personas jurídicas (o, habiéndola, se proceda a su absolución por cualquier razón, por ejemplo, procesal) y el CP art.116.3 cuando sí que la haya.

7073 Con carácter general, se puede decir que tal responsabilidad **se caracteriza por:**

- derivar del propio hecho de la persona jurídica;
- ser solidaria con la persona física condenada; y
- ser objetiva.

1º) En primer lugar, y frente a lo que acaecía hasta la LO 5/2010 cuando se introdujo en el CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la **responsabilidad civil** es autónoma, **derivada del propio hecho**. Del mismo modo que acaece con la responsabilidad penal, la persona jurídica responde civilmente por su propio ilícito, no por el ilícito ajeno. Apoya tal punto de vista lo establecido en el CP art.31 ter.1 : no es presupuesto de la condena penal la individualización de la persona física (representante legal, persona con poder de decisión, organización o control, o trabajador). Obviamente, cuando no sea posible individualizar a la persona física no surgirá responsabilidad, ni penal ni civil, de esta última. No obstante, en los casos en los que se condene a la persona jurídica sin condena a persona física alguna (por ejemplo, por no ser habida) y con posterioridad, por cualquier causa, y en otro proceso se acabe condenando a esta última, surgirá a favor de la primera acción para reclamar a la segunda la parte que le corresponda de la cantidad en su caso efectivamente satisfecha (lo que requerirá el establecimiento de cuotas en el segundo procedimiento).

2º) En segundo lugar, la **responsabilidad es solidaria**. Como es obvio, ello implica la posibilidad en manos del perjudicado por el delito de reclamar la totalidad de la cantidad en que consista la indemnización derivada de aquel a cualquiera de los obligados solidariamente (CC art.1144 s.). El establecimiento de una responsabilidad civil de esta clase otorga una mayor protección a la víctima, la cual queda mejor cubierta que con cualquier otro (siguiendo la línea que ya antes se establecía en la coautoría, CP art.116.2 , o en los delitos de injurias y calumnias, CP art.212).

7076 Resulta imprescindible que la sentencia razone tanto la cuantía a la que asciende la indemnización como las cuotas en las que se divide. En cuanto a qué corresponde pagar a cada uno de los corresponsables solidarios (en nuestro caso, personas físicas y jurídicas), el CP art.116.3 no hace una expresa referencia a ello. Parece razonable, pues, poner este último precepto en relación con el CP art.116.1 , inciso último, conforme al cual, los jueces y tribunales señalarán la cuota que le corresponde a cada uno de «los responsables del delito». Al respecto, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia viene señalando que en los casos en los que los jueces de instancia no fijen las cuotas, debe presumirse la igualdad sin hacer distinciones ni por la calidad de cada uno (autor, cooperador necesario, cómplice), ni por el mayor o menor protagonismo encarnado (TS 23-12-13, EDJ 273811, FJ 10º con cita del CC art.1138). Una vez que la exigencia se dirige contra alguno de los responsables civiles y se ve satisfecha la pretensión indemnizatoria, quien pagó por el resto dispone de una acción de reembolso contra cada uno de los corresponsables y por las cuantías que se correspondan con las respectivas contribuciones al daño. Sobre el particular, la sentencia TS sostiene que un nuevo pleito entre corresponsables solidarios para determinar las cuotas de responsabilidad vulnera los límites de la cosa juzgada (TS 13-3-07, EDJ 19751).

3º) Por fin, la **responsabilidad civil** por delitos imputables a las personas jurídicas es **de carácter objetivo**. Dado que aquéllas son sujetos que asumen los efectos positivos y negativos, favorables y desfavorables, fundamentalmente económicos, derivados del delito, adquiere sentido que la ley les haga cargar con la responsabilidad civil derivada de los delitos a ellas imputables, en aplicación del principio *cuius commoda eius incommoda* de carácter objetivista. No resulta, pues, necesario la constatación expresa de la presencia de dolo o imprudencia para que se proceda a la condena civil.

Contencioso y proceso contencioso-administrativo

7085	A.	Procedimiento administrativo	7087
	B.	Recursos en vía administrativa. Reclamación previa a la vía civil o laboral	7152
	C.	Responsabilidad patrimonial de la Administración. Procedimientos	7224
	D.	Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración	7268
	E.	Jurisdicción y competencia en el orden contencioso-administrativo	7280
	F.	Procedimiento contencioso-administrativo ordinario	7340
	G.	Procedimientos contencioso-administrativo especiales	7376
	H.	Partes en el procedimiento contencioso-administrativo: capacidad, legitimación, representación y defensa	7424
	I.	Actuación del abogado en las distintas fases del proceso	7454
	J.	Prueba	7496
	K.	Medidas cautelares	7542
	L.	Resoluciones procesales: tipos	7582
	M.	Recursos contra las resoluciones procesales	7608
	N.	Ejecución de sentencia. Extensión de efectos de las sentencias	7724
	Ñ.	Ejecución provisional y definitiva en procesos contencioso-administrativos de títulos judiciales. Oposición a la ejecución	7752
	O.	Técnicas de intervención administrativa	7802
	P.	Expropiación forzosa	7870
	Q.	Contratos del sector público	7973
	R.	Régimen jurídico de extranjería	8098
	S.	Procedimientos tributarios	8180

A. Procedimiento administrativo

7087	1.	Concepto y clases	7089
	2.	Regulación	7093
	3.	Partes en el procedimiento administrativo. Derechos de los ciudadanos	7097
	4.	Interesados: capacidad, legitimación y representación	7103
	5.	Fases del procedimiento administrativo	7110

1. Concepto y Clases

7089 La realización de las funciones públicas (legislativas, jurisdiccionales o administrativas) necesita de un especial procedimiento, distinto según la función que se persiga, denominándose este procedimiento «procedimiento administrativo» cuando dicha función sea la administrativa. La L 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC) **define** el procedimiento «como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración» (LPAC Exposición de motivos II).

El procedimiento administrativo tiene **dos objetivos básicos** (TS 14-4-71):

- constituye garantía de los derechos de los administrados; y
- asegura la pronta y eficaz satisfacción del interés general.

Esta última finalidad viene expresamente recogida en la L 40/2015 de régimen jurídico del sector público (LRJSP): «las Administraciones públicas sirven con objetividad a los **intereses generales** y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho» (LRJSP art.3.1).

Además, la LPAC establece que: «los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones públicas que tuvieran a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán todas las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los **derechos de los interesados** o el respeto de sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda la anomalía en la tramitación de procedimientos» (LPAC art.20.1).

Precisiones

1) Desde el 2-10- 2016, con la entrada en vigor de la LPAC, por la que se derogó expresamente la LRJPAC, el **procedimiento administrativo** ha quedado regulado en la misma, así como en la LRJSP.

2) No obstante lo anterior, las previsiones de la LPAC relativas al **registro** electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos **a partir del 2-10-2018**.

7091 Clases de procedimientos

Tenemos que tener presentes los siguientes:

1. Atendiendo a su **regulación**. La LPAC regula la estructura general del procedimiento que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (LPAC Título IV).

Se declaran **expresamente en vigor** las normas que regulan procedimientos de las Administraciones públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la ley y se prevé la adecuación de las normas que rijan los procedimientos especiales a los principios de la Ley (LPAC disp.derog.).

Entre los **procedimientos especiales** vigentes que se rigen por normas específicas tienen especial relevancia los siguientes:

- procedimiento de elaboración de Reglamentos (L 50/1997 , del Gobierno, de revisión vigente desde octubre de 2016).
- procedimientos administrativos en materia tributaria (LGT).
- procedimiento de contratación (LCSP).
- procedimiento expropiatorio (LEF).

2. Atendiendo a su **desarrollo**. Se distingue entre:

- **ordinarios**: que se desenvuelven conforme a las reglas generales del procedimiento (general o especial) del que se trate; y
- **sumarios o de urgencia**: en los que los trámites y plazos del procedimiento ordinario se simplifican y abrevian.

3. Atendiendo al **fin que persigue**. Cabe distinguir entre procedimientos de:

- **gestión**: de carácter técnico y ámbito interno, normalmente preparatorios de una decisión administrativa posterior;
- **declarativos**: tendentes a la elaboración en sí de una decisión administrativa;
- **ejecutivos**: que tienden a la realización material de una decisión anterior; y de
- **revisión**: que vuelven sobre una decisión previa, bien sea de oficio a iniciativa de la propia Administración, o bien sea en vía de recurso a instancia del administrado.

Precisiones

Desde octubre de 2016, la **potestad sancionadora**, ha quedado regulada dentro del ámbito de aplicación de la LRJSP. Y con la LPAC, los procedimientos especiales quedaron estructurados e integrados en el propio procedimiento administrativo común y no en títulos separados como sí hacía la anterior y ya derogada LRJPAC.

Por otro lado, cabe recordar que la LPAC ya **no contempla las reclamaciones previas en vía civil y laboral**, recogidas en la LRJPAC Título VIII , por entenderlas una carga para los administrados y de escasa utilidad práctica (LPAC Exposición de motivos V).

7093 A lo largo del texto Constitucional existen diversos preceptos que, de forma más o menos directa, inciden sobre la vigente regulación del procedimiento administrativo (Const art.54, 103, 105, 106 , etc.). El más importante es, sin embargo, aquel en virtud del cual se establecen las **reglas de distribución de competencias** entre los distintos niveles de gobierno en materia de procedimiento administrativo (Const art.149.1.18):

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...): 18. Las **bases del régimen jurídico** de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas; (...) y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

De lo anterior se puede afirmar que el precepto constitucional ha querido reservar al Estado la **competencia exclusiva** para la determinación de los principios o normas que definen la estructura general del *iter* procedimental (TCo 288/1988).

Pues bien, en desarrollo del citado precepto constitucional, la LRJSP establece y regula las **bases del régimen jurídico** y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (LRJSP art.1).

De otro lado, acudiremos a la LPAC para observar el **desarrollo constitucional** del procedimiento administrativo común (LPAC art.1).

Todo ello, por supuesto, sobre la base de lo establecido en la Const art.103.1 según el cual: «la Administración pública sirve con objetividad los **intereses generales** y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

7095 **Ámbito de aplicación**
(LPAC art.2; LRJSP art.2)

Abarca a todas las **Administraciones públicas**, entendiendo por tales las siguientes:

- Administración General del Estado:
- Administraciones de las comunidades autónomas; y
- Entidades que integran la Administración local.

Además, las **entidades de derecho privado** vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de la LPAC y la LRJSP que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas (LPAC art.2.2.b y LRJSP art.2.2.b).

Es decir, la LPAC y la LRJSP resultan de aplicación general a todas las Administraciones públicas (incluida la Administración institucional), sin más **excepción** que las integrantes de la Administración corporativa (corporaciones de Derecho público, representativas de intereses económicos y profesionales), que ajustarán su actuación a su legislación específica, salvo cuando actúen en virtud de una atribución o encargo específicos directamente realizado por la Ley o, al amparo de esta, por una Administración pública, casos en que debe exigirse a estas Entidades la aplicación de las mencionadas leyes.

Conviene destacar asimismo, que la LPAC y la LRJSP hacen suyas las normas reguladoras del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, consagrando la **relación con las Administraciones públicas por medios electrónicos** como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para todas las Administraciones y regulando aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa.

3. Partes en el procedimiento administrativo

7097 Dentro de la relación administrativa, hay que tener en cuenta la existencia de **dos partes** claramente diferenciadas: Por un lado, la Administración pública y por otro los ciudadanos que se relacionan con ella y a los que en el seno del procedimiento se les denomina «interesados».

- Administración pública (nº 7099); e
- interesados (nº 7102).

7099 **Administración pública**

Es el órgano necesario para entrar en el ámbito del Derecho administrativo.

1. **Competencia.** Partiendo de la idea de que la Administración se sirve para su actuación de órganos, los cuales, a su vez, están servidos por funcionarios, hay que atender en primer lugar, a que el **órgano actuante** sea competente. Así se dispone cuando se establece que «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes» (LRJSP art.8).

En segundo lugar, es preciso que el titular del órgano esté **investido legítimamente** y que no esté incurso en ninguna causa de abstención o recusación.

2. **Abstención y recusación.** Se intenta garantizar la imparcialidad más absoluta, estableciendo unas reglas de recusación y abstención de los funcionarios intervinientes en cada procedimiento (LRJSP art.23 y 24):

a) Abstención. Es el acto en virtud del cual el personal al servicio de la Administración o la autoridad a la que corresponde intervenir en un procedimiento **se apartan del procedimiento**, en unos casos de forma voluntaria y, en otros, por orden del órgano superior, por considerar que concurren en ellos determinadas circunstancias que ponen en peligro su correcta actuación (LRJSP art.23.2):

«2. Son **motivos** de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquel; ser administrador de sociedad o entidad interesada o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo con cualquiera de los interesados (...), así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener alguna relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

3. Los **órganos jerárquicamente superiores** a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstenga de toda intervención en el expediente.

4. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la **invalidez de los actos** en que hayan intervenido.

5. La no abstención en los casos en que concorra alguna de esas circunstancias dará lugar a la **responsabilidad** que proceda.».

7100 b) Recusación. Es el derecho de los interesados a que **no intervenga en el procedimiento** el titular del órgano administrativo en el que concorra alguno de los motivos de abstención. El fin es el mismo que en la abstención, con la diferencia que la recusación la plantea el interesado. Además, el planteamiento de la recusación, suspenderá el procedimiento (LRJSP art.24).

«1. En los casos previstos en el artículo anterior, podrá promoverse la recusación por los interesados en cualquier **momento** de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la **causa** o causas en que se funda.

3. En el día siguiente, el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su **sustitución** acto seguido.

4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el **plazo** de 3 días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el **recurso** que proceda contra el acto que termine el procedimiento».

7102 Interesados: derechos de los ciudadanos

(LPAC art.13)

Han estado regulados tradicionalmente en el articulado de las distintas leyes administrativas en los que, según su materia, contemplaban la situación de los ciudadanos frente a la Administración, pero fue la LRJPAC la que por

primera vez recogió una **enumeración de estos derechos**, lo que supuso en su día una gran novedad en cuanto a su sistematización e inclusión en una norma general y básica, y de la que hoy se hace eco la LPAC.

Así, quienes tienen capacidad de obrar ante las Administraciones públicas (LPAC art.3), son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes **derechos** (LPAC art.13):

- «**a)** A comunicarse con las Administraciones públicas a través de un punto de acceso general electrónico de la Administración.
- b)** A ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones públicas.
- c)** A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.
- d)** Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico.
- e)** A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- f)** A exigir las responsabilidades de las Administraciones públicas y autoridades, cuando así corresponda legalmente.
- g)** A la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica contemplados en esta Ley.
- h)** A la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas.
- i)** Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes».

Precisiones

1) La LPAC también recoge los derechos y obligaciones de los interesados a la hora de **relacionarse electrónicamente** con las Administraciones públicas, dejando cierta libertad de opción para las personas físicas, salvo que estén obligadas a ello por disposición legal especial (LPAC art.14).

Sin embargo, las personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica (LGT art.35.4), personas físicas que **ejercen actividad profesional** que requiera de colegiación obligatoria, representantes de interesados obligados a relacionarse electrónicamente y los empleados de las Administraciones públicas **estarán obligados** a relacionarse a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite ante las Administraciones públicas.

2) Merece recordar, a este respecto, las disposiciones recogidas en el Capítulo I, del Título IV de la LPAC, por la cual se refuerzan los derechos constitucionales de los interesados en el procedimiento administrativo común y que son un fiel reflejo de la voluntad del legislador a la hora de desgranar, para mayor facilidad del interesado, los **derechos frente a los procedimientos administrativos** (LPAC art.53).

3) Adviértase no obstante que las previsiones relativas al **registro electrónico** de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los 2 años de la entrada en vigor de la LPAC, es decir, el **2-10-2018** (LPAC disp.final 7ª).

4. Interesados

7103 En el ejercicio de la función administrativa aparece, al lado de, o frente a la Administración pública, el particular, el **administrado**. Desde el punto de vista formal del procedimiento, el administrado es el interesado, esto es, el administrado en concreto que interviene o puede intervenir en el procedimiento administrativo.

7104 **Capacidad, legitimación y representación**
(LPAC art.3, 4 y 5)

1. Capacidad. La aptitud para actuar en un procedimiento administrativo y realizar válidamente los **actos en que se concreta la actuación**, quedan recogidos de la siguiente forma:

«Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones públicas, además de las personas físicas o jurídicas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos e intereses de que se trate».

2. Legitimación. Para intervenir en un procedimiento administrativo no basta tener capacidad de obrar. El ordenamiento jurídico exige algo más: una **aptitud especial**, que se conoce con el nombre de legitimación y que implica una relación del sujeto con lo que constituye el objeto del procedimiento (LPAC art.4):

«1. Se consideran **interesados** en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
 - b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
 - c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.
2. Las **asociaciones** y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.
3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna **relación jurídica transmisible**, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».

Precisiones

En relación con la **capacidad**, se legitima a los grupos afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, cuando la Ley así lo declare expresamente, para actuar en un procedimiento administrativo (LPAC art.3.c).

7106 3. Representación. Como regla general, en el procedimiento administrativo no es necesaria la asistencia de técnicos del Derecho. Ahora bien, el hecho de que los interesados **puedan actuar por sí mismos**, no obsta para que se les reconozca también la facultad de actuar por medio de representante (LPAC art.5):

«1. Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con este las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.

2. Las personas físicas con capacidad de obrar y las personas jurídicas, siempre que ello esté previsto en sus Estatutos, podrán actuar en representación de otras ante las Administraciones públicas.

3. Para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.

4. La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia.

A estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante **apoderamiento «apud acta»** efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración pública competente.

5. El órgano competente para la tramitación del procedimiento deberá incorporar al expediente administrativo acreditación de la condición de representante y de los poderes que tiene reconocidos en dicho momento. El **documento electrónico** que acredite el resultado de la consulta al registro electrónico de apoderamientos correspondiente tendrá la condición de acreditación a estos efectos.

6. La **falta o insuficiente acreditación** de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de 10 días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

7. Las Administraciones públicas podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas **transacciones electrónicas** en representación de los interesados. Dicha habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa. Las Administraciones públicas podrán requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación. No obstante, siempre podrá comparecer el interesado por sí mismo en el procedimiento».

7108 4. Identificación y autenticación. Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de **derechos o intereses legítimos y directos** cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

Se ha de destacar también que las Administraciones públicas admitirán, en sus relaciones por medios electrónicos, sistemas de **firma electrónica** que sean conformes a lo establecido en la L 59/2003 de firma electrónica y resulten adecuados para garantizar la identificación de los participantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos. En este mismo sentido, la LPAC, también recoge los sistemas, usos y asistencias de los interesados en los procedimientos administrativos en sus relaciones por medio de sistemas o medios electrónicos (LPAC art.9 a 12).

5. Fases del procedimiento administrativo

7110	a.	Iniciación	7112
	b.	Ordenación	7126
	c.	Instrucción	7128
	d.	Finalización	7138

a. Iniciación

(LPAC art.54 a 69)

7112 Respecto de la fase de Iniciación, dispone:

«Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada» (LPAC art.54).

7114 **Iniciación de oficio**

(LPAC art.58)

A **diferencia del proceso civil** donde lo normal es que la iniciación tenga lugar a instancia de parte (a través de la demanda) siendo más bien excepcional la iniciación de oficio, en el procedimiento administrativo se prevé como normal tanto uno como otro supuesto.

En este sentido «Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del **órgano competente**, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.» (LPAC art.58).

7116 **Iniciación a solicitud de persona interesada**

(LPAC art.4 y 66)

Son aquellos en los que la solicitud se formula por persona interesada. Se consideran **interesados** en el procedimiento administrativo:

- «a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Las solicitudes **deben contener** (LPAC art.66.1):

- «a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.
- b) Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación.
- c) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- d) Lugar y fecha.
- e) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- f) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación».

Se incluye la posibilidad de que el interesado identifique a la Administración el **medio electrónico** que desee para la práctica de las **notificaciones** al administrado (LPAC art.66.1.b).

- 7118 Si la **solicitud** de iniciación **no reúne los requisitos exigidos**, se requerirá al interesado para que en el plazo de 10 días, subsane las faltas o aporte los documentos necesarios. Este plazo de subsanación podrá ser ampliado hasta 5 días cuando la subsanación presente dificultades especiales, no siendo aplicable esta ampliación a los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva (LPAC art.68 ; TSJ Cantabria 1-3-02, EDJ 126387).

Ahora bien, los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones públicas **podrán presentarse** (LPAC art.16.4):

«a) En el registro electrónico de la Administración u organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.

b) En las oficinas de correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.

c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

d) En las oficinas de asistencia en materia de registros.

e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.»

De hecho, este mismo precepto exige a cada una de las Administraciones que, los registros electrónicos, sean plenamente interoperables, de modo que se garantice su **compatibilidad informática e interconexión**, así como la trasmisión telemática de asientos registrales y documentos presentados en cualquiera de los registros».

- 7120 La jurisprudencia, además, ha aceptado **otros lugares de presentación** como son los juzgados de guardia y los centros penitenciarios.

Por otra parte, se debe recordar que la LRJSP define a estos efectos «la **sede electrónica**» como: «aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho público en el ejercicio de sus competencias» (LRJSP art.38).

- 7122 **Nuevos conceptos en materia de iniciación del procedimiento**
(LPAC art.69)

Se regulan dos nuevos conceptos:

1. Declaración responsable. Se entiende como el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad:

- que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio;

- que dispone de la documentación que así lo acredita; y que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida; y

- que se compromete a mantener el cumplimiento de las obligaciones mencionadas anteriormente durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

2. Comunicación previa. Documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad (LPAC art.69).

Pues bien, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el **reconocimiento o ejercicio de un derecho** o bien el **inicio de una actividad**, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas.

Se incluye la prohibición de que la comunicación de declaración responsable, o bien la comunicación para iniciar una misma actividad, sea exigible de manera **acumulativa**, esto es, la Administración no podrá exigir ambas (LPAC art.69.6).

7124 Una vez iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, puede adoptar, de oficio o a instancia de parte, las **medidas provisionales** oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, sin que las mismas puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados, ni violación de derechos amparados por las leyes (LPAC art.56).

El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, podrá **disponer su acumulación** a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión; contra el acuerdo de acumulación no cabe recurso alguno (LPAC art.57).

Precisiones

Las Administraciones públicas pueden acordar **medidas provisionales** a través de la remisión de los términos previstos en la LEC. Tales medidas tasadas son (LPAC art.56.3):

- a) Suspensión temporal de actividades.
- b) Prestación de fianzas.
- c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.
- d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones públicas.
- i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

b. Ordenación

(LPAC art.71 a 74)

7126 No supone realmente una fase del procedimiento. Bajo esta rúbrica se incluyen una serie de principios y medidas que **orientan el desarrollo** del procedimiento para que este llegue lo antes posible a la resolución final. En este sentido, cabe destacar lo que establece LPAC art.71 :

«1. El procedimiento, sometido al criterio de **celeridad**, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.

2. En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en **asuntos de homogénea naturaleza**, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de **responsabilidad disciplinaria** del infractor o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo».

Precisiones

La LPAC tiene presente el impulso de las comunicaciones entre administrados y Administración a través de medios electrónicos, por ello hace mención expresa del **impulso de oficio** en todos los trámites del procedimiento administrativo respetando los principios de transparencia y publicidad (LPAC art.71).

c. Instrucción: trámite de audiencia

(LPAC art.75 a 83)

7128 La fase de instrucción proporciona al órgano decisorio los elementos de **juicio necesario** para una adecuada resolución. Estos elementos podrán derivarse de las alegaciones, informes o pruebas.

7130 Actividades de aportación de datos: alegaciones

Las actividades dirigidas a hacer llegar al procedimiento algún dato que sea útil para conocer el fondo del asunto que en el mismo se debate, reciben el nombre genérico de «alegaciones». Podemos distinguir:

1. **De introducción y trámite de información pública.** Los interesados podrán, en cualquier momento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio, que deberán ser tenidos en cuenta al redactar la correspondiente propuesta de resolución (LPAC art.76).

El trámite de «**información pública**» podrá acordarse por el órgano que ha de resolver cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera, con el fin de que cualquier persona, pueda examinar el mismo y presentar alegaciones u observaciones; a estos efectos, se publicará en el Boletín Oficial que corresponda, señalando el lugar y plazo de exhibición, y el plazo para formular las alegaciones (en ningún caso inferior a 20 días).

Este trámite, que responde al principio de que todo interesado en el procedimiento **debe ser oído**, y que es un trámite esencial proclamado por la Constitución Española (Const 24.2), responde a la idea de dar al interesado la posibilidad de formular cuantas alegaciones sean conformes a sus pretensiones (TS 30-4-98, EDJ 6058).

2. **Conclusivas. Trámite de audiencia.** Es un trámite inexcusable porque responde a un principio esencial del procedimiento (nadie puede ser condenado sin ser oído); son las últimas alegaciones de los interesados (LPAC art.82).

«1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

(...)

2. Los interesados, en un **plazo** no inferior a 10 días ni superior a 15, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

(...)

Precisiones

1) La **audiencia a los interesados** será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, cuando estos formen parte del procedimiento administrativo (LPAC art.82.1).

2) De otro lado, la LPAC art.82.5 hace remisión a lo dispuesto en la LRJSP en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, en relación con la **audiencia del contratista** (LRJSP art.32.9).

7132 Se trata este de un trámite específicamente previsto en la Const art.105.c) ; por tanto, la omisión del mismo, cuando produzca indefensión, será causa de **nulidad absoluta** de la resolución que se adopte.

Se establece la nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones públicas en determinados casos, uno de ellos es la nulidad de los «actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» (LPAC art.47).

No obstante, se podrá **prescindir de este trámite** cuando:

- no figuren en el procedimiento, ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (LPAC art.82.4);

- antes del vencimiento, los interesados manifiesten su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones (LPAC art.82.3).

La Administración deberá poner de manifiesto el **expediente íntegro**, una vez instruido e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. Sin embargo, no se dará audiencia respecto de determinados documentos o datos obrantes en el expediente, p.e.: los que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado o los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial (LPAC art.82.1 en relación con la L 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

7134 **Actividades de comprobación de datos: pruebas**
(LPAC art.77 y 78)

Se trata de actos encaminados a convencer al **órgano decisor** de la existencia o inexistencia de datos que han de tenerse en cuenta en la resolución.

Se procederá a la prueba cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija. El período de prueba será por un **plazo** no superior a 30 días ni inferior a 10, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

En sentido contrario de lo afirmado, quedan **exentos de prueba** los hechos:

- que no sean relevantes a juicio de la Administración para la decisión del fondo del asunto;
- admitidos o reconocidos por ambas partes (TS 15-1-99, EDJ 700);
- cuya existencia presume la ley y hechos notorios (TS 1-3-95, EDJ 656).

Con respecto a la **carga de la prueba**, no existe norma especial para los procedimientos administrativos, por lo que rige la regla general según la cual incumbe la carga de la prueba a quien alegue los hechos en que funde sus derechos (LEC art.217). No obstante, este principio rector también tiene su acogimiento en el Derecho administrativo (TS 28-5-91, EDJ 4773).

Precisiones

1) En relación con los **medios y períodos de prueba**, se incluyen cuatro puntos adicionales con respecto a la prueba y su carácter probatorio en el procedimiento administrativo recogido en la LRJPAC, teniendo relación con (LPAC art.77):

- las resoluciones judiciales penales firmes en los procedimientos de carácter sancionador;
- los documentos formalizados por funcionarios a los que se les reconoce condición de autoridad;
- los informes emitidos por órgano administrativo, organismo público o Entidad de derecho público; y
- las valoraciones de las pruebas practicadas que puedan constituir fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento.

2) Aunque se parta de la asunción de que el reparto de la carga de la prueba afecta tanto a interesados como a la Administración, afirmando que aquel que afirma los **hechos en que funda sus derechos** debe probarlos, quien finalmente decide la apertura del período probatorio es la Administración (LPAC art.77.2). Ello conlleva otorgar a la Administración una **amplia libertad** a la hora de determinar la pertinencia o no de los medios propuestos por los interesados, atendiendo a los hechos sobre los que se pretenden probar un derecho fundado (TS 29-3-93, EDJ 3081).

3) La **negativa** por parte del órgano instructor administrativo a la apertura del período probatorio no implica un vicio de **nulidad** de pleno derecho (LPAC art.47.1.e) y solo será de **anulabilidad** cuando se produzca indefensión en los interesados (LPAC art.48.2). En este sentido, encontramos abundante jurisprudencia, que se manifiesta en este sentido y determinando que, para que tenga lugar la **nulidad** será imprescindible, no la infracción de alguno de los trámites, por esenciales que fuesen, sino la falta total de procedimiento, esto es, que se hubiese prescindido total y absolutamente del procedimiento previsto en la ley para dictar el acto (TS 18-7-89, EDJ 7443 ; 14-11-97, EDJ 8613).

7136 Actividades mixtas: informes

Entendidos como los pareceres que emiten **órganos distintos** de quienes corresponde dictar la resolución sobre el expediente o parte del mismo y que sirven para proporcionar elementos de juicio necesarios para la acertada resolución. Se pueden clasificar según dos criterios:

1. **Preceptivos o facultativos:** según sea o no obligatorio, por disposición legal, solicitarlos y evacuarlos.
2. **Vinculantes o no vinculantes:** según obliguen a resolver en el sentido en que el informe se pronuncie o no.

Precisiones

Ejemplos de **órganos consultivos** son:

- Consejo de Estado, y;
- Consejos consultivos autonómicos.

d. Terminación del procedimiento y sus formas

(LPAC art.84 a 95)

7138 Ponen fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud (cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico) y la declaración de caducidad. A ello se añade la imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevenidas (LPAC art.84).

Dejando de lado lo relativo al silencio administrativo, pondrán **fin al procedimiento** administrativo:

7140 Terminación convencional o pactada

Se contempla la posibilidad de utilizar instrumentos convencionales en la tramitación y terminación de los procedimientos.

Asimismo, **se habilita a las Administraciones públicas** para celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de Derecho público, como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule (LPAC art.86).

A lo anterior, debemos añadir que esta terminación convencional estará siempre sujeta al **principio de legalidad**, esto es, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (Const art.103.1 y 105.c ; LRJSP art.3 ; LPAC art.34.1).

Estos acuerdos, pactos, convenios o contratos pueden poner **término al procedimiento** o **insertarse** en el mismo con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

El **contenido de los acuerdos** debe ser como mínimo el siguiente:

- identificación de las partes intervinientes;
- ámbito personal, funcional y territorial; y
- plazo de vigencia.

Por último, estos acuerdos pueden ser o no objeto de **publicación**, dependiendo de su naturaleza y de la pluralidad a la que afecten.

Precisiones

1) Son muchos los **límites** que surgen a la hora de dar viabilidad a la terminación convencional de los procedimientos administrativos, dado que nos hallamos ante potestades administrativas (TSJ Canarias 7-9-98).

2) Están **fuera del tráfico jurídico** las potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado, por lo que no pueden ser objeto de convenio. Solo en casos de habilitaciones legales específicas, cuando el interés público y las circunstancias concurrentes determinen que la atribución a la Administración de la correspondiente potestad sea con el suficiente grado de discrecionalidad, resultará posible la terminación convencional (TS 30-4-79, EDJ 4835).

3) Se especifica que en los procedimientos de **responsabilidad patrimonial**, el acuerdo alcanzado entre las partes, deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios de la LRJSP art.34 (LPAC art.86.5).

4) La LPAC incluye la **terminación de los procedimientos sancionadores** que, como ya decíamos al principio, se encuentran dentro del procedimiento administrativo común y no en procedimientos especiales (LPAC art.85).

7142 Resolución

(LPAC art.88)

Esta es la **forma normal** de finalización del procedimiento:

«La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación» (LPAC art.21).

En ella, la Administración decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento (LPAC art.88). Queda **prohibida expresamente** la *reformatio in peius* al establecerse que: «En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por este, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede».

La resolución debe contener la **decisión motivada** en los casos legalmente previstos (LPAC art.35): «Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de esta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56.

- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.
- f) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.
- g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio.
- h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.
- i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa».

Precisiones

1) En relación con el **contenido de la resolución administrativa**, el LPAC art.88 añade un nuevo punto (art.88.7) cuando la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano, de tal forma que será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver la propuesta de resolución.

2) Las resoluciones administrativas que ponen fin al procedimiento se han de poner en conexión con el deber de resolver que pesa sobre la Administración, de tal modo que este en ningún caso, puede abstenerse de resolver so pretexto de **silencio, oscuridad o insuficiencia** de los preceptos legales aplicables al caso, esto es, resolver la inadmisión de ciertas solicitudes que pretenden el reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento (TS 12-9-97, EDJ 6310).

7144 En cuanto a los **requisitos de las resoluciones administrativas** vienen repartidas por todo el articulado de la LPAC:

- congruencia (LPAC art.88.1 y 2);
- interdicción expresa de la reforma peyorativa o *reformatio in peius* (LPAC art.88.2);
- adecuación al ordenamiento jurídico (LPAC art.34);
- motivación (LPAC art.35, 88.3 y 4).

Precisiones

1) No puede confundirse la brevedad y concisión de las fundamentaciones de la Administración con la **ausencia de motivación**. La motivación de los actos administrativos, esto es, la relación de hechos y fundamentos de Derecho, pueden ser sucintos, pero suficientes, de suerte que expliciten la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa (TS 22-6-95, EDJ 3666).

2) Se da debida satisfacción a la exigencia de la motivación, aun cuando la resolución administrativa se **remita a un informe técnico o jurídico**, siempre que este conste en el expediente, al que puede tener acceso el interesado (TS 11-12-02, EDJ 55756).

7146 **Desistimiento y renuncia**
(LPAC art.94)

Ambas formas de terminación del procedimiento se producen por medio de una **declaración expresa** del interesado que no quiere continuar en el procedimiento.

«1. Todo **interesado** podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos.

2. Si el **escrito de iniciación** se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia solo afectará a aquellos que la hubiesen formulado».

La **diferencia entre ambas figuras** radica en que el desistimiento lo es de la pretensión, no del derecho, pudiendo volver a ejercerlo en otro procedimiento posterior; la renuncia lo es al derecho mismo, lo que impediría iniciar otro procedimiento basado en ese derecho.

Precisiones

1) Se contempla el desistimiento por la Administración al establecer que «en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes» (LPAC

art.93). Por tanto, hay que admitir la posibilidad del **desistimiento de la Administración** cuando se trate de un procedimiento iniciado de oficio y así se ha declarado con referencia al procedimiento expropiatorio (TS 6-2-85, EDJ 775 ; 18-10-86).

Esto debe ser así de una parte, porque el desistimiento del particular no puede tener lugar sin la decisión de la Administración, de manera que el **desistimiento exige siempre** un acto administrativo de aceptación, siquiera sea un acto debido normalmente, pero que puede no serlo; tal ocurre cuando hay terceros interesados que se oponen. Y de otra parte, porque si la Administración puede, a la vista de la información reservada, acordar la no iniciación del procedimiento sancionador, tanto más podrá acordar el **archivo de las actuaciones** sin llegar al acto terminal de fondo, cuando se ha obtenido el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada (TS 26-3-87).

2) Las diferencias entre el desistimiento y la renuncia mencionadas *ut supra* se precisan por el Tribunal Supremo (TS 2-7-87, EDJ 5327).

3) Cuando se produce el desistimiento o la renuncia, la Administración deberá aceptarlo declarando concluso el procedimiento, salvo que, habiéndose personado **terceros** en el mismo, instasen estos su continuación en el plazo de 10 días desde que fueron notificados.

4) Aunque existe el principio general por el cual la Administración debe aceptar la renuncia o desistimiento del interesado, si la cuestión suscita o **entraña un interés general** o fuere conveniente suscitara para su definición y esclarecimiento, entonces, la Administración podrá limitar los efectos de la renuncia o desistimiento, dando impulso al procedimiento.

7148 Caducidad

(LPAC art.95)

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le debe advertir que transcurridos 3 meses se producirá la caducidad del mismo. Consumido el plazo, la Administración podrá acordar el **archivo de las actuaciones**, notificándose al interesado, indicándole asimismo los recursos procedentes contra dicho acuerdo.

Por último, se ha de advertir que «la caducidad no producirá por sí sola la **prescripción** de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» (LPAC art.95.3).

Precisiones

1) El fundamento de la caducidad no es otro, que dar satisfacción al **principio de seguridad jurídica** (TS 8-7-99, EDJ 20300).

La doctrina científica y la jurisprudencia afirman como **regla general** la no interrupción de los plazos de caducidad (TS 14-11-98). Sin embargo, admiten algunas excepciones, como cuando se da una situación de **fuerza mayor** o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados, siempre que el procedimiento se haya iniciado dentro de plazo (TS 25-5-79; 5-7-57; 22-5-65; 8-11-83).

Por ello, la caducidad descansa, subjetivamente, en una **presunción de la intención** del interesado de abandonar el procedimiento si este se inició a su instancia y, objetivamente, en la necesidad de que los procedimientos terminen en tiempo razonable (TS 16-6-98, EDJ 21693).

2) El titular de la acción ha de ejercitarla dentro del **plazo prefijado**, pues si deja que este transcurra sin haber utilizado las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de la situación jurídica, se produce la decadencia del derecho por exigencias de la seguridad jurídica (TS 10-11-94, EDJ 8875).

3) El mero transcurso del tiempo no es suficiente para presumir que el interesado debido a su inactividad provoque el abandono del procedimiento, sino que para que opere la caducidad ha de mediar también indispensablemente el requerimiento administrativo de que proceda a **reanudar su actuación** en el expediente con la advertencia de decretarse de no hacerse, la caducidad (TS 17-7-82).

7150 La Administración está obligada a dictar **resolución expresa** en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación (LPAC art.21.1).

El **plazo máximo de notificación** de la resolución expresa es el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, si bien, no podrá exceder de 6 meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea (LPAC art.21.1).

Cuando las normas reguladoras de los procedimientos **no fijen el plazo máximo**, este será de 3 meses, a contar, igual que los anteriores, en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación, y en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para su tramitación (LPAC art.21.3).

B. Recursos en vía administrativa. Reclamación previa a la vía civil o laboral

7152	1. Concepto y clases	7154
	2. Principios generales de su regulación	7164
	3. «Reformatio in peius»	7182
	4. Recurso de alzada	7184
	5. Recurso de reposición	7200
	6. Recurso extraordinario de revisión	7204
	7. Otros procedimientos de impugnación	7208
	8. Reclamaciones previas al ejercicio de acciones en vía judicial	7212

1. Concepto y Clases

7154 Lo primero que debemos analizar:

- concepto (nº 7156); y
- clases (nº 7160).

7156 Concepto

(LPAC art.38 y 39)

El privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos y la consiguiente presunción de validez son privilegios apriorísticos pues no eximen a la Administración de un ulterior control de la legalidad de sus actos para ajustarlos al bloque de legalidad, tal y como exigen la Const art.9.1, 103 y 106 .

La **revisión de los actos administrativos** ilegales puede ser provocada:

1. Por los **particulares**, a través de los recursos administrativos y posteriormente, del recurso contencioso-administrativo (TS 26-3-98, EDJ 2885).
2. Por la propia **Administración** autora del acto, a través de la revisión de oficio y de la declaración de lesividad, previa a la impugnación de los actos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Tres son los **caracteres fundamentales** del concepto de recurso administrativo:

1. El recurso administrativo **es un acto**, no un derecho. Existe, ciertamente, un derecho subjetivo del particular a solicitar la anulación o reforma de un acto administrativo, derecho subjetivo de carácter público integrable dentro del genérico derecho de petición (Const art.29); pero el recurso es un acto, una manifestación de voluntad (TS 20-10-65).
2. Se interpone **ante la Administración**, y no ante un órgano imparcial e independiente del que dictó el acto impugnado.
3. Tiene por **objeto** la impugnación de un acto singular no normativo, excluyendo aquellos actos que no sean administrativos o, en determinados casos, que no sean definitivos.

7158 En cuanto a su **naturaleza jurídica**, debe decirse lo siguiente:

- Supone una **carga para el administrado**, ya que, en nuestro Derecho, la impugnación en vía administrativa es, en determinados casos, un presupuesto para la impugnación procesal.
- Supone una **garantía para el administrado**, aunque limitada, porque la Administración es juez y parte, por la fugacidad de los plazos de interposición y por la regla general de no suspensión de los actos administrativos impugnados.

7160 Clases

(LPAC art.112)

Podemos distinguir procedimientos por:

1. La **naturaleza del órgano** ante el que se interpone, pueden ser recursos ante la Administración activa o recursos administrativos jurisdiccionales, siendo estos últimos los que se resuelven por órganos administrativos constituidos en forma de tribunal (tribunales económico administrativos).

2. Las **condiciones de legitimación**, pueden ser subjetivas (requieren unas condiciones de legitimación específicas) u objetivas (todos los administrados están legitimados, por ejemplo, en materia de urbanismo, de patrimonio histórico artístico, de costas, de protección del medioambiente atmosférico, etc.).

3. El **motivo de interposición**, se distinguen recursos de ilegalidad y de oportunidad (en el Derecho español todos los recursos se basan en motivos de ilegalidad).

4. Su **procedencia**: se distinguen recursos

- **ordinarios**: contra cualquier acto, salvo exclusión expresa, y fundados en cualquier infracción del ordenamiento jurídico;

- **especiales**: que se pueden fundar en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, pero caben solo en relación con determinadas materias (recursos económico administrativos); y

- **extraordinarios**, que solo proceden en los casos concretos previstos en la Ley y han de fundarse en motivos legales tasados (recurso de revisión).

Se distingue así entre recurso de **alzada**, recurso potestativo de reposición, reclamación económico administrativa y otros procedimientos (LPAC art.112):

«1. Contra las resoluciones y los **actos de trámite**, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.

7162 La oposición a los restantes **actos de trámite podrá alegarse** por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

2. Las leyes podrán **sustituir el recurso de alzada**, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el **recurso de reposición podrá ser sustituido** por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la **Administración local** no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.

(...)

4. las **reclamaciones económico administrativas** se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica»

2. Principios generales de su regulación

7164 Iniciación

Hemos de tener en cuenta una serie de requisitos que deben cumplirse:

- subjetivos (nº 7166);

- objetivos (nº 7168);

- formales (nº 7170);

- temporales (nº 7172); y

- suspensión de la ejecución (nº 7174).

7166 Requisitos subjetivos:

Dentro de los cuales debemos analizar:

a. **Legitimación**. Dejando de lado los escasos supuestos de acción pública, el recurrente ha de estar legitimado, esto es, debe ser titular de un derecho o interés legítimo afectado por el acto impugnado (TS 13-3-98, EDJ 1912 ; 10-3-99, EDJ 4827). La jurisprudencia y la propia Administración enjuician con gran amplitud este requisito, admitiendo cualquier interés o ventaja patrimonial, aún indirecta (TS 2-7-99, EDJ 21567).

La **capacidad de obrar** y la posibilidad de actuar mediante la **representación** se analizan en la LPAC art.3 y 5 .

Otro aspecto destacable en relación con la representación y que es necesario recordar es que, si quien interpone un recurso administrativo en nombre de otro **no acredita la representación** en forma debida, a pesar de haber sido requerido por la Administración para la subsanación, resulta procedente la declaración de inadmisibilidad del propio recurso (TS 20-2-98, EDJ 1170).

b. **Órgano competente para resolver.** Depende de cada caso concreto. En todo caso, «los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición» (LPAC art.112.3 párrafo segundo).

Además, «en ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a:

(...)

c). la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso» (LRJSP art.9.2).

Precisiones

Para que sea admisible el **recurso per saltum** ante el órgano del que procede la disposición general es necesario que el recurso se funde únicamente en **ilegalidad de la disposición** y no en cualquier otro motivo (TS 12-5-80, EDJ 12387 ; 21-10-83; 10-5-86, EDJ 4916 ; 10-7-86; 5-2-88; 16-1-90).

Es admisible, también, el recurso *per saltum* respecto de las **actuaciones tributarias** (TS 22-10-97, EDJ 10314).

7168 Requisitos objetivos

(LPAC art.47 y 48)

El recurso de alzada y el potestativo de reposición pueden interponerse contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, fundándose en cualquiera de los **motivos de nulidad o anulabilidad** (TS 18-6-97, EDJ 4776).

Existen casos en los que la propia Ley **excluye la posibilidad de recurso** como en la:

- recusación (LRJSP art.24),
- ampliación de plazos (LPAC art.21.5 y 32); y
- aplicación del trámite de urgencia (LPAC art.33).

El **recurso extraordinario de revisión** puede interponerse contra los actos firmes en vía administrativa cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en la LPAC art.125 .

Contra las **disposiciones administrativas de carácter general** no cabe recurso directo en vía administrativa (LPAC art.112.3), aunque sí el indirecto, que de ser estimado debe dar lugar, en buena lógica, a la derogación normativa.

Precisiones

1) Es reiterada la jurisprudencia según la cual no pueden merecer el calificativo de **actos impugnables** los dictámenes e informes, manifestaciones de opinión que, siendo meros actos de trámite, provienen normalmente de órganos consultivos y se limitan a aportar un elemento de juicio, un antecedente a manejar, con los restantes datos disponibles, por el órgano que haya de decidir el asunto, que es el que plasmará la voluntad de la Administración (TS 7-5-79, EDJ 5428 ; 9-3-81; 19-11-85; 26-6-98, EDJ 17528).

2) Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la **ilegalidad de una disposición administrativa** de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

7170 Requisitos formales

(LPAC art.115)

Se dispone lo siguiente:

«1. La **interposición** del recurso deberá expresar:

- a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.

- c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
 - d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.
 - e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.
2. El **error en la calificación** del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.
3. Los **vicios y defectos** que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado».

7172 Requisitos temporales

Se analizan en cada caso particular, aunque los plazos de interposición son **improrrogables**.

7174 Suspensión de la ejecución

(LPAC art.117)

Se establece que: «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la **ejecución del acto impugnado**».

No solo por la presunción de legalidad del acto administrativo, sino también y sobre todo, para dotar de **continuidad, regularidad y eficacia la actuación administrativa**, sí ha establecido el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, que, en último término, determina el carácter no suspensivo de los recursos (TS 15-4-88; 29-6-98, EDJ 17571).

No obstante, el apartado dos añade que: «el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la **suspensión** y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio, o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta ley».

Precisiones

1) Resulta por tanto aplicable la teoría del **fumus boni iuris** y del **periculum in mora** . Así se desprende cuando se establece que «ha de realizarse una ponderación de los intereses en juego, dando prevalencia al gravamen que la suspensión supondría para los intereses públicos» (TS 24-4-98, EDJ 4387).

2) Asimismo se exige, para que sea ajustada a Derecho la cautelar medida de suspensión, no solo que la ejecución del acuerdo recurrido pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación, sino que los **intereses que pueda lesionar** la ejecución del acto estén puestos bajo la protección del órgano que ha de resolver el recurso, que la duración de la suspensión se limite al tiempo imprescindible y, finalmente, que sea proporcional y congruente, es decir, que si la evitación de perjuicios irreparables es posible a través de una medida de suspensión parcial, no se acuerde una suspensión total de los efectos del acto (TS 14-4-82).

3) Respecto de la **alegación de causas de nulidad**, esta debe aparecer a simple vista como ostensible o evidente a todas luces, porque tal alegación, si no, obligaría a entrar en el fondo del asunto, de modo que, será improcedente la suspensión si los motivos de nulidad no son tan claros y rotundos como exige la LPAC art.117 (TS 24-4-98, EDJ 4387).

7176 Ordenación e instrucción

Rigen las **reglas generales** aplicables a todo procedimiento administrativo.

Una **norma especial** relativa a la audiencia de los interesados (LPAC art.118):

«1. Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a 10 días ni superior a 15, formulen las **alegaciones** y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.

No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de **pruebas** cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.

2. Si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el **plazo** antes citado, aleguen cuanto estimen procedente.

3. El recurso, los **informes** y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada».

7178 Terminación (LPAC art.84)

El procedimiento puede terminar por cualquiera de las **formas** previstas: resolución, desistimiento, renuncia, caducidad o imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, no obstante esto último, la resolución que se dicte deberá ser igualmente motivada en todo caso.

En cuanto a la **resolución** (LPAC art.119):

«1. La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

2. Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 52.

3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial».

En cuanto a la **retroacción de las actuaciones**, razones de economía procesal pueden aconsejar, más que retrotraer las actuaciones, entrar a examinar el fondo del asunto (TS 31-1-89, EDJ 826), caso que se da cuando se llega a la convicción de que el contenido del acto seguirá siendo el mismo aunque no se hubiera cometido la infracción (TS 12-2-91).

El recurso administrativo no puede entenderse como un presupuesto formal para el desbordamiento de las potestades revocatorias de la Administración, sino como un proceso impugnatorio normal al que es consustancial el **principio de congruencia** con base en el cual la Administración puede revisar, en vía de recurso, en la medida en que venga autorizada por las peticiones del recurrente, pero solo con tal alcance; para el resto ha de acudir a la revisión de oficio, ya que el ámbito objetivo del recurso está determinado por las pretensiones deducidas, en cuanto que los aspectos del acto impugnado cuyo ataque no se formule expresamente quedan consentidos y, de otra parte, sin recurso no hay posibilidad de revisión (la de oficio) y aquel viene predeterminado por la legitimación que institucionalmente juega exclusivamente respecto de las pretensiones ejercitadas y a la vez que delimita las potestades resolutorias del órgano *ad quem*.

7180 En definitiva, los **efectos** son jurídico materiales o procesales:

1. **Materiales:** si la resolución del recurso es:

- estimatoria quedará anulado el acto con efectos *ex tunc* o *ex nunc*, según que la causa fuese de nulidad o anulabilidad;
- desestimatoria queda automáticamente confirmado el acto recurrido.

2. **Procesales** si:

- la resolución del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa;
- contra tal resolución no cabe interponer recurso administrativo alguno, salvo el extraordinario de revisión (LPAC art.125); y
- queda concluida la vía contencioso-administrativa.

3. «Reformatio in peius»

7182 La expresión *reformatio in peius* hace referencia al **resultado agravatorio** que un recurrente sufre en su esfera jurídica en virtud de la modificación del acto recurrido realizado por el órgano *ad quem*.

Como ya hemos visto, se prohíbe expresamente la misma, al señalar que «la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial» (LPAC art.119.3) (nº 7142).

La admisión de la *reformatio in peius* en nuestro Derecho ha sido hasta la promulgación de la LRJPAC en 1992, una cuestión muy polémica.

1. Posición **a favor de su admisión**. Ciertos juristas se basaban en la posibilidad de que el órgano que resuelve el recurso, podía resolver cuantas cuestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por el interesado (LPAC art.119.3). Estas **cuestiones no planteadas por el interesado** se resuelven en el sentido que se considere procedente, aun agravando la posición del recurrente. También se alegaba la LGT/64 art.169 , que ofrecía una solución similar para las reclamaciones tributarias. Esta opinión hacía prevalecer el principio de verdad material sobre el de seguridad.

2. En **contra de su admisión**, se posicionó la mayoría, así como el Tribunal Supremo (TS 10-4-72) a partir de esta sentencia alegaban lo siguiente:

- el recurso supone un *plus* para el interesado, no un *minus*;
- el riesgo de un empeoramiento en la situación del recurrente limitaría el carácter universal que tiene el derecho a recurrir por aplicación de la Const art.24 y 106 ;
- se permitiría una sustitución en los motivos base de la resolución, pero no permite una alteración de las pretensiones de las partes, sustancia misma de la *litis* (LPAC art.119.3);
- el acto favorable, al margen de recurso, solo puede ser revisado con arreglo a la LPAC art.106 y 107 .

Precisiones

1) El Tribunal dictamina que la *reformatio in peius* constituye una modalidad de **incongruencia procesal** que tiene lugar cuando la decisión de un concreto medio de impugnación ocasiona un empeoramiento o agravamiento de la situación jurídica en que ha quedado el recurrente con la resolución impugnada, el cual, de esta forma, experimenta el resultado contrario al perseguido con el ejercicio del recurso que no es otro que el de eliminar o aminorar el gravamen impuesto por la resolución objeto de impugnación introduciéndose así un elemento disuasorio al ejercicio del derecho constitucional a los recursos establecidos en la ley, que es incompatible con la tutela judicial efectiva (...)» (TCo 120/95 ; 144/96 ; 219/97).

2) Asimismo se establece que: la *reformatio in peius* está **proscrita** en todo caso de recurso, sea administrativo o jurisdiccional (TS 14-12-90, EDJ 11495).

4. Recurso de alzada

7184 Este recurso consiste en la revisión de un acto administrativo por el **superior jerárquico** de aquel que lo dictó, dando la posibilidad a la Administración, en su caso, de adecuar el contenido del acto a Derecho (TS 14-4-84, EDJ 2428).

7186 **Objeto**
(LPAC art.121)

Son objeto de recurso de alzada las resoluciones y actos a que se refiere la LPAC art.121.1 , cuando no pongan fin a la vía administrativa. Es decir, **resoluciones y los actos de trámite**, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Ponen **fin a la vía administrativa** (LPAC art.114.1):

- «a) Las resoluciones de los recursos de alzada.
- b) Las resoluciones de los procedimientos a que se refiere el artículo 112.2.
- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- d) Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.
- e) La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive.
- f) La resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el artículo 90.4.
- g) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca».

7188 A ello debe añadirse lo relativo al **agotamiento de la vía administrativa** de (LPAC art.114.2):

1. Actos administrativos del Gobierno, de los miembros y órganos.

2. Los emanados de los ministros y secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos de que son titulares.
3. Los emanados de los órganos directivos con nivel de dirección general o superior con relación a las competencias atribuidas en materia de personal.
4. En los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

En el **ámbito de la Administración local**, habrá que estar a lo dispuesto en la L 7/1985 art.52.2 reguladora de las bases del régimen local, en adelante -LBRL-.

7190 Órgano competente (LPAC art.121)

Es competente para resolver el recurso, el órgano **superior jerárquico** del que dictó el acto.

A estos efectos, «los tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que en el seno de estas actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos».

El recurso **puede interponerse** ante el órgano:

- que dictó el acto que se impugna debiendo **remitir al competente** en el plazo de 10 días el escrito de interposición de recurso, junto con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de dicha remisión; o
- competente para resolverlo.

Precisiones

El recurso de alzada ha de dirigirse, en la **línea jerárquica**, al órgano administrativo superior al que dictó el acto recurrido, sin que sea lícito al administrado prescindir de ello ni de ninguno de sus eslabones, no pudiendo quedar a su voluntad la elección del órgano que ha de conocer de la alzada (TS 7-3-81, EDJ 6243).

7192 Plazo (LPAC art.122)

Para la interposición del recurso de alzada el plazo es:

- si el acto **fuera expreso**, de un mes. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos; y
- si el acto **no fuera expreso**, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Se establece como **día inicial** el siguiente a la notificación de la resolución que se pretende recurrir; y, como **día final**, el que se cumpla el plazo, pero contado desde la misma fecha de la notificación (LPAC art.30 ; TS 18-2-94, EDJ 1472 ; 25-10-95; 24-3-99, EDJ 4892).

En cuanto al plazo para **dictar y notificar la resolución**, es de 3 meses (LPAC art.122).

Transcurrido este plazo **sin que recaiga resolución**, se puede entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en la LPAC art.24.1 para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, rezando así: «no obstante, cuando el recurso de alzada sea interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa».

Precisiones

Excepcionalmente, la LPAC art.24.1 párrafo segundo recoge una serie de procedimientos que, aun siendo promovidos a solicitud del interesado, siempre serán **entendidos desestimados** si transcurrido el plazo para dictar y notificar la resolución, esta, no tuvo lugar, a saber:

- solicitud de facultades relativas al dominio público;
- ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente, y;

- procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

7194 Motivos

(LPAC art.47 y 48)

El recurso de alzada puede fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad dispuestos en la Ley.

En sede de recurso de alzada no es posible anular el acto administrativo recurrido sobre la base de un **criterio subjetivo del recurrente**, como puede ser la mala fe o el abuso del derecho en los beneficiados por el acto administrativo que se recurre, cuando en el expediente administrativo que se tramitó no se hizo ninguna alegación ni prueba sobre la existencia de tales circunstancias. En tal caso, se carece de fundamentos jurídicos válidos y eficaces frente a las alegaciones de existencia de abuso de derecho.

7196 Irrecurribilidad

(LPAC art.122.3)

Se dispone que: «contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso **extraordinario de revisión** en los casos establecidos en el artículo 125.1».

No cabe la reposición **contra la resolución** de un recurso de alzada.

Precisiones

Contra la resolución del recurso de alzada puede interponerse recurso **contencioso-administrativo** ante el órgano judicial competente (LJCA art.46.1).

5. Recurso de reposición

(LPAC art.123.1)

7200 Se establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos **potestativamente** en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por otro lado, se considera como recurso de reposición cualquier pretensión, formulada por parte legitimada para ello, que tienda a obtener la **revocación del acto administrativo** que se estima contrario a Derecho, para lo que basta que se pida su reforma y se dirija al mismo órgano que dictó aquel (TS 19-11-84; 30-12-87, EDJ 9820 ; 16-11-98, EDJ 30887).

En todo caso, no se puede interponer **recurso contencioso-administrativo** hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

Precisiones

Se exceptúa el caso de **exclusión expresa del recurso**, en relación con determinados actos que agotan la vía administrativa. Por ejemplo, la LDC art.48 , al regular la comisión nacional de la competencia (actualmente, comisión nacional de los mercados y de la competencia, L 3/2013), excluye expresamente el recurso de reposición contra actos del presidente y del consejo de dicha comisión, debiendo interponerse recurso contencioso-administrativo directamente.

7202 Plazo

(LPAC art.124)

El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto **fuera expreso**. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

Si el acto **no fuera expreso**, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

El **plazo máximo** para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.

Contra la resolución de un recurso de reposición **no puede interponerse** de nuevo dicho recurso (TS 27-4-84; 16-1-86, EDJ 647).

6. Recurso extraordinario de revisión

(LPAC art.125 y 126)

7204 Hace prevalecer la justicia material sobre la seguridad jurídica, y puede interponerse contra los actos firmes en vía administrativa cuando concorra alguna de las **circunstancias** siguientes (LPAC art.125.1):

- que al dictarlos se hubiera incurrido en **error de hecho**, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Únicamente permite que se ponderen errores de hecho que resulten de los propios documentos incorporados al expediente, sin posibilidad de desbordar estos cauces legales;
- que aparezcan **documentos de valor esencial** para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida;
- que en la resolución hayan influido esencialmente **documentos o testimonios declarados falsos** por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución; o
- que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de **prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible** y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

Precisiones

Por su **carácter excepcional**, tales motivos han de ser interpretados restrictivamente (Dict CEst 792/1994; 998/1999 y TS 17-6-92; 4-10-93, EDJ 8683 ; 28-7-95, EDJ 5965).

7206 Plazo

(LPAC art.125)

Cuando se trate de actos firmes que al dictarlos se hubiera incurrido en **error de hecho**, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente, el recurso se interpondrá en el plazo de 4 años desde la fecha de notificación de la resolución impugnada.

En los **demás casos**, el plazo será de 3 meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

Se añade que: «lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2 de la presente ley y su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan» (LPAC art.125).

En cuanto a la **resolución del recurso**, el órgano competente puede acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado uno de la LPAC art.125 o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.

El órgano al que corresponda conocer del recurso extraordinario de revisión **debe pronunciarse**, no solo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

Por último, transcurrido el **plazo** de 3 meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión, sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso administrativa (LPAC art.126.3).

7. Otros procedimientos de impugnación

7208 Los recursos especiales son aquellos en que concurre alguna **singularidad**, bien en la materia a que afectan, por razón del órgano competente para resolverlo o del procedimiento a través del cual se tramitan o resuelven.

De todos los tipos de procedimientos especiales existentes, **destacan** los siguientes:

- Recurso de súplica.
- Recurso jerárquico impropio.
- Recurso indirecto frente a Reglamentos o *per saltum*.
- Recurso especial en materia de contratación.
- Recursos en el ámbito deportivo.

- Recurso gubernativo contra calificaciones registrales.
- Reclamación administrativa previa a la vía civil o laboral.
- Recursos previos en sectores concretos.

De **esta especialidad** se hace eco la Ley a la hora de establecer que (LPAC art.112.2):

«2. Las leyes podrán sustituir el **recurso de alzada**, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el **recurso de reposición** podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la **Administración local** no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.»

Debe notarse que la Ley permite **medios de resolución** tanto autocompositivos como heterocompositivos, y que a diferencia de los acuerdos, pactos, convenios y contratos a que hace referencia la LPAC art.86 como medios para la terminación del procedimiento, en el caso de la LPAC art.112.2 se presupone la existencia de una resolución previa administrativa (agote o no la vía).

7210 Materias

Según determinados juristas, **no pueden ser objeto** de este tipo de procedimientos las siguientes materias:

1. Infracciones de derechos fundamentales.
2. Reconocimiento, modificación o extinción de la titularidad o del ejercicio de potestades administrativas.
3. Control de las decisiones administrativas unilaterales sobre valoración del interés general.
4. Ejercicio de la potestad sancionadora.
5. Ejercicio de funciones de autoridad.

Por el contrario, sí que **caben estos procedimientos** en:

1. Las materias susceptibles de transacción.
2. La determinación de conceptos de hecho legalmente indeterminados.
3. La interpretación del alcance de las prestaciones en las relaciones bilaterales.

Encontramos dispersos algunos **procedimientos de impugnación** de actos administrativos que rompen el esquema alzada-reposición de la LPAC. Como ejemplos: L 31/2007 Título VII que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o la LDC art.47 y 48 .

8. Reclamaciones previas al ejercicio de acciones en vía judicial

7212	Planteamiento	7214
	Naturaleza jurídica	7216
	Regulación	7218
	Reclamación previa a la vía civil en materia de tercerías	7220
	Reclamación previa a la vía judicial social en materia de seguridad social	7221
	Supuestos exceptuados	7222

7214 Planteamiento

Las reclamaciones previas al ejercicio de acciones en vía judicial eran una manifestación específica del principio de autotutela administrativa, cuando la Administración actuaba como un particular más en el tráfico jurídico, pues, como es sabido, actuaba con personalidad única de Derecho público, teniendo una **doble capacidad**, jurídico pública y jurídico-privada.

Esto, con ser cierto, tenía matices, puesto que aún en los casos en que las Administraciones públicas actuaban conforme a las normas comunes, gozaban de una serie de especialidades o **prerrogativas** entre las que se encontraba el requisito previo de la reclamación administrativa.

7216 Naturaleza jurídica

La doctrina siempre resaltó la doble naturaleza que presentaba la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles o laborales, según se considerase desde una perspectiva procesal o administrativa:

1. **Derecho procesal.** Nos encontrábamos ante un presupuesto del proceso, cuya falta podía oponerse como excepción dilatoria (LEC antiguo art.416), impidiendo al juez entrar a conocer del fondo del asunto; su finalidad, desde esta perspectiva, era la de evitar la **provocación del litigio**, siendo esta la única analogía que guardaba con la conciliación, ya que, en contraste, no perseguía ninguna avenencia, pues, la reclamación debía resolverse, en todo caso, conforme a Derecho, estando la Administración obligada a examinar los derechos que frente a ella se invocaban para ver si, efectivamente, existía, la posibilidad de una transacción.

Sin embargo, supone un **acercamiento a la conciliación**, la posibilidad de terminación convencional (LPAC art.86).

2. **Derecho administrativo.** Su naturaleza jurídica era la de un procedimiento especial, como ponía de manifiesto la LRJPAC , al que, por tanto, le eran aplicables las normas generales y de las demás normas de este carácter establecidas en otros textos legales.

Sin embargo, la LPAC ha **eliminado esta exigencia procedimental**: «de acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha» (LPAC Exposición de motivos).

Por tanto, desde la **entrada en vigor** de la LPAC (2-10-2016) desaparecen, con carácter general, las reclamaciones previas a la vía judicial civil y laboral.

7218 Regulación

(LPAC disp.adic.1ª)

Con la entrada en vigor de la LPAC en octubre de 2016, y como ya mencionábamos, las **reclamaciones previas a la vía judicial civil y laboral** fueron derogadas en su totalidad.

No obstante, todavía perviven, por efecto de la aplicación directa de su normativa propia, respecto de la que la LPAC solo es **supletoria** (LPAC disp.adic.1ª):

- Las reclamaciones previas a la vía civil en materia de tercerías recaudatorias (RGR art.117 , en relación con LPAC disp.adic.1ª.2.a).

- Las reclamaciones previas a la vía civil en materia de **tercerías** en el procedimiento de **recaudación de la Seguridad Social** (RD 1415/2004 art.132 a 135 en relación con LPAC disp.adic.1ª.2.b).

- Las **reclamaciones previas a la vía laboral** en materia de prestaciones de Seguridad Social (LRJS art.71 a 73 en relación con LPAC disp.adic.1ª.2.b).

7220 Reclamación previa a la vía civil en materia de tercerías

(RGR art.117 a 122)

Bajo la vigencia de la LRJPAC se discutió acerca de la exigibilidad de la reclamación previa en materia de tercerías ya que se decía que el requisito de la reclamación previa era exigible cuando se ejercitan pretensiones o **acciones** autónomas, pero **no** las **incidentales**, como son las tercerías (TS 13-12-82, EDJ 7745 ; 2-10-85).

Tal criterio era discutible:

- La LRJPAC no establecía la **excepción**.
- La tercería puede instarse como **acción autónoma** con el fin de levantar embargos practicados en el procedimiento administrativo de apremio.

En todo caso se exigía -y se sigue exigiendo- la reclamación previa para interponer tercerías frente a los **embargos administrativos** acordados en la recaudación ejecutiva (RGR art.117 s.) y, en términos similares, en el Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la seguridad social (RD 1415/2004 art.132 a 135).

7221 Reclamación previa a la vía judicial social en materia de seguridad social

(LRJS art.71 a 73; LPAC disp.adic.1ª 2.b)

Como ya advertíamos, por efecto de la aplicación directa de su normativa propia, respecto de la que la LPAC solo es **supletoria**, las reclamaciones previas a la vía laboral en materia de prestaciones de seguridad social aún están presentes en nuestra legislación.

Así, sucintamente, es **requisito necesario** para formular demanda en materia de seguridad social que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora de las mismas, excepto en los procedimientos de impugnación de resoluciones administrativas expresas 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 los 365 días de prestación de la incapacidad temporal.

La reclamación previa debe interponerse ante el órgano que dictó la resolución, en el **plazo de 30 días** desde la notificación de la misma, si es expresa, o desde la fecha en que, conforme a la norma reguladora del concreto procedimiento, deba entenderse producido el silencio administrativo.

En cuanto a los plazos de **prescripción**, debemos tener en consideración que la reclamación previa interrumpe los mismos y suspende los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada (LRJS art.73 redacc LPAC).

7222 Supuestos exceptuados: subsanación de la falta de reclamación previa

Además de las excepciones expresamente establecidas por las Leyes (así RDLeg 7/2004 art.21 , que regula el consorcio de compensación de seguros; LEC art.780 , etc.), existen una serie de casos especiales en los que la procedencia del requisito de la reclamación previa en cuestión es, por lo menos, dudosa.

Por otro lado, la propia jurisprudencia tiene su propia percepción y entiende que la reclamación previa tiene básicamente **dos finalidades** (TCo 90/1986 ; 76/1996 ; 37/1995 ; 122/1993 ; 40/1996 ; TS 9-6-88):

1. Una **esencial y prioritaria** de poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción.
2. Otra **accesoria y subordinada** y de más escaso relieve, de dar a la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición.

En consecuencia, la **constitucionalidad de la aplicación judicial** del requisito pre-procesal y, en particular, la subsanabilidad de su falta, debe analizarse en cada caso concreto a la luz, fundamentalmente, de estas dos finalidades.

Los tribunales civiles acostumbran a tratar con flexibilidad la falta de reclamación previa, que se estima **subsanable** en cualquier momento del juicio, como acaece con el acto de conciliación no celebrado en su tiempo (TS 17-2-54; 15-3-93, EDJ 23596 ; 2-2-93), pues la Ley no sanciona con nulidad de actuaciones esa infracción que solo provoca la **suspensión del procedimiento** en cualquier trámite para que tal falta se subsane, sin perjuicio de reconocer expresamente la validez de todo lo actuado (TS 23-3-61; 12-5-61; 17-2-72, EDJ 138 , entre otras), actitud que hoy viene avalada por la Const art.24 y la jurisprudencia constitucional producida en aplicación del mismo.

Así, la mayor parte de los tribunales civiles acuerdan la **suspensión del curso de los autos** para que el demandante solvente el trámite, siendo minoría los que aceptan un archivo de los autos obligando al actor a turnar nuevamente su demanda.

A ello debe unirse la sistemática negativa a admitir que la **infracción de los preceptos legales** que imponen tal requisito sea denunciante en casación por infracción de Ley (TS 7-3-84, EDJ 7085 ; 13-3-85, EDJ 7229 ; 25-1-67) y el hecho de que la misma estimación de la excepción no surta otro efecto que el de aplazar el conocimiento del fondo de la *litis*, supuesta la inexistencia de obstáculo alguno que se oponga a la repetición del proceso, lo que contribuye a poner en evidencia la inutilidad del sistema, cuya única función es la de permitir a la Administración que prepare con tiempo su defensa.

Precisiones

Como se ha ido desarrollando, los criterios de los distintos órganos jurisdiccionales, sobre la **subsanabilidad de la falta** o defectuosa reclamación previa, no han sido unívocos. Aun cuando se admiten por todos unos criterios generales comunes, existe un acusado casuismo. Puede adelantarse que, para valorar la subsanabilidad o no de la falta o defectuosa reclamación previa, se atiende fundamentalmente a considerar si la finalidad del requisito ha quedado o no satisfecho y si la Administración, en consecuencia, ha quedado o no en situación de indefensión.

C. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Procedimientos

7224	1. Concepto	7226
	2. Legislación española: regulación actual	7228
	3. Procedimiento administrativo común	7244
	4. Tramitación simplificada	7252
	5. Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas	7254

6.	Responsabilidad de la Administración por actos de sus concesionarios y contratistas	7256
7.	Responsabilidad del Estado legislador	7262

1. Concepto

7226 La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es una institución esencial en el Derecho administrativo, cuya finalidad consiste en la reparación de los daños causados a los ciudadanos por el ejercicio de actividades administrativas. Deriva de los **efectos anormales** de la actividad administrativa, por cuanto la actividad planificada que lesiona a los particulares da lugar a otro tipo de indemnizaciones (por ejemplo, la expropiación).

Para que pueda darse esta responsabilidad **es necesario que concurra:**

- que la lesión sea imputable a una Administración pública;
- que la lesión no derive de relaciones contractuales;
- responsabilidad objetiva de carácter general; y
- responsabilidad derivada de actividad sujeta al Derecho administrativo y a normas de derecho privado.

Precisiones

Desde el 2-10-2016, con la **entrada en vigor** de la LPAC , por la que se derogan expresamente la LRJPAC y el RD 429/1993 , la responsabilidad patrimonial de la Administración queda regulada en la mencionada Ley, así como en la LRJSP .

2. Legislación española: regulación actual

7228	Regulación actual	7230
	Requisitos	7232

7230 Regulación actual (LRJSP art.32 a 37)

Se incluye entre las materias de **competencia exclusiva** del Estado, el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (Const 149.1.18º).

Ello debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 106.2 Const que consagra el principio general de **responsabilidad patrimonial de la Administración pública**: «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

A efectos de regulación de las **especialidades procedimentales** en la responsabilidad patrimonial, hay que estar a lo dispuesto en la LPAC.

Se reconoce la responsabilidad por **ampliación de actos legislativos** y la responsabilidad por el **funcionamiento de la Administración de Justicia**, remitiéndose, en cada caso, a los actos legislativos y a la LO 6/1985 (LRJSP art.32.7).

Por último, respecto a las **corporaciones locales** se dispone que: «las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa» (LBRL art.54).

7232 Requisitos

La responsabilidad que instaura la LRJSP , reviste los siguientes requisitos:

- daño imputable a la Administración (nº 7234);
- elementos subjetivos (nº 7236);
- elementos objetivos (nº 7238);
- plazo para reclamar (nº 7240), y
- reglas de valoración (nº 7242).

7234 Daño imputable a la Administración

Entendiendo servicio público como toda actividad administrativa. El título de imputación puede ser:

- una **acción formal**, como la ejecución de un acto administrativo, válido o inválido;
- una **actuación material**, como el uso de la fuerza para disolver una manifestación o unos vertidos incontrolados;
- una **inactividad formal**, ya sea general (la falta de emisión de un reglamento), o singular (la falta de resolución de una petición);
- una **inactividad material**, siempre en relación con la *lex artis* de la actividad de la que se hace dejación y la previsibilidad del riesgo (defectuoso estado de mantenimiento o falta de vigilancia de las vías públicas, accidentes en centros escolares, lesiones en centros penitenciarios, negligencias sanitarias y otros horrores); o
- el **enriquecimiento injusto**, como ocurrió con profesores de medicina de la universidad que practicaron, en hospitales del sistema nacional de salud, operaciones quirúrgicas por las que la Administración se negó a retribuirles.

7236 Elementos subjetivos

Distinguiendo entre Administración pública, órganos administrativos e interesados:

1. **Administración pública.** Es el sujeto responsable por serle imputable la lesión patrimonial. En caso de **responsabilidad concurrente**, las diversas Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria (LRJSP art.33).

2. **Órganos administrativos.** Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el ministro respectivo, el consejo de ministros si así lo dispone una ley, o por los órganos correspondientes de las comunidades autónomas o de las entidades que integran la Administración local (LPAC art.92).

Cuando su norma de creación así lo determine, la **reclamación se resolverá** por los órganos que corresponda de las entidades de derecho público (LPAC art.92).

3. **Interesados.** Tiene derecho a indemnización aquel que hubiere sufrido el daño (LRJSP art.32.1), quien está legitimado para incoar el procedimiento de reclamación, pudiendo hacerlo de oficio también la Administración (LPAC art.65 y 67).

7238 Elementos objetivos

Los elementos objetivos a tener en cuenta hacen referencia al alcance de la responsabilidad y el estado de la técnica:

1. **Alcance de la responsabilidad.** Se ha implantado un sistema de responsabilidad objetiva que recoge expresamente que: «solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos» (LRJSP art.34).

2. **Estado de la técnica.** La más copiosa (y contradictoria) jurisprudencia se refiere a los casos de transfusiones de sangre infectada con el VIH o con la hepatitis C antes de que estas enfermedades fueran conocidas. En la mayor parte de los casos se desestimó la pretensión indemnizatoria.

En cuanto a que el interesado tenga la **obligación de soportar el daño**, esto ocurrirá si:

- se ha producido por su culpa;
- la ley así lo determina;
- ha consentido el riesgo.

Precisiones

Se entiende que se **consiente el riesgo** cuando un paciente insiste en que se le practique una cesárea médicamente innecesaria y peligrosa.

7240 Plazo para reclamar

(LPAC art.67)

Se establece un plazo de prescripción, no de caducidad, al señalar que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

La **regla general** es que el plazo se computa a partir del día siguiente al hecho o acto de la manifestación de su efecto lesivo. Sin embargo, hay **casos especiales** (LPAC art.67.1):

1. En caso de **daños de carácter físico o psíquico** a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.
2. En los casos en que proceda reconocer **derecho a indemnización** por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.
3. En los casos de **responsabilidad patrimonial** a que se refiere la LRJSP art.32.4 y 5 , el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

Precisiones

En los casos en que la lesión sea consecuencia de la aplicación de una **norma con rango de ley declarada inconstitucional**, o de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, el derecho a reclamar prescribe al año de la publicación, en el BOE o en el DOUE, de la sentencia que declare su inconstitucionalidad (LRJSP art.32.4, 5 y 6).

7242 Reglas de valoración

(LRJSP art.34)

La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (LRJSP art.34.2).

La **cuantía de la indemnización** se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de garantía de la competitividad, fijado por el instituto nacional de estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley general presupuestaria (L 47/2003), o, en su caso, a las normas presupuestarias de las comunidades autónomas (LRJSP art.34.3).

La indemnización procedente **podrá sustituirse** por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado (LRJSP art.34.4).

3. Procedimiento administrativo común

7244 La LPAC, regula el procedimiento administrativo común, en su Título IV, y un procedimiento simplificado, en su Capítulo VI de dicho Título.

Así, las distintas **fases** del procedimiento administrativo común, con las particularidades del procedimiento de responsabilidad patrimonial, son las siguientes:

- iniciación;
- instrucción; y

Precisiones

1) En lo que concierne a la regulación de las **especialidades procedimentales** en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, habrá que estar a lo dispuesto en el articulado de la LPAC. A este respecto, cabe destacar las siguientes especialidades que se detallan a continuación:

- Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas (LPAC art.13).
- Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado (LPAC art.24).
- Motivación (LPAC art.35.1.h).
- Inicio del procedimiento por petición razonada de otros órganos (LPAC art.61.4).
- Inicio del procedimiento de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial (LPAC art.65).
- Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial (LPAC art.67).
- Solicitud de informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial (LPAC art.81).

- Trámite de audiencia (LPAC art.82.5).
- Terminación convencional (LPAC art.86.5).
- Especialidades de la resolución en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (LPAC art.91).
- Competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial (LPAC art.92).
- Tramitación simplificada del procedimiento (LPAC art.96.4).
- Fin de la vía administrativa (LPAC art.114.1.e).
- Procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea (LPAC disp.trans.5ª).
- Régimen transitorio de otros procedimientos en esta materia (LPAC disp.trans.3ª).

2) En cuanto al procedimiento para exigir **responsabilidad de autoridades y funcionarios** al servicio de las Administraciones públicas se regula en la LRJSP art.36 y 37 .

7246 Iniciación

(LPAC art.67)

Con carácter general, los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud del interesado (LPAC art.54).

En cuanto a la **iniciación de oficio** de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, se establecen ciertas especialidades, como son (LPAC art.65):

- que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado (LPAC art.67);
- que el acuerdo de iniciación se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de 10 días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo; y
- que el procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.

Los procedimientos se inician de oficio por acuerdo del **órgano competente**, bien por la propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

El **escrito de reclamación**, cuando el expediente se inicia por los interesados, debe especificar, además de lo dispuesto en la LPAC art.66 , las lesiones producidas, la relación de causalidad, la evaluación económica de la responsabilidad y el momento en que la lesión efectivamente se produjo (LPAC art.67.2).

En cuanto a la iniciación a **solicitud del interesado**, el procedimiento quedará supeditado a las siguientes especialidades:

- que los interesados solo podrán solicitar el inicio cuando no haya prescrito su derecho a reclamar;
- que dicho derecho prescribirá al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo; y
- que en los casos de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Precisiones

Las **solicitudes de iniciación** en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por los interesados se regulan en LPAC art.66 y 67 y deberán de cumplir con los requisitos que en ellos se establecen.

7248 Instrucción

(LPAC art.75, 77, 78, 82 y 86)

Analizamos, a continuación, los siguientes aspectos:

1. **Regla general:** los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

Se prevé la posibilidad de un **acuerdo indemnizatorio**. Atendiendo a la LPAC art.86.5 , el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el art.34 de la LRJSP (LPAC art.86.5).

2. **Práctica de pruebas:** la Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas.

En cuanto a los medios de prueba, los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la LEC (LPAC art.77.1).

No obstante, el **instructor del procedimiento** solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada (LPAC art.77.3).

3. **Trámite de audiencia:** una vez instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes. La audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, en el caso que estos formaran parte del procedimiento.

Los interesados, en un **plazo** no inferior a 10 días ni superior a 15, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (LPAC art.82).

4. **Dictamen del Consejo de Estado o en su caso del órgano consultivo de la comunidad autónoma:** será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de 10 días el plazo de su emisión (LPAC art.81).

No obstante, cuando las **indemnizaciones** reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la LO 3/1980 será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la comunidad autónoma.

Finalmente, en el caso de reclamaciones en materia de **responsabilidad patrimonial del Estado** por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, será preceptivo el informe del Consejo general del poder judicial que será evacuado en el plazo máximo de 2 meses.

7250 Terminación

El procedimiento admite tres **formas de terminación:** normal, anormal y por silencio.

1. **Normal.** La resolución correspondiente se pronunciará necesariamente sobre la existencia o no de la relación de causalidad y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización (LPAC art.91.2).

2. **Anormal.** Se produce, con arreglo a la Ley, en los casos de desistimiento, renuncia y por caducidad.

3. **Por silencio.** Se prevé un plazo de 6 meses desde la iniciación del procedimiento, para que, en caso de falta de una resolución expresa, deba entenderse que la misma es contraria a conceder la indemnización (LPAC art.24.1).

4. Tramitación simplificada

(LPAC art.96)

7252 Cuando **razones** de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, las Administraciones públicas podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento (LPAC art.96.1).

Así, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en 30 días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes **trámites:**

a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.

b) Subsanación de la solicitud presentada, en su caso.

c) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de 5 días.

d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.

e) Informe del servicio jurídico, cuando este sea preceptivo.

f) Informe del Consejo general del poder judicial, cuando este sea preceptivo.

g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que este sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver.

h) Resolución.

En el caso de procedimientos en materia de **responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas**, si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado (LPAC art.96.4).

5. Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas

(LRJSP art.36 y 37)

7254 Modalidades

Podemos distinguir la responsabilidad:

a) Por daños causados a la propia Administración pública.

b) Por daños a terceros. En la que diferenciamos que el lesionado:

- hubiese exigido la responsabilidad a la Administración;
- se dirija directamente a la persona física titular del órgano. [Nota: lo que remite a la antigua Ley Maura de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre de 1904].

Ambos supuestos tienen en común los siguientes caracteres:

1. Requisitos objetivos y subjetivos.

- **competencia:** Corresponde a la propia Administración que sufrió el daño.
- es responsable la persona física que preste el servicio a la Administración, cualquiera que sea el tipo de relación y le sea imputable el hecho causante del daño.
- se exige la presencia de dolo, culpa o negligencia grave.
- si el daño se hubiera ocasionado a un tercero, para que la Administración pueda repetir contra su servidor, es necesario que, previamente haya indemnizado a aquel.
- el plazo para la exigencia de responsabilidad será de un año (CC art.1968.2) que se contará desde el pago de la indemnización (supuesto de daños a terceros) o desde que se hubiese causado la lesión (supuesto de daños a la Administración).

2. **Procedimiento** (LRJSP art.36). El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados.

Este procedimiento, no obstante, tendrá ciertas particularidades frente al procedimiento común.

Así, se inicia por acuerdo del órgano competente, que se notifica a los interesados, concediendo un **plazo** de 15 días para aportar documentos e informaciones que se estimen pertinentes.

En todo caso se debe **solicitar un informe** al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión que deba ser indemnizable.

Celebradas las pruebas que se consideren oportunas, se abre el **trámite de audiencia** por un plazo de 10 días, y a su término se procede a dictar la propuesta de resolución, en el plazo máximo de 5 días.

La **resolución** que se dicte pone fin a la vía administrativa, pudiendo impugnarse en vía contencioso-administrativa (LRJSP art.36.5). El **tanto de culpa** pasa a los Tribunales competentes, cuando resulte procedente (LRJSP art.36.1).

c) Responsabilidad directa ante los lesionados. Se han planteado dudas sobre la subsistencia de las normas relativas a la responsabilidad directa de las autoridades y funcionarios ante el lesionado, a la vista de que se establece que: «los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio» (LRJSP art.36.1).

No obstante, la mayoría de nuestra doctrina acepta la **pervivencia de la responsabilidad directa** ante el lesionado sobre la base de la LRJSP art.37.1 en el que se establece que: «la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

Así en el **orden penal**, mediando dolo o culpa del funcionario, hay una responsabilidad directa del mismo y una responsabilidad subsidiaria del Estado, regulada hoy en el CP art.121.

Finalmente, la exigencia de responsabilidad penal del **personal al servicio de la Administración** no provoca la suspensión del procedimiento de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial que se haya instruido, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

6. Responsabilidad de la Administración por actos de sus concesionarios y contratistas

7256	Concesionarios	7258
	Contratistas	7260

7258 Concesionarios (LEF art.121 s.)

La **regla general** es que los daños producidos a terceros, en el ámbito de un servicio concedido, no se imputan a la Administración concedente, sino a los propios concesionarios, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para este.

Los perjudicados deberán **dirigir su reclamación** ante la propia Administración, que otorgó la concesión, la cual resolverá sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debe pagarla (LEF art.123).

Contra la resolución **cabe recurso** contencioso-administrativo, tanto por parte del perjudicado como por parte del concesionario.

En idéntico sentido, la LCSP obliga al concesionario, en un contrato de gestión de servicios públicos, a **indemnizar los daños** que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieran el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño se ha producido por causas imputables a la Administración, y lo mismo ocurre en el caso del contrato de concesión de obra pública.

7260 Contratistas (LCSP art.196)

Con la LCSP se transponen al ordenamiento jurídico español las Dir 2014/23/UE y Dir 2014/24/UE y se recoge un contenido equivalente al regulado con anterioridad en el ya derogado R.D. Leg 3/2011 art.214 , estableciendo la **regla general**, relativa a todos los contratos administrativos, según la cual, será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Cuando tales daños hayan sido **consecuencia directa** de una orden de la Administración, será esta la responsable. También será responsable la Administración de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios en el proyecto, elaborado por ella misma, en el contrato de obras o en de suministro de fabricación.

Los **terceros** podrán requerir, previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

La **reclamación** de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada caso concreto.

Precisiones

Desde la entrada en vigor de la LPAC , por la que se derogó el RD 429/1993 el precepto aplicable para exigir **responsabilidad** en los dos casos expuestos anteriormente pasa a ser la LRJSP art.32.9 , y en cuanto al trámite de **audiencia del contratista**, habrá que estar a lo dispuesto en la LPAC art.82.5 , cuyo tenor literal establece que: «en los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

7262 Se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de que los particulares tengan derecho a la percepción de una **indemnización** como consecuencia de la aplicación de los actos legislativos que les afecten. La LRJSP art.32.3 establece que:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de **actos legislativos** de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.»

7264 Requisitos

Se han de dar los siguientes requisitos:

1. Que se trate de aplicación de **actos legislativos de naturaleza no expropiatoria**. Se debe tratar de normas con rango de ley. Quien indemniza es la Administración que aplica, con independencia de cuál sea el órgano legislativo que aprueba la norma de la que se deriva el daño.

Precisiones

1) Este requisito obliga a plantearse qué actos legislativos tienen **naturaleza expropiatoria**. Según nuestro Tribunal Constitucional son aquellos que suponen un «despojo de situaciones jurídicas individualizadas», aunque tal despojo se produzca por una norma con rango de Ley (TCo 227/1988).

2) Un ejemplo de esto lo encontramos en la **demanialización** de determinadas propiedades privadas sobre aguas que se operó en virtud de la Ley de aguas de 1985. En este caso, si el acto legislativo expropiatorio no contempla una indemnización en favor de los afectados, es inconstitucional por vulneración de la Const art.33.3 .

7266 2. Que los administrados no tengan el deber de **soportar el daño** y que esté patrimonializado. Este requisito nos lleva a la interesante cuestión de la indemnización producida por los **cambios normativos** que afectan a un colectivo y la diferenciación entre los derechos consolidados y las meras expectativas. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJPAC , en algunas ocasiones el Tribunal Supremo reconoció una indemnización como consecuencia de la variación en las expectativas de los administrados producidas por cambios legales.

Tras la promulgación de la LRJSP , no cabe duda de que esos daños solo se van a reconocer si está así previsto en la norma y de la manera en ella determinada, por lo que la **jurisprudencia** ha rechazado las peticiones de resarcimiento fundamentadas en las alegaciones de ruptura de la confianza legítima.

Precisiones

Un ejemplo de responsabilidad del Estado legislador es la entrada en vigor de L 1/2000 de modificación de la Ley 1/1991 , de 30 de enero, de espacios naturales, por la que se amplía el ámbito de algunas áreas de especial protección y que calificó como no urbanizable suelo que antes lo era. Los perjuicios causados como consecuencia de **imposibilidad de ejecución de convenio urbanístico** aprobado previamente, y la pérdida de aprovechamiento urbanístico y gastos de urbanización ya realizados dieron lugar a indemnización (TSJ Baleares 8-6-06, EDJ 248227 ; 27-7-05, EDJ 119530).

Esto era acorde con la derogada LS/08 art.35 y con la actual LS/15 art.48 , estableciendo que dan lugar, en todo caso, a derecho de **indemnización las lesiones** en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: «a) La **alteración de las condiciones** de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos estos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

Las situaciones de **fuera de ordenación** producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil.

(...)

c) La **modificación o extinción** de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística».

D. Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración

7268 La potestad sancionadora se centra en la constatación y represión de actos y omisiones de la legalidad jurídico-administrativa. Su fin es garantizar el efectivo cumplimiento del orden jurídico vigente, impidiendo la consolidación de **situaciones contrarias** al mismo e imponiendo sanciones a los responsables de los ilícitos administrativos.

Precisiones

La potestad sancionadora de la Administración se regula, en lo que concierne al procedimiento, en el articulado de la LRJSP art.25 a 31 y, en cuanto a sus **especialidades procedimentales**, cabe destacar las siguientes, reguladas en la LPAC que se detallan a continuación:

- Silencio administrativo en los procedimientos sancionadores (LPAC art.25).
- Motivación (LPAC art.35.1.h).
- Derechos del interesado en el procedimiento administrativo (LPAC art.53.2).
- Información y actuaciones previas (LPAC art.55.2).
- Inicio del procedimiento como consecuencia de orden superior (LPAC art.60.2).
- Inicio del procedimiento por petición razonada de otros órganos (LPAC art.61.3).
- Especialidades en el inicio de los procedimientos de naturaleza sancionadora (LPAC art.63).
- Acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora (LPAC art.64).
- Medios y periodo de prueba (LPAC art.77).
- Terminación en los procedimientos sancionadores (LPAC art.85).
- Contenido de las resoluciones sancionadoras (LPAC art.88.7).
- Propuesta de resolución en los procedimientos de carácter sancionador (LPAC art.89).
- Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores (LPAC art.90).
- Ejecutoriedad (LPAC art.98.1.b).
- Fin de la vía administrativa (LPAC art.114.1.f).
- Especialidades por razón de materia (LPAC disp.adic.1ª).

7270 **Principios de la potestad sancionadora**

Debemos tener en cuenta:

1. Principio de legalidad. Este principio supone la imposibilidad por parte de la Administración de condenar o sancionar a los administrados por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa de acuerdo con lo establecido en una norma con rango de ley.

En este mismo sentido, la Administración **solo podrá ejercer** esta potestad sancionadora si tal facultad ha sido expresamente atribuida por una norma con dicho rango, aplicando el procedimiento previsto para su ejercicio.

Así las cosas, el principio de legalidad, se regula en la LRJSP art.25 , donde se dispone que la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Const art.25.1 , se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una **norma con rango de Ley**, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en la LRJSP y en la LPAC y, cuando se trate de Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL Título XI).

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los **órganos administrativos** que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.

Se incluye en la LRJSP art.25.3 el ejercicio de la **potestad disciplinaria** respecto del personal al servicio de las Administraciones públicas y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

2. Principio de irretroactividad (LRJSP art.26.1). Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

Este precepto debe ponerse en relación con la Const art.9.3 .

Después de establecer ese principio de irretroactividad, la norma **atribuye efecto retroactivo** a las disposiciones sancionadoras en cuanto favorezcan al presunto infractor, siguiendo el principio jurídico penal denominado *in dubio pro reo*.

7271 **3. Principio de tipicidad.** Este principio ligado con el descrito anteriormente -el de legalidad-, supone la necesidad de tipificar en la normativa correspondiente las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan establecer con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción (TCo 42/1987 ; 69/1989 ; 61/1990).

Solo constituyen **infracciones administrativas** las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto, para la Administración local en la LBRL Título XI , (LRJSP art.27.1)

Las infracciones **se clasificarán** por la Ley en leves, graves y muy graves.

Además, este principio de tipicidad **se extiende**, también, a las sanciones, al establecerse que, únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley (LRJSP art.27.2).

Como **consecuencia de este principio**, las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica (LRJSP art.27.4).

No obstante lo anterior, la Ley permite que las disposiciones reglamentarias de desarrollo introduzcan **especificaciones o graduaciones a las infracciones** o sanciones establecidas legalmente, siempre y cuando no constituyan nuevas infracciones o sanciones, o alteren la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, y siempre y cuando contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes (LRJSP art.27.3).

4. Principio de responsabilidad o de personalidad Dispone que solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa (LRJSP art.28.1).

Por otra parte, las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador **serán compatibles** con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo, así como, con la indemnización por daños y perjuicios (LRJSP art.28.2).

Por último, se dispone la **responsabilidad solidaria** cuando fueren varias las personas obligadas al cumplimiento, y la responsabilidad subsidiaria o solidaria por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa por otros, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

7272 5. Principio de proporcionalidad. Según el cual las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad (LRJSP art.29.1).

Además, las **sanciones pecuniarias** no deben ser tales que resulte más beneficioso para el infractor la comisión de la infracción tipificada que el cumplimiento de la norma infringida (LRJSP art.29.2).

Por último, se establecen criterios para la **graduación de la sanción**, para la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (LRJSP art.29.3)

En la LRJSP se citan: el grado de **culpabilidad** o existencia de intencionalidad, la continuidad o persistencia de la conducta infractora, la naturaleza de los perjuicios causados, y, por último, la reincidencia.

6. Principio de prescripción Con carácter general, las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las Leyes que las establezcan (LRJSP art.30.1).

En su defecto, las **infracciones**:

- **muy graves** prescribirán a los 3 años;
- las **graves** a los 2 años; y
- las **leves** a los 6 meses.

En cuanto a las **sanciones** impuestas por faltas:

- **muy graves** prescribirán a los 3 años;
- **graves** a los 2 años; y
- **leves** al año.

No obstante, la fijación del plazo prescriptivo no está sometido a reserva de Ley, por lo que bastará una mera norma reglamentaria para fijarlo (dosTS 6-4-90; 24-7-00, EDJ 23607).

El **plazo de prescripción de las infracciones** comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido, interrumpiéndose por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, y reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable (LRJSP art.30.2).

El **plazo de prescripción de las sanciones** comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla, interrumpiéndose

por la iniciación, con el conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquel está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor (LRJSP art.30.3).

Precisiones

1) La **jurisprudencia** se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la prescripción de las infracciones y las sanciones, por todas, TS 20-2-96, EDJ 52260 que dice lo siguiente:

«(...) Si bien la prescripción de la infracción deja de correr desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, pues el plazo de prescripción se interrumpe con la iniciación del expediente sancionador, que es el criterio que para las infracciones penales se establece en el artículo 114.2 del Código Penal».

2) El principio de prescripción recogido por el CP redacc LO 1/2015 art.132.2.1ª incardina este principio.

7273 **7. Principio de concurrencia de sanciones** Se consagra el principio *non bis in idem* al declarar que: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento» (LRJSP art.31.1).

Debe indicarse que, en materia de responsabilidades disciplinarias del personal funcionario, se entiende, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el **bien jurídico protegido** por la norma sancionadora penal de los delitos especiales propios que solo pueden ser cometidos por funcionarios (por ejemplo, prevaricación) es diferente de aquel que protegen las normas disciplinarias, por lo que aunque la definición típica de la conducta punible penal sea igual que la administrativa, no existe identidad de «fundamento», y el funcionario infractor no se beneficia, con carácter general, de la aplicación del *non bis in idem*.

Precisiones

El Tribunal Supremo delimitó la anuencia de la responsabilidad penal y administrativa por la **concurrencia de sanciones** en los distintos órdenes jurídico, bien para no imponer una sanción superior a la prevista por el ordenamiento en su mayor intensidad y gravedad, bien para impedir la doble sanción, penal y administrativa e, incluso, para determinar el orden precedente. Así concluye dando preferencia al proceso penal frente al administrativo en estos supuestos (TS 24-5-16, núm 507/16).

7274 **Principios del procedimiento sancionador**
(LPAC art.53 s.)

Cabe destacar que, desde la entrada en vigor de la LPAC, la configuración de los principios del procedimiento administrativo ha quedado reflejada en una serie de artículos que, o bien regulan **disposiciones comunes** para todo procedimiento administrativo, o de contrario, incluyen **particularidades** a favor de los procedimientos especiales.

El caso del procedimiento sancionador, no ha quedado ajeno a esta voluntad del legislador, por lo que, para acotar los principios rectores de este procedimiento deberemos acudir a los derechos y garantías del procedimiento común y, destacar, las particularidades contenidas en otros artículos de la norma. Partiendo de lo anterior, los principios son:

1. Garantía del procedimiento. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá un procedimiento legal o reglamentariamente establecido. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos, sin que, en ningún caso, se pueda imponer una sanción con ausencia del necesario procedimiento (LPAC art.63).

En desarrollo de lo aquí previsto, se aprobaron:

- RD 2119/1993 , que regula las especialidades del procedimiento para el ejercicio de las potestades sancionadoras a los sujetos que actúan en los mercados financieros;
- L 10/2014 , de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito;
- RDLeg 4/2015 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores;
- L 35/2003 , de instituciones de inversión colectiva;
- RD 33/1986 , Reglamento disciplinario de los funcionarios públicos;
- RD 2110/1998 , Reglamento de máquinas recreativas y de azar;
- RD 1394/1993 , por el que se regula el procedimiento sancionador en el ámbito de monopolio de tabacos, etc.

El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, partiendo del esencial paralelismo entre los principios que por su naturaleza informan el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, permiten que los de aquel sean de sustancial aplicación a este. El procedimiento a seguir en la **imposición de sanciones** ha de ser considerado como una garantía de los derechos fundamentales de la persona y de esa garantía no puede ser privado el recurrente, si se vulnera con ello la Const art.24 , al producirse así una manifiesta indefensión (Vid., por todas, la TS 1-12-88). Ello no obstante, esta aplicación es matizada por los diferentes bienes jurídicos protegidos y sobre todo, por la diferencia de penas que se pueden imponer (Const art.25).

7276 2. Derechos del presunto responsable. Los derechos del presunto responsable en los procedimientos sancionadores son, con carácter general, el derecho a (LPAC art.53):

- conocer, en cualquier momento, el **estado de la tramitación** de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos;
- **identificar** a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos;
- no presentar **documentos originales** salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento original, tendrán derecho a obtener una copia autenticada de este;
- no presentar **datos y documentos no exigidos** por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones públicas o que hayan sido elaborados por estas;
- formular alegaciones, utilizar los **medios de defensa** admitidos por el ordenamiento jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución;
- **obtener información** y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar;
- actuar asistidos de **asesor** cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses;
- cumplir las **obligaciones de pago** a través de los medios electrónicos previstos en LPAC art.98.2 ;
- **cualesquiera otros** que les reconozcan la Constitución y las leyes.

3. Medidas de carácter provisional. Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder, mediante acuerdo motivado, a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiese recaer (LPAC art.56).

4. Presunción de inocencia Los procedimientos sancionadores deben respetar la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario (LPAC art.53.2.b).

Para ello, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que se sustancien y los hechos constatados por funcionarios a los que se reconozca la condición de autoridad y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán **valor probatorio**, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de los efectivos derechos e intereses, puedan señalar o aportar los propios administrados. Es decir, la declaración sobre los hechos observados o sus circunstancias, efectuadas por los agentes de la autoridad (por ejemplo, el atestado de la Guardia civil, o el acta de la inspección de trabajo), se constituye en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del encausado, sin perjuicio de su derecho a presentar otras pruebas.

Por último, se admite la práctica de oficio, o a instancia del presunto responsable, de cuantas **pruebas** sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, permitiendo, únicamente, declarar improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable (LPAC art.77).

5. Resolución. La resolución que ponga fin al procedimiento debe de ser motivada y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente (LPAC art.85).

En la resolución no se pueden aceptar **hechos distintos** de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

La resolución será **ejecutiva** cuando ponga fin a la vía administrativa, adoptándose, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

El propio tenor de la LPAC art.85 sobre la terminación en los procedimientos sancionadores dispone que: «cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el **pago voluntario** por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción». Además, dicho artículo establece una reducción de, al menos el 20 por ciento sobre el importe de la sanción propuesta en los casos explicados anteriormente, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario.

Precisiones

Quienes se relacionen con las **Administraciones públicas** a través de **medios electrónicos**, tendrán derecho a consultar la información contenida en el procedimiento sancionador, en el punto de acceso general electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el punto de acceso general electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

7278 Otros supuestos de regulación estatal específica

En materia de procedimiento sancionador debemos destacar otros supuestos en los siguientes ámbitos, a saber:

Ámbito Tributario	LGT art.178 a 212 ; RD 2063/2004
Contrabando	RD 1649/1998
Control de Cambios	RD 1392/1993
Monopolio de Tabacos	RD 1394/1993
Función estadística pública	RD 1572/1993
Tráfico y seguridad vial	RD 320/1994
Intervinientes en Mercados Financieros, con carácter supletorio de las disposiciones autonómicas en la materia	RD 2119/1993
Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en las materias de Zonas de interés para la defensa nacional, reclutamiento para el servicio militar (actualmente sin aplicación) y seguridad social de las fuerzas armadas.	RD 969/1994
Habilitados de clases pasivas	RD 1729/1994
Transportes terrestres y marina civil	RD 1772/1994
Infracciones de orden social (inspección de trabajo y seguridad social)	RD 928/1998

E. Jurisdicción y competencia en el orden contencioso-administrativo

7280	1. Jurisdicción contencioso-administrativa	7282
	2. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo	7292
	3. Órganos y competencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo	7310

1. Jurisdicción contencioso-administrativa

7282	Orígenes y modelos	7284
	Evolución histórica en España	7286
	Ley de la Jurisdicción de 1956	7288
	Regulación actual	7290

7284 Orígenes y modelos

La **justicia administrativa** resultó en sus inicios un concepto problemático por las reticencias del poder ejecutivo a ser controlado y enjuiciado por el poder judicial.

La evolución histórica desde el primer constitucionalismo muestra un progresivo alejamiento de la idea primigenia de que el ejecutivo no debía ser controlado por jueces ordinarios.

En sus inicios, la justicia administrativa fue una jurisdicción especial integrada en el ejecutivo y servida por funcionarios públicos. Es el llamado **modelo napoleónico o francés**.

La presión política para que fueran los jueces ordinarios quienes enjuiciaran la actividad de la Administración dio lugar a dos sistemas: el **sistema armónico español** y el **sistema italiano**.

El sistema armónico español reunía a jueces y funcionarios en un mismo Tribunal mientras que el sistema italiano dividía la competencia entre la **jurisdicción civil y la administrativa**. A la primera correspondían los conflictos sobre derechos y a la segunda los litigios sobre intereses.

Como última etapa de la **evolución de esta jurisdicción**, una vez eliminados los obstáculos para que el ejecutivo fuera sometido a un control judicial pleno e independiente, se creó un orden propio del mismo nivel y categoría que los otros tradicionalmente asentados (civil, penal y laboral).

7286 Evolución histórica en España

El modelo napoleónico fue asumido en España con el **Estatuto de Bayona**. En su artículo 58 se atribuía al Consejo de Estado el conocimiento de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, la parte contenciosa de la Administración y la citación a juicio de los agentes y empleados de la Administración.

Las **Cortes de Cádiz** atribuyeron la competencia para conocer de todos los asuntos contenciosos a la jurisdicción civil. Este sistema, tradicional en los países anglosajones, tuvo una implantación discontinua en España. Su primera formulación se produjo en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 13 de septiembre de 1813. Fue defendido a ultranza por los liberales que lograron reimplantarlo en 1868 con el Decreto de unificación de fueros.

En 1845 se retomó el **sistema francés**. Con él se pretendió el autocontrol de la Administración al modo militar siguiendo el principio esencial de que quien manda debe juzgar. Tuvo mucho más éxito en Francia, donde todavía pervive con ciertas modificaciones, que en España donde el liberalismo lo consideró sospechoso de parcialidad al ser servido por funcionarios y no por jueces ordinarios.

Con la restauración canovista y la Constitución de 1876, la Ley Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888 instauró un sistema ecléctico a medio camino entre el modelo funcional y el judicial que se denominó **armónico**. Los tribunales quedaban integrados por jueces de carrera y funcionarios públicos.

El sistema armónico lo era en su base pero no en el nivel superior en el que la competencia correspondía al tribunal de lo contencioso-administrativo, integrado en el Consejo de Estado, que no contaba con jueces de carrera en su composición.

La **Ley Maura** de 5 de abril de 1904 mantuvo el sistema armónico con la importante modificación de trasladar el tribunal del Consejo de Estado al Tribunal Supremo en el que se creó la sala de lo contencioso-administrativo.

7288 Ley de la Jurisdicción de 1956

El último paso en la evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa en España lo constituyó el **sistema judicial especializado**. Se implantó con la Ley de 27 de diciembre de 1956 y supuso la plena consolidación de un sistema judicial en el que los tribunales de lo contencioso-administrativo se integraron pacíficamente en el sistema judicial común constituyendo un orden jurisdiccional propio.

Desde entonces en la justicia administrativa solo hay jueces pero se da un paso más en su formación pues se creó la figura del **magistrado especialista** de lo contencioso-administrativo que todavía hoy existe.

7290 Regulación actual

Tanto la Constitución Española de 1978 (en adelante, Const) como la LO 6/1985, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) mantuvieron el **sistema judicialista** que quedó reafirmado con la promulgación de la L 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). Esta última norma, con sus frecuentes modificaciones, constituye la normativa vigente en esta materia.

La evolución de la Ley de la Jurisdicción de 1956 a la actual LJCA se justificó por la aprobación de la Constitución. Con ella se dio un paso más en la exigencia de control judicial de la actividad administrativa. El derecho fundamental de toda persona a la **tutela judicial efectiva** de sus derechos e intereses legítimos, el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación

administrativa por parte de los tribunales son exigencias directas de la Constitución que no encontraban un perfecto acomodo en la Ley Jurisdiccional de 1956.

Por otro lado, el modelo territorial español ha convertido la Administración reducida, centralizada y jerarquizada que conoció la Ley de 1956 en una **Administración extensa**, compleja y, sobre todo, descentralizada territorial y funcionalmente. Las formas jurídicas de la organización administrativa se han diversificado junto con sus fines, contenido y actividad de las distintas Administraciones. Todo ello hizo recomendable adaptar el modelo de control judicial de la Administración pública a un esquema más ágil y cercano a los ciudadanos y a las distintas Administraciones surgidas o reforzadas por la Constitución.

2. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo

7292	Ámbito	7294
	Límites	7300
	Características	7308

7294 **Ámbito**

Dentro de este podemos distinguir el ámbito jurisdiccional en la Const y en la LOPJ y en la LJCA:

1. Evolución histórica

En el primer constitucionalismo la materia contencioso-administrativa se limitó a determinados conflictos contemplados en las leyes de creación del Consejo real o de Estado y de los consejos provinciales.

En España, desde el inicio en el contencioso-administrativo se enjuiciaban conflictos **sobre derechos** quedando la resolución de las cuestiones puramente gubernativas en manos de la propia Administración.

La Ley Santamaría de Paredes **admitió el recurso contencioso-administrativo** contra «todo acto que causa estado, que emane de facultades regladas y que verse sobre derechos administrativos establecidos previamente a favor del demandante por una ley, un reglamento o un precepto administrativo».

El Estatuto municipal de Calvo Sotelo, de 8 de marzo de 1924, amplió el ámbito de la jurisdicción al admitir, en **materia municipal**, la legitimación por interés e introducir la distinción francesa entre recurso de anulación (su efecto es la anulación del acto impugnado) y el del plena jurisdicción (que exige legitimación por lesión de derechos y permite al Tribunal reconocer al demandante una pretensión sustantiva).

La Ley de la Jurisdicción de 1956 estableció en su artículo 1 una **cláusula general** al afirmar que «la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley». Además, admitió el recurso directo e indirecto contra reglamentos y reconoció con carácter general la legitimación por interés. Mención aparte merece que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se introdujo el control judicial de la discrecionalidad en la actuación de la Administración pública.

Mantén, sin embargo, **excluidas del control judicial** determinadas materias entre las que se encontraban significativamente los actos políticos y otros recogidos en su artículo 40 como la policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, ascensos, recompensas y expedientes gubernativos militares. Finalmente, dejaba abierta la puerta a futuras exclusiones de la jurisdicción a través de leyes especiales.

7296 **2. Ámbito jurisdiccional en la Const y en la LOPJ**

Se establece que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican» (Const art.106.1):

La regulación constitucional supone, por lo tanto, que las materias exceptuadas del control de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley de 1956 han quedado invalidadas por **inconstitucionalidad sobrevenida** y que no cabe establecer ninguna exención del control por parte de los tribunales de ese orden jurisdiccional ni por vía legal ni por vía reglamentaria.

La LOPJ art.9.4 señala que **los juzgados y tribunales** del orden jurisdiccional contencioso-administrativo **conocerán** de:

«las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 86.2 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa Jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba,

Gipuzkoa y Bizkaia, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas y privadas indirectamente responsables de aquellas».

7298 **Ámbito jurisdiccional**

Diferenciamos el ámbito subjetivo y el objetivo:

a. Ámbito subjetivo. Se establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con (LJCA art.1):

- la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo;
- las disposiciones generales de rango inferior a la Ley;
- los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación;
- los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo;
- los actos y disposiciones del Consejo general del poder judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales, en los términos previstos en la LOPJ; y
- la actuación de la Administración electoral en los términos previstos en la LOREG, de régimen electoral general.

A los efectos de la definición del ámbito jurisdiccional son **Administraciones públicas** las siguientes:

- Administración General del Estado;
- Administraciones de las comunidades autónomas;
- entidades que integran la Administración local; y
- entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales

b. Ámbito objetivo. El ámbito jurisdiccional se extiende a todas las cuestiones que se susciten en relación con (LJCA art.2):

- la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los **actos del gobierno** o de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de esos actos;
- los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas;
- los actos y disposiciones de las corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas;
- los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas que les hubieran sido conferidas, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos ante este orden jurisdiccional de acuerdo con la legislación sectorial que les resulte de aplicación;
- la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de su actividad o el tipo de relación de que derive; y
- las materias que le sean atribuidas expresamente por una Ley.

7300 **Límites**

Aquellas materias que no son de **Derecho administrativo** en estricta aplicación de la LJCA art.1 y las que siendo propiamente administrativas (por ejemplo, el recurso contencioso-disciplinario militar) tengan atribuido

su conocimiento a otros órdenes jurisdiccionales, quedan excluidas del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- actos excluidos; y
- cuestiones prejudiciales e incidentales.

7302 Actos excluidos

No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (LJCA art.3):

- las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales **civil, penal y social**, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública;
- el recurso **contencioso-disciplinario militar**;
- los **conflictos de jurisdicción** entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración;
- los **recursos directos o indirectos** que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las juntas generales de los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia cuyo enjuiciamiento corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional.

7304 Cuestiones prejudiciales e incidentales

Dado que no existe unidad de jurisdicción para juzgar las pretensiones deducidas en relación con la actuación de las distintas Administraciones, se ha de acudir en cada caso al orden jurisdiccional competente por razón del fundamento de la pretensión. Sin embargo, ello no impide el conocimiento como cuestión prejudicial o incidental por parte del tribunal contencioso-administrativo de controversias cuya **resolución sea necesaria** para resolver el litigio que le haya sido planteado.

«La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de 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).

La decisión que el tribunal contencioso-administrativo adopte sobre las cuestiones prejudiciales e incidentales que se le planteen **no produce efectos fuera del proceso** en el que se dicte y no vincula al tribunal del orden jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto (LJCA art.4.2).

1. Las **cuestiones prejudiciales** se definen por dos elementos: (1) vienen reguladas en un ordenamiento distinto al que regula la cuestión principal y (2) su decisión condiciona la de la cuestión principal puesto que resolver esta presupone resolver la prejudicial.
2. Las **cuestiones incidentales** suponen que junto al objeto principal del proceso surge otro accidental o secundario que puede resolverse en el pleito principal o en otro especial (proceso incidental).

7306 No cabe que un tribunal contencioso-administrativo resuelva una cuestión prejudicial **constitucional** puesto que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción exclusiva para enjuiciar la inconstitucionalidad de las disposiciones con rango de Ley.

El órgano jurisdiccional contencioso-administrativo puede plantear la **cuestión de inconstitucionalidad** al Tribunal Constitucional una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

Tampoco puede un tribunal contencioso-administrativo resolver una cuestión prejudicial **penal** puesto que conforme a la LOPJ art.9.3 la jurisdicción de los tribunales del orden jurisdiccional penal para el conocimiento de las causas y juicios criminales es **exclusiva**.

La suspensión del proceso contencioso-administrativo por **prejudicialidad penal** se acordará previa audiencia de las partes, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente solo de sentencia (LEC art.40.3 , que resulta de aplicación subsidiaria al procedimiento contencioso-administrativo conforme a la LJCA disp.final 1ª).

Para que pueda **suspenderse el proceso** contencioso-administrativo por prejudicialidad penal es necesario que concurren dos circunstancias:

- que se acredite la existencia de causa criminal en investigación, con hechos de apariencia delictiva en los que las partes hayan fundamentado alguna de sus pretensiones; y
- que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener decisiva influencia en la resolución del asunto contencioso-administrativo.

Si en un proceso contencioso-administrativo surgieran dudas sobre la **interpretación de los Tratados de la Unión Europea** o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, el órgano jurisdiccional podrá pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre aquellas si estima necesario una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Si la duda se plantea ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso interno, este deberá necesariamente someter la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7308 Características
(LJCA art.5.1)

La jurisdicción contencioso-administrativa es **improrrogable**. Para que un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo pueda conocer de una pretensión es necesario que tenga jurisdicción, es decir, que por su **fundamento jurídico-material**, esté dentro del ámbito de las atribuciones legalmente conferidas.

Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo han de apreciar de oficio su **falta de jurisdicción** y resolver sobre ella, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días (artículo 5.2 LJCA).

Los **momentos procesales** en que el tribunal puede examinar su posible falta de jurisdicción son tres:

- admisión del recurso;
- trámite de alegaciones previas; y
- sentencia.

La decisión que el tribunal adopte sobre su eventual falta de jurisdicción habrá de ser fundada y deberá indicar siempre el concreto orden jurisdiccional que estime competente (LJCA art.5.3). Si la parte demandante se personara ante el orden jurisdiccional designado por el tribunal contencioso-administrativo dentro del **plazo** de un mes desde la notificación de la resolución que declare su falta de jurisdicción, se entenderá que la personación se hizo en la fecha en que se inició el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo siempre que la interposición se hubiera formulado siguiendo la instrucción de recursos del acto administrativo o que esta fuese defectuosa conforme a lo exigido por la normativa vigente en materia de procedimiento administrativo.

3. Órganos y competencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

7310	Órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo	7312
	Competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo	7314

7312 Órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Debemos hacer un recorrido por los antecedentes en la Ley jurisdiccional de 1956 y posteriormente por los juzgados y Ttribunales en la LJCA:

1. Antecedentes en la Ley jurisdiccional de 1956 Se enumeraban los siguientes órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (L 27-12-1956 art.7):

- Salas de lo contencioso-administrativo de las audiencias territoriales.
- Salas de lo contencioso-administrativo y la sala de revisión del Tribunal Supremo.

La **delimitación de las competencias** entre los órganos territoriales se realizó conforme al criterio del ámbito territorial o nacional del órgano administrativo que hubiera dictado el acto objeto de impugnación.

Mediante RDL 1/1977 se creó la **Audiencia Nacional** a cuya sala de lo contencioso-administrativo se atribuyó el conocimiento de las pretensiones deducidas en relación con los actos de los órganos de la Administración pública cuya competencia se extendiera a todo el territorio nacional, con determinadas excepciones.

2. Juzgados y tribunales en la LJCA La LOPJ modificó significativamente la estructura del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Introdujo una categoría hasta entonces desconocida como eran los **órganos unipersonales contencioso-administrativos** (LOPJ art.90). Tal modificación encontró en ese momento el rechazo

de una parte de la doctrina y de la magistratura. Uno de los problemas iniciales a los que tuvo que hacer frente fue la falta de especialización de los titulares de esos órganos recién creados.

Los **órganos** del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (LJCA art.6), son los siguientes:

- Juzgados de lo contencioso-administrativo (unipersonales).
- Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo (unipersonales).
- Sala de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (colegiado).
- Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (colegiado).
- Sala (Tercera) de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (colegiado).

En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más **juzgados de lo contencioso-administrativo**. Si el volumen de asuntos lo requiere podrán establecerse uno o más juzgados en las poblaciones que por Ley se determinen y tomarán la denominación del municipio de su sede, extendiendo su jurisdicción al partido judicial correspondiente (LOPJ art.90).

Excepcionalmente pueden crearse juzgados de lo contencioso-administrativo que extiendan su jurisdicción a **más de una provincia**, siempre dentro de la misma comunidad autónoma.

Los **juzgados centrales** de lo contencioso-administrativo tienen su sede en Madrid y jurisdicción en toda España.

7314 Competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Analizamos:

- competencia y declaración de incompetencia (nº 7316);
- determinación de la competencia (nº 7318); y
- competencias jurisdiccionales (nº 7322).

7316 Competencia y declaración de incompetencia

(LJCA art.7.1)

Los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que sean competentes para conocer de un asunto lo serán también para resolver todas sus **incidencias**, con las salvedades ya expuestas de las cuestiones penales, constitucionales y de derecho comunitario y para hacer ejecutar sus sentencias.

La competencia de los juzgados y salas de lo contencioso-administrativo es **improrrogable** y debe ser apreciada, incluso de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días (LJCA art.7.2).

El tribunal podrá declarar la **incompetencia** cuando conste de modo inequívoco y manifiesto en el trámite de admisión del recurso (LJCA art.51.a). En todo caso, deberá pronunciarse acerca de la posible falta de competencia en el momento en que tenga conocimiento de ella. Si se llegara al final del proceso y en ese momento se verificara la supuesta falta de competencia, el tribunal lo declarará mediante auto, antes de la sentencia.

La **declaración de incompetencia** ha de hacerse mediante auto, antes de que recaiga sentencia y tendrá como efecto la remisión de las actuaciones al órgano de la jurisdicción que se estime competente para que siga el curso del proceso. En caso de que la competencia pudiera corresponder a un tribunal superior en grado, deberán acompañarse las actuaciones de una exposición razonada del caso y habrá de estarse a lo que resuelva este (LJCA art.7.3).

Las cuestiones de competencia entre **juzgados y tribunales** del orden jurisdiccional contencioso-administrativo serán resueltas por el órgano inmediato superior común (LOPJ art.51.1). No pueden suscitarse cuestiones de competencia entre jueces y tribunales **subordinados entre sí**, debiendo el juez o tribunal superior fijar su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días (LOPJ art.51.2).

7318 Determinación de la competencia

Determinar la competencia es identificar al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que debe conocer de un asunto con preferencia y exclusión de los demás. La **preferencia** se muestra conforme a dos criterios: vertical o jerárquico y horizontal o territorial.

El **criterio jerárquico** actúa frente a los órganos superiores o inferiores en grado mientras que el criterio territorial actúa frente a los que son iguales en grado. Este criterio se divide en dos criterios:

- objetivo; y
- funcional.

El **objetivo** se basa en la naturaleza de la pretensión y se subdivide, a su vez, en dos criterios: el material o de contenido de la pretensión y de la cuantía.

El **funcional** se corresponde con la distinta participación de cada órgano jurisdiccional en el proceso. De ahí resulta la competencia de determinados órganos jurisdiccionales para el conocimiento de recursos formulados contra resoluciones de juzgados o tribunales jerárquicamente inferiores.

El **criterio territorial** resuelve el problema de determinar horizontalmente la competencia cuando existen varios órganos jurisdiccionales del mismo grado que cumplen el criterio objetivo para conocer de un asunto.

7320 Las **reglas para la determinación** de la competencia territorial (LJCA art.14), son las siguientes:

Primera.- Es competente, con carácter general, el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que haya dictado la disposición o el acto originario impugnado.

Segunda.- Si el recurso tiene por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales o sanciones es 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. Si el acto objeto de recurso hubiera sido dictado por las Administraciones de las comunidades autónomas o de las entidades locales, la elección quedará limitada a la circunscripción del TSJ en que tenga su sede el órgano que dictó el acto impugnado.

Tercera.- Es competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana, actuaciones urbanísticas, expropiatorias o cualesquiera otras que supongan intervención administrativa en propiedad privada.

Cuarta.- Si el acto impugnado afecta a una pluralidad de destinatarios que determinaran la competencia, según las tres reglas anteriores, de juzgados o tribunales diversos, la competencia será atribuida al órgano jurisdiccional en que tenga la sede el órgano administrativo que dictó el acto originario objeto de recurso.

Precisiones

En todo caso, la competencia atribuida a un juzgado o tribunal para conocer de un recurso contra actos administrativos incluye la relativa a la **inactividad** y a las actuaciones que incurran en vía de hecho imputables ambas a la Administración pública con atribución legal para dictar aquellos.

En caso de **conflicto**, la atribución de competencia por razón de la materia prevalece sobre la efectuada por razón del órgano administrativo que dictó el acto (artículo 13.c LJCA).

7322 **Competencias jurisdiccionales**

Analizamos:

- Juzgados de lo contencioso-administrativo (nº 7324).
- Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo (nº 7326).
- Salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas (nº 7328).
- Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (nº 7332).
- Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (nº 7336).

7324 **Juzgados de lo contencioso-administrativo**

(LJCA art.8)

Tienen **competencia objetiva** para conocer en primera o única instancia, de:

a) Los recursos que se deduzcan frente a los actos de las **entidades locales** o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a aquellas, con exclusión de la impugnación de cualesquiera clases de instrumentos de planeamiento urbanístico.

b) Los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de las **comunidades autónomas**, salvo cuando procedan del Consejo de gobierno, cuando tengan por objeto:

- cuestiones de **personal**, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera (en sentido estricto, no incluyéndose en esta categoría a los funcionarios interinos);

- las **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; y

- las reclamaciones de **responsabilidad patrimonial** cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.

c) Los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la **Administración periférica del Estado** y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades y corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por los primeros en vía de recurso, fiscalización o tutela.

Quedan **exceptuados** los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado o por los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

d) Todas las resoluciones que se dicten en materia de **extranjería** por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las comunidades autónomas.

e) Las impugnaciones contra actos de las **juntas electorales de zona** y las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales.

f) Las autorizaciones para la **entrada en domicilios** y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de tu titular cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

g) La autorización o ratificación judicial de las medidas que las **autoridades sanitarias** consideren urgentes y necesarias para la salida pública e impliquen cualquier tipo de privación o restricción de la libertad u otros derechos fundamentales.

h) La autorización para la entrada e **inspección de domicilios**, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la comisión nacional de los mercados y de la competencia cuando habiendo sido requerido su titular, este se haya opuesto o exista riesgo de tal oposición.

7326 Juzgados centrales

(LJCA art.9)

Tienen **competencia objetiva** para conocer en primera o única instancia de los recursos que se deduzcan frente a actos administrativos que tengan por objeto:

a) En **materia de personal** cuando se trate de actos dictados por ministerios o secretaríos de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera o a materias relativas a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa.

b) **Sanciones administrativas** consistentes en multas no superiores a 60.000 euros y en cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de 6 meses impuestas por los órganos centrales de la Administración General del Estado.

c) Disposiciones generales y actos emanados de los **organismos públicos** con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional sin perjuicio de la competencia de la salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia para conocer de las impugnaciones contra actos de órganos de la Administración General del Estado con competencia en todo el territorio nacional y nivel orgánico inferior a ministro o secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

d) Resoluciones dictadas por los **ministros y secretaríos de Estado** en materia de responsabilidad patrimonial cuando el importe de lo reclamado no exceda los 30.050 euros.

e) Resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de **asilo político**.

f) Las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el **Comité Español de Disciplina Deportiva** en materia de disciplina deportiva.

Les corresponde la autorización a que se refiere la L 34/2002 art.8.2 (petición de datos del responsable de servicio de la sociedad de la información que estuviese realizando una conducta vulneradora de los principios que deben regir la prestación de servicios en esa sociedad) y la correspondiente a la ejecución de los actos adoptados por la sección segunda de la Comisión de Propiedad intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual.

También les corresponde conocer del procedimiento previsto en la LO 6/2002 de partidos políticos, para la declaración judicial de extinción de un **partido político** por incumplimiento de algunas de las obligaciones legalmente establecidas.

7328 Salas de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas

(LJCA art.10)

Las salas de lo contencioso-administrativo tienen **competencia objetiva** para conocer en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

- a) Actos de **entidades locales** y Administraciones de las comunidades autónomas cuyo conocimiento no corresponda a los juzgados de lo contencioso-administrativo.
- b) Disposiciones generales emanadas de las **comunidades autónomas** y de las entidades locales.
- c) Actos y disposiciones de los **órganos de gobierno** de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas similares al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo en materia de personal, administración y gestión patrimonial.
- d) Actos y resoluciones dictados por los **tribunales económico-administrativos regionales** y locales que pongan fin a la vía administrativa.
- e) Resoluciones dictadas por el **Tribunal Económico-Administrativo Central** en materia de tributos cedidos.
- f) Actos y disposiciones de las **juntas electorales provinciales y de comunidades autónomas**, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las juntas electorales en materia de proclamación de electos y elección y proclamación de presidentes de corporaciones locales.
- g) **Convenios** entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito de la comunidad autónoma.
- h) Prohibición o propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica 9/1983 , de 15 de julio, reguladora del **Derecho de reunión**.
- i) Actos y resoluciones dictados por órganos de la **Administración General del Estado** cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional con nivel orgánico inferior al de secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.
- j) Actos y resoluciones de los órganos de las comunidades autónomas competentes para la aplicación de la Ley de **defensa de la competencia**.
- k) Resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en determinadas materias de **contratación** siempre que los contratos estén incluidos en el ámbito de competencia de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales.
- l) Resoluciones de los tribunales administrativos territoriales de **recursos contractuales**.
- m) Cualesquiera otras actuaciones administrativas **no atribuidas expresamente** a la competencia de **otros órganos** jurisdiccionales contencioso-administrativos.

7330 Tienen **competencia funcional** para conocer en segunda instancia de las apelaciones contra sentencias y autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja.

Conocen de los recursos de **revisión** contra las sentencias firmes de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Conocen de las **cuestiones de competencia** planteadas entre juzgados de lo contencioso-administrativo con sede en la comunidad autónoma.

Conocen del recurso de **casación** para la unificación de doctrina y del recurso de casación en interés de ley, ambos en materia de derecho autonómico.

Precisiones

Pese a que la redacción de la LJCA art.10 no se haya modificado, con la entrada en vigor de la LO 7/2015 , de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985 , se suprimieron los art.96 a 101 de la LJCA y, con ellos, dos modalidades de recursos extraordinarios contra resoluciones judiciales, como son, el **recurso de casación en interés de ley** y el **recurso de casación para la unificación de doctrina**. Ello se explica porque el nuevo recurso de casación implantado con la mencionada LO 7/2015 , integra los elementos fundamentales de estas otras dos modalidades de recurso.

7332 Sala de la Audiencia Nacional

(LJCA art.11)

La sala de lo contencioso-administrativo tiene **competencia objetiva** para conocer en única instancia de:

- a) Recursos en relación con disposiciones generales y actos de los ministros y secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al **nacimiento o extinción** de la relación de servicio de funcionarios de carrera.
- b) Recursos contra actos de cualesquiera órganos centrales del **Ministerio de Defensa** referidos a ascensos orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos.
- c) Recursos contra los actos de los Ministros y Secretarios de Estado cuando rectifiquen en vía de recurso o en procedimiento de **fiscalización o de tutela** los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.
- d) Recursos en relación con **convenios** entre Administraciones públicas no atribuidos a los tribunales superiores de justicia.
- e) Actos de naturaleza **económico-administrativa** dictados por los Ministros de Economía y Hacienda y por el Tribunal Económico-Administrativo Central, salvo los dictados por este en materia de tributos cedidos.
- f) Recursos contra los actos dictados por la Comisión de **Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo**, y de la autorización de prórroga de los plazo de las medidas de aquella.
- g) Resoluciones dictadas por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, salvo cuando los contratos estén incluidos en el ámbito competencial de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales.
- h) Recursos contra los actos del **Banco de España**, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.
- i) Recursos interpuestos por la **Comisión Nacional de los Mercados** y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado.
- j) Actos administrativos no susceptibles de recurso ordinario dictados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la **Competencia**.

7334 Tiene **competencia funcional** para conocer de las apelaciones contra autos y sentencias dictados por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja.

Conoce del recurso de **revisión** contra sentencias firmes dictadas por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo y de las cuestiones de competencia que se puedan plantear entre estos mismos juzgados.

7336 **Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**

(LJCA art.12)

Tiene **competencia objetiva** para conocer en única instancia de los recursos deducidos contra:

- a) Actos y disposiciones del **Consejo de Ministros** y de las comisiones delegadas del Gobierno.
- b) Actos y disposiciones del **Consejo General del Poder Judicial**.
- c) Actos y disposiciones en materia de **personal, administración y gestión patrimonial** adoptados por los órganos competentes de Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo.

7338 Tiene **competencia funcional** para conocer de los recursos de casación de cualquier modalidad establecidos en la LJCA y de los correspondientes recursos de queja, de los recursos de casación y revisión contra resoluciones del Tribunal de Cuentas y de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Conoce de los recursos contra actos y disposiciones de la **Junta Electoral Central** y de los recursos contencioso-electorales contra los acuerdos de proclamación de electos.

Conoce de los recursos deducidos contra actos de las juntas electorales adoptados en el procedimiento para **elección de miembros** de las salas de gobierno de los tribunales.

F. Procedimiento contencioso-administrativo ordinario

7340	1. Diligencias preliminares	7342
	2. Desarrollo del procedimiento	7344
	3. Terminación del procedimiento	7368

7342 Antes del inicio propiamente dicho del procedimiento contencioso-administrativo ordinario existen dos **especialidades** que afectan a la intervención en condición de demandante de una Administración pública.

1. Declaración de lesividad. En aquellos supuestos en los que la Administración autora de un acto pretenda demandar su anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa deberá previamente declararlo lesivo para el interés público conforme al procedimiento establecido en la normativa vigente en materia de procedimiento administrativo.

2. Litigios entre Administraciones públicas. Cuando una Administración pretende atacar el contenido de un acto o disposición dictado por otra, no cabe interponer recurso en vía administrativa (LJCA art.44).

Potestativamente, **antes de interponer recurso** contencioso-administrativo la Administración potencialmente recurrente podrá requerir a la que dictó el acto o disposición para que lo anule o revoque, para que haga cesar la actuación material desplegada o para que inicie la actividad a la que está obligada.

El requerimiento debe contener un **escrito razonado** en el que se concretará la disposición, acto, actuación o inactividad y debe producirse en el plazo de 2 meses contados desde la publicación de la norma o desde que el requirente haya conocido o podido conocer el acto, actuación u omisión. La formulación del requerimiento interrumpe el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo.

El transcurso del **plazo** de un mes desde la recepción por parte de la Administración del requerimiento permite entenderlo rechazado a efectos de la reanudación del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo.

2. Desarrollo del procedimiento

7344 Escrito de interposición

(LJCA art.45)

El procedimiento contencioso-administrativo ordinario se **inicia** mediante el escrito de interposición.

El escrito de interposición tiene como **contenido obligatorio** la cita e identificación de la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho objeto de impugnación.

Al escrito de interposición se habrá de acompañar necesariamente la siguiente **documentación**:

1. El documento que acredite la **representación del compareciente** salvo si estuviese unido a otras actuaciones de un recurso pendiente de resolución ante el mismo tribunal. En ese caso habrá de solicitarse la expedición de la correspondiente certificación para su unión a los autos.
2. El documento que acredite la **legitimación del recurrente** en caso de que la ostente por haberla recibido por herencia o por cualquier otro título.
3. El **texto de la disposición** o acto expreso que se recurra o indicación del expediente en el que ha recaído o el periódico oficial en el que se haya publicado. En caso de que lo que se recurra sea la inactividad de la Administración o la vía de hecho, habrá de mencionarse el órgano o dependencia a la que se atribuya tal infracción y, en su caso, el expediente que la origine sin perjuicio de que puedan ser libremente aportados más datos para su identificación.
4. El documento que acredite el **cumplimiento de los requisitos exigidos** para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación, salvo que hubiese sido incluido en el que acredite la representación del compareciente.

Precisiones

No basta el otorgamiento de **poder general para pleitos** por quien tenga estatutariamente reconocida la representación de las personas jurídicas. Es necesaria una declaración expresa de voluntad del órgano con competencia atribuida en los estatutos para adoptar el acuerdo de iniciar **acciones** legales contra una determinada actuación (o inactividad) administrativa.

El **recurso de lesividad** debe necesariamente iniciarse mediante demanda que habrá de precisar la persona o personas demandadas y su domicilio. A esa demanda se ha de acompañar la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos que han de acompañar a todo escrito de interposición.

Si no existieran **terceros interesados**, también puede iniciarse el procedimiento contencioso-administrativo mediante demanda en la que se concretará el acto, disposición o conducta impugnados y se razonará la disconformidad a

Derecho que se invoca. A ese escrito habrán de acompañarse los documentos que la LJCA exige para el escrito de interposición.

7346 Plazo para la interposición
(LJCA art.46)

El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo es de 2 meses contado a partir del día siguiente al de la **publicación de la disposición** impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso.

Si el **acto no fuera expreso**, el plazo será de 6 meses y se contará a partir del día **siguiente** al que de acuerdo con la normativa específica se produzca el acto presunto.

En caso de **inactividad de la Administración**, el recurso contencioso-administrativo deberá interponerse antes de que transcurra el plazo de 2 meses siguientes a aquel en que venció el plazo de 3 meses establecido en el artículo 29.1 LJCA para el cumplimiento por la Administración de su obligación de realizar una prestación a favor de una o varias personas determinadas.

En caso de que la Administración **no ejecute sus actos firmes**, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de 2 meses contados a partir del día siguiente a aquel en que venció el plazo de un mes para la ejecución voluntaria establecido en el artículo 29.2 LJCA . En este caso el recurso se tramitará conforme a las reglas del procedimiento abreviado.

Si el recurso se dirige contra una actuación en **vía de hecho** el plazo de interposición será de 10 días a contar desde el siguiente a la terminación del plazo de 10 días conferido en el requerimiento para la cesación en aquella. Si no se hubiera producido requerimiento para la cesación en la vía de hecho, el plazo será de 20 días desde que se inició la actuación administrativa constitutiva de aquel.

El plazo para interponer **recurso de lesividad** es de 2 meses contados a partir del día siguiente al de la fecha de la declaración de lesividad. A estos efectos, la Administración ha de declarar la lesividad del acto administrativo en el plazo de 4 años desde la fecha en que hubiere dictado el acto.

Precisiones

El Tribunal Constitucional extendió el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra un **acto presunto** para no hacer de peor condición al recurrente que a la Administración que debiendo resolver expresamente un recurso no lo hace con incumplimiento de sus obligaciones legales. Podrá interponerse recurso contencioso-administrativo contra un acto presunto mientras no se produzca resolución expresa por parte de la Administración en el procedimiento en que se entiende producido aquel.

El Tribunal Supremo respalda plenamente la posición del Tribunal Constitucional al entender que la entrada en vigor de la Ley 4/1999 , había supuesto la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico de los actos administrativos presuntos desestimatorios debiéndose hablar a partir de ese momento de “ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado” (TS 23-1-04, ED 7270). Esa consideración jurídica no ha sido en modo alguno modificada tras la entrada en vigor de la LPAC, en la que “la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente” (LPAC art.24.2).

7348 Anuncio y publicación del recurso
(LJCA art.47)

El **letrado de la Administración de Justicia** examinará de oficio la validez de la comparecencia tras la presentación del escrito de interposición. Si la estima válida, admitirá a trámite el recurso. Si no concurren los requisitos legalmente establecidos, requerirá al recurrente para que en el plazo de 10 días subsane los defectos en que hubiera incurrido.

Precisiones

El secretario judicial ha pasado a denominarse letrado de la Administración de Justicia con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2015 , de 21 de julio, de modificación de la LOPJ.

Si el recurrente lo solicita, el letrado de la Administración de Justicia acordará que se anuncie la interposición del recurso mediante su publicación en el periódico oficial que proceda. Los **gastos de la publicación** serán a cargo del recurrente. El letrado de la Administración de Justicia podrá también, de oficio, acordar la publicación si lo estima conveniente.

En caso de formalizarse demanda directamente contra una disposición general, el anuncio de la interposición será obligatorio y en él se concederán 15 días para la **personación de interesados** en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados. Transcurrido el plazo se dará traslado de la demanda y documentos adjuntos a la Administración primero y luego a los demás interesados para que la contesten.

7350 Reclamación y envío del expediente. Práctica de emplazamientos
(LJCA art.48 y 49)

El letrado de la Administración de Justicia requerirá a la Administración el envío del expediente administrativo ordenándole emplazar por plazo de 9 días a quienes aparezcan como **interesados** en él para su personación como codemandados ante el tribunal.

El expediente debe remitirse en el **plazo** de 20 días que es improrrogable. El plazo comienza a contar desde que la comunicación judicial tenga entrada en el registro general del órgano requerido, lo cual habrá de ponerse en conocimiento del Tribunal.

El expediente ha de **remitirse** en su versión original o mediante copia autenticada. Debe estar completo, foliado e ir acompañado de un índice de los documentos que contenga. En todo caso, la Administración deberá conservar siempre el original o una copia autenticada de los expedientes que remita.

Iniciado el recurso por demanda, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar el expediente administrativo. Recibido este se pondrá de manifiesto a las partes por plazo común de 5 días para **alegaciones**.

Si transcurre el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo, el letrado de la Administración de Justicia **reiterará la reclamación** dando plazo de 10 días. Si este plazo fuera también incumplido, el Tribunal apercibirá de la imposición de multas coercitivas a la autoridad o empleado responsable del envío. La multa será de entre 300 y 1.200 euros y se reiterará cada 20 días.

De imponerse tres **multas coercitivas** sin lograr la remisión del expediente, el tribunal pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo multas coercitivas. El requerimiento que de ser desatendido puede dar lugar a una tercera multa, contendrá el apercibimiento correspondiente de traslado de los hechos al Ministerio Fiscal.

Precisiones

1) Pese a que la LPAC art.70.4 , ha aligerado considerablemente el **contenido preceptivo** del expediente administrativo, el Tribunal Supremo mantiene una interpretación extensiva y garantista de los documentos que deben integrarlo. Así el primer borrador de una Orden Ministerial debe incluirse en el expediente administrativo enviado por la Administración actuante al juzgado o tribunal competente para conocer de la impugnación del texto definitivo de aquella (TS auto 20-4-17 EDJ 58432).

2) En los recursos interpuestos **contra el silencio de la Administración**, la inclusión en el expediente de la resolución expresa extemporánea no permite entender notificada esta al administrado puesto que no cumple los requisitos establecidos para las notificaciones en la LPAC art.41 .

7352 Emplazamiento de demandados
(LJCA art.49 y 50)

La Administración demandada deberá notificar a cuantos aparezcan como interesados en el expediente la resolución acordando remitirlo al tribunal en el plazo de 5 días siguientes a su adopción. En esa resolución se conferirá plazo de 9 días a los interesados para su **personación** como codemandados, si a su derecho conviene.

La Administración demandada **deberá justificar** al Tribunal haber efectuado los emplazamientos lo cual deberá ser verificado por el letrado de la Administración de Justicia. En caso de que este apreciara su insuficiencia ordenará a la Administración que subsane el vicio practicando los debidos emplazamientos para asegurar la defensa de los interesados que puedan ser identificados.

Si no fuera posible emplazar a algún interesado en el domicilio del que se tenga constancia, se insertará el correspondiente **edicto** en el periódico oficial que corresponda por razón del ámbito territorial de competencia de la Administración recurrida.

El emplazamiento de los demandados en el recurso de lesividad habrá de realizarse personalmente por **plazo** de 9 días. El emplazamiento a la Administración se entiende realizado con la reclamación del expediente y aquella personada con su envío.

Los **codemandados** podrán personarse en autos en el plazo de 9 días pero si lo hicieren posteriormente se les tendrá por parte para los trámites no precluidos. La no personación de un demandado o codemandado supondrá la continuación del procedimiento con todos sus trámites sin que se le practique notificación de ninguna clase.

7354 Admisión del recurso

(LJCA art.51)

El tribunal declarará la **inadmisión** del recurso cuando conste de modo inequívoco:

- falta de jurisdicción o de competencia del tribunal;
- falta de legitimación del recurrente;
- interposición del recurso contra actividad no impugnada;
- caducidad del plazo de interposición de recurso.

También podrá inadmitirse cuando se hubiesen desestimado en el fondo **recursos sustancialmente iguales** por sentencia firme. Deberán identificarse las resoluciones desestimatorias.

En caso de **recurso por vía de hecho**, podrá inadmitirse si resulta evidente para el tribunal que la actuación administrativa impugnada se ha producido dentro de la competencia y de acuerdo con las reglas de procedimiento legalmente establecidas. Igual decisión se adoptará en relación con los recursos contra la inactividad de la Administración cuando resulte evidente que esta no tiene ninguna obligación concreta respecto a los recurrentes.

El tribunal dará **plazo** común de 10 días a las partes para que se pronuncien sobre la posible causa de inadmisión del recurso.

Contra el auto que declare la inadmisión podrán interponerse los recursos previstos en la LJCA. Sin embargo, el **auto de admisión** no podrá ser recurrido sin perjuicio de que puedan las partes demandadas oponer cualquier motivo de inadmisibilidad en un momento procesal posterior.

7356 Demanda y contestación

(LJCA art.52 a 57)

Recibido el expediente administrativo y verificados los emplazamientos, se emplazará al recurrente por **plazo** de 20 días para que formalice demanda. Si hay varios recurrentes el plazo será simultáneo.

Vencido el plazo de 20 días sin formalizar demanda, el tribunal declarará mediante auto la **caducidad del recurso** pero se admitirá el escrito de demanda y producirá efectos legales si se presenta antes de las 15 horas del día siguiente a aquel en que fue notificado el auto de caducidad.

Si la Administración **no remite el expediente** en plazo el recurrente podrá solicitar del tribunal que se le conceda plazo para formalizar demanda. Si una vez formalizada se recibiera el expediente, el letrado de la Administración de Justicia lo pondrá de manifiesto a las partes por plazo de 10 días para que formalicen alegaciones.

Presentada la demanda, se emplazará a la Administración demandada por plazo de 20 días para **contestación**. Si se hubiera formalizado demanda sin el expediente administrativo, se advertirá a la Administración recurrida de que no se le admitirá la contestación si no va acompañada del expediente.

El defensor de la Administración podrá solicitar la **suspensión del procedimiento** por plazo de 20 días si considera que la disposición o acto recurrido no se ajustan a Derecho a fin de comunicar su parecer a la Administración. El letrado de la Administración de Justicia oír al demandante y acordará lo procedente.

En caso de haberse personado **interesados** en el procedimiento, contestará primero a la demanda la Administración y, posteriormente, en plazo común de 20 días el resto de codemandados.

Si la demandada es una **Administración local**, aunque no se hubiera personado en el procedimiento, se le dará traslado de la demanda para en el plazo de 20 días pueda designar representante en juicio o comunique los fundamentos por los que estima improcedente la estimación de la pretensión del actor.

Los plazos para formalizar demanda o contestación quedarán suspendidos si las partes solicitan que se **complete el expediente** administrativo. El letrado de la Administración de Justicia deberá resolver lo que proceda en el plazo de 3 días. Si se ordena a la Administración completar el expediente, deberá remitir nuevo índice de los documentos aportados.

Los **escritos de demanda y contestación** deben consignar con la debida separación los hechos, fundamentos de derecho y las pretensiones deducidas.

Los motivos en que se funden las pretensiones pueden haber sido o no planteados con anterioridad en la vía administrativa dado que los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo tienen **jurisdicción revisora plena** de los actos (u omisiones) de las Administraciones públicas.

7358 A la demanda y a la contestación habrán de acompañarse los **documentos** en que las partes funden sus derechos y, si no obrasen en su poder, designar el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren.

Las **reglas de aportación documental** son las vigentes en el proceso civil lo que impide la presentación extemporánea de documentos salvo que se dé alguno de los supuestos recogidos en el artículo 270 LEC , de aplicación supletoria en el procedimiento contencioso-administrativo (LPAC disp.final 1ª).

El demandante podrá aportar en todo caso aquellos documentos que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda siempre que estas pongan de manifiesto disconformidad con los hechos. Esta aportación documental habrá de realizarse antes de la **citación para vista** o conclusiones.

Se declarará, **concluso** el pleito sin más trámite una vez contestada la demanda en los dos siguientes supuestos:

- que el recurrente así lo pida mediante otrosí en su escrito de demanda y la parte demandada no se oponga.
- si en los escritos de demanda y contestación no se solicite el recibimiento del pleito a prueba ni los trámites de vista o conclusiones salvo que el tribunal, atendida la índole del asunto, acuerde la celebración de aquella o la formulación de estas.

7360 Alegaciones previas
(LJCA art.58 y 59)

Los demandados podrán alegar dentro de los 5 primeros días del **plazo** para contestar a la demanda los motivos que puedan determinar la incompetencia del tribunal o la inadmisibilidad del recurso. Esos motivos, salvo la incompetencia del órgano jurisdiccional, podrán ser alegados en la contestación o incluso reiterados aunque hubieran sido desestimados como alegación previa.

Los **motivos de inadmisibilidad** del recurso que podrán alegar son los siguientes:

- que el tribunal carezca de jurisdicción;
- que se hubiera interpuesto el recurso por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada;
- que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación;
- que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia;o
- que se hubiera interpuesto el recurso fuera del plazo establecido.

Del escrito formulando alegaciones previas se dará **traslado** por 5 días al actor que podrá subsanar el defecto, si procediera, en el plazo de 10 días.

El **auto desestimatorio** de las alegaciones previas no es susceptible de recurso. El auto estimando esas alegaciones declarará la inadmisibilidad del recurso y ordenará la devolución del expediente a la oficina de la que procediera.

7362 Prueba
(LJCA art.60 y 61)

Solo puede pedirse el recibimiento a prueba del proceso mediante **otrosí** en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En ellos debe expresarse de forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan.

Si de la contestación a la demanda resultaran **nuevos hechos** de trascendencia para la resolución del litigio el recurrente tendrá 5 días contados a partir del traslado de aquella para pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba de que intente valerse.

Se recibirá el pleito a prueba cuando exista **disconformidad en hechos** que fueran de trascendencia para la resolución del pleito, a juicio del tribunal. Si el objeto del pleito es una sanción administrativa o disciplinaria el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.

El **plazo** para la práctica de la prueba es de treinta días y se desarrollará conforme a las normas generales establecidas en la LEC.

Las salas **pueden delegar** en uno de sus magistrados o un juzgado de lo contencioso-administrativo la práctica de todas o alguna de las diligencias probatorias. A su vez el representante en autos de la Administración podrá delegar en un funcionario público adscrito a aquella la facultad de intervenir en la práctica de las pruebas.

En el caso de la **prueba pericial**, el tribunal otorgará, a petición de cualquiera de las partes, un plazo máximo de 5 días para que puedan solicitarse aclaraciones al dictamen emitido.

Si la parte actora fundamenta sus pretensiones en **actuaciones discriminatorias** por razón de sexo, corresponderá a la parte demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

El tribunal podrá acordar **de oficio** el recibimiento del pleito a prueba y disponer la práctica de las que estime pertinentes para la adecuada resolución del asunto.

Concluido el período de prueba pero no habiéndose declarado el pleito visto para sentencia, el tribunal podrá acordar todavía la práctica de cualquier diligencia de prueba que considere necesaria.

En toda prueba que haya de practicarse dentro o fuera del período probatorio, el tribunal garantizará la **intervención de las partes**.

Para el supuesto de pruebas practicadas una vez **concluidos los trámites** de vista o conclusiones, el tribunal pondrá de manifiesto su resultado a la partes por plazo común de 5 días para que aleguen lo que estimen conveniente acerca de su alcance e importancia.

Precisiones

La **falta de proposición** de medios de prueba en los escritos de demanda y contestación fue considerada en un primer momento por los tribunales como defecto subsanable en atención a que su exigencia se derivaba de una modificación legislativa. Siendo ya de general conocimiento esa exigencia, su no cumplimiento en los meritados escritos es considerada pacíficamente como vicio insubsanable haciendo a la parte que incurra en él perder toda posibilidad de hacer uso de cualquier medio de prueba.

7364 Vista y conclusiones

(LJCA art.62 a 66)

Las partes podrán pedir mediante otrosí en los escritos de demanda y contestación o mediante escrito presentado en el **plazo** de 5 días desde la notificación de la conclusión del período de prueba, la celebración de vista, la presentación de conclusiones escritas o que el pleito sea declarado concluido, sin más trámites, para sentencia.

El **letrado de la Administración de Justicia** acordará lo que coincidentemente hayan solicitado las partes. Si no hubiera coincidencia solo acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o, si se ha practicado prueba, cuando lo solicite cualquiera de las partes.

El tribunal, **de oficio y excepcionalmente**, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

La vista será señalada por el letrado de la Administración de Justicia por riguroso **orden de antigüedad** de los asuntos salvo en aquellas materias que por prescripción legal o acuerdo motivado del Tribunal deban tener preferencia.

En la vista se dará la palabra a las partes por su orden para que expongan sucintamente sus **alegaciones**. La vista quedará documentada en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. En caso de que no pudiera ser así por cualquier causa, el letrado de la Administración de Justicia extenderá acta de cada sesión recogiendo en ella las alegaciones de las partes, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.

Si se acordara trámite de conclusiones las partes deberán presentar alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos que dan soporte a sus pretensiones.

7366 El **plazo para conclusiones** es de 10 días sucesivos para los demandantes y demandados pero simultáneo para cada uno de estos grupos de partes si hubiera comparecido más de una persona a través de distinta representación procesal.

El señalamiento para **votación y fallo** se producirá respetando estrictamente el orden de antigüedad de los asuntos siendo aplicables las excepciones expuestas para el señalamiento de vista. Los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia (art.66 LJCA) y serán antepuestos a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, salvo el proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

En la vista o en las conclusiones no podrán plantearse **cuestiones nuevas** no suscitadas en los escritos de demanda y contestación.

Precisiones

Existe en el procedimiento ordinario la posibilidad de que el tribunal realice lo que en términos penales es conocido como «**planteamiento de la tesis**» y consiste en que se indique a las partes motivos relevantes para el fallo distintos a los alegados hasta el momento. Tal circunstancia habrá de ponerse en conocimiento de las partes mediante providencia, confiriendo plazo común de 10 días para ser oídas sobre ello.

En la vista o en conclusiones el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y **cuantía de los daños** y perjuicios cuyo resarcimiento se pretenda, si estuviesen ya probados en autos.

3. Terminación del procedimiento

7368	Sentencia	7370
	Efectos	7372
	Otras formas de terminación del procedimiento	7374

7370 Sentencia

La **forma normal** de terminación del procedimiento contencioso-administrativo ordinario es la sentencia, pero no es la única.

La sentencia deberá dictarse en el **plazo** de 10 días desde que el pleito haya sido declarado concluso y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso. Si el tribunal apreciase que la sentencia no puede dictarse en plazo deberá razonarlo debidamente y señalar una fecha posterior concreta para dictarla, con notificación a las partes.

La sentencia **podrá contener** alguno de los tres fallos siguientes:

- declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo;
- estimar total o parcialmente el recurso contencioso-administrativo; o
- desestimar el recurso contencioso-administrativo.

La sentencia deberá contener necesariamente pronunciamiento respecto a las **costas procesales** pero ello no significa que deba imponerlas obligatoriamente a una de las partes. Cabe que acuerde imponerlas a la parte que haya visto desestimadas sustancialmente sus pretensiones, con o sin limitación en cuanto a su importe, o que no condene a ninguna de las partes al pago de las costas procesales en que haya incurrido la contraria.

La **inadmisión** del recurso solo puede acordarse cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

- falta de jurisdicción del tribunal;
- interposición por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada;
- que el recurso tenga por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación;
- que el objeto del recurso recaiga sobre cosa juzgada o que exista litispendencia; e
- interposición extemporánea del recurso.

Se producirá la **desestimación** del recurso cuando la disposición, acto o actuación impugnada sean ajustados a Derecho. **Se estimará** el recurso cuando la disposición, acto o actuación incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, precisando la LJCA art.70.2 que esta podrá ser también la desviación de poder (ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico).

7372 Efectos

Si la sentencia **estima** el recurso caben cuatro posibilidades:

1. Que declare **no ser conforme a Derecho** y, por lo tanto, anule total o parcialmente la disposición o acto recurrido o acuerde el cese o modificación de la actuación impugnada.
2. Que reconozca una **situación jurídica individualizada** y adopte las medidas necesarias para su pleno restablecimiento.
3. Que **establezca un plazo** para la emisión de un acto o la práctica de una actuación administrativa jurídicamente obligatoria.
4. Que declare el derecho a la **reparación por parte de la Administración** de los daños y perjuicios causados, identificando la persona obligada a indemnizar. Fijará, en ese caso, también la cuantía de la indemnización siempre que lo solicite el demandante y obren en autos elementos suficientes para tal fijación. Si no fuera así, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía que deberá ser definitivamente concretada en fase de ejecución de sentencia.

El órgano jurisdiccional no podrá, en ningún caso, determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que haya anulado ni podrá **determinar el contenido discrecional** que deban tener los actos que hayan de dictarse en lugar de los anulados.

La sentencia **desestimatoria** de un recurso solo produce efectos entre las partes litigantes. La anulación de una disposición o acto tiene efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tienen efectos generales desde el día de la publicación de su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que fue publicada la disposición anulada. Esa sentencia no afectará por sí misma a la eficacia de sentencias o actos administrativos firmes que hayan aplicado la disposición general anulada antes de que la declaración de nulidad adquiriera efectos generales salvo que la anulación supusiera la exclusión o la reducción de sanciones no ejecutadas completamente en ese momento.

Las sentencias **firmes** que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas también habrán de ser publicadas en un periódico oficial.

El **reconocimiento o restablecimiento** de una situación jurídica individualizada solo produce efectos entre las partes sin perjuicio de que estos puedan extenderse en materia de personal y tributaria conforme a lo dispuesto en la LJCA art.110 o en supuestos de tramitación preferente de un recurso respecto a otros de contenido similar según lo prevenido en el LJCA art.111 .

7374 Otras formas de terminación del procedimiento

Entre las que podemos diferenciar:

1. Desistimiento. El recurrente puede desistir de su recurso en cualquier momento anterior a la sentencia. Para que surta efecto en juicio, su representante tiene que tener apoderamiento suficiente o, en su defecto, ser ratificado por el recurrente. El desistimiento no implica necesariamente la condena en costas.

El letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito de desistimiento a las demás parte por plazo común de 5 días. Si dieran su conformidad o no se opusieran, el tribunal dictará decreto declarando **terminado el procedimiento**, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a su oficina de origen.

En caso de **oposición de la parte demandada** o, eventualmente, codemandada, o si se apreciara daño para el interés público, el letrado de la Administración de Justicia dará cuenta al tribunal para que resuelva lo procedente.

Si hay **varios recurrentes**, el procedimiento continuará respecto a quienes no hayan desistido.

Si el desistimiento se produjera porque la Administración hubiera reconocido en vía administrativa la totalidad de las pretensiones del recurrente y después dictara un acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento, el demandante podrá pedir la **rehabilitación del procedimiento** contencioso-administrativo en el estado en que se encontrara al desistir, extendiéndose su objeto al acto revocatorio. El tribunal podrá conceder plazo de 10 días a las partes para que se pronuncien sobre el acto revocatorio.

2. Allanamiento. Los demandados pueden allanarse a través de su representante procesal si tiene apoderamiento suficiente o mediando ratificación personal.

Tras el allanamiento el tribunal dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante salvo si ello supusiera **infracción manifiesta** del ordenamiento jurídico. En ese caso el tribunal comunicará a las partes los motivos para oponerse a la estimación de las pretensiones y las oír por plazo de 10 días tras el cual dictará sentencia.

Siendo **varios los demandados**, el procedimiento continuará respecto a los no allanados.

3. Satisfacción extraprocesal de las pretensiones Si la Administración demandada reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del tribunal.

Las partes serán oídas por plazo común de 5 días y, previa comprobación de la realidad de lo alegado, el tribunal dictará auto dando por terminado el procedimiento salvo que el **reconocimiento** realizado por la Administración supusiera manifiesta infracción del ordenamiento jurídico. En ese caso habría de dictarse sentencia ajustada a Derecho.

4. Conciliación En primera o única instancia, el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, tras la presentación de los escritos de demanda y contestación, puede someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos y documentos así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que resuelva la controversia.

La conciliación solo puede plantearse sobre **materias susceptibles de transacción** y, en particular, cuando el objeto del procedimiento consista en una reclamación de cantidad.

El intento de conciliación **no suspende el procedimiento** salvo que todas las partes lo soliciten, cosa que podrán hacer hasta el día en que el pleito sea declarado concluso para sentencia.

Si las partes llegan a un **acuerdo** que resuelva la controversia, el tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento siempre que lo acordado no infrinja manifiestamente el ordenamiento jurídico ni resulte lesivo para el interés público o de terceros.

G. Procedimientos contencioso-administrativo especiales

7376	1. Procedimiento abreviado	7378
	2. Procedimientos especiales	7392

1. Procedimiento abreviado

(LJCA art.78)

7378 Se regula un procedimiento distinto al ordinario cuya especialidad radica en la teórica **mayor celeridad** en su tramitación respecto a aquel. Las últimas reformas, sin embargo, los han ido equiparando en la medida en que se prevé la posibilidad de que la vista sea sustituida por la contestación escrita de los demandados.

Solo **pueden conocer** del procedimiento abreviado, los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo

Las materias sobre las que pueden conocer, serán sobre aquellos asuntos para los que los referidos juzgados tengan **competencia objetiva** y que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, extranjería, inadmisión de peticiones de asilo, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje así como todas cuya cuantía no supere los 30.000 euros.

7380 Tramitación

El recurso se inicia mediante demanda a la que se acompañarán los documentos en que el actor pretenda fundamentar su derecho así como los exigidos por la LJCA art.45.2 , es decir, **acreditación de la representación** del compareciente, acreditación de legitimación del actor que la hubiera recibido por herencia o cualquier otro título, copia de la disposición o acto expreso objeto de recurso y documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas.

El letrado de la Administración de Justicia examinará de oficio la jurisdicción y competencia objetiva del tribunal y, si procede, admitirá la demanda. Si apreciara **falta de jurisdicción** o competencia dará traslado al tribunal para que resuelva.

Se dará **traslado de la demanda** al demandado con citación de las partes para la vista con indicación de fecha y hora. Igualmente se requerirá a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo con al menos 15 días de antelación respecto al término señalado para la vista.

Si el actor pide mediante **otrosí** en su demanda que se falle el recurso sin prueba ni vista, el letrado de la Administración de Justicia trasladará aquella a las partes demandadas para que la contesten en el plazo de 20 días. La Administración demandada no podrá contestar a la demanda si no hubiera remitido el expediente administrativo ni lo acompañara con su escrito de contestación.

Cualquiera de las partes demandadas podrá solicitar dentro de los 10 primeros días para contestar a la demanda la **celebración de vista**. En ese caso, el letrado de la Administración de Justicia deberá citar a las partes para la vista.

1. Si **no se celebra vista**, el letrado de la Administración de Justicia declarará concluso el pleito sin más trámite, una vez haya sido contestada la demanda, salvo que el Juez acuerde de oficio el recibimiento del pleito a prueba de acuerdo con lo dispuesto en la LJCA art.61 .

2. Si **se celebra vista**, el letrado de la Administración de Justicia remitirá el expediente administrativo al actor y a los interesados que se hubieran personado en el procedimiento, para que realicen en aquella las alegaciones que tengan por oportuno.

Comparecidas las partes o alguna de ellas, el juez declarará abierta la vista. Si las partes **no comparecieran** o solo lo hiciera el demandado, el tribunal tendrá al recurrente por desistido de su acción y le condenará en costas. Si solo comparece el recurrente, se acordará que prosiga la vista en ausencia del demandado.

7382 Desarrollo de la vista

Comienza con la exposición por el recurrente de los fundamentos de su petición, una vez se haya instruido del contenido del expediente administrativo, o con la **ratificación** del contenido de su escrito de demanda.

Seguidamente el demandado podrá formular las **alegaciones** que convengan a su derecho, comenzando por las cuestiones relativas a jurisdicción, competencia objetiva y territorial, y cualquier otra circunstancia que, a su juicio, pueda impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

El demandante será oído sobre las cuestiones procesales y el juez resolverá seguidamente lo que proceda. En caso de que ordenara seguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su **disconformidad**. El mismo derecho asiste al demandante para el caso de que el juez declinara conocer el asunto a favor de otro juzgado o tribunal o declarara la inadmisibilidad del recurso.

Si el demandado en sus alegaciones hubiese impugnado la **adecuación del procedimiento** por razón de la cuantía, el juez, antes de la prueba o conclusiones, exhortará a las partes para que alcancen un acuerdo sobre esa cuestión. De no producirse el acuerdo, el juez dará al proceso el curso procedimental que corresponda según la cuantía que él determine. Contra su decisión no cabe recurso alguno.

Resueltas las cuestiones procesales o, de no existir estas, se dará la palabra a las partes para que fijen los hechos en que fundamentan sus pretensiones. De no haber conformidad en los hechos, se propondrán las **pruebas** y, una vez inadmitidas las que no sean pertinentes o sean inútiles, se practicarán seguidamente.

Si de las **alegaciones** de las partes se desprende la conformidad de todos los demandados con las pretensiones del actor, o el carácter netamente jurídico del litigio, o si no se propone prueba -o propuesta es toda ella inadmitida- y si las partes no desearan formular conclusiones, el juez podrá dictar sentencia sin más dilación. Si alguna de las partes se opusiera a ello, el juez deberá ordenar la prosecución de la vista o, en caso de desestimar la oposición, deberá resolverla en la misma sentencia antes de resolver sobre el fondo como cuestión de especial pronunciamiento.

Precisiones

1) Es práctica consolidada que el letrado de la Administración de Justicia se ponga a disposición de las partes en el señalamiento para la vista a fin de que puedan **recabar el auxilio judicial** con objeto de que todas las pruebas que sean admitidas puedan ser practicadas en el acto de la vista. Ello supone, por ejemplo, que si se pretende el interrogatorio de un testigo que haya de ser citado judicialmente, habrá de ponerse ese hecho en conocimiento del juzgado con antelación suficiente respecto a la fecha de la vista, para que pueda practicarse la citación oportuna. No hacer uso de ese ofrecimiento para asegurar la práctica de la prueba, en caso de que sea admitida, en el acto de la vista podría tener como resultado que el Juez considerara la concurrencia de **mala fe** en la parte que la propone y acordara que no fuera practicada.

2) Comienza también a consolidarse una práctica, que no cuenta con respaldo legal, consistente en poner a disposición de la parte recurrente el **expediente administrativo** (si se envía en soporte físico) durante un plazo libremente fijado por el letrado de la Administración de Justicia. Durante ese plazo la parte podrá retirar el expediente del juzgado o tribunal con obligación de devolverlo en el término que se señale. Fuera de ese plazo, siempre antes de la celebración de la vista, el expediente solo podrá ser consultado en la sede judicial.

7384 Prueba

Los medios de prueba se practicarán del modo previsto para el **juicio ordinario** siempre y cuando no sea incompatible con los trámites legalmente establecidos para el procedimiento abreviado.

Las **preguntas** para el interrogatorio de parte se formularán verbalmente, sin que sean admitidos pliegos.

Tampoco se admitirán escritos de preguntas y repreguntas para la prueba testifical. El juez podrá limitar discrecionalmente el **número de testigos** si considerara que su número es excesivo y sus manifestaciones pudieran ser reiterativas sobre hechos suficientemente esclarecidos.

7386 Los testigos no pueden ser tachados pero las partes, en conclusiones, podrán realizar observaciones sobre sus circunstancias personales y la veracidad de sus manifestaciones.

Para la **prueba pericial** no resultarán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos, debiendo cada parte aportar los informes periciales que tengan por oportunos, procurando la presencia del perito en el acto de la vista para el supuesto que fuera propuesta la ratificación del informe o su interrogatorio como testigo-perito.

Contra las resoluciones del juez sobre **denegación de pruebas** o sobre la admisión de las que se hayan denunciado como obtenidas con violación de derechos fundamentales, podrá interponerse recurso de reposición que se sustanciará y resolverá en el propio acto de la vista.

El juez podrá suspender la vista de estimar que alguna **prueba relevante** no puede practicarse en ella y siempre que no hubiera concurrido mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla. El letrado de la Administración de Justicia señalará en el acto, sin necesidad de nueva notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse la vista.

La **vista debe documentarse** en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. El letrado de la Administración de Justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante firma

electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca iguales garantías. De no poderse usar esos medios de registro, el letrado de la Administración de Justicia extenderá acta de cada sesión en la que **debe constar**:

- lugar, fecha, juez que preside el acto, partes comparecientes, representantes y defensores que las asisten;
- breve resumen de las alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de la denegación y protesta, en su caso;
- respecto a las pruebas admitidas y practicadas, deberá hacer constar un resumen suficiente del interrogatorio de parte y testifical, una relación circunstanciada de los documentos presentados, una relación de las incidencias planteadas respecto de la prueba documental, un resumen suficiente de los informes periciales y de la resolución del juez sobre las eventuales propuestas de recusación de peritos y un resumen de las declaraciones realizadas en las vista;
- conclusiones y peticiones concretas formuladas por las partes. Si fueran de condena o cantidad, deberá recogerse expresamente en el acta;
- declaración hecha por el juez de conclusión de los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia.

7388 Sentencia

El juez dictará sentencia en el **plazo** de 10 días desde la celebración de la vista. En todo lo demás, resultan aplicables las reglas establecidas en la LJCA para la sentencia del procedimiento ordinario.

7390 Subsidiariedad

Resultará de aplicación, en la medida en que sea compatible con los trámites del procedimiento abreviado, las normas generales de la Ley y, en especial, las previstas para el procedimiento ordinario en todo lo no previsto en la LJCA art.78 .

Se establece la **aplicación supletoria** de la LEC en todo lo no previsto por la normativa reguladora del procedimiento contencioso-administrativo, ordinario o abreviado (LJCA disp.final primera).

2. Procedimientos especiales

7392 La LJCA, desarrollando previsiones constitucionales o ajustándose a las necesidades del continuo desenvolvimiento del ordenamiento jurídico y de la realidad social y económica, regula una serie de procedimientos especiales que, en puridad jurídica, constituyen especialidades en las previsiones generalmente establecidas para el procedimiento ordinario.

7394 Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (LJCA art.114 a 122)

Se establece que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de **preferencia y sumariedad**, y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (Const art.53.2).

El procedimiento establecido en la Const art.53.2 es el que regula la LJCA art.114 a 122 .

También pueden hacerse valer en este procedimiento las pretensiones tendentes a que el tribunal declare la nulidad de una **disposición de carácter general**, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (LJCA art.31) o a que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones, o a que cese en una actuación material constitutiva de vía de hecho (LJCA art.32), siempre que la finalidad del recurso fuera restablecer o proteger los derechos o libertades a que hace referencia la Const art.53.2 .

La tramitación de este recurso tiene, a todos los efectos, **carácter preferente**.

7396 Interposición

El **plazo** es de 10 días, computados desde el día siguiente a la notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para la cesación en la vía de hecho o transcurso del plazo fijado para la resolución.

Si el derecho o libertad ha sido lesionado como consecuencia de la **inactividad de la Administración**, o se hubiera interpuesto recurso potestativo de reposición o, en caso de vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento para su cesación, el plazo de 10 días comenzará a computar 20 días después de la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente.

7398 Procedimiento

El mismo día de presentación del recurso o al siguiente, el letrado de la Administración de Justicia debe requerir con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, con copia del escrito de interposición, para que en el plazo de 5 días desde la recepción del requerimiento, **remita el expediente**. Este habrá de estar acompañado de los informes y datos que estime procedentes.

La Administración remitirá el expediente al Tribunal, comunicándolo a todos los que aparezcan en él como interesados, con copia del **escrito de interposición y emplazamiento** por término de 5 días, para que puedan comparecer como demandados ante la Sala o Juzgado correspondiente.

La **falta de envío del expediente** no suspenderá el curso de las actuaciones, sin perjuicio de los requerimientos y responsabilidades descritos en el artículo 48 LJCA para el procedimiento contencioso-administrativo ordinario.

La Administración, con el envío del expediente, y el resto de codemandados al comparecer, podrán solicitar de manera motivada la **inadmisión del recurso** y la celebración de una comparecencia para que las partes puedan ser oídas sobre la procedencia de tramitar el recurso conforme a las reglas de este procedimiento especial.

La **remisión extemporánea del expediente** no alterará el curso del procedimiento, pero el letrado de la Administración de Justicia deberá ponerlo de manifiesto a las partes por plazo de 48 horas para alegaciones.

Recibido el expediente o expirado el plazo para su remisión y, en su caso, el del emplazamiento a los interesados, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto ordenando seguir las actuaciones. Si estimara que no procede la admisión, dará cuenta al tribunal, para que comunique a las partes el motivo en que puede fundarse la inadmisión del procedimiento.

En caso de **posible inadmisión**, se citará a las partes y al Ministerio Fiscal para una comparecencia que habrá de celebrarse antes de que transcurran 5 días. En ella serán oídas sobre la posible improcedencia de dar al recurso la tramitación prevista en este procedimiento especial.

Al día siguiente el Tribunal dictará **auto**, acordando proseguir las actuaciones o su inadmisión por inadecuación del procedimiento.

7400 Demanda, alegaciones y prueba

Ordenada la continuación del procedimiento, el letrado de la Administración de Justicia pondrá de manifiesto el expediente al recurrente, por **plazo** de 8 días, para que formalice demanda y adjunte los documentos que den soporte a sus pretensiones.

La demanda será trasladada al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, formalicen **alegaciones** por plazo común de 8 días y acompañen los documentos oportunos.

Formalizadas alegaciones o expirado el plazo para hacerlo, el tribunal decidirá en el día siguiente sobre el **recibimiento del pleito a prueba**, conforme a las reglas previstas para el procedimiento ordinario.

El período probatorio no será superior a 20 días.

7402 Sentencia

El órgano jurisdiccional dictará sentencia en el **plazo** de 5 días desde que hayan quedado concluidas las actuaciones.

La sentencia estimará el recurso si la disposición, actuación o acto hubieran incurrido en cualquier **infracción del ordenamiento** jurídico, incluida la desviación de poder, siempre que tal infracción haya tenido como consecuencia una vulneración de los derechos susceptibles de amparo constitucional.

Contra las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo, en este procedimiento especial, cabrá siempre interponer **recurso de apelación** que tendrá solo efecto devolutivo.

7404 Especialidad del derecho de reunión

(LJCA art.122)

Para el caso de **prohibición o propuesta de modificación** de reuniones previstas en la LO 9/1983 del derecho de reunión, no aceptadas por sus promotores, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente.

El recurso habrá de interponerse dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación. Los **promotores** deberán trasladar copia registrada del escrito de interposición a la autoridad gubernativa para que esta remita inmediatamente el expediente al tribunal.

El letrado de la Administración de Justicia convocará en el **plazo** de 4 días, con puesta de manifiesto del expediente si se hubiese recibido, al representante de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes a una audiencia.

En el audiencia, el tribunal, de manera contradictoria, oirá a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso. La **decisión judicial** solo podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas de reuniones previstas.

7406 Autorización judicial de la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico

(L 34/2002 art.8.2)

Se prevé la posibilidad de que para **identificar al responsable** de un servicio que incurra en vulneración de esa norma se podrá requerir a los prestadores de servicios la cesión de los datos que permitan su identificación. El requerimiento que habrán de cursar los órganos competentes para la adopción de las medidas establecidas en esa Ley requiere previa autorización judicial.

El **procedimiento** se iniciará con la solicitud del órgano competente en la que se expondrán las razones que justifican la petición, y se acompañarán los documentos que resulten procedentes.

El tribunal en el **plazo** de 24 horas, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud, siempre que no resulten afectados el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Const art.18.1), o el secreto de las comunicaciones (Const art.18.3).

7408 Autorización judicial de ejecución de medidas de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos que vulneren la propiedad intelectual

(LJCA art.122 bis)

La **Comisión de Propiedad intelectual** podrá adoptar medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información, o para que se retiren contenidos que vulneren la normativa vigente, en materia de propiedad intelectual. La ejecución de esas medidas requerirá autorización judicial.

La Comisión habrá de solicitar al tribunal competente la autorización para la ejecución de tales medidas en cuanto puedan afectar a los **derechos y libertades** garantizados en la Const art.20 (libertad de expresión, de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, de cátedra y derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión).

En el plazo de 2 días desde la recepción de la resolución de la Comisión, el tribunal, con puesta de manifiesto del expediente, convocará al **representante legal** de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de derechos y libertades afectados (o a los representantes que designen) a una audiencia.

En la **audiencia** se oirá de manera contradictoria a todos los personados y el Tribunal resolverá mediante Auto en el plazo de 2 días.

La decisión del Tribunal solo podrá **autorizar o denegar** la ejecución de la medida.

Precisiones

La previsión constitucional (Const art.18.2) de autorización judicial para la **entrada o registro en domicilio** no ha encontrado desarrollo legislativo en la LJCA. Ello tiene como consecuencia la falta de uniformidad en la tramitación de estas autorizaciones por parte de los distintos Juzgados competentes.

7410 Cuestión de ilegalidad

(LJCA art.123 a 126)

Se prevé la posibilidad de que un juez o tribunal de lo contencioso-administrativo dicte sentencia firme estimatoria de un recurso por considerar ilegal el contenido de la **disposición general** aplicada aun cuando no sea el competente para conocer del recurso directo contra aqélla.

El tribunal debe seguidamente plantear la cuestión de ilegalidad ante el **tribunal competente** para conocer del recurso directo contra ella. El Tribunal Supremo no requiere plantear cuestión de ilegalidad para anular cualquier disposición general, al conocer de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella (artículo 27.3 LJCA).

7412 Procedimiento

Diferenciamos las siguientes fases:

1. Iniciación

El tribunal planteará mediante auto la cuestión de ilegalidad dentro de los 5 días siguientes a aquel en que conste la firmeza de la sentencia. La cuestión afectará **exclusivamente** a los preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda.

El auto de planteamiento de la cuestión de ilegalidad **no admite recurso** y en él se emplazará a las partes para su comparecencia y formulación de alegaciones ante el tribunal competente para resolver la cuestión.

La tramitación de esta cuestión tendrá **carácter preferente**, y su votación y fallo será antepuesto a cualquier otro recurso, excepto si se tratara del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales.

2. Planteamiento y publicación

El letrado de la Administración de Justicia remitirá urgentemente al Tribunal competente para resolver la cuestión, la **certificación del auto** de planteamiento y copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo.

El letrado de la Administración de Justicia acordará también la publicación del auto de planteamiento de la cuestión, en el mismo periódico oficial en que fue publicada la disposición general cuestionada.

3. Personación y alegaciones

Con el escrito de personación y alegaciones podrá acompañarse la **documentación** que se estime pertinente para resolver adecuadamente la cuestión planteada.

Transcurrido el plazo de personación y alegaciones, el letrado de la Administración de Justicia declarará concluso el procedimiento.

El tribunal podrá **rechazar** la cuestión de ilegalidad, en trámite de admisión, mediante auto sin audiencia de las partes, cuando estime que faltan las condiciones procesales para su tramitación.

4. Sentencia

La sentencia habrá de dictarse en el **plazo** de 10 los días siguientes a la declaración de conclusión del procedimiento.

El plazo para dictar sentencia quedará **interrumpido** si, para mejor proveer, el tribunal reclamara el expediente de elaboración de la disposición general debatida o acordara la práctica de alguna prueba de oficio. En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia emplazará a las partes por plazo común de 5 días para alegaciones sobre el expediente o el resultado de la prueba.

La sentencia **estimaré o desestimaré** total o parcialmente la cuestión siempre que no proceda su inadmisión por falta de requisito procesal insubsanable.

El tribunal podrá acordar extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la disposición general con los que existan **razones de conexión o consecuencia** respecto a los preceptos objeto de la cuestión de ilegalidad.

Una vez sea **firme** la sentencia, el letrado de la Administración de Justicia lo comunicará al tribunal que planteó la cuestión. La sentencia que resuelva la cuestión no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que la planteó.

7414 Procedimiento en casos de suspensión administrativa previa de acuerdos (LJCA art.127)

Se regula el procedimiento para los casos en que, conforme a la normativa vigente, la suspensión administrativa de acuerdos de corporaciones o entidades públicas deba ir seguida de la impugnación o traslado de aquellos, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el **plazo** de 10 días desde la fecha del acto de suspensión, o en el que establezca la normativa aplicable, se ha interponer recurso contencioso-administrativo mediante escrito fundado, o dar traslado directo del acuerdo suspendido al órgano jurisdiccional competente, según proceda. En todo caso, se habrá de acompañar copia del acto de suspensión.

Interpuesto el recurso o trasladado el acuerdo, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a la corporación o entidad pública para que, en 10 días, **remita el expediente**, alegue lo que tenga por conveniente en su defensa y emplace por 10 días a quienes pudieran tener un interés legítimo en el mantenimiento o anulación del acuerdo, para su comparecencia ante el Tribunal.

Recibido el expediente, se pondrá de manifiesto a los comparecidos y se les convocará para una **vista** que habrá de celebrarse no antes de 10 días desde la puesta de manifiesto del expediente.

La vista podrá ser sustituida por **trámite de alegaciones escritas**, que se presentarán en el plazo de los 10 días siguientes a la notificación del auto acordando la sustitución. El tribunal podrá abrir período de prueba, por plazo que no excederá los 15 días.

Conclusas las actuaciones, el tribunal dictará **sentencia** en virtud de la cual anulará o confirmará el acto o acuerdo objeto del recurso.

7416 Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) podrá interponer recurso contencioso-administrativo cuando considere que una disposición, acto, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública es contraria a la **libertad de establecimiento** o de circulación reconocidas en la L 20/2013 de garantía de la unidad de mercado.

Los **plazos** para la interposición del recurso serán los establecidos en la LJCA art.46 para el procedimiento contencioso-administrativo ordinario. En caso de que el recurso se interponga a solicitud de un operador económico, el plazo se computará desde la presentación de la solicitud ante la CNMC.

7418 Procedimiento

El mismo día de la interposición del recurso, el letrado de la Administración de Justicia requerirá al órgano administrativo para que en el plazo de 5 días remita el **expediente administrativo**, junto con los informes y datos que se soliciten en el recurso.

La **falta o retraso en el envío** del expediente no suspende la tramitación del procedimiento, sin perjuicio de que los requerimientos que deban efectuarse y responsabilidades que puedan nacer en aplicación de lo dispuesto en la normativa reguladora del procedimiento contencioso-administrativo ordinario.

El expediente será puesto de manifiesto al recurrente para que en el plazo de 10 días formalice **demand**a acompañándola con los documentos oportunos. La remisión extemporánea del expediente dará lugar a un trámite adicional de alegaciones para las partes.

La **contestación** a la demanda habrá de producirse por plazo común de 10 días para las partes demandadas.

El Tribunal decidirá sobre el recibimiento del pleito a prueba conforme a las normas generales del procedimiento ordinario. El **período de prueba** no será en ningún caso superior a 20 días.

En cualquier momento de la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención cualquier operador económico con interés directo en la anulación del acto impugnado. Su solicitud se resolverá mediante **auto**, previa audiencia de las partes personadas en el plazo común de 5 días.

La admisión de la intervención del operador no supondrá la **retroacción de actuaciones**, pero será considerado parte en el proceso a todos los efectos a partir de ese momento.

El tribunal acordará la **acumulación** del recurso promovido independientemente por un operador económico, al iniciado por la CNMC, siempre que tuvieran por objeto la misma disposición o actuación, y se fundaran en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación.

Los recursos en esta materia se tramitarán con carácter **preferente** y les resultarán de aplicación supletoria las normas generales de la LJCA.

7420 Sentencia

Conclusas las actuaciones, el tribunal dictará sentencia en el **plazo** de 5 días.

La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, actuación o acto impugnados incurrieran en cualquier **infracción del ordenamiento jurídico**, incluida la desviación de poder, que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación.

De estimarse el recurso, la sentencia obligará a corregir la conducta infractora y a **resarcir los daños** y perjuicios causados.

En asuntos en los que no quepa ulterior recurso, el tribunal podrá convocar a las partes a una comparecencia para dictar sentencia de viva voz. En este caso, el letrado de la Administración de Justicia expedirá **certificación** en la que recogerá todos los pronunciamientos del fallo, con expresa indicación de su firmeza y de la actuación administrativa a que se refiera.

7422 Medidas cautelares

La CNMC podrá solicitar en el escrito de interposición, la adopción de cualesquiera medidas cautelares, incluida la de suspensión de la ejecutividad de la disposición, acto o resolución impugnados.

La **suspensión**, pero no cualquier otra medida cautelar, se producirá de forma automática, una vez admitido el recurso, sin necesidad de prestar ninguna garantía. La Administración recurrida podrá solicitar el levantamiento de la suspensión en el plazo de 3 meses desde su adopción, acreditando que su mantenimiento podría producir una perturbación grave para los intereses generales o de tercero.

De la petición de levantamiento de la suspensión se dará traslado a la CNMC por plazo de 10 días para que formule **alegaciones**. El tribunal resolverá lo que estime procedente mediante auto que habrá de dictarse en los 5 días siguientes.

Precisiones

Se declara inconstitucional y nulo en su aplicación a actos o disposiciones de las comunidades autónomas la LJCA art.127 quáter párrafo 2º por lo que la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnada por la CNMC no se producirá de forma automática cuando aquellos provengan de una comunidad autónoma (TCo 79/2017, EDJ 120957).

H. Partes en el procedimiento contencioso-administrativo: capacidad, legitimación, representación y defensa

7424	Partes en el procedimiento contencioso-administrativo	7426
	Capacidad	7434
	Legitimación activa	7436
	Legitimación pasiva	7444
	Sucesión en la legitimación	7448
	Representación y defensa de las partes	7450
	Representación y defensa de la Administración	7452

7426 Partes en el procedimiento contencioso-administrativo

Con carácter general, en el procedimiento contencioso-administrativo, es parte demandante una persona distinta de la que emana el acto frente al que se acciona, y parte demandada, la Administración pública productora del acto, disposición o actuación.

Es consecuencia directa de las **prerrogativas de la Administración** en nuestro ordenamiento jurídico. La Administración no ha de acudir al proceso a satisfacer sus pretensiones gracias a su prerrogativa de autotutela. El administrado, por el contrario, ha de acudir primero ante la propia Administración para intentar hacer valer sus derechos y, en caso de no obtener respaldo de quien es parte y al tiempo decide, tendrá que iniciar un procedimiento contencioso-administrativo.

Excepcionalmente nos encontramos con supuestos en los que la Administración pública es parte demandante y el administrado parte demandada. En los llamados **recursos de lesividad**, la Administración no puede hacer uso de su facultad de autotutela. Su pretensión consiste en la anulación de un acto administrativo que produce efectos favorables para el administrado.

Procesalmente solo hay un tipo de parte, pero **las partes pueden clasificarse** conforme a tres criterios:

- que los actos realizados por la parte recaigan en su esfera jurídica o en la de un tercero;
- que la pretensión se deduzca de forma autónoma o subordinada; y
- que se mantenga por un sujeto o por varios.

7428 Parte directa y parte indirecta

Lo normal es que los efectos jurídicos recaigan en la parte. Pero existen ejemplos de partes indirectas en el procedimiento contencioso-administrativo. En los supuestos de **representación procesal**, la única parte es el representado. En los supuestos de sustitución, la parte es la que actúa en el proceso, y no aquella por la que se actúa.

Precisiones

Un ejemplo se encuentra en la LBRL que prevé la posibilidad de que los vecinos accionen en nombre e interés de la entidad local (LBRL art.68.3).

7430 Parte principal y parte accesoría

Tradicionalmente se permitió en el contencioso-administrativo, la comparecencia en el proceso al lado de la Administración demandada. Era la conocida figura del coadyuvante que resultó suprimida por la actual LJCA.

La LJCA permite la personación como **codemandados** de aquellos que puedan tener algún interés en el resultado del procedimiento, al ser potencialmente afectados por el fallo que en él se dicte.

Cuando la Administración notifica a los administrados que pudieran resultar afectados por el fallo judicial en un procedimiento contencioso-administrativo el inicio de este, y les emplaza para que puedan personarse ante el Tribunal competente, esa **personación** solo puede realizarse en la posición de codemandados, nunca de codemandantes. Sin perjuicio de lo anterior, quien emplazado como codemandado tiene interés en que se estime el recurso interpuesto, podrá allanarse a la pretensión oportunamente deducida por el recurrente.

7432 Posición de las partes en el proceso

Viene explicada por los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad.

Principio de **dualidad de partes**: no hay proceso sin partes enfrentadas, al menos en su inicio y de manera conceptual. Iniciado el procedimiento, puede producirse el desistimiento, el allanamiento, el acuerdo o la satisfacción extraprocésal de pretensiones.

Principio de **contradicción**: es consecuencia ineludible del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (Const art.24), y obliga a los órganos jurisdiccionales a posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en las leyes procesales, y a procurar que en el proceso se dé la necesaria oposición argumentativa entre los litigantes.

Principio de **igualdad**: impide al órgano jurisdiccional conceder a una parte medios o posibilidades de actuación procesal distintas, en cuanto a su eficacia, a las que se otorgan a la contraparte.

La práctica forense nos enseña frecuentes **desequilibrios** entre los ciudadanos, a quienes se considera defensores de un interés particular, y la Administración pública, de la que con cierta inocencia se dice que actúa siempre conforme al interés público.

7434 Capacidad

La capacidad para ser parte es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de carácter procesal. Es la proyección en esta materia de la capacidad jurídica.

La **capacidad procesal** es la proyección de la capacidad de obrar y es, por ello, la aptitud para realizar actos procesales. Se distingue de la **legitimación** en que esta requiere una especial relación entre el sujeto que interpone el recurso concreto y la situación jurídica objeto de debate litigioso.

En el procedimiento contencioso-administrativo tienen capacidad procesal todas las personas que la ostenten conforme a lo dispuesto en la LEC y, además, los **menores de edad** para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de una tercera persona (quien ejerza la patria potestad, el tutor o el curador).

Los **grupos de afectados**, las uniones sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos son aptos para ser titulares de derechos y obligaciones sin necesidad de integrarse en estructuras formales de personas jurídicas pero solo tendrán capacidad procesal en este orden jurisdiccional cuando la Ley lo declare expresamente.

Las **personas físicas** tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, capacidad para ser parte por el mero hecho de serlo. Sin embargo, pueden tener limitada su capacidad de obrar y, en consecuencia, su capacidad procesal. Solo podrán comparecer en juicio los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Quienes no lo estén, habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, autorización, habilitación o con el defensor exigidos por la ley.

Las **personas jurídicas** han de actuar a través de las personas que ostentan su representación (LEC art.7.4).

7436 Legitimación activa

La legitimación *ad causam* exige una **especial relación** entre el sujeto que acciona ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y la situación jurídica que constituye el objeto del litigio.

7438 Sujetos legitimados

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo están:

1. Personas **físicas o jurídicas** que ostenten un derecho o interés legítimo;

2. Corporaciones, asociaciones, sindicatos y **grupos y entidades** que son titulares de derechos sin integrarse en estructuras formales de personas jurídicas, siempre que resulten afectados por una disposición, acto o actuación administrativa, o estén legalmente habilitados para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos.

3. **Administración del Estado**, si ostenta un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas y de los organismos públicos vinculados a estas, así como los de las Entidades locales, conforme a la normativa vigente en materia de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública que no esté sometida a su fiscalización.

4. **Administración de las comunidades autónomas**, para impugnar actos y disposiciones que afecten a su autonomía y hayan sido dictados por la Administración General del Estado o cualquier otra Administración u organismo público, así como los de las Entidades locales, siempre de conformidad con la normativa vigente en materia de régimen local.

5. **Entidades locales territoriales**, para impugnar los actos y disposiciones que afecten a su autonomía y hayan sido dictados por la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas, así como los de organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a ellas o los de otras entidades locales.

6. **Ministerio Fiscal** para intervenir en los procesos que determine la Ley.

7. **Entidades de Derecho público** con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, para impugnar los datos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

8. Cualquier ciudadano, ejercitando la **acción popular**, en los casos expresamente previstos en las leyes.

9. En los supuestos de defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres, además de los afectados, siempre que estos lo autoricen, estarán legitimados también los **sindicatos y asociaciones** legalmente constituidas que tengan como fin primordial la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto de sus afiliados o asociados.

Cuando los afectados sean una **pluralidad indeterminada** de personas o cuya determinación resulte difícil, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres.

La Administración autora de un acto podrá impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su **declaración de lesividad** para el interés público, en los términos establecidos por la normativa vigente.

Los **vecinos** podrán accionar, en nombre e interés de las entidades locales, en los supuestos regulados por la normativa vigente en materia de régimen local.

Las Administraciones públicas y los particulares pueden accionar frente a decisiones adoptadas por los órganos administrativos competentes, para resolver los **recursos especiales** y las reclamaciones en materia de contratación previstas en la legislación de contratos del sector público. No será necesaria la previa declaración de lesividad.

7440 Tienen legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo, contra las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte, dictadas en materia de **disciplina deportiva** en materia de **dopaje**:

- el deportista sancionado;
- la parte contraria en la resolución o los perjudicados por la decisión, la federación deportiva internacional correspondiente;
- el organismo antidopaje del país de residencia del deportista afectado;
- la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte;
- la Agencia Mundial Antidopaje, y;
- los Comités Olímpicos Internacional y Paralímpico Internacional cuando la resolución afecte a Juegos Olímpicos o Paralímpicos.

7442 En cambio, **carecen de legitimación** contra una actividad de la Administración pública:

1. Sus propios órganos y los miembros de sus órganos colegiados, salvo disposición legal en contra.
2. Los particulares cuando actúen por delegación o como agentes o mandatarios de la Administración autora del acto, disposición o actuación.
3. Las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas al Estado, comunidades autónomas o entidades locales respecto de la actividad de la Administración de la que dependan, salvo que por Ley hayan sido dotadas de un estatuto específico de autonomía respecto de esa Administración.

7444 Legitimación pasiva

Son partes demandadas:

1. Las Administraciones públicas y los órganos de **relevancia constitucional** identificados en la LJCA art.1.3 (Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo), además del Consejo General del Poder Judicial y la Administración Electoral, contra cuya actividad se dirija el recurso.
2. Las personas o entidades cuyos **derechos** e intereses legítimos pudieran quedar **afectados** por la estimación de las pretensiones del recurrente.
3. Las **aseguradoras** de las Administraciones públicas que serán siempre parte codemandada junto con su asegurada.

Es **Administración demandada**, cuando la actividad objeto de impugnación corresponda a un organismo o corporación públicos sujetos a la fiscalización de una Administración territorial:

- el organismo o corporación fiscalizados si el resultado de la fiscalización es aprobatorio.
- la Administración que ejerza la fiscalización si no aprueba íntegramente el acto o disposición fiscalizados.

7446 En materia de **contratación administrativa**, no tendrán la consideración de parte demandada los órganos administrativos competentes para resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación. Esa posición procesal de parte demandada la ostentarán las Administración favorecidas por el acto objeto de recurso, o quienes se personen en concepto de codemandados por poder resultar afectados por la resolución que se dicte en el procedimiento contencioso-administrativo.

En los casos en que el demandante funde sus pretensiones en la **ilegalidad** de una disposición general, será parte demandada también la Administración que la dictó, aunque de ella no proceda la actuación recurrida.

Precisiones

Dado que el procedimiento contencioso-administrativo se inicia con escrito de interposición identificando la disposición, acto o actuación recurrida, y que la LJCA art.49 obliga a la Administración a notificar a los posibles interesados en el plazo de 5 días la resolución, acordando remitir el expediente, conviene verificar que se ha **notificado y emplazado debidamente** a todos quienes puedan resultar afectados directamente por el fallo judicial que habrá de emitirse. Si no se produjera ese emplazamiento, el recurrente debería poner esa carencia en conocimiento del tribunal, a fin de evitar una posible nulidad de actuaciones por indefensión de los administrados que debieron, al menos, tener la posibilidad de personarse en el procedimiento.

7448 Sucesión en la legitimación

Con carácter general, en aquellos supuestos en que la legitimación derive de alguna **relación jurídica** susceptible de ser transmitida, el causahabiente podrá suceder en cualquier estado del proceso al causante sin que, en ningún caso, se produzca la retroacción de lo actuado.

7450 Representación y defensa de las partes

Cuando las partes actúen ante un **órgano unipersonal**, podrán conferir su representación a un procurador, y deberán ser asistidas en todo caso por un abogado. Si confieren su representación a un abogado, se entenderán con él todas las actuaciones judiciales.

En las actuaciones ante **órganos colegiados**, las partes deberán necesariamente otorgar su representación a un procurador y ser asistidas por un abogado.

Se ha reintroducido en la LJCA la previsión tradicional de que los **funcionarios públicos** puedan comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles (L 42/2015 disp.final 4ª).

Cuando sea preceptivo otorgar la **representación al procurador**, el órgano jurisdiccional verificará de oficio si el escrito que inicia el procedimiento o a través del cual se produce la personación de una parte, cumple el requisito de postulación. Si no lo cumpliera, se dará plazo de subsanación de 10 días a la parte en la que concurriera el vicio.

El poder en que la parte otorgue su representación debe estar **autorizado por notario**, o ser conferido mediante comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia. Este segundo medio de conferir la representación, conocido como otorgamiento *apud acta*, debe llevarse a efecto al tiempo de la presentación del primer escrito o antes de la primera actuación judicial.

El otorgamiento del poder antes de dictarse el acto impugnado no determina la inadmisibilidad del recurso, pues en puridad jurídica, ha de distinguirse entre **mandato y poder**. El poder conferido legalmente tiene carácter general y permanece mientras no se revoque.

El abogado asume la **dirección técnica** del recurso o de la oposición de la parte, redacta los escritos y actúa en los trámites verbales del procedimiento. Solo podrá actuar válidamente quien sea abogado en ejercicio, salvo supuestos excepcionales de habilitación al licenciado o graduado en Derecho.

No podrá proveerse ninguna solicitud que no lleve la **firma de abogado**, salvo que se trate del escrito de personación en juicio, de solicitud de medidas urgentes con antelación al juicio, de suspensión de vistas (salvo que se funde en causas que afecten al abogado) o cualquier otro de mera tramitación adjetiva del procedimiento.

7452 Representación y defensa de la Administración

La representación y defensa de las Administraciones públicas se rige por lo dispuesto en la LOPJ y en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, además de por las normas que en el marco de sus competencias hayan dictado las comunidades autónomas.

La intervención del **Ministerio Fiscal** en defensa de la legalidad que, en opinión de una parte de nuestra doctrina administrativista, supondría una firme garantía en la defensa de la tutela judicial, solo está prevista en procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, en el recurso de casación en interés de ley, en los supuestos en que se debate la posible concurrencia de falta de jurisdicción o de competencia del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, así como en los procedimientos contencioso-administrativos para la declaración judicial de extinción de partidos políticos.

La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen específico propio, corresponde a los **abogados del Estado** integrados en el servicio jurídico del Estado.

La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado y de la Junta Electoral General Central corresponde a los **letrados de las Cortes Generales**.

La representación de la Administración del Estado tiene **carácter exclusivo**. Solo con carácter excepcional podrá encomendarse la representación y defensa a un abogado en ejercicio, con autorización del Ministerio de Justicia, a propuesta motivada del titular del departamento ministerial interesado y previo informe del abogado General del Estado-director del servicio jurídico del Estado.

La representación y defensa de las **comunidades autónomas y de las entidades locales** corresponde a los letrados de sus respectivos servicios jurídicos, pero no es excluyente puesto que se admite expresamente (LOPJ art.551.3) que designen abogado colegiado que las represente y defienda.

I. Actuación del abogado en las distintas fases del proceso

7454	1. Como project manager legal	7456
	2. En el inicio del procedimiento	7458
	3. En la redacción de la demanda	7466
	4. Ante los actos de trámite	7476
	5. Ante la prueba	7480
	6. Ante la fase de vista y conclusiones	7482
	7. En el procedimiento abreviado	7484

1. El abogado como project manager legal

7456 El abogado, como **director del procedimiento**, y como consecuencia de buscar la mejora de la efectividad y competitividad, al igual que se realiza en otros ámbitos profesionales, ha de adoptar y adaptarse a nuevas metodologías, herramientas y soluciones.

A través de las técnicas de **gestión de proyectos** desarrolladas en otros ámbitos aplicados a los procedimientos surge lo que en la práctica se denomina el «legal project management» (LPM), que tienen como fin potenciar la parte comercial de la práctica jurídica, tratando de optimizar los mecanismos de negocio y de prestación de servicios en el asesoramiento del caso.

Al gestionar cualquier procedimiento, el abogado del siglo XXI tiene que estar formado en una serie de habilidades, distintas del ámbito exclusivamente jurídico, para que vea y trate cada asunto legal como un **proyecto**, lo cual permite dar a la gestión del mismo una dimensión estratégica, técnica y organizativa, alineada no solo con sus intereses sino también con los del cliente.

Por ello, antes de realizar cualquier tipo de actuación legal es necesario hacer un **análisis previo** del asunto y tener las siguientes habilidades:

- comprender las necesidades del cliente, sus expectativas y objetivos;
- desarrollar un proyecto que defina un acuerdo sobre el alcance del trabajo que se realizará sobre un tema;
- ser capaces de desarrollar un presupuesto o estimado para un asunto legal;
- analizar los riesgos asociados con el proyecto y explicárselos al cliente;
- ser capaces de manejar el trabajo legal de acuerdo a lo presupuestado;
- monitorizar el caso o asunto a lo largo de su desarrollo para determinar cuándo hay cambios en sus intereses, alcance, riesgos y otros elementos críticos.
- evaluar el caso o asunto al cierre del mismo para determinar las lecciones aprendidas y ser capaces de tomarlas en cuenta para el futuro.

2. El abogado en el inicio del procedimiento

7458 Al iniciar un nuevo proyecto o asunto de índole contencioso-administrativo, hay que tener en cuenta que la LJCA regula un **procedimiento común** de primera o única instancia que responde básicamente a un patrón revisor de los actos administrativos, y regula además tres procedimientos **especiales**:

- el procedimiento de protección de derechos fundamentales;
- la cuestión de ilegalidad sobre preceptos reglamentarios; y
- el procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos.

Sentado lo anterior, nos centraremos en el procedimiento administrativo común, y las actuaciones prácticas que ha de realizar el abogado en el mismo desde un punto de vista práctico, teniendo en cuenta que el procedimiento se inicia de forma diferente según los diversos **tipos de conflicto** que puedan tener lugar.

7460 Proceso de lesividad (LJCA art.43)

El proceso de lesividad es aquel en el que la Administración autora de algún acto pretende demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero para ello deberá declararlo lesivo para el **interés público**.

El recurso de lesividad se iniciará por **demanda** a la que se acompañará la declaración de lesividad (LPAC art.107) y el expediente administrativo.

En los procedimientos **entre Administraciones públicas** no cabe interponer recurso en vía administrativa. Sin embargo, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a la que esté obligada (LJCA art.44).

El **plazo** para interponer recurso de lesividad será de 2 meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

El recurso de lesividad se **iniciará** por demanda formulada con arreglo a la LJCA art.56.1 , que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán en todo caso la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede: los **documentos** previstos en la LJCA art.45.2 .

Dependiendo de a quien se represente, bien a la Administración demandante, bien a la Administración demandada o bien al interesado o interesados en el acto, las actuaciones del abogado de cada una de las partes pueden variar, con independencia de ello es esencial que el abogado determine desde el primer momento un **calendario del procedimiento** con los plazos previstos en los distintos actos judiciales y corroborarlos con las distintas disposiciones legales.

Precisiones

La **declaración de lesividad** de actos anulables se regula en la LPAC art.107 .

7462 Recurso contencioso-administrativo común

Es aquel que comienza a instancia de **particulares** contra la Administración.

El mismo ha de iniciarse mediante la redacción de un **escrito de interposición** 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 (LJCA art.45.1). Se acompañarán al escrito de interposición conforme a la LJCA art.45.2 :

1. Documento que acredite la **representación** del compareciente;
2. Documentos que acrediten la **legitimación** del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título;
3. Copia o traslado de la disposición o del **acto expreso que se recurran** o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado.
4. Documento que acredite el cumplimiento de los **requisitos** exigidos para **entablar acciones** las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación.

No siempre es necesario iniciar el proceso mediante el escrito de interposición. Este trámite no es necesario en el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados que podrá iniciarse también mediante **demanda** en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a Derecho, acompañando los documentos anteriormente señalados.

El **plazo** para interponer el recurso contencioso-administrativo es de 2 meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si el acto **no fuera expreso**, el plazo es de 6 meses y se contará (LJCA art.46):

- para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su norma específica, se produzca el acto presunto;
- si media recurso de reposición, desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o aquel en que este deba entenderse presuntamente desestimado;
- en el caso de proceso de lesividad, a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

7464 Estructura y redacción del escrito de interposición

El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo es un escrito de sencilla redacción en el que **se anuncia** que se va a interponer el mismo con el fin de anular un acto administrativo. La estructura básica del escrito es la siguiente:

1. **Encabezamiento.** Dependiendo del órgano administrativo que dictó el acto o de la materia que verse el procedimiento, se tendrá que dirigir a la sala de lo contencioso-administrativo del órgano judicial que corresponda (juzgado, tribunal superior de justicia, Audiencia Nacional o Tribunal Supremo).
2. **Apoderamiento.** El procurador es quien ostenta la representación en el procedimiento, el abogado es quien dirige el mismo. Su apoderamiento se ha de realizar bien mediante escritura de poder o bien mediante *apud acta*.

En el supuesto de que el cliente sea una **entidad mercantil** será necesario, además, certificado del acuerdo del órgano de administración de la misma en el que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el LJCA art.45.2.d) .

3. **Cuerpo.** Se ha de citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne.

Asimismo, se indicará cuál es la **cuantía del procedimiento**, con independencia de que posteriormente se volverá a manifestar mediante otrosí en la demanda, dado que la misma puede variar como consecuencia de hechos nuevos que puedan tener lugar mientras se tramita el procedimiento.

4. **Suplico.** Solicitar que se tenga por interpuesto el recurso (LJCA art.45.1), se admita junto con los documentos que se acompañan y reclamar el correspondiente expediente administrativo para poder interponer la correspondiente demanda.

3. El abogado en la redacción de la demanda

7466 Tras los trámites de interposición, reclamación del expediente, emplazamiento, y personación, la LJCA establece un **trámite de admisión** para rechazar sin discusión las acciones más evidentemente infundadas.

El juez, si lo considera necesario, declarará no haber lugar a la **admisión del recurso** cuando constare de modo inequívoco y manifiesto la falta de jurisdicción o la incompetencia del juzgado o tribunal, la falta de legitimación del recurrente, haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación, o haber caducado el plazo de interposición (LJCA art.51.1).

7468 Causas de inadmisibilidad

Pueden producirse las **siguientes** cuando se:

- hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme (LJCA art.51.2).
- impugne una actividad material constitutiva de vía de hecho, si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.
- impugne la no realización por la Administración de sus obligaciones si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes (LJCA art.51.3).

Por ello, el abogado tiene que estar bien atento y analizar si se pueden producir dichas causas **antes de la interposición**.

Recibido el expediente administrativo en el Juzgado o Tribunal y comprobados, y en su caso completados, los emplazamientos, se pasa el expediente al recurrente para que **formalice la demanda** en el plazo de 20 días.

El abogado tiene que analizar bien el **expediente** dado que si el mismo **no está completo**, se podrá solicitar, dentro del plazo para formular la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo con suspensión del plazo correspondiente.

En ocasiones puede ocurrir que el expediente administrativo **se haya extraviado** o tarde en llegar. Ante tales circunstancias, cabe la posibilidad de solicitar al juzgado o tribunal que se le conceda el plazo para formalizar la misma, quedando a salvo el derecho a formular alegaciones en el supuesto de que llegara el expediente tras la formalización de la demanda (LJCA art.53).

En la **demanda se consignarán**, con la debida separación, los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración (LJCA art.56.1).

7470 Estructura del escrito

Sirve de igual modo para el supuesto del abogado como defensor de la parte actora o como defensor de la parte demandada:

1. Encabezamiento. Tras la presentación del escrito de interposición en el órgano judicial que corresponda, en el supuesto de que sea admitido se producirá un reparto en sede judicial que determinará qué sección o sala será la encargada de resolver el asunto y que número de procedimiento le va corresponder.

Facilitados estos datos, a la hora de **redactar la demanda** habrá que señalar que se dirige el escrito a dicho órgano judicial asignado y señalar el número de procedimiento sobre el que versa el escrito de demanda.

2. Apoderamiento. Quien actúa y quien tiene la representación procesal durante todo el procedimiento es el procurador bajo la dirección letrada del abogado.

3. Hechos. Tras señalar que ya se ha recibido la correspondiente notificación del juzgado o tribunal emplazando para **formalizar la demanda** en el plazo de 20 días, se manifiesta que se formaliza la misma dentro de dicho plazo y en su caso manifestando que se devuelve el expediente administrativo, sobre los hechos.

Los hechos han de ser redactados de manera clara y precisa, y siempre que se puedan acreditar aportando algún tipo de **prueba**, manifestar que se aporta o que se acompaña como prueba documental.

7472 4. Fundamentos de derecho Tras relatar los hechos se manifiesta que a los mismos le son de aplicación los correspondientes fundamentos de derechos **clasificándose** en procesales y materiales.

- **Procesales:** donde se hace referencia entre otras cosas a la jurisdicción, competencia, tipo de procedimiento por el que se ha de tramitar, legitimación y representación.

- **Materiales:** donde el abogado desarrolla las pretensiones y las fundamenta bien con legislación, doctrina o jurisprudencia.

En ocasiones es recomendable comenzar con una **cuestión previa** a modo de introducción, desarrollando cada pretensión por epígrafes debidamente numerados, y en el supuesto de que el escrito sea muy extenso, es recomendable terminar con un apartado de conclusiones recapitulando todo lo anterior.

Es fundamental que la redacción sea clara y precisa para facilitar la labor del juez en la comprensión de los hechos y fundamentos de derecho, y **resaltar bien** utilizando la cursiva, o bien utilizando la negrita o negrita y subrayado aquellos aspectos que uno considera primordiales o relevantes para llamar la atención del juez.

5. Suplico. Tras redactar lo anterior y exponer las pretensiones que uno pide a lo largo de los fundamentos de derecho, se tiene que redactar el suplico de la demanda.

En ocasiones se da la circunstancia que el **letrado omite** pedir alguna cuestión en el suplico de la demanda que sí ha manifestado en el cuerpo del escrito y que el juez no tomará en consideración por no haberse pedido.

Por ello es recomendable que el suplico se redacte bien al principio para tenerlo presente durante la redacción del escrito o bien al final siempre y cuando se hayan finalizado los fundamentos de derecho con el **epígrafe de conclusiones recopilatorio** de todo lo expuesto en el cuerpo de la demanda.

En esencia, lo que se va a solicitar es la **nulidad o anulabilidad** de un acto o disposición administrativa, por ello se ha de pedir siempre que sea posible la nulidad del mismo y subsidiariamente la anulabilidad.

Habrá que solicitar de igual modo, y en su caso, que se emita una **nueva resolución** ajustada en derecho que sustituya la anterior y que en esencia sea conforme a nuestras pretensiones.

Además habrá que solicitar, en su caso, la **indemnización** que corresponda más los intereses generados.

7474 6. Otrosíes. A través de los otrosíes se han de solicitar **pretensiones accesorias** a las principales desarrolladas en el cuerpo de la demanda.

a) **Cuantía.** Con independencia de que en el escrito de interposición ya se hubiera hecho manifestación al respecto, la cuantía se determinará mediante otrosí (LJCA art.40.1).

La cuantía viene determinada por el **valor económico** de la pretensión objeto del mismo (LJCA art.41.1).

b) **Recibimiento del pleito a prueba.** Solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias (LJCA art.60.1).

En dichos escritos deberán expresarse de **forma ordenada** los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan.

Cabe la posibilidad de que el actor pueda pedir por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni vista o conclusiones. Si la parte demandada no se opone, el pleito será **declarado concluso** para sentencia. Las partes demandadas podrán formular dentro de los primeros 5 días de plazo para contestar la demanda, **alegaciones previas sobre inadmisibilidad**, referidas a los motivos que pudieran determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso.

c) **Subsanación de errores.** De igual manera que se realiza en el procedimiento civil, y teniendo en cuenta que la LEC tiene carácter supletorio respecto a la LJCA, es recomendable señalar mediante otrosí que es voluntad expresa cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos para la validez de los actos procesales y si por cualquier circunstancia se hubiera incurrido en algún defecto, ofrecer desde su subsanación de forma inmediata y a requerimiento del mismo, todo ello a los efectos prevenidos en la LEC art.231 .

En el supuesto de que el abogado represente a la parte demandada, la **contestación a la demanda**, esta ha de contestarse en el plazo de 20 días, y el escrito tiene la misma estructura formal de la demanda: separación de hechos y fundamentos de derecho, y las mismas reglas sobre acompañamiento de documentos que rigen para aquella son aplicables a la contestación.

4. El abogado ante los actos de trámite

7476 Desde el inicio del procedimiento hasta su conclusión final, el abogado va a recibir constantemente comunicaciones del Juzgado o Tribunal que serán notificadas en general por el procurador, y en el supuesto de que la postulación fuera preceptiva, directamente. Es necesario disponer del **sistema Lexnet**, que es el sistema de comunicación electrónica por el que desde el 1-1-2016 se hacen las comunicaciones y se entregan los documentos con firma electrónica.

7478 Tareas al recibir las resoluciones

Al recibir las resoluciones el abogado tiene que realizar las siguientes:

1. **Análisis** de las distintas resoluciones:

- que efectivamente la resolución se corresponde con el número de procedimiento que corresponde;
- de la parte dispositiva y de lo que se acuerda, se resuelve o se dicta; y
- si se establece o no modo de impugnación y, en su caso, plazo para impugnar o hacer alegaciones.

2. **Cómputo de plazos** para el impulso:

- Debemos anotar la **fecha de recepción** o notificación del documento que corresponda.
- En ocasiones el procedimiento puede ser lento, por ello es necesario llevar los **expedientes al día** y un **calendario** fijando el tiempo que está durando el procedimiento, teniendo además en cuenta la fecha de la última notificación.
- Ante la **paralización del procedimiento** y dependiendo de si estamos en primera o segunda instancia, por el transcurso del plazo de 2 o un año desde la última notificación se puede tener por abandonado el procedimiento (LEC art.237).

Por ello, y dependiendo de lo que mejor convenga para los intereses del cliente en el procedimiento habrá que **impulsar o no las actuaciones** procesales.

3. **Alegaciones.** Durante la recepción de los distintos documentos o notificaciones, lo habitual es que se puedan formular alegaciones y se establezca un plazo para ello.

Si no hay que hacer alegación alguna, y de cara a **agilizar el procedimiento**, es recomendable así manifestarlo, no dejando transcurrir mucho del plazo previsto para ello.

Ante la recepción de los distintos documentos, y con independencia de que en ocasiones se establezca que no cabe impugnación de los mismos, en el supuesto de que exista un **error material destacado** o cualquier otra circunstancia notoria, siempre es recomendable ponerlo de manifiesto para que así conste en el expediente y, en su caso, hacerlo valer en un ulterior recurso.

Con independencia de lo anterior, en todo caso es recomendable mantener al **cliente informado** de cada actuación procesal que tenga lugar y comunicarle la estrategia de defensa a seguir.

5. El abogado ante la prueba

7480 En la prueba rige, como en el proceso civil, el **principio dispositivo** de forma que el recibimiento del proceso a prueba se solicita por medio de otrosí (LJCA art.60), en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias.

La disponibilidad de las partes sobre la prueba queda, no obstante, rebajada por el amplio margen reconocido al juez para decidir la apertura del periodo probatorio, condicionado a una valoración judicial que versará sobre **dos circunstancias**:

- que exista disconformidad en los hechos; y
- que estos fueran de trascendencia para la resolución del pleito.

Además, y al margen de la voluntad de las partes, el juez 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).

La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, disponiéndose de un **plazo** de 30 días para practicarla.

6. El abogado ante la fase de vista y conclusiones

7482 El proceso contencioso-administrativo termina con una **fase de recapitulación** y valoración de lo actuado, cuya existencia se remite a la voluntad de las partes, pues estas podrán solicitar en la demanda y en la contestación que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia (LJCA art.62.1).

En el acto de la vista, se dará la palabra a las partes por su orden para que de **forma sucinta** expongan sus alegaciones (LJCA art.63.2).

Cuando se acuerde el trámite de conclusiones, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones en el **plazo** de 10 días, sin que puedan plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación (LJCA art.64).

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el juez o tribunal declarará que el pleito ha quedado **concluso para sentencia**, salvo que haga uso de la facultad de acordar determinadas pruebas para mejor proveer, en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas.

7484 Para los recursos que se deduzcan en las materias de que conozcan los juzgados de lo contencioso-administrativo, cuando su **cuantía** no supere los 30.000 euros o se trate de cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera, la Ley prevé un proceso rápido, articulado en torno a los **principios** de concentración, oralidad y amplia discrecionalidad judicial (LJCA art.78.).

El procedimiento se iniciará por **demanda**, prescindiendo del escrito y trámite de interposición, a la que se acompañará los documentos establecidos para acompañar el escrito de interposición, que el juez, previo examen de su jurisdicción y de competencia objetiva, trasladará al demandado y citará a las partes para la celebración de la vista, con indicación de día y hora, y ordenará a la Administración demandada que remita el expediente administrativo.

Recibido el **expediente administrativo**, el juez lo remitirá al actor y a los interesados que se hubieren personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista. Si las **partes no comparecieren**, o lo hiciera solo el demandado, se tendrá al actor por desistido del recurso, y se le condenará en costas; y si compareciese solo el actor, se proseguirá la vista en ausencia del demandado.

7486 Procedimiento en sala

El esquema básico del procedimiento es el siguiente:

1. Comenzará la vista dando el juez la palabra a la **parte actora**, que expondrá brevemente los fundamentos de lo que pida o simplemente, según el caso, se ratificará en su demanda.

2. A continuación el juez dará la palabra al **demandado**, que podrá interponer cuantas excepciones considere convenientes, contestará a la demanda y señalará también cuales son los hechos controvertidos, para finalizar solicitando el recibimiento del pleito a prueba. Si se ha planteado alguna **cuestión de previa resolución**, el juez dará la palabra a la otra parte para que conteste y posteriormente la resolverá. Contra dicha resolución cabe interponer recurso de reposición y, en su caso, protesta.

3. Se concederá la palabra al actor para que **proponga la prueba** que estime conveniente (documental, interrogatorio de parte, interrogatorio de testigos, reconocimiento judicial, etc.) y a continuación el demandado propondrá prueba en los mismos términos que la parte actora. Se aporta en este acto hoja de prueba con dicha relación.

4. A continuación el juez **admitirá o denegará la prueba** propuesta (aquí pueden coexistir distintas prácticas forenses, pues habrá juzgados que resolverán la proposición de prueba del actor antes de que el demandado proponga la suya). Dicha resolución solo podrá ser objeto de protesta.

5. Se **practicará la prueba** admitida por su orden, comenzando por la propuesta admitida por la parte actora y continuando con la propuesta y admitida por el demandado, y ello en cada uno de los distintos medios de prueba admitidos.

6. En su caso, pues la ley no lo prevé, el juez podrá conceder la palabra a las partes para que **formulen sus conclusiones** (aunque generalmente este último trámite solo tendrá lugar cuando así lo estime el juzgado). No está de más que el abogado pregunte el juez, al inicio de la vista, si va a dar la palabra para conclusiones al final del acto; pues en caso afirmativo el abogado puede ser más parco en el análisis inicial (explicación de la demanda y la contestación) y reservar para la fase de conclusiones algunas explicaciones que después de haberse practicado la prueba pueden ilustrar más al juez para fundamentar la resolución.

7488 Posicionamiento de las partes

En la gran mayoría de los juzgados la parte actora se sentará a la derecha del juez y la parte demandada a su izquierda. Cuestión distinta ocurre en los **incidentes**, donde hay más variedad. Dependerá del juzgado en el que se vaya a celebrar la vista y, así, en algunos, el recurrente o impugnante (demandado principal) tomará el asiento como si se tratara del actor (ya que es el que promueve el incidente) y el recurrido (demandante principal pero el que sufre el incidente) tomará el asiento del demandado. Aunque lo más habitual será no alterar el orden natural y seguirá siendo el actor principal el que, en principio, comenzará su alegato.

7490 Actuación en sala

Los pasos a seguir son los siguientes:

1. Comenzará la vista dando el juez la **palabra a la parte actora**, que expondrá los fundamentos de lo que pida o podrá simplemente ratificar su demanda, pero sería conveniente que fijara de manera sucinta los hechos relevantes del pleito (LJCA art.78.6). Aunque será también en ese momento en el que deberá formular cualquier alegación complementaria que estime conveniente: por ejemplo manifestar algún hecho nuevo como nueva jurisprudencia por sentencias que han sido dictadas en supuestos idénticos y que se aportan en el acto a efectos ilustrativos; poner

de manifiesto la comparecencia de algún testigo esencial y, por tanto, solicitar la suspensión, en definitiva, poner en conocimiento del juzgado y de la parte contraria cualquier cuestión que estos deban conocer.

El abogado antes de empezar a hablar debe pedir siempre **la venia**. Es una costumbre forense que sigue estando en práctica. La fórmula más general será, después de que el juez nos dé la palabra, comenzar nuestra primera frase diciendo «Con la venia, señoría».

A continuación, el abogado de la parte actora deberá fijar con claridad los **hechos relevantes** en que fundamente las pretensiones de su cliente.

Terminará el abogado su intervención solicitando el **recibimiento del pleito a prueba**.

2. A continuación el juez dará la **palabra al demandado**, quien, en este tipo de procesos, será en ese momento cuando podrá interponer cuantas **excepciones** de carácter procesal a su derecho convengan, que se resolverán en el mismo acto (LJCA art.78.7). Contestará a la demanda interpuesta, es decir, dará, de forma clara y precisa, las razones de su oposición y se pronunciará sobre la documental aportada de contrario. También sería deseable que en este momento fijara los hechos relevantes y señalara cuales son los controvertidos, pues sobre estos se propondrá la prueba. Para finalizar, solicitará el recibimiento del pleito a prueba.

El **orden de su intervención** sería el siguiente:

- alegar las excepciones;
- contestar a la demanda; y
- pedir el recibimiento del pleito a prueba.

Precisiones

Si el juez pasa a la fase de proposición de prueba y creemos que es necesaria la **fijación de los hechos controvertidos** se hará saber así al juez. De tal modo que no estará de más que el abogado al que pueda interesar advierta al Juez de la necesidad de concretar esta fase más o menos del tenor siguiente: «señoría creo conveniente, a los efectos de delimitar mi proposición de prueba, que la parte contraria manifieste qué hechos considera controvertidos o, en su caso, muestre su conformidad con los que considera esta parte».

La mayoría de los jueces accederán a ello por ser una petición sensata y razonable. Todo lo que pueda quedar probado por **aquiescencia de las partes** se traduce en economía procesal al evitar la práctica de prueba inútil y motivación innecesaria en sentencia.

Es recomendable para los abogados llevar preparado una **hoja de vista** con el esquema del procedimiento y guión de las ideas principales que se van a desarrollar en el juicio.

7492 3. Una vez que haya terminado el demandado su exposición, el juez volverá a conceder la palabra al actor para que **proponga la prueba** que estime conveniente. Facilitará mucho su proposición y admisión si previamente se han concretado los hechos controvertidos, en el mismo modo y forma como se hace en la audiencia previa del procedimiento civil; pues a efectos prácticos clarifica mucho la proposición de la prueba y su posterior admisión. Se recomienda aportar en este acto **hoja de prueba** con dicha relación.

El **orden deseable** de proposición de prueba sería el siguiente:

- a) **Documental** por reproducida y, en su caso, más documental que se aporta en ese acto y que deberá cumplir los requisitos para su admisión
- b) **Interrogatorio de parte** -del contrario- (no podemos pedir el interrogatorio de nuestro propio cliente, pero sí de algún colitigante con los que exista conflicto de intereses).

Las partes procesales tienen la obligación de comparecer personalmente a la vista y generalmente así se hace constar en la citación para la vista (LEC art.440.1, párrafo segundo, en relación con el art.442), ya que su incomparecencia podría dar lugar a la aplicación de la LEC art.304 (tenerlo por confeso).

c) **Interrogatorio de los testigos**, que habrán sido traídos por la parte o bien se habrá solicitado por el juzgado que hayan sido citados al acto del juicio -citación que no implica su admisión-. La prueba testifical deberá ser admitida (a pesar de la citación) en el acto de la vista. En el caso en que la parte haya pedido **auxilio judicial** para la citación de unos testigos y el juzgado lo haya acordado, no significa que la prueba se haya admitido, pues la proposición y la admisión de prueba deben efectuarse y resolverse en el acto de la vista.

d) **La intervención del perito** en el acto de la vista. El demandado podrá aportar también la pericial en el acto de la vista.

El resto de pruebas que se pueden pedir serán bastante inusuales: **reconocimiento judicial** o reproducción de una grabación, aunque, por supuesto, también se podrán proponer y admitir, en su caso.

7494 4. El juez **admitirá o denegará la prueba** propuesta. Se establece que el juicio verbal no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez admitida la prueba propuesta (LEC art.393).

Frente a la denegación o a la admisión de la prueba tan solo cabe protesta (LEC art.446), y esa es la interpretación que hacen la mayoría de los juzgados, al ser una regulación específica que prevalece sobre la general. Sin embargo, no será la tónica general, pues algunos tribunales admiten el **recurso de reposición** al considerar de aplicación la LEC art.285 al juicio verbal.

La base del recurso en caso de denegación será la LEC art.281 en relación con la Const art.24 , manifestando su necesidad para esclarecer los hechos; si se admite o se desestima, y dependiendo de la posición del abogado no se debe olvidar formular la oportuna **protesta**, a efectos de la segunda instancia (LEC art.446 y 454).

5. Práctica de la prueba propuesta y admitida. En el supuesto de que alguna de las pruebas admitidas no pudiera practicarse, en ese acto, se podrá solicitar que el juicio se interrumpa. El juez resolverá sobre la solicitud, que podrá ser recurrida en reposición.

6. Conclusiones. A diferencia de lo que ocurre con la LEC, que no prevé un trámite de conclusiones para el juicio verbal, y sin perjuicio de que haya órganos judiciales que las admiten y otros que no, la LJCA sí que prevé dicho trámite. Así se señala que tras la práctica de la prueba, si la hubiere, y, en su caso, de las conclusiones, oídos los letrados, las personas que sean parte en los asuntos podrán, con la venia del Juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darla por terminada (LJCA art.78.19).

No obstante lo anterior, y dado que hay jueces que no lo van a admitir es recomendable **solicitarlo al inicio** de la exposición de los hechos y fundamentos de derecho. En ocasiones, los jueces lo llamarán fase de informe, por llamarse así en la práctica penal.

Finalizada la vista el juez dictará **sentencia** en el plazo de 10 días desde que se celebró la misma (LJCA art.79.20).

J. Prueba

7496	1. Concepto de prueba	7498
	2. Contenido	7502
	3. Principios probatorios	7506
	4. Procedimiento probatorio	7512
	5. Medios de prueba	7520
	6. Valoración de la prueba	7534

1. Concepto de prueba

7498 La prueba se define por la **doctrina** como «todo medio empleado por las partes con el fin de aclarar aquellos hechos que guarden relación con la tutela judicial efectiva de las partes».

La prueba, dentro del proceso contencioso-administrativo, se complementa mediante la **aplicación supletoria** del derecho procesal civil.

La LJCA art.60.3 enuncia un criterio jurídico adecuado para fundamentar el recibimiento a prueba del proceso y para modular la admisibilidad de los medios propuestos, al disponer que «se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia (...) para la resolución del pleito». A través de una rápida interpretación del citado artículo, la práctica de la prueba encuentra su **fundamento en dos circunstancias**:

- la conformidad o discrepancia de las partes sobre los hechos y;
- que estos sean o no de trascendencia para el fallo.

Asimismo, también hay que tener en cuenta que la Const art.24.1 garantiza la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos españoles. Por consiguiente, **no se practicarán** aquellas pruebas que sean estimadas de forma motivada por el juez como pruebas impertinentes, inútiles o ilícitas, conforme a la LEC art.283 .

7502 Sujeto

Por un lado, encontramos al demandante, quien propone las pruebas pertinentes así como su ulterior práctica, dado que como establecen los principios dispositivos y de aportación de parte, las pruebas siempre son propuestas a **instancia de parte**.

En general, la **carga** de la **veracidad de la prueba** que avale los hechos correspondientes a las pretensiones de la demanda recae sobre el demandante. Además, se dispone de un plazo de 5 días para interponer un escrito de alegaciones complementarias si a través del escrito de contestación de la demanda se deducen nuevos hechos.

Por otro lado, encontramos al **demandado**, quien usualmente, se opone a lo pretendido por el demandante mediante la contestación de la demanda, argumentando las razones, tanto de hecho como de derecho, que justifican la postura que defiende.

Precisiones

Respecto a las demás partes, en el procedimiento administrativo, si la **Administración pública** interviene, bien como demandante o bien como demandada, la asistencia letrada será efectuada por un abogado del estado.

7504 Régimen jurídico

El régimen de práctica de la prueba encuentra un doble marco, un marco material por un lado, y un marco formal, por el otro:

1. Respecto al **marco material**, la solicitud de las pruebas debe hacerse expresando ordenadamente los puntos de hecho sobre los que versará la misma, así como los medios de prueba a través de los cuales el solicitante se va a hacer valer.
2. En cuanto al **marco formal**, el recibimiento a prueba debe solicitarse mediante otrosí en el escrito de demanda y en el escrito de contestación, así como en los escritos de alegaciones complementarias.

Precisiones

Si a través de la contestación de la demanda se descubren **nuevos hechos** para la resolución del pleito y el recurrente no hubiese solicitado el recibimiento del proceso a prueba en la demanda, puede solicitarlo dentro de los 5 días siguientes a aquel en el que se le haya dado traslado de la misma, con indicación también en este caso de los puntos de hechos y las pruebas que se proponen.

3. Principios probatorios

7506 Son el conjunto de principios fundamentales que garantizan la correcta aplicación del procedimiento de práctica de la prueba. Los principios probatorios se dividen a su vez en principios constitucionales y principios legales.

7508 Principios probatorios constitucionales

Entre los que analizamos están los principios de:

1. **Buena fe**: principio básico al que deben ajustarse todas las partes del procedimiento. Es un principio que determina el ejercicio de los derechos conforme a una serie de exigencias jurídico-sociales. La doctrina distingue **tres tipos** de buena fe:
 - a) Buena fe **exoneradora**, en el sentido de que el causante de daños y perjuicios a un tercero ni obró con dolo ni actuó negligentemente.
 - b) Buena fe como **fumus bonis iuris**, es decir, apariencia de buen derecho que rige las relaciones entre particulares y la Administración.
 - c) Buena fe como **modelo de conducta** por el cual deben regirse los particulares. Significa que la buena fe rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho, y proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, contempladas en la Const art.9 y 103 .

2. **Diligencia probatoria:** principio en el cual se exige a las partes que sean diligentes cuando se practiquen las pruebas.
3. **Igualdad de partes:** principio mediante el cual las partes gozan de idénticos medios de litigación y derechos.
4. **Desestimación motivada de las pruebas:** en orden a garantizar la tutela judicial efectiva de las partes, los jueces o tribunales deben en todo momento motivar la inadmisión de la prueba, y que dicha desestimación se base en motivos reales, es decir, la prueba jamás debe desestimarse por motivos arbitrarios.
5. **Tutela judicial efectiva y defensa:** que garantiza el derecho de libertad de acceso a los jueces y tribunales (Const art.24.1). Ello se manifiesta en **cinco elementos:**
 - la capacidad para dirigirse al órgano judicial competente;
 - la admisión de cualquier tipo de pretensión;
 - el costo de los procesos no puede ser un obstáculo;
 - el derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada y que dicha sentencia sea ejecutada; y
 - el derecho a entablar los recursos legales oportunos.

Ahora bien, este principio también contiene el derecho a un **proceso público** y **con todas las garantías** así como la obligación constitucional de colaborar con la justicia que tienen todos los españoles.

7510 Principios probatorios legales

Distinguimos los principios de:

1. **Economía procesal:** es un principio cuyo objeto es garantizar que las actuaciones procesales se efectúan con la mayor diligencia y eficacia posibles.
2. **Preclusión debilitada:** la Administración en un procedimiento judicial goza de plazos de preclusión más razonables.
3. **Contradicción:** en todo proceso los actos de una de la partes deben efectuarse ante la otra parte con el fin de evitar la indefensión.
4. **Unidad de acto:** todas las actividades probatorias deben efectuarse en un solo acto. Ello quiere decir, que la práctica de las distintas pruebas se entenderá concentrado en un solo acto procesal, tal y como postula la LEC art.290 . Sin embargo, hay excepciones a este principio como, por ejemplo, las pruebas anticipadas.

4. Procedimiento probatorio

7512 El proceso de práctica de la prueba en el proceso contencioso-administrativo se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7514 Recibimiento a prueba

En primer lugar, se recibe el proceso a prueba propuesta por alguna de las partes. Asimismo, el juez o tribunal, puede practicar **diligencias de oficio** bien durante el trámite de recibimiento a prueba o después del mismo hasta que la *litis* sea declarada concluida y el juez disponga que el caso se vea para sentencia (LJCA art.60 y 61).

Precisiones

Estas diligencias se denominan **diligencias para mejor proveer**.

7516 Admisión de la prueba

En segundo lugar, una vez concluido el trámite de recibimiento a prueba se establece un proceso de **práctica de las pruebas** de 30 días. En ese período de tiempo el juez decidirá qué pruebas se estimarán y cuales no. La admisión de la prueba depende de la trascendencia de los hechos y de que los mencionados hechos sean dudosos y objeto de debate entre las partes litigantes. En razón de lo expuesto previamente, se inadmitirán en todos los casos, las pruebas **prohibidas por la Ley**, las pruebas que aborden cuestiones de derecho en vez de hecho, los hechos intrascendentes, los hechos reconocidos por la Administración y los hechos notorios.

Por último, la **estimación o desestimación** de la prueba ha de efectuarse mediante auto motivado.

Son **hechos notorios** aquellos conocidos por la generalidad de las personas, en un lugar y en un momento determinado. La jurisprudencia los ha definido como aquellos hechos, también llamados de fama pública, que por pertenecer a la vida social o a la historia, son conocidos y tenidos por ciertos por una generalidad de personas (TS 17-5-83, EDJ 2935 ; 12-6-07).

7518 Práctica de la prueba

En el procedimiento contencioso-administrativo se efectuará de conformidad con las normas generales de la LEC, sin perjuicio de las particularidades que resulten de aplicación en el procedimiento contencioso-administrativo. Asimismo, en la práctica de la prueba hay que **tener en cuenta** tanto los requisitos formales como el lugar donde se practica:

1. **Requisitos formales:** las pruebas deben practicarse de forma contradictoria, en vista pública o con publicidad. Es necesaria la presencia de la autoridad judicial competente. Las pruebas, además, deben practicarse de acuerdo con el principio de **unidad de acto**. En otro orden de cosas, las Salas podrán delegar en uno de sus magistrados o en un juzgado de lo contencioso-administrativo la práctica de todas o algunas de las diligencias probatorias, y el representante en autos de la Administración podrá, a su vez, delegar en un funcionario público de la misma la facultad de intervenir en la práctica de pruebas.

2. **Lugar de práctica:** las pruebas deben practicarse ante el órgano jurisdiccional que conoce del proceso. Sin embargo, hay excepciones en las cuales la prueba puede practicarse fuera de la sede judicial (LOPJ art.268):

- a) **Fuera de España:** debe solicitarse el auxilio judicial a un órgano jurisdiccional extranjero.
- b) **Fuera de la circunscripción del juzgado o tribunal:** en ese caso debe solicitarse el auxilio judicial al órgano judicial que posee la competencia territorial adecuada para la práctica de la prueba.
- c) Si los testigos o las partes intervinientes están padeciendo una enfermedad muy grave u otra circunstancia de **fuerza mayor** que les impida comparecer, el juez, junto con el letrado de la Administración de Justicia acudirá al domicilio del sujeto para que pueda prestarles declaración.

5. Medios de prueba

7520 Interrogatorio de las partes	7522
Interrogatorio de los testigos	7524
Prueba pericial	7526
Prueba documental	7528
Reconocimiento judicial	7530
Orden de práctica de las pruebas	7532

7522 Interrogatorio de las partes
(LEC art.301 s.)

Prueba consistente en que cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de la parte contraria sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.

Al igual que en el procedimiento civil, las preguntas del interrogatorio se formularán en sentido afirmativo y con la debida precisión. Asimismo, la parte o el abogado de la parte que ha de responder al interrogatorio, puede **impugnar las preguntas** que se le formulen, denotando que dichas preguntas sean consideradas improcedentes según el criterio del juez o generen una situación de indefensión a la parte que ha de responder a las preguntas.

7524 Interrogatorio de los testigos
(LEC art.360 s.)

«Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio».

Serán considerados como testigos todas las personas físicas o jurídicas salvo que sean incapaces según el criterio del CC.

Por otra parte, cuando se proponga el interrogatorio de testigos, se **expresará su identidad**, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia.

Antes de declarar, todos los testigos deben prestar **juramento o promesa** de decir verdad salvo que sean menores de edad.

Además, al igual que en el proceso civil, los testigos declararán separada y sucesivamente, por el orden en que estuvieran consignados en las propuestas.

Por último, si las declaraciones de los testigos incurren en **contradicciones** entre ellos o entre los testigos y las partes, el juez puede acordar que se efectúe un careo.

7526 Prueba pericial

(LEC art.335 s.)

Se determina que «cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal».

Los **dictámenes periciales** se elaboran por escrito y acompañarán, respectivamente, a la demanda y el escrito de contestación. Una vez presentados los dictámenes, al igual que en las declaraciones de testigos y de las partes, los peritos están obligados a prometer o jurar decir la verdad y que se actuará de la forma más objetiva posible. Además deben ratificar el contenido de su dictamen.

Una vez expuesto el dictamen del perito, la parte contraria puede **contradecir el dictamen** con otro u otros medios de prueba. Sin embargo, el juez puede imponerle una sanción si su oposición al dictamen es temeraria.

En la **práctica de la prueba** pericial, hay una particularidad en el proceso contencioso-administrativo: «El Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos» (LJCA art.61.5).

Al igual que en la declaración testifical, «todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor **objetividad** posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito» (LEC art.335.2).

7528 Prueba documental

(LEC art.317 s.)

Son todo medio de prueba que contiene información en soporte escrito o electrónico o incluso, fotografías, dibujos o representaciones cartográficas. Asimismo, las pruebas documentales, al igual que en el proceso civil, pueden ser clasificadas como documentos públicos o privados.

1. **Documentos públicos** (LEC art.317). Son documentos emitidos por una autoridad pública. Se califican como documentos públicos:

- las resoluciones y diligencias judiciales;
- los documentos notariales;
- los dictámenes de los Corredores de Comercio Colegiados;
- las certificaciones de los Corredores de Comercio Colegiados;
- las certificaciones registrales; y
- las resoluciones y notificaciones emitidas por los funcionarios públicos y los archivos y registros de los órganos de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público.

Los documentos públicos harán **prueba plena** de los hechos objeto de debate.

En el procedimiento contencioso-administrativo, hay un tipo de documento público especialmente importante, dicho documento es el **expediente administrativo**, que está construido con informes, resoluciones, certificaciones, comunicaciones y demás documentos administrativos que sirven de antecedente a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla (RD 2568/1986 art.164).

Asimismo, el expediente administrativo es la base sobre la cual la Administración construye sus pretensiones ante el juez.

2. **Documentos privados**. Los que por exclusión no pertenecen a ninguna de las categorías previamente mencionadas (LEC art.317). Harán prueba plena de los hechos controvertidos siempre y cuando su autenticidad no sea impugnada por la otra parte.

En relación al **expediente administrativo**, es interesante el caso en el que un juez consideró que la Administración había actuado negligentemente al perder el expediente administrativo y, en consecuencia, declaró nulos los actos administrativos impugnados (TS 14-3-07).

7530 Reconocimiento judicial
(LEC art.353 a 359)

Mediante el reconocimiento judicial el juez o tribunal examina por sí mismo algún lugar, objeto o persona para el **debido esclarecimiento** y apreciación de los hechos.

El reconocimiento judicial tiene lugar cuando el juez, **de manera discrecional**, valora que debe apreciar por sí mismo una determinada prueba a fin de esclarecer los hechos. En cualquier caso, las partes podrán proponer al Juez o magistrado los extremos en los que debe profundizar.

Una vez acordada la práctica del reconocimiento judicial, el letrado de la Administración de Justicia señalará con al menos 5 días de **antelación**, el día y hora en el que se practicará el reconocimiento. Las partes podrán acudir junto con el juez al reconocimiento.

Una particularidad del reconocimiento judicial viene dada por la posibilidad de practicarse de forma **concurrente con otros medios de prueba**, siempre y cuando se aprecie que el reconocimiento contribuya a esclarecer los hechos.

Practicado el reconocimiento judicial, el letrado de la Administración de Justicia **levantará acta** en la que se anotarán las conclusiones a las que llegó el Juez, así como las observaciones de las partes y de los peritos, si estos también estuvieran presentes.

7532 Orden de práctica de las pruebas
(LEC art.300)

En el proceso contencioso-administrativo es análogo al del proceso civil. Se establece el siguiente orden salvo que el Juez diga otra cosa:

1. Interrogatorio de las **partes**.
2. Interrogatorio de **testigos**.
3. Declaraciones de **peritos** sobre sus dictámenes o presentación de estos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.
4. **Reconocimiento judicial**, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.
5. **Reproducción** ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

6. Valoración de la prueba

7534 A la hora de valorar la prueba, el juez tiene que expresar con claridad las razones que motivan su interpretación particular de los hechos. La apreciación de la prueba se rige por **dos principios**:

- de prueba libre; y
- de valoración conjunta de la prueba.

7536 Principio de prueba libre

El tribunal debe formar su convicción sobre los hechos y si estos resultan probados o no, según las reglas de la razón y la sana crítica. Aun cuando se establecen normas sobre la valoración de algunas pruebas, estos criterios no contradicen el principio de libre apreciación de la prueba, ya que **no** hay ningún medio de prueba al que el órgano jurisdiccional competente deba atribuir un **carácter prioritario**, siendo únicamente el juez quien debe resolver sobre si un hecho resulta o no probado según su buen juicio y con las reglas de la sana crítica.

7540 Principio de valoración conjunta de la prueba

La convicción del juez debe derivarse de la apreciación conjunta y ponderada de todas las pruebas practicadas sin que pueda darse mayor prioridad a un medio de prueba en particular frente al resto. Únicamente se dará **más importancia** a una prueba en particular cuando estuviese motivado por las circunstancias propias del caso y la naturaleza de los hechos que se pretenden probar.

K. Medidas cautelares

7542 La medida cautelar es una institución de naturaleza procesal de incuestionable valor dentro de la rama del derecho procesal, en razón de que permite a los justiciables una mayor seguridad jurídica, en el sentido de precaver que un **fallo judicial** quede ilusorio o no pueda ejecutarse cabalmente. Es necesario entender que el derecho a la tutela judicial cautelar no es más que una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Las medidas cautelares en el procedimiento contencioso-administrativo se regulan en la LJCA Título VI Capítulo II (concretamente, art.129 a 136).

En estos preceptos se establecen las **normas generales** de las medidas cautelares, y cómo funcionan las medidas cautelares frente a actos, frente a disposiciones generales, frente a la inactividad de la Administración, frente a la inejecución de actos administrativos y frente a la vía de hecho, así como sus normas procedimentales.

1. Fundamento y finalidad

7544 La medida cautelar surge en el proceso contencioso-administrativo por la preocupación ante los privilegios que posee la Administración, en especial el privilegio de la **ejecutividad de los actos** administrativos. Este privilegio está basado en la Const art.103.1 que recoge el principio de eficacia que rige en la actuación administrativa.

Como consecuencia de este principio los actos de la Administración pública son ejecutivos, es decir, de inmediato cumplimiento (LPAC art.38).

Esto supone que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en la que se dictan. Por lo tanto, su **impugnación**, en vía administrativa o jurisdiccional, no suspende, de forma automática, la ejecución del acto. Este privilegio de la ejecutividad, si bien se establece para la **defensa de los intereses generales**, debe ser compatible con la tutela judicial efectiva. Es necesario entenderlo así porque la existencia de una vía administrativa, previa a la judicial y la actual lentitud de los procesos contencioso-administrativos puede impedir que se cumpla lo que se ha juzgado, y, entonces, desaparecería la finalidad del recurso contencioso-administrativo.

7546 El acto administrativo se comporta como un verdadero **título ejecutivo**. Y la Administración pública está capacitada para ejecutar ese título ejecutivo, mientras no se anule judicialmente. En esta situación puede ocurrir que el acto esté totalmente ejecutado cuando se dicte la resolución judicial que pone fin al proceso. Entonces, la sentencia sería inútil porque no se puede cumplir lo que ha resuelto.

Esta situación se agrava en el proceso contencioso-administrativo porque, previamente, existe la vía administrativa. El recurso contencioso-administrativo solo se puede interponer frente a los actos de la Administración pública que pongan fin a la **vía administrativa**. Aunque también la Administración puede adoptar medidas cautelares en el procedimiento administrativo, esta facultad queda en manos de una de las partes, de la propia Administración pública.

Precisiones

En este sentido, el TS 22-7-02, EDJ 29158 transcrita en el TS auto 16-7-04, EDJ 193895 , y reiterada en la TS 14-12-16, EDJ 228860 , expresa que «la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, según se refiere en la doctrina de este Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 22 de julio de 2002, EDJ 29158 , y que se transcribe en el auto de 16 de julio de 2004, EDJ 193895 , se encuentra 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. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el LJCA art.122 -o, como dice expresivamente el LJCA art.129 asegurando la efectividad de la sentencia-».

2. Características

7548 A través de la doctrina y jurisprudencia se ha resaltado constantemente que la tutela cautelar se destina a evitar los perversos efectos de la **duración del proceso**, puesto que es precisamente esta duración la que determina la necesidad de esta.

Partiendo de esa importancia de la protección cautelar en el contencioso-administrativo, se pueden apuntar las siguientes características:

- **Provisionalidad** (su función cesa al dictarse el fallo de fondo).

- **Instrumentalidad** (es instrumento o medio del proceso y por tanto accesoria a la causa principal en la cual se dictan).
- **Sumariedad** (brevedad y prescindencia del proceso de cognición para su resolución dada la urgencia).
- **Revocabilidad** (su otorgamiento y duración depende de la situación fáctica, por lo cual es mutable).
- **Inexistencia de cosa juzgada** (consecuencia de la anterior).
- **Adecuación** (congruencia con la pretensión de fondo).
- **Jurisdiccionalidad** (operan dentro del proceso). Las medidas cautelares son disposiciones jurisdiccionales en aras de proteger o precaver que el fallo de un juicio principal quede infructuoso o ilusorio en su ejecución y, por otra parte, la efectividad del proceso jurisdiccional. Atendiendo a esta definición existen razones formales y materiales para afirmar el carácter de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares. Las razones formales apuntan a su finalidad, esto es, la finalidad preponderante y fundamental está en proteger la futura ejecución de un fallo y los fallos solo pueden ser conocidos, sustanciados y decididos por los órganos jurisdiccionales.

3. Criterios para adoptar las medidas cautelares

7550 Al analizar la regulación de las medidas cautelares (LJCA art.129 a 136) nos damos cuenta de que se establecen dos modos diferentes de tutela cautelar:

- las medidas cautelares de **régimen común**, que se refieren a los actos administrativos y disposiciones generales, cuyo presupuesto procesal es el *periculum in mora* (LJCA art.129 y 130); y
- las medidas cautelares de **régimen especial**, para el caso en que la actuación impugnada es la inactividad administrativa o la vía de hecho y el presupuesto procesal para adoptarlas es el *fumus boni iuris* (LJCA art.136).

Ambos criterios, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* han de ser complementados con el criterio de **ponderación de intereses concurrentes**, que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige la LJCA art.130 .

La Jurisprudencia ha reiterado hasta la saciedad cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la **suspensión**; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (TS auto 23-3-15, EDJ 36506 , entre otros muchos).

7552 «Fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho

Fue un criterio innovador de la LJCA respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. A través de este criterio se permite valorar con **carácter provisional**, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

También se le denomina criterio de apariencia de legalidad.

Pese a que el Proyecto de Ley de la jurisdicción sí lo recogía en su art.124, tras importantes modificaciones en su tramitación parlamentaria, la LJCA no incorporó referencia alguna a la apariencia de buen derecho como presupuesto para el reconocimiento de la tutela cautelar. Es cierto que en la LJCA Título VI Capítulo II no se menciona la apariencia de buen derecho», como uno de los elementos que pueden ser considerados para otorgar o denegar una medida cautelar.

La aplicación del *fumus boni iuris* queda, por tanto, confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la jurisprudencia que sí alude a este criterio. De este modo, en el **procedimiento cautelar civil**, la LEC se refiere a los datos, argumentos y justificaciones documentales que el solicitante habrá de presentar y que anticipen un juicio favorable a su pretensión (LEC art.728.2).

La **apariencia de buen derecho** solo puede ser un factor importante, como ha indicado el TS en numerosos pronunciamientos (TS auto 19-5-98 y 12-11-98; 10-6-98 y 22-6-04, EDJ 63847 , entre otros muchos), para dilucidar la prevalencia del **interés público** que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión debiendo, en todo caso, concurrir la existencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión.

7554 «Periculum in mora» y la ponderación de intereses

Para la adopción de la medida cautelar habrá de estarse al criterio fundamental del *periculum in mora*. A diferencia del *fumus boni iuris*, sí está recogido expresamente en la Ley cuando establece las **condiciones de aplicación** para la adopción de cualquier medida cautelar podrá acordarse «únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (LJCA art.130). Dicho precepto es preciso

relacionarlo con el art.129 de la misma Ley, en cuanto permite a los interesados solicitar todas aquellas medidas cautelares que «aseguren la efectividad de la sentencia».

La jurisprudencia del TS en distintos pronunciamientos advierte que en la LJCA el legislador ha apostado por el **criterio legal** del denominado *periculum in mora*, como fundamento de las medidas cautelares, relacionándolo con la pérdida de la finalidad legítima del recurso, que significa que de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que pudiera dictarse, imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del **principio de identidad** en el caso de estimarse el recurso.

7556 Enlazando con el presupuesto del *periculum in mora*, la LJCA art.130 recoge también la **ponderación de intereses** como criterio para la adopción de medidas cautelares.

Dicha ponderación, tal como recoge la LJCA, tendrá lugar previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto.

El TS se ha referido al criterio de ponderación de intereses como **complementario** al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso (TS 7-6-04). Así, se debe citar la sentencia de esta Sala, TS 10-11-03, EDJ 152845 , destacando que «El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: «al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego».

En esta línea, el TS ha afirmado que el *periculum in mora*: «forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de **modo útil**» (TS 21-5-08, EDJ 90742) y, de este modo, opera como criterio decisor de la **suspensión cautelar** (TS auto 22-03-00, EDJ 113340 ; 31-10-00, EDJ 113337).

7558 La **doctrina del Tribunal Supremo** sobre las medidas cautelares y el aspecto concreto de la ponderación de intereses junto con el resto de principios quedan plasmados en el TS 27-3-14, EDJ 42867 ; se puede resumir de la siguiente forma:

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de **ponderación conjunta de criterios** por parte del tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) **Necesidad de justificación** o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un TS auto 3-6-97: «la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que estos sean de difícil o imposible reparación». El interesado en obtener la suspensión tiene la **carga de probar** adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) **Imposibilidad de prejuzgar** el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la TCo 148/1993 «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal» (Cfr. TS auto 20-5-93).

c) El ***periculum in mora*** , constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la **pérdida de la finalidad legítima** del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: «al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego». Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, **tanto los públicos como los particulares** en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto» (TS auto 3-6-97, entre otros muchos).

e) La **aparición de buen derecho** (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en

su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC que sí alude en su art.728 a este criterio.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, TS auto 14-4-97, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz). pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de esa doctrina al señalar que de lo contrario se prejuzgaría la **cuestión de fondo**, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en la propia Const art.24 , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

En conclusión, en cuanto a la adopción de la medida cautelar habrán de valorarse los **distintos intereses en conflicto**, públicos y particulares, así como las consecuencias de una u otra postura para la causa pública y los intereses particulares; todo ello a la vista de los intereses en que concurran en cada caso (TS auto 29-9-97, EDJ 59388).

7560 Principio de no prejuzgar el fondo del asunto

La finalidad de las medidas cautelares no es otra que velar por la efectividad de la sentencia, si bien, la finalidad no se puede confundir con el hecho de que se dicten resoluciones que anticipen el final del proceso, puesto que no es lícito prejuzgar. Cuando el juzgador adopta la decisión cautelar, lo hace en un momento inicial; se trata de un **juicio provisional** en el que tiene un conocimiento limitado de la cuestión que se suscita en el proceso.

Esto no implica que el solicitante de las medidas cautelares tenga que probar que el perjuicio se producirá de modo inevitable. Basta que acredite la **probabilidad razonable** de que se produzca el perjuicio si no se adopta la cautela. La apreciación del perjuicio y su valoración se debe relacionar con los derechos que están en litigio.

Si, por el contrario, lo que se hace es adelantar la resolución del recurso contencioso-administrativo, se vulnera la **tutela judicial efectiva** o el derecho a un proceso con las garantías debidas, porque se está decidiendo el recurso antes de que se tramite y sustancie y, con ello, se está impidiendo o vulnerando los principios de contradicción y prueba de los hechos sobre los que las partes fundamentan su pretensión.

Cuando se alega que el recurso puede perder su finalidad legítima porque la ejecución del acto que se recurre ocasiona perjuicios irreparables, es necesario justificarlo. Se deben expresar los **perjuicios o los daños** que produce la ejecución del acto. Esta justificación permite al juez que pueda tomar la decisión conveniente.

Precisiones

Esta necesidad de justificar los daños y perjuicios que produce la ejecución del acto administrativo la declara la jurisprudencia en el TS auto 21-9-04, EDJ 245694 y en TS 24-1-07, EDJ 10588 .

7562 Principio de proporcionalidad

Este principio exige que haya correspondencia entre la medida cautelar solicitada y la finalidad de proteger la efectividad de la sentencia.

En el **orden civil** la LEC no hace una mención expresa al principio de proporcionalidad pero el mismo se deduce de su regulación porque la LEC art.721.1 habla de «medidas necesarias» y la LEC art.726.1.2.^a alude a las medidas «menos gravosas o perjudiciales para el demandado».

Lo cierto es que la LJCA tampoco menciona este principio a la hora de aplicar las medidas cautelares aunque sí lo hace cuando regula la figura de la **contracautela** (LJCA art.133). Cuando el principio de proporcionalidad se aplica a las medidas cautelares exige no solo que la medida cautelar que se pide se justifique objetivamente, sino que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión y la **menos restrictiva del interés público** y de terceros en atención a los principios de necesidad y de motivación, respectivamente, que se recogen en la LJCA art.130 .

Luego el principio de proporcionalidad se aplica en el proceso contencioso-administrativo tanto por su regulación implícita como por **aplicación supletoria** de la LEC.

7564 Las medidas cautelares de régimen especial son aquellas que se producen en los supuestos de **inactividad de la Administración** o de vía de hecho (LJCA art.29 y 30). Se trata de los supuestos en los que la Administración tiene que realizar una prestación a favor de algún administrado porque así se lo ordena una disposición general. En este caso, cuando la Administración no realice la prestación ordenada (supuesto de inactividad) o realice una actuación indebida (supuesto de vía de hecho) se podrá adoptar la medida cautelar que se pide por la parte demandante.

En los supuestos de la LJCA art.29 y 30 , la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una **perturbación grave** de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará de forma circunstanciada (LJCA art.136.1).

Por tanto, la **regla general** es la suspensión del acto administrativo, puesto que si nos encontramos ante un supuesto de inactividad o vía de hecho se adoptará la medida cautelar solicitada. En este caso, la suspensión de la ejecución del acto se otorga de manera automática. Además, la LJCA art.136.2 permite adoptar las medidas cautelares antes de que se interponga el recurso contencioso-administrativo, para lo cual se debe de acreditar que nos encontramos ante un caso de inactividad de la Administración o de vía de hecho. *A sensu contrario*, no se puede adoptar la medida cautelar si no se trata de un supuesto de inactividad o vía de hecho. En este caso tampoco procedería el propio recurso contencioso-administrativo, que se debería de declarar inadmisibile al amparo de la LJCA art.51.3 .

7566 Existe otro **límite** que establece la LJCA art.136 a la hora de adoptar la medida cautelar y es que se cause una perturbación grave a los intereses generales o de tercero. La diferencia respecto del límite establecido con carácter general para la adopción de las medidas cautelares, en relación con los actos administrativos y disposiciones generales, es que la LJCA art.130.2 utiliza el verbo podrá. Por lo tanto, en este caso la medida cautelar se puede adoptar incluso si existe perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Efectivamente, comprobamos que el régimen de medidas cautelares es diferente según se trate:

- del **sistema general** (LJCA art.129): lo que importa es garantizar la efectividad de la sentencia (es decir, que la sentencia que se dicte se pueda cumplir) para que no se frustre la finalidad del recurso (*periculum in mora*).

- del **sistema especial** (LJCA art.136): lo que se exige es que se den los requisitos que se contienen en la LJCA art.29 y 30 (*fumus boni iuris*).

Vemos que las principales **diferencias** entre ambos sistemas, general y especial, las encontramos en los presupuestos procesales que se establecen para adoptar las medidas cautelares y también, en la posibilidad de que se soliciten y adopten antes de iniciar el proceso contencioso-administrativo.

Los **supuestos de inactividad o vía de hecho** tienen reforzada la tutela cautelar no solo con la automaticidad de su adopción, sino también con la posibilidad de que se soliciten antes del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

5. Sustanciación

7568 Los órganos jurisdiccionales podrán adoptar todas aquellas medidas que resulten procedentes para asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

Respecto a su **tramitación**, se establece que el proceso cautelar se sustancie en pieza separada del procedimiento principal (LJCA art.131). Se trata de un proceso cuyo objeto es garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte, para lo cual se adoptaran las medidas cautelares que correspondan (LJCA art.129.1).

7570 **Legitimación en el proceso cautelar y solicitud**

Las medidas cautelares se deben acordar a instancia de parte, por lo que el juez o tribunal no tiene potestad para acordarlas de oficio (LJCA art.129.1), puesto que en el proceso contencioso-administrativo rige el **principio de justicia rogada** o principio dispositivo, igual que ocurre en el proceso civil.

La LJCA de 1998 recoge que están legitimados para solicitar las medidas cautelares «los interesados» y no menciona a los «actores» o «demandantes».

La **solicitud** de medidas cautelares se puede realizar en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o incluso antes de presentar este escrito (LJCA art.136.2).

7572 **Cuestión de la legitimación de quien solicita la medida cautelar**

Esta no se puede plantear en la pieza de medidas cautelares. Si se aprecia falta de legitimación, se debe cuestionar, con carácter previo, en el **proceso principal**, y dejar en suspenso la resolución de la pieza cautelar. Es decir, si la

Administración o alguno de los codemandados alega falta de legitimación del solicitante de las medidas cautelares, la cuestión se debe resolver en el proceso principal (LJCA art.51).

7574 Pieza separada y contradicción previa

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, de **naturaleza accesoria** al proceso principal, teniendo carácter contradictorio, por lo que deberá escucharse a todas las partes y practicarse las pruebas propuestas y admitidas (LJCA art.131).

Aunque cabe la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia de la Administración.

Como **regla general**, y dada la incidencia de la medida cautelar en la esfera jurídica de la parte demandada, su adopción se realiza con contradicción previa obligatoria de parte o partes contrarias a las que se le concede un plazo máximo de 10 días para que puedan formular las alegaciones.

7576 Adopción mediante auto y competencia jurisdiccional

La medida se adoptará por auto del magistrado, pudiéndose fijar **caución** para su efectiva adopción.

Se establece que, de forma general, los **órganos jurisdiccionales competentes** para conocer de un asunto también lo son para conocer de todas sus incidencias (LJCA art.7.1). Si las medidas cautelares se solicitan en segunda instancia la competencia la tienen los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, esto es, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia o de la Audiencia Nacional, y si se solicitan en el recurso de casación, la competencia la tiene el Tribunal Supremo.

7578 Caución

En la LJCA se adopta una fórmula más flexible que en la LPAC. De este modo, en la LJCA art.133.1 se establece que, cuando de la naturaleza de la medida cautelar pudieran derivarse **perjuicios** de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos.

Se utiliza la fórmula «podrá», no la de «tendrá» que exigirse caución o garantía. Sin embargo, la LPAC prevé en que «cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquella solo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos (...)» (LPAC art.117.4).

La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté **constituida y acreditada** en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los posibles perjuicios.

7579 Plazos en casos de urgencia

En casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán 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. El juez o tribunal oír a las demás partes y resolverá por auto en el plazo de 3 días, acordando en todo caso la habilitación cuando su denegación pudiera causar perjuicios irreversibles (LJCA art.128.3).

6. Vigencia

7580 La vigente LJCA art.132.1 expresa que las medidas cautelares «... podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado».

No obstante, el apartado segundo del mismo artículo recuerda que «no podrán 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 configuren el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar».

La **nota de temporalidad** es característica de las medidas cautelares, al limitar su aplicación a la pendencia del procedimiento en que se haya acordado, cesando cuando este concluya, ya sea por sentencia firme o por cualquiera de las demás causas previstas en la LJCA (desistimiento, allanamiento, satisfacción extraprocesal o acuerdo transaccional).

L. Resoluciones procesales: tipos

7582	1. Fuentes del Derecho procesal administrativo	7584
	2. Particularidades de las resoluciones procesales	7592

7584	Ley Orgánica del Poder Judicial	7586
	Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa	7588
	Ley del Enjuiciamiento Civil	7590

7586 **Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)**

Contiene las **normas generales** sobre:

- ejercicio de la potestad jurisdiccional (LOPJ art.1 a 20);
- extensión y límites de la jurisdicción en los distintos órdenes y concretamente en el orden contencioso-administrativo (LOPJ art.24);
- organización de los tribunales y delimitación de la competencia en el orden contencioso-administrativo (LOPJ art.58, 66, 74 y 91);
- conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia (LOPJ art.38 a 52);
- gobierno del Poder Judicial (LOPJ art.104 a 178);
- régimen de los juzgados y tribunales (LOPJ art.179 a 207), jueces y magistrados (LOPJ art.298 a 433);
- letrados de la Administración de Justicia y oficina judicial (LOPJ art.435 a 469);
- el personal al servicio de la Administración de Justicia (LOPJ art.470 a 540); así como,
- Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia (LOPJ art.541 a 557).

Es por todo ello que, la mencionada Ley Orgánica, se erige como norma configuradora del **ejercicio de la potestad judicial** en todas las ramas jurídicas, configurando así la base sobre la que pivotan las distintas normas procedimentales reguladoras de nuestro derecho procesal y, en concreto, del Derecho procesal administrativo.

Dentro de este ámbito, la LOPJ recoge en su Libro III, Título III, Capítulo IV las normas que definen las resoluciones judiciales. Concretamente sus artículos 244 a 248 y que suponen la **base** para las demás normas procesales de las distintas ramas con carácter jurisdiccional.

7588 **Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)**

Como ya se ha mencionado, la LJCA, contiene la normativa básica del proceso contencioso-administrativo.

Independientemente de lo anterior, la normativa contencioso-administrativa respeta lo dispuesto en la LOPJ en relación a las **resoluciones judiciales**. Sin embargo, en cuanto a la normativa que regula las mismas, la LJCA, no ofrece una ordenación de los distintos tipos de resoluciones, cuestión que sí hace la LOPJ.

Asimismo, cabe resaltar que, la LJCA tampoco recoge las distintas resoluciones judiciales en su articulado, por lo que deberemos acudir al Título IV, Capítulo III del mismo texto legal y que tiene por rúbrica «Recursos contra las resoluciones procesales» para poder conocer y determinar qué resoluciones judiciales contempla la norma.

En estas circunstancias, la LJCA art.79 s. determinarán la **multiplicidad de recursos** posibles frente a las distintas resoluciones judiciales dentro del orden contencioso-administrativo, pero no encontraremos precepto legal alguno que exponga ordenadamente los tipos de resoluciones procesales contencioso-administrativas que existen.

7590 **Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)**

Decía la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa que: «como esta jurisdicción no es más que una especie de la **genérica función jurisdiccional**, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento, la Ley se limita a recoger las especialidades que una y otros ofrecen, remitiéndose a lo demás a las leyes orgánicas y procesales comunes. Estas razones aconsejan, también, prescindir de toda disposición reglamentaria, pues carece de razón de ser un Reglamento, como el de la vieja Ley de lo Contencioso, que en su mayor parte no es más que una innecesaria transcripción de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (I, párrafos cuarto y quinto).

Siguiendo esta misma línea, la LJCA ha seguido el criterio de su precedente, por lo que habrá que acudir frecuentemente a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en lo sucesivo), aplicable **supletoriamente** según la norma general de la LJCA disp.final 1ª y por remisión expresa de algunas de sus normas (por ejemplo, LJCA art.18, 42.1, 60.4, 85.2 y 89.4).

7592 Como mencionábamos anteriormente, la LJCA está articulada sobre la base de lo dispuesto en la LOPJ y la LEC, por lo que en este capítulo no ahondaremos en las peculiaridades de cada una de las resoluciones judiciales que contemplan las anteriores normas y que se encuentran detalladamente explicadas en las páginas de esta obra correspondientes a la jurisdicción civil.

No obstante, si bien es cierto que la LJCA no recoge en un articulado ordenado los distintos tipos de resoluciones procesales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, no es menos cierto que las mismas siguen siendo:

- providencias;
- autos y;
- sentencias (nº 7594 s.).

Es en el último punto, las **sentencias**, donde deben resaltarse algunas disposiciones específicas que contienen especialidades en sede contencioso-administrativa. Además, se estudiarán otros medios de terminación del proceso, algunos de los cuales serán comunes con los de la jurisdicción civil, y otros totalmente exclusivos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

a. Sentencia

7594	Modo normal de terminación del proceso	7596
	Contenido	7598

7596 Modo normal de terminación del proceso

La **sentencia** es el modo normal de terminación del proceso (TCo 5/1986 ; 169/1988). En el proceso administrativo la sentencia aparece regulada en la LJCA art.67 a 73 .

La sentencia se dictará en el plazo de 10 días desde que el **pleito** haya sido **declarado concluso** y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso. Sin embargo, cuando el Juez o Tribunal apreciase que la sentencia no podrá dictarse dentro del plazo indicado, lo razonará debidamente y señalará una fecha posterior concreta en la que se dictará la misma, notificándolo a las partes (LJCA art.67).

Cabe añadir en relación al **plazo** para dictar sentencia que, aquellas dictadas fuera del plazo previsto en la LJCA art.67 no serán nulas, ni anulables (ni constituye una omisión de las formas esenciales del juicio que quepa remediar a través de la casación, según TS 13-6-98, EDJ 16468) sino irregulares, pudiendo dar lugar a una corrección disciplinaria como así promulga la LEC art.211.2 .

7598 Contenido

La sentencia pronunciará alguno de los fallos siguientes (LJCA art.68):

- inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo (nº 7600); o
- estimación o desestimación del recurso contencioso- administrativo (nº 7602).

Además, la sentencia contendrá el pronunciamiento que corresponda respecto de las costas.

7600 Inadmisibilidad del recurso

(LJCA art.69)

En cuanto a la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones, la LJCA establece que dicha inadmisibilidad **se declarará cuando**:

- a) el juzgado o tribunal contencioso-administrativo carezca de jurisdicción;
- b) se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada;
- c) tuviera por objeto disposiciones, o anulaciones no susceptibles de impugnación;
- d) recayeren sobre cosa juzgada o existiera litispendencia, y
- e) se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

Como se ve, dista bastante de lo regulado al respecto en la jurisdicción civil. En efecto, en la **jurisdicción civil** las sentencias no deciden sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, sino que dicho trámite se realiza en un momento inicial reservado a la figura de la declinatoria (principalmente LEC art.63 y 65).

En este mismo sentido, merece reseñar que las sentencias contencioso-administrativas pueden no entrar en el **fondo del asunto planteado**, pudiendo limitarse a declarar la inadmisibilidad de la pretensión, por falta de algún requisitos procesal.

Por ello, si no se plantean las **faltas de requisitos procesales** con un carácter previo, la sentencia deberá abstenerse de pronunciarse sobre el fondo y limitarse a declarar la inadmisibilidad (TS 21-3-00, EDJ 3341). Ahora bien, este pronunciamiento de inadmisibilidad, hemos de recordar, que no comporta una vulneración del principio de congruencia, pues es una de las posibilidades que, en relación a la impugnación, plantea el recurso contencioso-administrativo (TS 25-10-99, EDJ 38626).

7602 Estimación o desestimación del recurso

(LJCA art.70)

Se establece que, la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. En este aspecto, la **desviación de poder** ha de entenderse como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, añade que la sentencia desestimará el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados (LJCA art.70).

Por su parte, si la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo, se procederá del siguiente modo (LJCA art.71):

1. Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, **anulará total o parcialmente** la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.
2. Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una **situación jurídica individualizada**, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. Además, si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.
3. Si fuera estimada una pretensión de resarcir **daños o perjuicios**, se declarará el derecho a la reparación, señalando quién está obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la **determinación de la cuantía**, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Finalmente, el precepto se completa con una previsión lógica, al señalar en su último apartado que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que hayan de quedar redactados los preceptos de una disposición general **en sustitución** de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

b. Otros modos de terminación del proceso

7604 Como ya se ha visto, la LJCA aplica, en defecto de una regulación propia, la LEC o incluso acepta y transcribe en su norma lo dispuesto para la **jurisdicción civil**.

Por ello, en las distintas formas de terminación del proceso o terminación anormal del proceso, cabe destacar las mismas figuras que en el ordenamiento jurídico civil, a saber:

- renuncia y desistimiento (LEC art.20 y LJCA art.74);
- allanamiento (LEC art.21 y LJCA art.75);
- satisfacción extraprocesal (LEC art.22 y LJCA art.77);
- transacción judicial (LEC art.19 y LJCA art.77); y
- caducidad de la instancia (LEC art.237 a 240).

Respecto de este último modo de terminación, la LJCA no contiene norma alguna, sin duda porque resulta insólita en el proceso contencioso-administrativo y solo se puede dar en los casos regulados en la LJCA art.52 si la demanda no se hubiere presentado en plazo.

Pero no es menos cierto que existe un modo de **terminación anormal** del procedimiento que recoge la LJCA por su especialidad y que no puede darse en el procedimiento civil, a saber, el reconocimiento de pretensiones en vía administrativa.

7606 Esta figura se erige en aquellas situaciones en las cuales la Administración pública, tras haber interpuesto el administrado el oportuno recurso contencioso-administrativo, pero todavía en vía administrativa, reconoce las **pretensiones del administrado/s**. En tales casos, no existirá derecho legítimo alguno que deba defenderse y el juez o tribunal deberá dictar auto en el que se declare la terminación del procedimiento siempre y cuando dicho reconocimiento no infrinja manifiestamente el ordenamiento jurídico.

Así lo dispone la LJCA art.76 al señalar lo siguiente:

«1. Si interpuesto recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del juez o tribunal, cuando la Administración no lo hiciera.

2. El letrado de la Administración de Justicia mandará oír a las partes por plazo común de 5 días y, 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, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último caso dictará sentencia ajustada a Derecho».

M. Recurso contra las resoluciones procesales

7608	1. Objeto del recurso contencioso-administrativo. Actividad administrativa impugnabile	7610
	2. Cuantía	7620
	3. Interposición	7628
	4. Anuncio	7634
	5. Recursos contra providencias y autos	7640
	6. Recurso de apelación	7646
	7. Recurso de casación	7656
	8. Recurso de revisión	7720

1. Objeto del recurso contencioso-administrativo. Actividad administrativa impugnabile

(LJCA art.25 a 31)

7610 La actividad administrativa impugnabile constituye el objeto mediato del proceso, ya que el inmediato son las pretensiones de las partes. La Ley ordena su estudio distinguiendo los **cuatro supuestos** de actividad susceptible de abrir el contencioso. Tales son:

- el acto administrativo, expreso o presunto (nº 7612);
- las disposiciones de carácter general (nº 7614);
- la inactividad administrativa (nº 7616); y, finalmente,
- la vía de hecho (nº 7618).

A su estudio particularizado pasamos a continuación.

7612 Actos administrativos

El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con los **actos expresos y presuntos** de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos:

- deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto,
- determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o si
- producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (LJCA art.25).

No obstante, no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de 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).

7614 Disposiciones generales

Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general (recurso directo), también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho (recurso indirecto). La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso

que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los **actos de aplicación** con fundamento en lo dispuesto anteriormente (LJCA art.26).

En materia de **recurso indirecto** la LJCA regula la llamada cuestión de ilegalidad (LJCA art.27). Así, cuando un juez o tribunal de lo contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la **cuestión de ilegalidad** ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo que:

- El juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la **invalidez** de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra esta, en cuyo caso la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
- Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulara cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un **acto fundado en la ilegalidad** de aquella norma.

7616 Inactividad de la Administración

Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el **plazo** de 3 meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un **acuerdo con los interesados**, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración (LJCA art.29).

Por otro lado, cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su **ejecución**, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo (que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en LJCA art.78).

7618 Vía de hecho

(LJCA art.30)

En este caso, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los 10 días siguientes a la **presentación del requerimiento**, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

2. Cuantía

(LJCA art.40 a 42)

7620 La cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el **valor económico** de la pretensión objeto del mismo (LJCA art.41). Además, cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos. En los supuestos de acumulación o de ampliación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquellas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación.

7622 Pautas para fijar el valor económico

Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las **especialidades siguientes** (LJCA art.42):

a) Cuando el demandante solicite solamente la **anulación del acto**, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de estos fuera de importe superior a aquel.

b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una **situación jurídica individualizada**, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante, o por la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso, si la Administración hubiera reconocido parcialmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

7624 Recursos de cuantía indeterminada

Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de **planeamiento urbanístico**, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquellos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

También se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de **seguridad social**, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores.

7626 Normas procesales

El **letrado de la Administración de Justicia** fijará la cuantía del recurso contencioso-administrativo una vez formulados los escritos de demanda y contestación, en los que las partes podrán exponer, por medio de otrosí, su parecer al respecto. Cuando así no se hiciere, el letrado de la Administración de Justicia requerirá al demandante para que fije la cuantía, 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**.

Cuando el demandado no estuviere de acuerdo con la cuantía fijada por el demandante lo expondrá por escrito dentro del término de 10 días, resolviendo el letrado de la Administración de Justicia lo procedente. En este caso el juez o tribunal, en la **sentencia**, resolverá definitivamente la cuestión.

La **parte perjudicada** por la resolución anteriormente mencionada podrá fundar el recurso de queja en la indebida determinación de la cuantía si por causa de esta no se tuviere por preparado el recurso de casación o no se admitiera el recurso de casación para la unificación de doctrina, o el de apelación (LJCA art.40).

Precisiones

Pese a que la redacción de la LJCA art.40 no se haya modificado, con la entrada en vigor de la LO 7/2015 , de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ , se suprimieron los LJCA art.96 a 101 y, con ellos, dos modalidades de recursos extraordinarios contra resoluciones judiciales, como son, el **recurso de casación en interés de ley** y el **recurso de casación para la unificación de doctrina**. Ello se explica porque el nuevo recurso de casación implantado con la mencionada LO 7/2015 , integra los elementos fundamentales de estas otras dos modalidades de recurso.

3. Interposición

(LJCA art.45 s.)

7628 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 en los **siguientes supuestos**:

1. El recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo a la LJCA art.56.1 , que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán en todo caso:

- la declaración de lesividad,
- el expediente administrativo y, si procede,
- el documento que acredite la representación del compareciente, así como
- los 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.45.4).

2. En el caso en que el recurso se dirigiere contra una **disposición general**, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados, podrá (posibilidad, no necesidad) iniciarse también mediante demanda en la que se deberá concretar la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a Derecho. Con la demanda se acompañarán los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos procesales que procedan.

7630 Documentos acreditativos de los requisitos procesales

Fuera de los supuestos anteriores (nº 7628), cuando el recurso no se inicie mediante demanda, al escrito de interposición se acompañarán los **documentos** que acrediten el cumplimiento de los requisitos procesales. Tales son:

- a) El documento que acredite la **representación del compareciente**, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo juzgado o tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.
- b) El documento o documentos que acrediten la **legitimación del actor** cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- c) La copia o traslado de la **disposición o del acto expreso** que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. 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 tuvieran origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.

d) 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 del documento mencionado en la letra a) anterior.

Una vez presentado el escrito de interposición, el letrado de la Administración de Justicia lo examinará de oficio. Si con este no se acompañan los documentos citados o los presentados son incompletos y en general, siempre que el letrado de la Administración de Justicia estime que no concurren los requisitos exigidos por la LJCA para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la **subsanción** de los mismos, señalando un plazo de 10 días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y, si no lo hiciere, el Juez o Tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.

7632 Plazos

(LJCA art.46)

Se fijan distintos plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo. Tales son:

1. Con **carácter general**, 2 meses cuando se tratare de la impugnación de un acto expreso, inactividad administrativa o de una disposición de carácter general. Este plazo se contará desde:

- El día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa.

- Cuando el recurso se interpusiere frente a la inactividad de la Administración, los 2 meses se contarán a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en el artículo 29 (3 meses desde la fecha de la reclamación).

- El plazo de 2 meses se contará desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición.

- En el caso del recurso de lesividad, el plazo se contará desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

- En los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, será de 2 meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido requerimiento, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.

2. Cuando se trate de un **acto presunto**, el plazo será de 6 meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Si el acto presunto se produjere como consecuencia de la interposición de un recurso potestativo de reposición, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que este deba entenderse presuntamente desestimado.

3. Si el recurso contencioso-administrativo se dirigiera **contra una actuación en vía de hecho**, el plazo para interponer el recurso será de 10 días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en la LJCA art.30 (los 10 días siguientes a la formulación del requerimiento). Si no hubiere requerimiento, el plazo será de 20 días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

4. Anuncio

(LJCA art.47 y 48)

7634 En lo que respecta al anuncio del recurso, conviene distinguir una regla general (nº 7636) y una especial (nº 7638).

7636 Regla general

Con carácter general, la publicación del anuncio de interposición reviste carácter potestativo. Así, después de verificada la correcta idoneidad del escrito de interposición y de sus documentos anejos o, en su caso, subsanados los defectos de que adolecieren, el letrado de la Administración de Justicia, en el siguiente día hábil acordará, si lo solicita el recurrente, que **se anuncie la interposición del recurso** y remitirá el oficio para su publicación por el órgano competente, sin perjuicio de que sea costeada por el 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**, si lo estima conveniente.

7638 Regla especial

En este caso, la **publicidad del anuncio** de interposición resulta preceptiva, dado que, al no precisarse necesariamente la reclamación del expediente y su puesta de manifiesto a los interesados emplazados y personados

previamente, se hace necesario arbitrar un mecanismo jurídico que posibilite a tales interesados su personación en autos.

El supuesto se refiere a los casos en que se hubiera iniciado el recurso mediante demanda por entenderse que no existen **terceros interesados**, supuesto en el que deberá procederse a la publicación del anuncio de interposición, en el que se concederán 15 días para la personación de quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados. Transcurrido este plazo, el letrado de la Administración de Justicia procederá a dar traslado de la demanda y de los documentos que la acompañen para que sea contestada primero por la Administración y luego por los demás demandados que se hubieran personado.

5. Recursos contra providencias y autos

(LJCA art.79 y 80)

7640 Dentro de esta regulación encontramos los recursos de reposición y apelación. También cabe el recurso de casación contra autos en los casos que veremos posteriormente y que regula la LJCA art.87 .

Contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la **resolución impugnada**, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario (LJCA art.79). Además, no es admisible el recurso de reposición contra las resoluciones expresamente exceptuadas del mismo en la LJCA, ni contra los autos que resuelvan los recursos de reposición y los de aclaración.

El **recurso de reposición** se interpondrá en el plazo de 5 días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada. Una vez interpuesto el recurso en tiempo y forma, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de 5 días, a fin de que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el órgano jurisdiccional resolverá por auto dentro del tercer día.

7642 Son **apelables en un solo efecto** los autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos (LJCA art.80):

- 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 el art.8.6 y en los art.9.2 y 122 bis;
- los recaídos en aplicación de los art.83 y 84.

La apelación de los autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo en los supuestos de la LJCA art.110 y 111 , se regirá por el mismo **régimen de admisión** de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende.

La **tramitación** de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo se ajustará a lo establecido en la LJCA Título IV capítulo 3 sección 2ª .

7644 Respecto del **recurso de casación contra autos**, dispone la LJCA art.87.1 que también son susceptibles de recurso de casación, con la misma excepción e igual límite previstos en la LJCA art.86 , los autos dictados por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, **siguientes**:

- los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación;
- los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares;
- los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta;
- los dictados en el caso previsto en el art.91.

Además, serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación de la LJCA art.110 y 111 .

Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en los apartados anteriores, es requisito necesario interponer previamente el **recurso de súplica**.

7646 El recurso ordinario de apelación contra sentencias, de cuya tramitación también participa el recurso de apelación contra autos, está regulado en la LJCA art.81 a 85 .

7648 Resoluciones contra las que procede y motivos

Las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes (LJCA art.81):

- aquellos cuya **cuantía** no exceda de 30.000 euros:
- los relativos a **materia electoral** comprendidos en el art.8.4;

Además, serán siempre susceptibles de apelación las **sentencias** siguientes:

- Las que declaren la **inadmisibilidad** del recurso en el caso de aquellos 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.

Por otro lado, el art.82 determina que el recurso de apelación podrá interponerse por quienes, según la LJCA, se hallen **legitimados** como parte demandante o demandada.

El recurso de apelación contra las sentencias es admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la LJCA disponga otra cosa. No obstante, el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las **medidas cautelares** que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI de la LJCA (LJCA art.83).

7650 La interposición de un recurso de apelación no impedirá la **ejecución provisional** de la sentencia recurrida (LJCA art.84). Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de esta pudieran derivarse **perjuicios** de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquellos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos. La constitución de la **caución** se ajustará a lo establecido en la LJCA art.133.2 .

Sin embargo, no se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir **situaciones irreversibles** o perjuicios de imposible reparación.

Previa **audiencia** de las demás partes por plazo común de 5 días, el Juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los 5 días siguientes. Además, cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública, quedará exenta de la prestación de caución.

7652 Finalmente, según se establece en la LJCA art.85 , el recurso de apelación se interpondrá ante el juzgado que hubiere dictado la sentencia que se apele, dentro de los 15 días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las **alegaciones** en que se fundamente el recurso. Sin embargo, si transcurriese el plazo de 15 días sin haberse interpuesto el recurso de apelación, la sentencia quedará firme (LJCA art.85.1).

Si el escrito presentado cumple los **requisitos** mencionados y se refiere a una sentencia susceptible de apelación, el letrado de la Administración de Justicia dictará resolución admitiendo el recurso, contra la que no cabrá recurso alguno, y dará traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de 15 días, puedan formalizar su oposición. En otro caso, lo pondrá en conocimiento del juez que, si lo estima oportuno, denegará la admisión por medio de auto, contra el que podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida en la LEC (LJCA art.85.2).

En los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo las partes podrán pedir el **recibimiento a prueba** 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. En dichos escritos, los funcionarios públicos, en los procesos a que se refiere el art.23.3 (cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles), designarán un domicilio para notificaciones en la sede de la sala de lo contencioso-administrativo competente (LJCA art.85.3).

En el **escrito de oposición**, la parte apelada, si entendiera admitida indebidamente la apelación, deberá hacerlo constar, en cuyo caso el letrado de la Administración de Justicia dará vista a la apelante, por 5 días, de esta alegación. También podrá el apelado, en el mismo escrito, **adherirse** a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia, y en este caso el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de 10 días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión (LJCA art.85.4).

Transcurridos los plazos a que se refieren la LJCA art.85.2 y 4 , el juzgado elevará los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, ordenándose el emplazamiento de las partes para su **comparecencia** en el plazo de 30 días ante la sala de lo contencioso-administrativo competente, que resolverá, en su caso, lo que proceda sobre la discutida admisión del recurso o sobre el recibimiento a prueba (LJCA art.85.5).

Cuando la sala estime procedente la **prueba** solicitada, su práctica tendrá lugar con citación de las partes (LJCA art.85.6).

7654 Las **partes**, en los escritos de interposición y de oposición al recurso, podrán solicitar que:

- se celebre vista,
- se presenten conclusiones o
- el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia (LJCA art.85.7).

El letrado de la Administración de Justicia acordará la **celebración de vista**, en cuyo caso hará el oportuno señalamiento, o la presentación de conclusiones si lo hubieren solicitado todas las partes o si se hubiere practicado prueba. La sala también podrá acordar que se celebre vista, que señalará el letrado de la Administración de Justicia, o que se presenten conclusiones escritas cuando lo estimare necesario, atendida la índole del asunto. Será de aplicación a estos trámites lo dispuesto en la LJCA art.63 a 65 (vista y conclusiones).

Celebrada la vista o presentadas las **conclusiones**, el letrado de la Administración de Justicia declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia (LJCA art.85.8).

Finalmente, la Sala dictará **sentencia** en el plazo de 10 días desde la declaración de que el pleito está concluso para sentencia (LJCA art.85.9). Ahora bien, cuando la sala revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto (LJCA art.85.10).

7. Recurso de casación

7656 El recurso de casación puede ser definido como aquel **recurso extraordinario**, en el que se ventilan pretensiones de revisión de sentencias firmes, basado en motivos tasados que son inmanentes al proceso o a la sentencia que le pone fin.

La casación contencioso-administrativa responde plenamente a este concepto común a los **diferentes órdenes jurisdiccionales** en el proceso español.

El recurso de casación contencioso-administrativo es un recurso extraordinario que no constituye una nueva edición del proceso seguido en la instancia, sino que pretende, desde la interpretación jurisprudencial, depurar la aplicación del ordenamiento jurídico desde el **punto de vista sustantivo y procesal** que hayan realizado los juzgados de lo contencioso-administrativo en única instancia, y la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de **justicia**, en única instancia o en apelación, unificando los criterios de interpretación y aplicación del Derecho.

a. Resoluciones contra las que procede

(LJCA art.86 y 87)

7658 Las sentencias dictadas en **única instancia** por los juzgados de lo contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (LJCA art.86).

Además, se ha de puntualizar que, en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso aquellas sentencias que contengan **doctrina que se repute gravemente dañosa** para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.

No obstante, **se exceptúan** una serie de casos; tales son:

- a) Las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión.
- b) Las sentencias dictadas en los procesos contencioso-electorales.

Además, las sentencias que, siendo susceptibles de casación atendiendo a lo explicado anteriormente, hayan sido dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia solo serán recurribles ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de

normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora.

En aquellos casos en los que el recurso se funde en infracción de **normas emanadas de la comunidad autónoma** es competente 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 preside, 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 dos, y por los magistrados de la referida sala o salas que fueran necesarios para completar un total de 5 miembros.

Finalmente, las resoluciones del **Tribunal de Cuentas** en materia de responsabilidad contable son susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de funcionamiento.

7660 Otros autos susceptibles de recurso de casación

A parte de las resoluciones en las que procede el recurso de casación (expuestas en la LJCA art.86), el art.87 de la misma Ley añade que también son susceptibles de recurso de casación, con la misma excepción e igual límite dispuestos en el art.86, los **autos** dictados por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia:

- que declaren la **inadmisión** del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación;
- que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras **medidas cautelares**;
- 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;
- los dictados en el caso previsto en el art.91 (que hace referencia a la **ejecución provisional** de la sentencia recurrida).

Además, serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación de la LJCA art.110 y 111 .

Finalmente, se ha de señalar que para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en la LJCA art.87 es **requisito** necesario interponer previamente el **recurso de súplica**.

7661 Contenido aclaratorio

La LJCA art.87 bis , introducido por la LO 7/2015 disp.final 3ª , establece ciertos contenidos aclaratorios sobre los siguientes aspectos a tener en cuenta en cuanto a la interposición del recurso de casación en materia contencioso-administrativa:

1. El recurso de casación ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limita a las cuestiones de derecho, con exclusión de las **cuestiones de hecho** (sin perjuicio de lo dispuesto en la LJCA art.93.3).
2. Las **pretensiones del recurso** de casación deben tener por objeto la anulación, total o parcial, de la sentencia o auto impugnado y, en su caso, la devolución de los autos al Tribunal de instancia o la resolución del litigio por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que aparezca planteado el debate.
3. La sala de gobierno del Tribunal Supremo puede determinar, mediante acuerdo que se **publicará** en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación.

b. Motivos

(LJCA art.88)

7662 El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta **interés casacional objetivo** para la formación de jurisprudencia. Con la finalidad de proporcionar criterios objetivos para la realización del juicio sobre el interés casacional, se determinan ciertos supuestos en los que se presume su existencia y se enumeran determinadas circunstancias, con carácter enunciativo y no limitativo, en las que ese interés podría concurrir.

El tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el **auto de admisión**, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna (LJCA art.88.2):

- 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. Se trata este del supuesto de resoluciones contradictorias en el que se fundamentaba el antiguo recurso de casación para la **unificación de doctrina** (vigente hasta el 22-7-2016 al entrar en vigor la LO 7/2015), cuya inoperancia era manifiesta al exigirse que los supuestos fueran idénticos.

- Siente una **doctrina** sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- Afecte a un gran número de **situaciones**, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.
- 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.
- Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una **doctrina constitucional**.
- 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.
- Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una **disposición de carácter general**.
- Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un **convenio** celebrado entre Administraciones públicas.
- Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de **derechos fundamentales**.

7663 Otra serie de circunstancias sirven para presumir que existe **interés casacional**, de tal forma que si concurren, el recurso deberá ser necesariamente admitido -salvo en los apartados 1, 4 y 5, que vamos a ver a continuación, en los que el recurso puede inadmitirse por auto motivado si el tribunal aprecia que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. **Se presume** que existe interés casacional objetivo cuando (LJCA art.88.3):

1. En la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.
2. Dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.
3. La sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.
4. 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.
5. Resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

c. Tramitación

(LJCA art.89 a 95)

7664 El recurso de casación se preparará ante la sala de instancia en el **plazo** de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido.

Se exige que el **escrito de preparación** del recurso de casación reúna determinados requisitos para que sea admitido a trámite por el órgano de instancia. Así, se exige que el escrito de preparación incluya (LJCA art.89.2):

- La **acreditación** del cumplimiento de los requisitos reglados relativos al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución judicial que se impugne.
- La **identificación**, con precisión, de las normas o la jurisprudencia que se consideren 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.
- En el caso de que la infracción imputada venga referida a normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjera indefensión, la acreditación de que se pidió la **subsanción** de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello.
- La **justificación** de que la infracción o infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución judicial que se pretenda recurrir.
- La justificación, en el caso de que esta hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, de que la **norma** supuestamente **infringida** forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.
- La **fundamentación**, con singular referencia al caso, de que concurren alguno o algunos de los supuestos que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Una vez explicados los requisitos para la admisión a trámite del recurso cabe puntualizar tres **posibles situaciones** que recoge la LJCA art.89.3, 4 y 5 , que son las siguientes:

1. Si el escrito de preparación **no se presentara en el plazo** de treinta días, la sentencia o auto queda firme, declarándolo así el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Sin embargo, contra esta decisión cabe el recurso directo de revisión regulado en la LJCA art.102 bis .

2. Si, aún presentado el escrito en plazo, **no cumpliera los requisitos** anteriormente señalados, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tiene por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente puede interponerse recurso de queja, que se sustancia en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Si el escrito **cumple con los requisitos exigidos**, dicha Sala, mediante auto en el que se motiva suficientemente su concurrencia, tiene por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a esta de los autos originales y del expediente administrativo y si lo entiende oportuno, emite opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que une al oficio de remisión.

Contra el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no puede interponer recurso alguno, pero puede **oponerse a su admisión** al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hace dentro del término del emplazamiento.

7666 Por tanto, en el caso de que el escrito de preparación se presente en plazo y cumpla con los requisitos anteriormente explicados, la sala de instancia tiene por preparado el escrito de casación mediante **auto**.

Se inicia, a continuación, el **trámite de admisión** ante el Tribunal Supremo, en el que se introduce la posibilidad de una vista oral, de forma excepcional y solo si las características del asunto lo aconsejan. De este modo, la LJCA art.90 determina que recibidos los autos originales y el expediente administrativo, la sección de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a que se refiere el apartado siguiente puede acordar, excepcionalmente y solo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personadas por plazo común de 30 acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

En todo caso, este precepto precisa que **la admisión o inadmisión a trámite** del recurso es decidida por una sección de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo integrada por el presidente de la sala y por al menos un magistrado de cada una de sus restantes secciones. Con excepción del presidente de la sala, dicha composición se renueva 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 determina sus integrantes para cada uno de los citados periodos y que se publica en la página web del Poder Judicial (LJCA art.90).

7667 La resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente **forma** (LJCA art.90.3):

a) En los supuestos de la LJCA art.88.2 , explicados con anterioridad, en los que ha de apreciarse la existencia de **interés casacional** objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. No obstante, si 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, la inadmisión se acordará por auto motivado.

b) En los supuestos de la LJCA art.88.3 , en los que **se presume** la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquel se establecen.

Por último, cabe destacar que, los autos de admisión 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. Las **resoluciones de inadmisión** adoptarán la forma de providencia, y únicamente indicarán si en el recurso concurre alguna de estas **circunstancias**:

- ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada;
- incumplimiento de cualquiera de las exigencias que la LJCA art.89.2 impone para el escrito de preparación;
- no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o
- carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Contra las providencias y autos de admisión o inadmisión **no cabe recurso alguno**. El letrado de la Administración de Justicia de sala comunicará inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada y, si es de inadmisión, la devolverá las actuaciones procesales y el expediente administrativo recibidos.

Para finalizar, cabe señalar que los autos de admisión del recurso de casación se publicarán en la **página web del Tribunal Supremo** y que la inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

7668 Ejecución provisional

La relación entre el recurso de casación y la ejecución provisional de la sentencia recurrida se establece por la LJCA art.91 , determinando que la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida, pudiendo las partes favorecidas por la sentencia instar su ejecución provisional.

Cuando pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza de la ejecución provisional de la sentencia, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de **caución o garantía** para responder de aquellos, no pudiendo llevarse a efecto la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos. La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en la LJCA art.133.2 .

No obstante, la ejecución provisional se denegará cuando pueda crear **situaciones irreversibles** o causar perjuicios de difícil reparación.

Cuando se tenga por **preparado el recurso de casación**, el letrado de la Administración de Justicia dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en la LJCA art.91 .

7670 Interposición del recurso

Atendiendo a la LJCA art.92 , una vez admitido el recurso, el letrado de la Administración de Justicia de la sección de admisión de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictará diligencia de ordenación en la que dispondrá remitir las actuaciones a la sección de dicha sala competente para su tramitación y decisión y en la que hará saber a la parte recurrente que dispone de un plazo de 30 días, a contar desde la notificación de aquella, para **presentar** en la secretaría de esa sección competente **el escrito de interposición** del recurso de casación.

En el caso de que transcurra el mencionado plazo de 30 días sin que se lleve a cabo la presentación del escrito de interposición, el letrado de la Administración de Justicia declarará **desierto el recurso**, ordenando la devolución de las actuaciones recibidas a la sala de que procedieran.

Además, el escrito de interposición deberá cumplir con unos **requisitos formales** (LJCA art.92.3):

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** que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita.

En consecuencia, y atendiendo al cumplimiento de estos requisitos se pueden dar dos **situaciones** (LJCA art.92.4 y 5):

1. Si el escrito de interposición no cumpliera con los requisitos anteriormente citados, la sección de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 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. En ella, impondrá a dicha parte las costas causadas, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

2. En otro caso, acordará dar 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. En el escrito de oposición no podrá pretenderse la inadmisión del recurso.

Transcurrido dicho plazo de 30 días, la sección competente para la decisión del recurso, de oficio o a petición de cualquiera de las partes formulada por otrosí en los escritos de interposición u oposición, acordará la celebración de **vista pública** salvo que entendiera que la índole del asunto la hace innecesaria, en cuyo 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.

Por otro lado, en aquellos casos en los que 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 antes indicada, podrá acordar que los actos de vista pública o de votación y fallo tengan lugar ante el **Pleno de la Sala**.

Finalmente, la sección competente, o el pleno de la sala en el caso previsto anteriormente, dictará **sentencia** en el plazo de 10 días desde que termine la deliberación para votación y fallo.

7720 Al igual que sucede con la casación, también la revisión contencioso-administrativa responde al mismo perfil general, que el recurso de revisión en el Derecho procesal común español. El recurso de revisión se define como un recurso extraordinario que tiene por **objeto** satisfacer pretensiones de reforma de resoluciones judiciales firmes, con base en vicios trascendentes o extrínsecos al proceso o a la sentencia que le puso fin.

Atendiendo al LJCA art.102 , habrá lugar a la revisión de una sentencia firme en los siguientes **supuestos**:

- Si después de pronunciada se recobraren **documentos decisivos**, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- Si hubiere recaído en virtud de **documentos** que, al tiempo de dictarse aquella, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y **declarados falsos** o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- Si habiéndose dictado en virtud de **prueba testifical**, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- Si se hubiere dictado sentencia en virtud de **cohecho, prevaricación, violencia** u otra maquinación fraudulenta.

7722 Además, se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** 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.

En lo referente a **legitimación, plazos, procedimiento y efectos** de las sentencias dictadas en este procedimiento de revisión, regirán las disposiciones de la LEC. No obstante, solo habrá lugar a la **celebración de vista** cuando lo pidan todas las partes o la sala lo estime necesario.

Finalmente se ha de señalar que la revisión en materia de **responsabilidad contable** procederá en los casos establecidos en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

N. Ejecución de sentencia. Extensión de efectos de las sentencias

7724	1. Ejecución de sentencias	7726
	2. Extensión de los efectos de la sentencia	7744
	3. Extensión a terceros no litigantes de los efectos de la sentencia	7746
	4. Medidas complementarias	7750

1. Ejecución de sentencias

(LJCA art.103 a 113)

7726	Procedimiento	7730
	Prohibición de suspensión o inejecución de sentencias	7732
	Ejecución de sentencias en casos especiales	7734

7728 La LJCA regula la ejecución de sentencias en el Título IV Capítulo IV, partiendo del principio de exclusiva competencia judicial con colaboración administrativa, plasmado en la Constitución Española, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La **potestad** de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia (LJCA art.103).

Este artículo impone una obligación para las partes, consistente en el cumplimiento de las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen. Asimismo, todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la **colaboración** requerida por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.

Todos los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento serán nulos de pleno derecho. El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la

sentencia declarará, a instancia de parte, la **nulidad** de estos actos y disposiciones (siguiendo los trámites previstos en la LJCA art.109.2 y 3), salvo que careciese de competencia para ello (conforme a la LJCA).

Los mencionados apartados del art.109 determinan que el letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito planteando la **cuestión incidental** a las partes para que, en plazo común que no excederá de 20 días, aleguen lo que estimen procedente. Una vez evacuado el traslado o transcurrido el plazo de 20 días, el juez o tribunal dictará auto, en el plazo de 10 días, decidiendo la cuestión planteada.

7730 Procedimiento (LJCA art.104)

Una vez que la sentencia sea firme, el letrado de la Administración de Justicia lo comunicará en el plazo de 10 días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, para que, una vez recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el **órgano responsable** del cumplimiento del mencionado fallo.

Se permite a cualquiera de las partes o a cualquier persona afectada instar la **ejecución forzosa** de la sentencia en aquellos casos en los que hayan transcurrido 2 meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo conforme a la LJCA art.71.1.c) .

No obstante, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, se podrá fijar un **plazo** inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el párrafo anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.

7732 Prohibición de suspensión o inejecución de sentencias (LJCA art.105)

No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo. Por ese motivo, en el caso de que concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la **autoridad judicial** a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo de 2 meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento. De este modo, lo que se pretende es que, con **audiencia de las partes** y de quienes considere interesados, el juez o tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte 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.

No obstante, el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional, se consideran como **causas de utilidad pública o de interés social** para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme (LJCA art.105).

Consecuentemente, la declaración de la concurrencia de alguna de las causas citadas se hará por el Gobierno de la Nación; o en su caso, por el consejo de gobierno de la comunidad autónoma cuando se trate de peligro cierto de **alteración grave** del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración 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 mencionadas tendrá que efectuarse dentro de los 2 meses siguientes a la comunicación de la sentencia. El juez o tribunal a quien compete la ejecución señalará, por el trámite de los incidentes, la correspondiente **indemnización** y, si 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.

7734 Ejecución de sentencias en casos especiales

Respecto a esta cuestión, se aborda:

- la condena al pago de cantidades (nº 7736);
- las medidas de publicidad o constancia de la ejecución (nº 7738);
- los fallos que contienen condenas positivas (nº 7740);
- el incidente de ejecución de sentencias (nº 7742).

7736 Condena al pago de cantidades (LJCA art.106)

Son los casos en los que la Administración es condenada al pago de **cantidad líquida**; el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. No obstante, si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria,

deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los 3 meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.

A la mencionada cantidad líquida se añadirá el **interés legal del dinero**, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.

No obstante de lo establecido acerca de la **ejecución forzosa** (LJCA art.104.2), transcurridos 3 meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en 2 puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.

Por otro lado, si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia produciría un **trastorno grave** a su hacienda, lo pondrá en conocimiento del juez o tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, una vez oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa.

Lo explicado anteriormente también se aplicará a los supuestos en que se lleve a efecto la **ejecución provisional** de las sentencias conforme a la LJCA. Además, cualquiera de las partes podrá solicitar que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente.

7738 Medidas de publicidad o constancia de la ejecución

En cuanto a las medidas de publicidad o constancia de la ejecución, si la sentencia firme anulase 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 hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriere causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Además, se ha de señalar que cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique (LJCA art.107).

Por otro lado, en el caso de que la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte 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.

7740 Fallos conteniendo condenas positivas

Si la sentencia condenara a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el juez o tribunal podrá llevar a cabo, en caso de incumplimiento, una serie de **actuaciones** (LJCA art.108):

- 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, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.
- Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

Además, también se determina que si la Administración realizase alguna **actividad en contra de los pronunciamientos** del fallo, el juez o tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.

Finalmente, se hace una **especial referencia** a aquellos casos en los que el Juez o Tribunal, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada (LJCA art.108.3). En estos casos, se exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de **garantías** suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Precisiones

Este apartado 3 en la LJCA art.108 se introdujo a partir de las modificaciones establecidas en la LO 7/2015 disp.final tercera , entrando en vigor el 1-10-2015.

7742 Incidente de ejecución de sentencias

La LJCA art.109 recoge la posibilidad con la que cuentan tanto la Administración pública, como las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, siempre que no conste en autos la total ejecución de la sentencia, para promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución. Especialmente se hace referencia a las cuestiones siguientes:

- El **órgano administrativo** que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones.
- El **plazo máximo** para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurren.

- Los **medios** con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

El letrado de la Administración de Justicia dará **traslado a las partes** del escrito planteando la cuestión incidental para que, en plazo común que no excederá de 20 días, aleguen lo que estimen procedente. Una vez evacuado el traslado o transcurrido el plazo de 20 días, el juez o tribunal dictará auto, en el plazo de 10 días, decidiendo la cuestión planteada.

2. Extensión de los efectos de la sentencia

(LJCA art.72 y 73)

7744 La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo, al igual que la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, solo producirá efectos **entre las partes** (LJCA art.72).

Sin embargo, la **anulación** de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Es por ello que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. Además, se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Por otra parte, cabe señalar que las sentencias firmes que anulen un precepto de una **disposición general** no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente (LJCA art.73).

3. Extensión a terceros no litigantes de los efectos de la sentencia

(LJCA art.110 y 111)

7746 La LJCA hace referencia a los efectos de una sentencia firme en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, que hubiera reconocido una **situación jurídica individualizada** a favor de una o varias personas (LJCA art.110).

En estos casos, los efectos de la sentencia podrán extenderse a otras personas, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las **circunstancias** que a continuación se describen:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a este.

La **solicitud para la extensión** de los efectos de la sentencia deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos, y se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la **no concurrencia** de alguna de las circunstancias del art.110.5 que se procederá a explicar a continuación.

Antes de resolver, en los 20 días siguientes, el letrado de la Administración de Justicia recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos, así como un **informe** detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de 5 días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, el juez o tribunal resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una **situación jurídica** distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate.

Precisiones

La LJCA art.110.1.c hace referencia al recurso en interés de ley. No obstante, y pese a que no se haya modificado la redacción del referido artículo, se ha de tener en cuenta que con la entrada en vigor de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, se suprimen los LJCA art.96 a 101 y, con ellos, dos modalidades de recursos extraordinarios contra resoluciones judiciales, como son, el **recurso de casación en interés de ley** y el **recurso de casación para la unificación de doctrina**. Ello se explica porque el nuevo recurso de casación, implantado con

la mencionada LO 7/2015 y vigente desde el 22-7-2016, integra los elementos fundamentales de estas otras dos modalidades de recurso.

7748 El citado apartado cinco establece una serie de **supuestos** a partir de los cuales se desestimará el incidente, en todo caso; estos son (LJCA art.110.5):

a) Si existiera cosa juzgada.

b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los tribunales superiores de justicia en el recurso a que se refiere la LJCA art.99 (recurso de casación para la unificación de doctrina de las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, vigente hasta el 22-7-2016, al haber entrado en vigor la LO 7/2015).

c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

Si se encuentra 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.

El **régimen de recurso del auto** dictado se ajustará a las reglas generales que se prevén en la LJCA art.80 .

Por otro lado, la LJCA art.111 establece otro supuesto de extensión de los efectos de la sentencia a terceros no litigantes, cuando se hubiera acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el art.37.2, es decir, cuando estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto.

Atendiendo al artículo citado, una vez declarada la **firmeza de la sentencia** dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de 5 días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.

En estos casos, si se solicitase la extensión de los efectos de la sentencia, el juez o tribunal la acordará, salvo que:

- Concurra la circunstancia prevista en el LJCA art.110.5.b) (circunstancias para la desestimación del incidente, explicada en el apartado b) anterior), o
- Concurra alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el LJCA art.69 .

Precisiones

Aunque el LJCA art.110.5 establece literalmente lo dispuesto en este apartado, se ha de tener en cuenta que con la entrada en vigor de la LO 7/2015 , de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ , se suprimen los LJCA art.96 a 101 y, con ellos, dos modalidades de recursos extraordinarios contra resoluciones judiciales, como son, el **recurso de casación en interés de ley** y el **recurso de casación para la unificación de doctrina**. Ello se explica porque el nuevo recurso de casación, implantado con la mencionada LO 7/2015 y vigente desde el 22-7-2016, integra los elementos fundamentales de estas otras dos modalidades de recurso.

4. Medidas complementarias

(LJCA art.112 y 113)

7750 La LJCA establece una serie de medidas complementarias con el fin de asegurar la efectividad de la ejecución de la sentencia. En este sentido, una vez transcurridos los plazos señalados para el **total cumplimiento del fallo**, el juez o tribunal adopta, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Una vez acreditada su responsabilidad y previo apercibimiento del letrado de la Administración de Justicia notificado personalmente para **formulación de alegaciones**, el juez o la sala pueden:

a) Imponer **multas coercitivas** de 150.500 euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del juzgado o de la sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en la LJCA art.48 .

b) Deducir el oportuno **testimonio de particulares** para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

Además, se establece que una vez transcurrido el **plazo de ejecución** que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere la LJCA art.77.3 , es decir, el acuerdo entre las partes que implique la desaparición de la controversia, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa (LJCA art.113).

En el caso de que no se hubiera fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos 2 meses podrá proceder a instar su **ejecución forzosa**.

Ñ. Ejecución provisional y definitiva en procesos contencioso-administrativos de títulos judiciales. Oposición a la ejecución

7752	1. Marco legal	7754
	2. Ejecución provisional	7756
	3. Oposición a la ejecución	7786

1. Marco legal

7754 El marco legal regulador de la ejecución de las sentencias recaídas en el proceso contencioso-administrativo viene integrado principalmente por la Const art.117.3 y 118 , LOPJ art.17 y 18 , LJCA Título IV Capítulo IV y la LEC Libro III .

Mientras que en la Const art.118 y en la LOPJ art.17 y 18 se formulan principios generales aplicables a las **sentencias y otras resoluciones** pronunciadas en cualquier orden jurisdiccional, es a la LJCA y, en defecto de regulación expresa de la misma, a la LEC, donde hay que acudir para conocer cómo han de ejecutarse las sentencias pronunciadas por los órganos judiciales integrados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La ejecución de la sentencia en sus propios términos es un **derecho fundamental** que forma parte del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por la Const art.24.1 . De igual modo, hemos podido comprobar que la Const art.118 , declara solemnemente que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales (...)» y que dicho principio ha sido recogido tanto por la LOPJ art.18.2 que dispone que «las sentencias de ejecutarán en sus propios términos» como por la LJCA art.103.2 de que preceptúa que «las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que estas se consignen.» Y avanzando un poco más, la LJCA art.105.1 dispone expresamente que «no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo.»

En cuanto a la **ejecución definitiva** de las sentencias habrá de estarse a lo dispuesto en el capítulo anterior del presente libro (nº 7724 s.), acerca de la ejecución de la sentencia y la extensión de los efectos de la misma. Por tanto, el presente capítulo se centrará en el estudio de la ejecución provisional de las sentencias, así como de la oposición a la ejecución, siguiendo el esquema propuesto por Pérez del Blanco.

2. Ejecución provisional

7756	a. Resoluciones provisionalmente ejecutables	7762
	b. Presupuestos de la ejecución provisional	7764
	c. Procedimiento de ejecución	7778

7758 Existe una tendencia en el ordenamiento jurídico español mediante la cual prima el **derecho de ejecución** sobre la posibilidad de que la resolución ejecutable sea modificada. En otras palabras, nuestro ordenamiento tiende a favorecer la ejecución provisional de las resoluciones definitivas pero no firmes, al encontrarse pendientes de recurso, siempre y cuando se cumplan los requisitos y presupuestos establecidos para ello, tal y como veremos más adelante.

Tanto las sentencias de condena **provisionalmente ejecutables** como las sentencias firmes de condena (de **ejecución definitiva**) contienen, tal y como sus propios nombres indican, pronunciamientos condenatorios, que exigen de una actividad posterior para lograr la verdadera eficacia de la tutela judicial efectuada por la resolución, por lo que no existe una diferencia entre las mismas desde el punto de vista sustancial o material. No obstante, la principal **diferencia** entre las primeras con respecto a las segundas se encuentra en que, mientras que las sentencias de condena provisionalmente ejecutables no poseen el requisito de la inatacabilidad, las sentencias de ejecución definitiva sí. De este modo, las sentencias provisionalmente ejecutables se definen como aquellas que han sido impugnadas mediante la interposición del pertinente recurso, lo que conlleva que no pueda descartarse una modificación del tenor de sus pronunciamientos.

Por tanto, la fuerza ejecutiva de este tipo de sentencias radica en su **carácter condenatorio**, así como en la previsión legal que permite expresamente que la ejecución se tramite si se cumplen una serie de presupuestos y requisitos; pero no en su firmeza (en la imposibilidad de que sean modificadas), tal y como sucede en el caso de las sentencias firmes. Esto se debe, como ya hemos adelantado, a que en el ordenamiento jurídico-procesal español se otorga una

mayor importancia al derecho de ejecución frente al riesgo que se asume ante la posibilidad de que se lleve a cabo una revocación de los pronunciamientos ejecutables, por no ser estos firmes.

7760 Teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe concluir que se podrá instar la ejecución de una resolución condenatoria que no haya adquirido firmeza, al haberse interpuesto el correspondiente recurso, y no haber adquirido la fuerza de cosa juzgada, mediante **actuaciones ejecutivas desarrolladas provisionalmente**.

Por tanto, la ejecución provisional de sentencias implica los **tres derechos** que a continuación se señalan, y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: (i) el derecho a la ejecución, (ii) el derecho a la tutela cautelar, y (iii) el derecho a los recursos.

En definitiva, el carácter ejecutivo de las actuaciones propias de la ejecución provisional es innegable, ya que se trata de un verdadero y auténtico **proceso de ejecución** de carácter jurisdiccional. Sin embargo, se ha de tener en cuenta la salvedad que caracteriza a este tipo de actuaciones, y es que están sometidas a la no revocación de la resolución ejecutada, al no ser esta todavía firme.

Por tanto, si no se llevara a cabo la **revocación** de la resolución ejecutada provisionalmente y esta adquiriera finalmente firmeza, lo llevado a cabo con carácter provisional pasaría a ser definitivo sin trámite ni declaración alguna.

La LJCA art.84 y 91 , que tratan sobre el recurso de apelación y de casación respectivamente, determinan literalmente que: «la preparación del recurso no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida».

Estos preceptos de la LJCA no implican que los recursos pierdan su efecto suspensivo. Sin embargo, aprueban que con ciertas **cautelos**, se permita la ejecución de lo establecido en la resolución, pero siempre con carácter provisional, principalmente para no dilatar la satisfacción de la pretensión de ejecución, así como para prevenir la interposición de los recursos con ánimo fraudulento.

En conclusión, la institución de la ejecución provisional se erige como, por un lado, un medio eficaz para prevenir la referida utilización fraudulenta de los recursos, y por otro, como un **medio persuasivo** de la misma. Pero estas no son las dos únicas funciones de la ejecución provisional, ya que la doctrina ha señalado que en el orden contencioso-administrativo supone un medio para acabar con la resistencia administrativa a la ejecución amparándose en la impugnación masiva de las resoluciones contrarias a sus intereses.

a. Resoluciones provisionalmente ejecutables

7762 Si bien es cierto que, en principio, la LJCA no excluye ninguna resolución ejecutoria de la posibilidad de ser ejecutada provisionalmente, tampoco dedica precepto legal alguno al respecto, salvo en lo que se refiere a las condenas al pago de cantidad líquida, como veremos a continuación.

En este sentido, cabe destacar que la LJCA art.106.5 reconoce expresamente que podrán ejecutarse provisionalmente las **condenas de carácter dinerario**. Sin embargo, el referido artículo no debe entenderse de tal forma que se excluya la ejecución provisional en otras formas de ejecución que no sean la dineraria, puesto que las previsiones que se hacen en la LJCA art.84 y 91 son genéricas.

Por ello, se ha de interpretar que, en lo que al **ámbito objetivo** respecta, la ejecución provisional puede llevarse a cabo ante cualquier tipo de condena, siendo el órgano jurisdiccional el responsable de delimitarlo en cada caso, tomando en consideración, tanto las obligaciones a ejecutar, como las circunstancias propias del caso concreto.

b. Presupuestos de la ejecución provisional

7764 En general, la posibilidad de ejecutar provisionalmente los pronunciamientos de condena contenidos en una resolución se somete a una serie de cautelas vinculadas principalmente con la característica de provisionalidad y la ausencia de carácter definitivo de la actividad ejecutiva que se puede desarrollar. Se trata de limitaciones al carácter definitivo del proceso de ejecución iniciado, siendo su **principal finalidad** el aseguramiento de la «provisionalidad» de las actuaciones que se puedan realizar.

7766 Juicio de previsibilidad sobre la revisión del ejecutado

Se establece un primer **límite a la ejecución provisional** que hace referencia a aquellos supuestos en los que esta pueda crear situaciones de carácter irreversible, o que ocasione graves perjuicios, o lo que es lo mismo, aquellos supuestos en los que los efectos provocados como consecuencia de las actuaciones ejecutivas no pudiesen hacerse desaparecer (LJCA art.84.3 y art.91.3).

Este límite impuesto por la LJCA impone la obligación al órgano jurisdiccional ante el que se haya solicitado la ejecución, de realizar un **juicio de previsibilidad**, con el fin de evaluar cuáles serán las consecuencias de las actuaciones ejecutivas necesarias, para poder, de este modo, concluir sobre si verdaderamente la modificación de

la realidad que se generará con la ejecución provisional podrá ser mitigada en **caso de revocación**, total o parcial, de la resolución impugnada mediante el pertinente recurso.

La determinación del **límite de la gravedad** de los perjuicios plantea cierta problemática, ya que la LJCA establece una graduación distinta dependiendo de que la ejecución provisional se produzca en el ámbito:

- de la casación, donde exige que los perjuicios sean de difícil reparación; o
- de la apelación, supuesto en el que exige que los perjuicios sean de imposible reparación.

Como consecuencia de lo anterior, aplicando literalmente el contenido de la referida Ley, la ejecución provisional de una misma resolución que causase **perjuicios** de difícil, pero no imposible reparación, sería posible si estuviese recurrida en apelación, pero no si lo estuviese en casación. En efecto:

- LJCA art.84.3 sobre el recurso de **apelación**: «no se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir (...) perjuicios de imposible reparación».
- LJCA art.91.3 sobre el recurso de **casación**: «la ejecución provisional se denegará cuando pueda crear (...) perjuicios de difícil reparación».

7768 Por otro lado, en lo que respecta a la «**cualificación del perjuicio**» de la ejecución provisional de la resolución impugnada, los órganos jurisdiccionales pueden emplear como criterio válido la posibilidad de adoptar medidas suficientes para mitigar o evitar los referidos perjuicios. En vista de lo anterior, aquellos perjuicios irreparables que queden al margen de las referidas contracautelas, implican un riesgo inasumible, que impedirá que se proceda a la ejecución provisional de la resolución.

Además, y aunque no se contemple expresamente por la LJCA, el juicio de previsibilidad al que se ha hecho referencia anteriormente, cuya finalidad es determinar la naturaleza de los efectos que la ejecución provisional pudiera causar, deberá ir acompañado de un **juicio de proporcionalidad**, esto es, de un examen de la entidad de las situaciones o perjuicios irreparables que la ejecución provisional podría provocar. Este juicio al que no se hace referencia expresa en la Ley, se configura como una imposición de la lógica jurídica, así como del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva**.

7770 Prestación de garantía suficiente

La provisionalidad propia de la institución de la ejecución provisional hace necesario que se adopten los medios y medidas adecuados para hacer desaparecer los **perjuicios** que pudieran ocasionarse como consecuencia de la referida ejecución, en el hipotético caso de revocación de la resolución impugnada.

Así, a continuación se estudian el objeto y los medios de esta prestación (nº 7772 s.) y la exención administrativa de prestación de la caución (nº 7776 s.).

7772 Objeto y medios de la prestación

La Ley hace una distinción entre dos **objetivos** que han de perseguir las garantías a adoptar cuando se lleven a cabo actuaciones ejecutivas provisionales, haciendo referencia a los medios tendentes (LJCA art.84.1 y art.91.1):

- a **evitar** los perjuicios, y
- a **paliar** esos perjuicios.

El término «evitar», se refiere a aquella función de los medios o medidas llevados a cabo consistente en dejar la **situación del perjudicado** en idénticos términos a como se encontraba antes de la ejecución provisional. Sin embargo, el concepto «paliar» hace referencia a aquella función que consiste en resarcir o compensar económicamente al perjudicado por los perjuicios que se le hubieran ocasionado indebidamente a causa de la ejecución provisional, por haberse llevado a cabo la revocación de la resolución impugnada.

La LJCA define la **caución económica** como el medio primordial de contracautela que se puede llevar a cabo para evitar o paliar los posibles perjuicios o daños que puedan ocasionarse como consecuencia de la ejecución provisional.

De este modo la LJCA art.84.1 y 91.1 establece literalmente que: «...podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquellos».

Para la constitución de la garantía establecida en la LJCA art.84 y 91 hemos de remitirnos a la LJCA art.133.2 , que regula la garantía a prestar por los solicitantes de medidas cautelares para, al igual que sucede en este caso, «evitar o paliar» los perjuicios que se pudiesen ocasionar con la adopción de las cautelas solicitadas. En este precepto se dice que: «la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.»

7774 Por otra parte, la **LEC**, que como ya hemos visto se aplica supletoriamente, regula los medios para prestar caución en el caso de ejecución provisional. La LEC art.529.3 es de aplicación directa al proceso contencioso-administrativo,

en primer lugar, tal y como ya hemos señalado, por su supletoriedad en este tipo de procesos, y en segundo lugar, porque se constituye en, al menos parte, del «Derecho» que admite las **formas de caución** a las que se refiere la LJCA art.133.2 , ofreciendo una mayor concreción y precisión que las normas de la citada Ley.

Será el órgano jurisdiccional competente el encargado de llevar a cabo el control de la caución, determinando discrecionalmente si la garantía prestada por el ejecutante es verdaderamente suficiente e idónea para cumplir con su finalidad, proporcionando la cuantía líquida necesaria para hacer frente a la restitución económica de los **perjuicios sufridos** por el ejecutado en caso de revocación.

Como es lógico, la cantidad por la que se deberá prestar caución se determinará en virtud del importe de los **perjuicios** que pudieran ocasionarse al ejecutado con la tramitación de la ejecución.

Por tanto, la garantía deberá ser suficiente en cuanto a su calidad, así como en lo que respecta a la cantidad. En este sentido, en aquellos casos en los que la resolución impugnada condene al pago de una cantidad líquida, tratándose de una **condena dineraria**, esta precisión no presenta dificultad alguna, ya que para el cálculo de la caución deberá sumarse a la cantidad principal, aquellas que pudieran ejecutarse en concepto de intereses de demora y de costas de la ejecución. Sin embargo, esta cuantificación se complica en los supuestos de **ejecución no dineraria**, ya que la determinación de la caución resultará considerablemente más compleja, teniendo en cuenta que los perjuicios que se ocasionen al ejecutado únicamente serán conocidos cuando se lleve a cabo la revocación de la resolución ejecutiva, y aún así, al no tratarse de condenas dinerarias, la cuantificación resultará dificultosa.

7776 Sobre la exención administrativa de prestar caución

La Ley establece literalmente que «cuando quien inste la ejecución provisional sea una **Administración pública**, quedará exenta de la prestación de caución» (LJCA art.84.5). Por tanto, cabe concluir que no todo demandante de ejecución provisional de una condena está obligado a garantizar la remoción de la situación transformada por la actividad ejecutiva en caso de revocación de aquella, ya que en aquellos casos en los que el demandante de la ejecución sea la Administración, será dispensada de prestar la garantía debida. La LJCA concede este privilegio expresamente a la Administración en base a la teórica solvencia propia de los entes públicos.

No obstante, la regulación de la LJCA adolece de una importante deficiencia desde la perspectiva formal, ya que este privilegio que concede la Ley a la Administración, únicamente se contempla de modo expreso en lo que respecta a la ejecución provisional de **resoluciones apeladas** (LJCA art.84.5). Sin embargo, se obvia su establecimiento en la LJCA art.91 , esto es, en sede de ejecución provisional de sentencias recurridas en casación.

c. Procedimiento de ejecución

7778 La ejecución provisional de una resolución recurrida podrá ser instada por las **partes favorecidas** por la misma. De este modo, ha de entenderse que la ejecución forzosa también podrá solicitarse por parte de aquellos condenados convertidos en apelantes que, a pesar de haber sido condenados, hayan visto estimadas de manera parcial sus pretensiones **a causa de la estimación parcial** de las pretensiones del demandado, pudiendo resultarles de utilidad la ejecución de los pronunciamientos de la sentencia, si tuvieran dificultades para cumplirlo de manera voluntaria.

En lo que se refiere al momento oportuno para instar la ejecución provisional, este se encuentra en el intervalo temporal comprendido entre la **admisión a trámite** del recurso (o bien, desde el momento en que se comunica al apelante la adhesión a la apelación del apelado, momento desde el cual como parte apelada se puede solicitar la ejecución atendiendo a la LEC art.527), y la **emisión de la resolución** de la impugnación que esté en curso.

En el proceso contencioso-administrativo, el **órgano** competente para conocer este proceso de ejecución, y ante el cual deberá formularse la solicitud o demanda ejecutiva, será el órgano a quo en el recurso interpuesto.

Recibida la solicitud de ejecución, la LJCA art.84.4 establece que se dará **audiencia** por un plazo de 5 días a las partes, en el caso de que se solicite la ejecución provisional de una resolución recurrida en apelación. Sin embargo, en la LJCA art.91 se da un vacío legal con respecto a la necesidad de otorgar audiencia a las partes en el caso de que se solicite la ejecución provisional de una resolución recurrida en casación. No obstante, el referido vacío legal no debe entenderse bajo ningún concepto como una exclusión de la referida audiencia a las partes. Lo conveniente es que el órgano jurisdiccional determine un período apropiado para la audiencia de las partes, tomando en consideración la **solicitud** planteada y la **naturaleza de la condena** a ejecutar, pero siempre dentro de los límites establecidos en la LJCA.

7780 Las **alegaciones** de las partes deberán versar sobre la totalidad de las cuestiones referentes a la **conurrencia de los presupuestos** para acordar la ejecución provisional, así como a la suficiencia y eficacia de los medios o garantías a prestar para salvaguardar la posición del ejecutado. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: las causas por las que se debería o no despachar la ejecución provisional; los aspectos referentes a esta cuestión, como por ejemplo, los perjuicios que se podrían ocasionar al ejecutado en caso de la hipotética revocación de la resolución, si estos son reparables o no, las medidas que se deberían adoptar para evitarlos o para paliar sus efectos; así como, en su

caso, la cuantía a la que debería ascender la caución a prestar por el ejecutante para que se pueda desarrollar la actividad ejecutiva.

La resolución del incidente se materializará en un **auto** en el que el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la admisión o denegación de la tramitación de la ejecución, dependiendo de si concurrieran los presupuestos para ello, o por el contrario, se dieran causas impositivas para la misma. Además, si el pronunciamiento sobre la admisión de la ejecución fuese favorable, se deberán determinar, en caso de que fuera necesario, las medidas o garantías para evitar o paliar los perjuicios que se pudiesen ocasionar al ejecutado en caso de revocación. Y si se determinase la necesidad de prestar caución, se deberá establecer por qué importe.

Cabe recordar que, si el auto acordase la necesidad de la **adopción de medidas**, incluyendo la caución, no podrá despacharse la ejecución hasta que el ejecutante haya procedido a la constitución de dichas garantías, y así conste en autos, según se establece en la LJCA art.84.1 y 91.1 .

7782 Tal y como acabamos de señalar, hasta que no se produzca la adopción de las medidas o la prestación de la caución no se podrá despachar ejecución, por lo que estos requisitos se configuran como una **condición suspensiva** de la ejecución provisional. Por tanto, únicamente cuando las mencionadas medidas de garantía hayan sido constituidas por el ejecutante, el órgano jurisdiccional procederá a despachar la ejecución y a proseguir el proceso como si de una ejecución definitiva se tratase.

Finalmente, una vez que se haya resuelto el **recurso planteado** contra la resolución impugnada, se procederá en consecuencia atendiendo al contenido de esa resolución, surgiendo los tres posibles supuestos que a continuación se detallan:

- En el caso de que la resolución fuese **confirmatoria** de la resolución originaria, las actividades ejecutivas realizadas pasarán a ser firmes y se proseguirá el proceso de ejecución (en caso de que continuase abierto).
- En el caso de que la resolución fuese **revocatoria**, se paralizará el procedimiento de ejecución y se procederá a reintegrar la situación jurídico-fáctica a la preexistente, así como, en su caso, a resarcir al ejecutado de los perjuicios que se le hubiesen podido irrogar por lo indebidamente ejecutado, para lo que se procederá a la liquidación de las medidas y garantías adoptadas.
- En el caso de que se hubiese **denegado** la ejecución provisional, por generarse con ella una situación irreversible, y la resolución del recurso fuese de carácter confirmatorio se procederá, en su caso, a la ejecución forzosa de la condena, sin que ello se deba ver afectado por aquella resolución denegatoria. Con ello se quiere decir que el pronunciamiento que recaiga en el **incidente de ejecución provisional** no tiene influencia alguna sobre el futuro proceso de ejecución.

7784 La Ley exige, en lo referente al ámbito de la casación, que cuando se tenga por preparado un recurso de este tipo, el letrado de la Administración de Justicia del órgano *a quo* (en este caso las salas de lo contencioso-administrativo, bien de la Audiencia Nacional, bien del tribunal superior de justicia) deje **testimonio bastante** de los autos y de la resolución dictada sobre el fondo del asunto, a los efectos de una posible solicitud de ejecución provisional. Con esto lo que se pretende es evitar que la **falta de inmediación** respecto del asunto pudiese influir o entorpecer (LJCA art.91).

En caso de disconformidad con el pronunciamiento del auto que resuelva sobre la admisión de ejecución provisional de una resolución, podrá interponerse **recurso de apelación o de casación**, dependiendo del órgano que lo dicte.

En este sentido los preceptos que regulan la **impugnación de los autos** dictados en el proceso contencioso-administrativo otorgan autonomía a la resolución de la solicitud de ejecución provisional frente a las dictadas en el proceso de ejecución. De este modo, la LJCA art.80.1.e) admite expresamente que serán apelables en un solo efecto los autos dictados en el procedimiento de ejecución provisional, mientras que LJCA art.87.1.d) reconoce que son susceptibles de recurso de casación los autos dictados en ejecución provisional.

La impugnación en el ámbito de la ejecución provisional se limita exclusivamente a la resolución que se pronuncia sobre la **pertinencia o no de la ejecución provisional**.

Se ha de reiterar el efecto no suspensivo de los recursos que se puedan interponer contra las resoluciones que acuerden la ejecución provisional.

Como todo el desarrollo de la ejecución provisional, su impugnación también está vinculada a la resolución del recurso interpuesto contra la sentencia principal. Lógicamente, si llegase ese momento con el recurso interpuesto contra el auto tramitándose, deberán ser archivadas las actuaciones por **desaparición del objeto**.

No cabe en el proceso de ejecución provisional contencioso-administrativo la oposición al auto por el que se admite la ejecución provisional de la sentencia. Sin embargo, se prevé la posibilidad de interponer recursos contra la resolución sobre la procedencia de la ejecución provisional.

3. Oposición a la ejecución

7786 La LJCA no hace referencia, en ninguno de sus artículos dedicados al proceso de ejecución, a la posibilidad de que el ejecutado pueda oponerse al despacho de la ejecución por parte del órgano jurisdiccional. La referida Ley, únicamente se limita a prever expresamente la posibilidad de oponerse a las **actuaciones ejecutivas** a través de los recursos legalmente previstos.

Sin embargo, se hace necesario abrir la posibilidad de formular oposición a la ejecución en sentido procesal. A este respecto, la oposición a la ejecución se regula en la **LEC** Libro III, Título III, Capítulo IV (LEC art.556 a 561), dedicado a las disposiciones generales de la **ejecución forzosa** bajo la rúbrica «De la oposición a la ejecución y de la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo». A lo largo de los referidos artículos de la LEC se establecen las causas tasadas por las que cabe formular oposición, así como el procedimiento para su resolución, que estará vinculado a la naturaleza del motivo alegado por el que, según el ejecutado, no puede proseguir el proceso para la satisfacción de la pretensión de ejecución.

La LEC establece literalmente que «el ejecutado dentro de los 10 días siguientes a la **notificación del auto** en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito». Además, en la oposición deberán contemplarse todas aquellas causas, formales o de fondo, que impidan que la ejecución pueda proseguir (LEC art.556).

En lo que respecta a la legitimación para la referida oposición, estarán **legitimados** aquellos que hayan ocupado la posición de demandados (posición pasiva) durante el proceso declarativo, lo que en el proceso contencioso-administrativo lleva a pensar en la Administración pública autora de la actuación impugnada y en los sujetos que hayan tenido la consideración de **codemandados**.

Además se admite la legitimación del ejecutante para actuar en el procedimiento de oposición, en lo que se podría denominar como la oposición a la oposición y, dependiendo de las causas sobre las que verse la oposición podrá:

- formular alegaciones, en caso de oposición por **motivos formales**, e
- impugnar la oposición en caso de **oposición de fondo**.

En definitiva, se trata del otorgamiento de **audiencia** a los sujetos que puedan resultar perjudicados por el reconocimiento de las causas alegadas como impeditivas de la prosecución del proceso de ejecución.

7788 **Oposición por motivos formales**
(LEC art.559)

Tal y como ya hemos adelantado, en la oposición deberán contemplarse aquellas causas, ya sean de carácter formal o de fondo, que impidan que la ejecución pueda proseguir. En virtud de lo anterior, los defectos procesales en los que se haya podido incurrir al despachar la ejecución son los primeros que han de ser alegados y los primeros que han de ser depurados con autonomía y anteriormente al examen de los motivos de fondo. Estas **causas de naturaleza procesal** para fundamentar la oposición al despacho de la ejecución se recogen en la LEC art.559 .

La primera causa de oposición a la que se hace referencia en el referido artículo es la **falta de carácter o representación** con que se demanda al ejecutado. En otras palabras, que la Administración u otros sujetos ejecutados no se encontrasen obligados por la resolución cuya ejecución se pretende. En segundo lugar, se prevé como causa de oposición la falta de capacidad o de representación del ejecutante o la falta de acreditación del carácter o representación por parte de quien comparece en la ejecución diciéndose representante del acreedor-ejecutante.

Por otro lado, en la LEC art.559.1.3º se recogen los **motivos procesales** de oposición relacionados con el título de ejecución en el que se basa el despacho impugnado, si bien, en lo que respecta a la ejecución contencioso-administrativa únicamente tienen validez los dos primeros expuestos, pues el tercero hace referencia a un requisito de cuantía, aplicable únicamente a títulos de carácter extrajudicial cuya existencia se encuentra limitada al ámbito del proceso civil de ejecución:

1. Que la resolución judicial no contenga **pronunciamientos de condena** y que, por tanto, no lleve aparejada ejecución al contener pronunciamientos de otra naturaleza, ya sean meramente declarativos o constitutivos.
2. Que el documento en que se funde la pretensión de la ejecución no cumpla los **requisitos legales** exigidos para llevar aparejada ejecución.

7790 Además de los motivos formales anteriormente señalados y recogidos en la LEC art.559 , podrá formularse oposición cuando la ejecución haya sido despachada de modo irregular por la vulneración de los preceptos reguladores del despacho de la ejecución. De este modo, la LEC art.551 prescribe el despacho de ejecución en todo caso que se solicite, pero solo cuando se cumplan una serie de **condicionantes**:

- que concurren los presupuestos y requisitos procesales;

- que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal; y
- que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

La oposición por motivos procesales es la que se ha de depurar en primer lugar, en caso de que se opongan también motivos de fondo. La LEC art.559.2 establece que, cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre estos, en el **plazo** de 5 días.

Tras el periodo en el que se otorga la **audiencia al ejecutante**, el órgano jurisdiccional procederá al examen del asunto al que se refiera el hipotético defecto procesal anunciado.

Si se apreciase que el defecto existe pero que es subsanable, la LEC art.559.2 obliga a conceder un plazo de 10 días para su **subsanación**.

En el caso de que se apreciase la **existencia** del **defecto**, pero este fuera insubsanable o siéndolo, el ejecutante no lo hubiese subsanado en el plazo otorgado para ello, se suspenderá la ejecución dejando sin efecto el despacho llevado a cabo.

Por el contrario, si **no se apreciase** la existencia de los **defectos** alegados, se desestimaré la oposición, dando de nuevo curso a la ejecución.

La resolución de la oposición tendrá la forma de auto, a través del cual también se impondrán las **costas** a la parte que corresponda (LEC art.559.2).

7792 Oposición por motivos de fondo (LEC art.556 y 558)

La oposición del ejecutado podrá basarse en el **cumplimiento o pago** de la obligación que le era impuesta por la resolución, lo que de comprobarse, deja sin fundamento alguno el despacho de la ejecución (LEC art.556.1).

También se podrá oponer la **caducidad de la acción** ejecutiva, es decir, que haya transcurrido el plazo previsto en la LEC art.518 , y que se aplica supletoriamente en la ejecución administrativa.

En caso de que existiesen **pactos o transacciones** en las que se hubiere convenido la evitación del proceso de ejecución, también podrá ser opuesta su existencia al despacho de la ejecución, siempre y cuando consten en documento público, ya que, de lo contrario, no podrían tener ningún efecto sobre el curso de la ejecución.

Por otra parte, se regula la **oposición por pluspetición**, es decir, la posibilidad que tiene el ejecutado de oponerse por considerar que la cantidad por la que se despacha ejecución, y por lo tanto contemplada en la demanda ejecutiva, es mayor que la cantidad debida (LEC art.558). Pese a ser propia del orden civil, también cabe su planteamiento en el proceso de ejecución contencioso-administrativo.

Cuando se haya resuelto sobre la oposición a la ejecución por motivos procesales o estos no se hayan alegado, el ejecutante podrá impugnar la oposición basada en motivos de fondo en el **plazo** de 5 días, contados desde que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición (LEC art.560).

7794 Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de esta, podrán solicitar la **celebración de vista**, que el tribunal acordará mediante providencia si la controversia sobre la oposición no pudiere resolverse con los documentos aportados, señalándose por el letrado de la Administración de Justicia día y hora para su celebración dentro de los 10 siguientes a la conclusión del trámite de impugnación (LEC art.560).

La LEC establece que en el caso de que no se solicitase la celebración de la vista o no se considerase procedente su celebración, el órgano jurisdiccional resolverá sin más trámites si prospera o no la oposición. Para ello, tras examinar la materia sobre la que se basa aquella, dictará un **auto** en el que estimará o desestimaré la oposición, declarando la improcedencia de la ejecución o su continuación. La decisión del fondo dependerá de la efectiva apreciación de las causas de fondo impeditivas de la ejecución.

Cabe el **supuesto de estimación parcial** de la oposición, concretamente cuando la oposición se haya formulado en pluspetición, en cuyo caso esta solo es apreciada por el órgano jurisdiccional en una parte del exceso señalado por el ejecutado, ante lo que se proseguirá la ejecución por la cantidad que se despachó ejecución en un inicio menos la cantidad que fue apreciada como excesiva (LEC art.561).

El auto de resolución de la oposición hará expresa condena de las **costas** del incidente.

7796 Finalmente, y teniendo en cuenta que la LEC es una norma supletoria a la aplicación de las regulaciones establecidas en la LJCA, en lo que se refiere a los recursos que caben contra el auto de resolución de la oposición, tanto por **motivos materiales** como por **cuestiones formales** o procesales, se ha de aplicar el sistema de recursos establecidos en la LJCA contra los autos dictados en ejecución de sentencia.

En concreto, se posibilita la interposición de los **recursos** de apelación y casación contra los autos recaídos en ejecución de sentencia, dentro de los que se deben entender comprendidos los resolutorios del incidente de oposición a la ejecución.

Precisiones

Esta es la expresión utilizada por la LJCA art.80 y 87 para determinar los autos sobre los que cabe plantear **recurso de apelación o casación** (y ya vistos en un tema anterior, nº 7646 y nº 7656), respectivamente.

7798 Ejecución forzosa

Cabe hacer mención al concepto de la ejecución forzosa, como herramienta de la parte ejecutante de la efectiva ejecución de la sentencia.

Transcurridos 2 meses a partir de la comunicación de la sentencia o el **plazo** fijado en esta para el cumplimiento del fallo conforme a la LJCA art.71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa (LJCA art.104.2).

Además se dispone en este precepto, que atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, esta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado 2 del LJCA art.104 lo haga **ineficaz** o cause **grave perjuicio**.

Una ejecución forzosa se produce cuando la Administración se muestra renuente, oponiéndose a cumplir la sentencia, y debe intervenir el órgano judicial competente para la ejecución, adoptando las medidas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para dar plena satisfacción a los **derechos reconocidos** en la resolución no cumplida.

7800 De acuerdo con lo previsto por la LJCA art.108 , cuando se trata de sentencias que condenan a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto la ejecución forzosa, **puede consistir**:

- En una ejecución realizada por el **órgano judicial competente** a través de sus propios medios.
- En una ejecución utilizando los **medios** que puedan requerirse: - de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada, y en su defecto, - de otras Administraciones públicas, en todo caso, con observancia de los procedimientos que se hallen establecidos al efecto.
- En la adopción de cualquier **medida** que sea necesaria para que el **fallo** adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido.
- En la ejecución subsidiaria con cargo a la **Administración condenada**.

Entre los distintos **supuestos de ejecución forzosa**, hay que destacar:

- el pago de una cantidad líquida por parte de la Administración,
- la inscripción del fallo anulatorio en registros públicos y la publicación de la sentencia,
- la ejecución subsidiaria a cargo de la Administración o el restablecimiento de la situación anterior y
- la indemnización por daños y perjuicios.

O. Técnicas de intervención administrativa: autorizaciones, concesiones, declaración responsable y comunicación previa

7802	1. Autorización	7804
	2. Concesiones	7836
	3. Declaración responsable	7850
	4. Comunicación previa	7858

1. Autorización

7804 La autorización administrativa constituye la figura más clásica de las técnicas de intervención administrativa. Tradicionalmente se ha definido como un acto administrativo mediante el cual se remueve un impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio del derecho de un particular; es decir, hay un **derecho preexistente del particular**, pero su ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar al interés público, y solo cuando se satisfacen determinados requisitos previstos en el Derecho administrativo es cuando la Administración permite el ejercicio de aquel derecho previo.

La autorización, de acuerdo con este concepto tradicional, se distingue de la **concesión**, como señala el Tribunal Económico Administrativo Central, «en que las autorizaciones tienen por objeto la trata de actividades destinadas en principio a ejercerse en libre competencia, no correspondiendo la titularidad de su ejercicio a la Administración, y no suponiendo dicha autorización administrativa en principio, como regla general, la cesión de facultades o derechos exorbitantes a favor de los particulares, ni tampoco un derecho que en sí mismo sea evaluable económicamente, aunque, como es lógico, mediante la obtención de dicha autorización para el ejercicio de dicha actividad se persiga por el particular la obtención de un beneficio empresarial» (Resol TEAC 14-2-13).

Por tanto, en una primera aproximación, autorización y concesión se diferenciarían tanto respecto a la titularidad de base existente, como a su carácter declarativo o constitutivo respecto de la **esfera jurídica** del particular. Así, la autorización operaría sobre un derecho preexistente del que sería titular el sujeto autorizado y tendría una naturaleza meramente declarativa del contenido del derecho y de su compatibilidad con el interés público. En consecuencia, la **intervención de la Administración** sería leve, limitándose a fijar las condiciones del ejercicio del derecho. Sin embargo la concesión se refiere a derechos o actividades asumidas como propias por la Administración, derechos o actividades que no existen en el patrimonio de los sujetos privados. La concesión trasladaría la posibilidad del ejercicio de ese derecho al concesionario, teniendo por tanto eficacia constitutiva.

7806 Sin embargo, actualmente, tal y como señala la doctrina, la evolución legislativa ha terminado por difuminar por completo los **límites** entre la autorización y la concesión, tanto por la propia evolución del concepto de autorización, como por la utilización por parte del legislador de «una u otra técnica según que pretenda aparentar un nivel de intervención mayor o menor de la actividad controlada» (Santamaría Pastor).

Así, el legislador se refiere a una serie de figuras (**autorizaciones, permisos, licencias**) que expresan un concepto muy similar, la existencia de una actividad privada que es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma pretende tutelar.

Precisiones

1) En este sentido, la Dir 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo considerando 39 (relativa a los servicios en el mercado interior, en adelante, **Directiva Servicios**) señala que se entiende por régimen de autorización, cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

2) El TEAC matiza que «lo realmente característico de la autorización no es su otorgamiento por razones de interés público sino la **especial naturaleza** de ese servicio público. La especial naturaleza justifica la intervención del poder público, la cual se manifiesta tanto en el momento de otorgamiento de la autorización como durante el período de disfrute de dicho derecho.» (Resol TEAC 14-2-13).

7808 Sujetos

En el régimen de otorgamiento de autorizaciones, dos son los principales sujetos intervinientes:

1. La **Administración pública competente** que posee la potestad de otorgar la autorización al particular solicitante.
2. El **particular** cuyo interés reside en que la Administración le otorgue la autorización para poder realizar una actividad o ejercer un derecho, que de otra forma, estaría prohibida por el ordenamiento jurídico.

7810 Régimen Jurídico

Se encuentra previsto en las leyes sectoriales que regulan cada ámbito material.

No obstante, tanto la Dir 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa a los servicios en el mercado interior), como las sucesivas leyes españolas de trasposición de la citada Directiva, que a continuación se señalan, han establecido un **régimen jurídico marco** aplicable a todo tipo de autorizaciones; estas son:

- L 17/2009 , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio;
- 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;
- L 2/2011 , de economía sostenible; y
- L 20/2013 , de garantía de la unidad de mercado.

7812 Establecimiento

La regla general es que el ejercicio de actividades de servicios no estará sometido al régimen de autorización previa. La L 17/2009 art.5 dispone que solo excepcionalmente podrá imponerse este régimen cuando concurren las siguientes **condiciones**:

- no discriminación;
- necesidad por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos en el mercado; y, finalmente
- proporcionalidad.

7814 Criterios para su otorgamiento

(L 17/2009 art.9)

Se dispone que los requisitos a los que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán respetar los **siguientes** criterios:

- no ser discriminatorios;
- estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
- ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general;
- ser claros e inequívocos;
- ser objetivos;
- ser hechos públicos con antelación; y
- ser transparentes y accesibles.

Además, la L 17/2009 art.10 establece una relación de **requisitos** prohibidos para el otorgamiento de autorizaciones, mientras que la L 17/2009 art.11 determina una serie de requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa.

Por su parte, la Ley de garantía de la unidad de mercado, enumera aquellas circunstancias cuya exigencia considera contrarias a derecho por vulnerar los **principios de libre establecimiento y circulación** (L 20/2013 art.18).

7816 Contenido y vigencia

La L 17/2009 se refiere a algunos de los posibles contenidos de las autorizaciones con el fin de preservar el principio de libertad de establecimiento que proclama la Dir 2006/123/CE .

La citada Ley indica que, el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el **establecimiento de sucursales** (L 17/2009 art.7.3). Excepcionalmente se podrán exigir autorizaciones para cada establecimiento físico cuando esté justificado porque la actividad sea susceptible de generar daños sobre **bienes del dominio público**.

Se sienta el **principio general** de la duración ilimitada de las autorizaciones, contemplando tres posibles excepciones (L 17/2009 art.7.1):

- cuando la autorización se renueve automáticamente o esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos;
- cuando el número de autorizaciones sea limitado; o
- cuando exista una razón imperiosa de interés general que justifique esta limitación temporal.

Cuando el **número de autorizaciones** para realizar una determinada actividad de servicios esté limitado, se concederá una autorización de duración limitada y proporcionada atendiendo a las características de la prestación del servicio y no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de ventaja para el prestador cesante o personas que estén especialmente vinculadas a él (L 17/2009 art.8.2).

7818 Clases

Las autorizaciones pueden ser clasificadas atendiendo a diversos criterios:

a) Por su **transmisibilidad**:

1. **Transmisibles**: son autorizaciones que pueden ser transmitidas *inter vivos* o *mortis causa* por parte del particular autorizado a un tercero. La doctrina distingue entre las autorizaciones personales, es decir, aquellas que se otorgan en atención a las cualidades del solicitante, y las autorizaciones reales, que son aquellas que se otorgan teniendo en cuenta las características de los bienes a los que se refieren. Las primeras podrán ser intransmisibles si así se prevé reglamentariamente.

2. **Intransmisibles:** se caracterizan por la imposibilidad de transmitirse a terceras personas. En el ámbito local, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, señala que no serán transmisibles las licencias cuando el número de las otorgables fuese limitado (RSCL art.13.3).

b) Por su objeto:

1. **De actividad:** autorizaciones cuyo objeto es permitir la realización de una determinada actividad por parte del solicitante (p.e. licencias de caza, autorizaciones para la apertura de farmacias y licencias urbanísticas).

2. **Demaniales:** son aquellas cuyo objeto es permitir a un particular el uso de un determinado bien de dominio público por un período limitado de tiempo (p.e. licencias de montes y licencias de costas).

c) Por su eficacia:

1. **Simples:** tienen como objeto una conducta aislada y concreta que se realiza por el sujeto autorizado y que determina la extinción por terminación de la autorización misma. En estos casos la Administración ejerce un control inicial y negativo sobre la actividad autorizada, limitándose a comprobar la legalidad de esa actividad (ejemplos de ello son la autorización para la celebración de una prueba deportiva en una vía pública).

2. **Operativas:** se refieren a una actividad privada que se desarrolla de modo continuado y permanente en el tiempo. En este caso, la Administración no solo realiza un control de legalidad inicial al otorgar la autorización sino que también controla al particular para que desempeñe la actividad autorizada de forma adecuada a través de planes o programas sectoriales.

d) Por su onerosidad:

1. **Gratuitas:** son autorizaciones que no requieren una contraprestación previa para que el particular pueda ejercer la actividad o derecho al que le faculta la autorización.

2. **Sujetas a tasa:** se trata de autorizaciones que se hacen depender del previo pago de una tasa para poder gozar del derecho que otorga la autorización. Son muy frecuentes en los casos de autorizaciones demaniales.

e) Por el control: de acuerdo con este criterio, las autorizaciones pueden variar dependiendo del grado de discrecionalidad que ostenta la Administración a la hora de otorgarlas. Pueden ser:

1. **Regladas:** en estas el grado de discrecionalidad de la Administración es muy limitado, pues se limita exclusivamente a comprobar si se cumplen los requisitos legales que habilitan la autorización.

2. **Discrecionales:** a diferencia de las autorizaciones regladas, en las autorizaciones discrecionales la Administración cuenta con una mayor capacidad de decisión porque no solamente controla si se cumplen los requisitos legales sino que también puede imponer condiciones adicionales al particular.

7830 Procedimientos de obtención de autorización general

(L 17/2009)

Existen una serie de reglas para garantizar que los procedimientos para otorgar y tramitar las autorizaciones reúnan los requisitos necesarios para asegurar la libertad de establecimiento, todo ello sin perjuicio de que los procedimientos específicos para cada tipo de autorización se encuentren regulados en distintas **leyes sectoriales** (Ley de Costas, leyes urbanísticas, Ley de Caza, Ley de Seguridad Privada, etc.).

Por otra parte, la LPAC, establece **criterios comunes** para este tipo de procedimientos:

1. Dispone que estos procedimientos deberán tener **carácter reglado**, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación (L 17/2009 art.6). Debemos asimismo recordar que los procedimientos de concesión de autorizaciones cuyo número esté limitado, deberán garantizar la concurrencia competitiva.

2. Deberán respetar las disposiciones recogidas en la LPAC, así como garantizar la aplicación general del **silencio administrativo** positivo. Los supuestos de silencio administrativo negativo en este tipo de procedimientos de autorización constituyen excepciones que deben estar previstas en una norma con rango de ley, y, además, justificadas por razones de interés general.

7832 Régimen de autorización autonómico y local

En el ámbito autonómico y local, se aplicará además de lo expuesto en la normativa estatal general, la **legislación sectorial específica** relativa a cada bien o derecho objeto de cada autorización.

Precisiones

No obstante, en lo que respecta al ámbito local, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales establece un **procedimiento tipo** que se aplicará en defecto de otro procedimiento especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía (RSCL art.9). El propio Reglamento contempla un **procedimiento especial** para la concesión de autorizaciones para el ejercicio de servicios privados prestados al público (RSCL art.17).

7834 Extinción

Las autorizaciones se extinguen cuando el particular cesa en su facultad para ejercer el derecho o la actividad previamente otorgada por la Administración. Además, pueden extinguirse, entre otras, por las siguientes razones:

- **Muerte o incapacidad** sobrevenida del titular de la autorización.
- Por **vencimiento del plazo**, si la autorización ha sido concedida por un tiempo determinado.
- **Revocación**, en aquellos casos en los que la legislación sectorial así lo prevea.
- **Renuncia** del titular.

2. Concesiones

7836	Concepto: diferencias notables con las autorizaciones	7838
	Sujetos	7840
	Régimen Jurídico	7842
	Clases	7844
	Procedimiento de obtención de concesiones	7846
	Extinción	7848

7838 Concepto: diferencias notables con las autorizaciones

La concesión es el acto administrativo en virtud del cual la Administración transfiere a un particular la facultad de realizar una determinada actividad que, por pertenecer a la titularidad de la Administración, no formaba parte del **patrimonio jurídico** de aquel.

La concesión administrativa ha quedado definida por el **Tribunal Supremo** como toda institución que agrupa distintas especies de negocios jurídicos presididos por la idea de cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa. El concepto incluye todos aquellos actos de las Administraciones públicas por los que se faculta a los particulares para la realización o gestión de determinado servicio público o se les atribuye el aprovechamiento específico y exclusivo de bienes de dominio público (TS 5-3-07, EDJ 15821).

7840 Sujetos

Los **elementos subjetivos** en una concesión son los siguientes:

- La autoridad concedente, que es una Administración pública ya sea local, autonómica o estatal;
- el concesionario, que es la persona física o jurídica titular de la concesión; y
- los usuarios, en el caso de concesiones de servicios públicos (limpieza de calles, recogida de residuos, etc.).

7842 Régimen jurídico

Ya se ha señalado que la concesión es, un contrato entre un particular y una Administración pública; de ahí que su regulación jurídica se encuentre en la LCSP; por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Dir 2014/23/UE y 2014/24/UE , de 26 de febrero de 2014. Así, los contratos de concesión **pueden clasificarse** en dos tipos: contrato de concesión de obras y contrato de concesión de servicios.

Respecto al **contrato de concesión de obras**, su objeto es la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones contenidas en la LCSP art.13 referente al contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, eso sí, en ambos casos el derecho de explotación de las obras deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos (LCSP art.14).

Por otro lado, respecto al **contrato de concesión de servicios**, es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Aquí también

el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional (LCSP art.15).

En cuanto al **ámbito funcional**, deberá especificarse expresamente el concreto servicio cuya gestión se transfiera así como las facultades reservadas a la Administración concedente, y el ámbito territorial del mismo.

El **contenido** de estos contratos hace referencia a las obligaciones recíprocas que asumen cada una de las partes.

El derecho más importante del concesionario es explotar el servicio y percibir por ello una **retribución**, ya sea directamente de los usuarios del servicio, o ya sea de la propia Administración contratante.

La Administración conserva durante toda la vida del contrato los **poderes de policía**, es decir, la Administración podrá realizar labores de comprobación y vigilancia de la actividad llevada a cabo por el concesionario (LCSP art.261.1.f para el contrato de concesión de obras públicas y LCSP art.287.2 y 288.b para el contrato de gestión de concesión de servicios), con el fin de asegurar la correcta prestación del servicio. De este modo, regula las características del servicio y las puede modificar por razones de interés público.

El concesionario asume el **riesgo y ventura** de la ejecución de las obras y explotación del servicio, así como el riesgo operacional de la concesión. No obstante, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico cuando se modifiquen las condiciones del contrato originario por razones de interés público. En estos casos, el contratista podrá modificar las tarifas que deben satisfacer los usuarios del servicio, o ampliar el plazo de la concesión.

7844 Clases

Las concesiones se clasifican:

a) Por su **objeto**:

- **demaniales**: cuyo objeto es la ejecución de obras y/o explotación de bienes de dominio público;
- **de servicios**: en la que la Administración confía a un empresario que lleve a cabo de manera autónoma, bajo su inmediata dirección y responsabilidad, y asumiendo los riesgos y beneficios de la explotación un servicio público, sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio económico de la explotación.

b) Por su **régimen financiero**:

- con o sin **subvención**: se caracterizan, no solo por habilitar un derecho sobre un servicio o un bien de dominio público a un particular, sino que también va acompañada de una ayuda económica de la Administración concedente. Dicha ayuda económica no existe si se trata de concesiones sin subvenciones;
- con **garantía** o sin ella: el concesionario está obligado a prestar caución en previsión de los posibles daños y perjuicios que cause en el bien público protegido, o bien a terceros beneficiarios de los servicios provistos por el concesionario.

c) Por la **Administración concedente**:

- **estatales**: en tal caso, la Administración concedente es la Administración General del Estado.
- **autonómicas**: es una comunidad autónoma la Administración concedente.
- **locales**: la Administración concedente es un municipio.

7846 Procedimiento para la obtención de las concesiones

El procedimiento para la obtención de una concesión de servicio público se encuentra regulado en la LCSP y se rige por los **principios** de:

- publicidad;
- transparencia; y
- concurrencia.

7848 Extinción de las concesiones

Puede producirse por dos **tipos de causas**:

1. Por el transcurso del **plazo** de su duración: los contratos de concesión de obras y de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si la concesión sobrepasara el plazo de 5 años, la duración máxima de la misma no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios. En cualquier caso, la concesión no podrá tener una **duración superior** a (LCSP art.29.6):

- 40 años (para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación del servicio);

- 25 años (en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios) y
- 10 años (cuando su objeto sea la prestación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en el primer guión de este epígrafe).

Concluido el plazo, se produce la **reversión**, conforme prevé la LCSP art.283 para el contrato de concesión de obras y la LCSP art.291 para el contrato de concesión de servicios, es decir, pasa a la propiedad de la Administración contratante las obras, instalaciones y demás bienes a que esté obligado el concesionario, con arreglo al contrato, y que resultan necesarios para la prestación del servicio.

2. Causas de resolución anticipada que se enumeran en la LCSP art.279 (resolución del contrato de concesión de obras) y LCSP 294 (resolución del contrato de concesión de servicios), preceptos que deben ser completados con las causas de resolución comunes a todos los contratos que se encuentran recogidas en la LCSP art.211 . Estos motivos específicos son:

- la **demora superior** a 6 meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o los medios auxiliares a los que se obligó según el contrato;
- la **imposibilidad de la explotación del servicio** como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad a la celebración del contrato;
- el **rescate** del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público;
- la **supresión del servicio** por razones de interés público;
- la **ejecución hipotecaria** declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera; y
- El **secuestro** o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

Precisiones

Respecto a la **figura del rescate**, este se define como el poder de rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración.

En los casos en los que la resolución sea **imputable a la Administración** (por demora, por imposibilidad, por rescate o por supresión del servicio), esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas, además de una indemnización por los daños y perjuicios que se le ocasionen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir y la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración.

En los casos de **imposibilidad** de explotar el servicio, rescate y supresión del servicio, no opera la reversión, pero la Administración abonará al concesionario el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por este, hayan de pasar a propiedad de la Administración.

3. Declaración responsable

7850 Es un documento emitido por un particular a la Administración cuyo objeto es manifestar bajo responsabilidad del interesado emitente y de manera clara, precisa y terminante, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un **derecho o facultad**, y que dispone de la documentación que así lo acredita. Asimismo, se compromete a mantener el cumplimiento de dicho reconocimiento o ejercicio durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o derecho.

La declaración responsable tiene por **objeto** el reconocimiento de un derecho o una facultad, sin más trámites que la presentación de la declaración, de manera que se aprecian unos efectos constitutivos a la declaración que no tiene la solicitud de la autorización.

Tanto las declaraciones responsables como las comunicaciones previas, encuentran su origen en la Dir 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo , relativa a los servicios en el mercado interior, conocida también como **Directiva Bolkestein** cuyo objeto es agilizar los procedimientos administrativos. En España, esa Directiva es desarrollada a partir de la L 17/2009 y, especialmente, la L 25/2009 (Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, también llamada **Ley Ómnibus**).

Como **consecuencia de estas reformas**, las Administraciones ya no podrán, según el tenor literal de la Ley de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (L 12/2012 art.3):

- Exigir autorizaciones de funcionamiento o de actividad que sujeten a autorización previa el ejercicio de la **actividad comercial** a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento comercial.
- Tampoco están sujetos a licencia los **cambios de titularidad** de las actividades comerciales y de servicios. En estos casos, será exigible comunicación previa a la administración competente a los solos efectos informativos.
- Tampoco será exigible licencia o autorización previa para la realización de las obras ligadas al **acondicionamiento de los locales** para desempeñar la actividad comercial cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra, de conformidad con la L 38/1999 , de ordenación de la edificación.

7852 Sujetos

Estos son dos:

- la figura del **interesado**, contenida en la LPAC art.4 en relación con el art.69 de la misma ley, será quien promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos, mediante la presentación de la documentación necesaria para que se le reconozca un derecho o la capacidad para su ejercicio.
- la **Administración competente** encargada de vigilar que efectivamente, la documentación del particular realmente reúna los requisitos establecidos en la normativa vigente.

7854 Régimen jurídico

La declaración responsable está sujeta al principio de **libertad de forma** que informa el ordenamiento jurídico administrativo, es decir, que el documento que contiene la declaración responsable deberá ser admitido por el órgano administrativo destinatario, cualquiera que sea su forma, siempre y cuando reúna los requisitos que exija la LPAC art.69 o la norma especial concreta.

La LPAC art.69 contempla, como **forma de presentación** de la declaración responsable, la existencia de modelos normalizados que las administraciones deberán poner a disposición de los interesados. Estos modelos, facilitan la labor al interesado y en mayor medida cumplen la función de contemplar todos los **requisitos de contenido** exigidos, aunque no excluyen que el interesado presente una declaración responsable en un documento distinto al modelo normalizado y que deba ser admitido por el órgano administrativo. Gracias a la **declaración responsable**, se reconocen derechos o facultades bajo la propia responsabilidad del administrado, sin necesidad de tomar parte en un procedimiento de solicitud de licencias.

En suma, la declaración responsable es una **manifestación**, y esa manifestación contiene el compromiso responsable de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente.

Precisiones

El régimen de las declaraciones responsables y las comunicaciones previas se desarrolla en la LPAC art.69 . En líneas generales, con la entrada en vigor de la LPAC se mantuvo intacto el régimen jurídico de las declaraciones responsables y de las comunicaciones que recogía la hoy derogada LRJPAC art.71 bis . No obstante, con la entrada en vigor de la LPAC se añadió un pequeño epígrafe que reza como sigue: «Únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente.»

7856 Procedimiento de convalidación

La **esencia** de la declaración responsable no es su posible situación como alternativa a la autorización o a la licencia, sino que la declaración responsable evita la tramitación de un procedimiento administrativo (nº 7850).

Como **regla general**, para que la Administración conceda un derecho, es necesario que el particular se someta a un procedimiento administrativo específico (autorizaciones, concesiones...). En cambio, en la declaración responsable se elimina la necesidad del procedimiento administrativo, que se residencia a un control posterior. Es decir, la Administración únicamente supervisa que la documentación presentada reúne los requisitos necesarios.

Así las cosas, la LPAC art.69 admite la **eficacia** de la declaración responsable «desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas».

4. Comunicación previa

7858	Concepto: diferencias con la declaración responsable	7860
	Sujetos	7862

Régimen Jurídico	7864
Procedimiento de convalidación	7866
Efectos derivados de inexactitud, falsedad u omisión de la declaración responsable y la comunicación previa	7868

7860 Concepto: diferencias con la declaración responsable

La comunicación previa es considerada por la doctrina como una alternativa a la declaración responsable, como instrumento sustitutivo de la licencia o de la autorización. Se entiende por comunicación previa todo documento mediante el cual los interesados ponen en conocimiento de la Administración competente sus datos identificativos y demás **requisitos necesarios** para el ejercicio o el inicio de una actividad (LPAC art.69.2).

Se **asemeja** a la declaración responsable en el sentido en que ambos documentos permiten el reconocimiento de un derecho o el ejercicio del mismo desde el momento mismo de su presentación, sin perjuicio de los posteriores controles y comprobaciones que efectúe la Administración.

Sin embargo, **se diferencian** en que la declaración responsable comunica no solo los datos del solicitante sino también una asunción de responsabilidad; en cambio, en la comunicación previa el interesado únicamente pone en conocimiento de la Administración los datos que deben aparecer en la solicitud.

7862 Sujetos

Estos son dos:

- el **comunicante**, que es el que comunica a la Administración competente que posee los requisitos formales necesarios para el reconocimiento o el ejercicio de un derecho;
- la **Administración competente**, la cual está facultada para comprobar, controlar o inspeccionar la veracidad de la información contenida en la comunicación previa.

7864 Régimen jurídico

En la comunicación previa, se ponen en conocimiento del órgano administrativo unos datos, mientras que en la declaración responsable el comunicante asume responsabilidad sobre el derecho susceptible de reconocimiento o ejercicio, además de aportar información; aunque la Administración podrá efectuar controles ulteriores. Si la Administración competente detectase un **vicio subsanable** en la comunicación previa, se lo notificará al interesado para que en el plazo de 10 días subsane el documento. Ante este hecho pueden darse lugar a **tres situaciones** distintas:

- Que la información presentada sea suficiente para continuar el procedimiento.
- Que la información no sea suficiente pero se hubiese subsanado en el plazo previsto.
- Que ni la información sea suficiente, ni se subsane en plazo.

En los dos primeros casos se continúa con la tramitación mientras que en el último la Administración resuelve el procedimiento haciendo constar al interesado la posibilidad de recurrir el acto de la Administración.

Por otro lado, la comunicación previa también cuenta con **normativa propia** en el derecho local, así, en la LBRL art.84 ter se generaliza el empleo de la declaración responsable y la comunicación previa. Con fundamento en este artículo, los **entes locales** deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la actividad por los interesados.

Sin embargo, la **normativa sectorial** no exime al particular de la obligación de obtener otras autorizaciones cuando así lo requiriese la normativa sectorial.

7866 Procedimiento de convalidación

Al igual que en la declaración responsable, la particularidad de la comunicación previa no es tanto su régimen procedimental sino que gracias a ella, el particular no está obligado al sometimiento de un procedimiento administrativo para obtener el reconocimiento o el ejercicio de un derecho, es decir, desempeña una función de **simplificación administrativa**, pero, al contrario que la declaración responsable, es una mera declaración formal.

En otro orden de cosas, la comunicación previa ha de tener el siguiente **contenido** (LPAC art.69):

- el nombre y apellidos del solicitante o su representante;
- medio preferente para ser notificado;
- petición;
- lugar;
- fecha;
- firma y

- órgano al que se dirige.

Por otro lado, y como **excepción**, se puede presentar la comunicación previa en un plazo posterior al inicio de la actividad solicitada cuando así lo prevea la legislación correspondiente.

Precisiones

El **procedimiento general** de solicitudes de iniciación de procedimientos a instancia del administrado se regula en la LPAC art.66 . Este artículo contempla la obligación a los solicitantes de presentar modelos específicos cuando la administración así lo establezca en un procedimiento concreto.

7868 Efectos derivados de inexactitud, falsedad u omisión de la declaración responsable y la comunicación previa

Tanto en la declaración responsable como en la comunicación previa, la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier dato, adjuntado a la Administración determinará, en primer lugar, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o facultad ejercitada desde el momento en que exista constancia de tales hechos (LPAC art.69.4). Además, dichos hechos también pueden ser susceptibles de generar **responsabilidades** penales, civiles o administrativas.

No obstante, dado que lo que se entiende por esencial es un concepto jurídico indeterminado, es necesario acudir a una interpretación doctrinal del conjunto del artículo. Partiendo de que la declaración responsable y la comunicación previa descansan sobre la **confianza en el particular** se puede concluir que:

- una **inexactitud** sería susceptible de una sanción más leve o incluso de que no recayese una sanción, sino la obligación del particular de subsanar esa inexactitud;
- en cambio, una **falsedad** es algo más grave, porque existe el dolo de sustituir la verdad por una mentira.
- De forma análoga ha de considerarse a la **omisión** si se descubre que ha sido intencional.

En todo caso, la resolución de la Administración pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de **restituir la situación jurídica** al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

Una vez descritos los efectos de la presentación de una declaración responsable o comunicación previa falsa, inexacta o que omite información, se expondrá el **momento** en que empezarán a desplegarse los mismos. Según la LPAC art.69.4 , la invalidez «empezará a desplegar efectos a partir del momento en que se tenga constancia de tales hechos».

P. Expropiación forzosa

7870	1.	Expropiación forzosa	7872
	2.	Sujetos	7892
	3.	Requisitos	7902
	4.	Justiprecio	7912
	5.	Jurado	7930
	6.	Procedimiento de urgencia	7936
	7.	Reversión expropiatoria	7942

1. Expropiación forzosa

7872	a.	Fundamento	7874
	b.	Límites	7876

a. Fundamento

7874 Conforme establece el Código Civil, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (CC art.348); en efecto, la **propiedad** no se configura como un derecho absoluto y, como cualquier otro derecho, ha de servir a una necesidad colectiva para subsistir o mantenerse.

Estos postulados se convierten hoy en principio constitucional a partir de las previsiones contenidas en la Const art.33.2 y 128.1 :

- «La **función social** de estos derechos (propiedad y herencia) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes» (Const art.33.2) y
- «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al **interés general**» (Const art.128.1).

De este modo, cuando las **necesidades colectivas** reclaman su desaparición nada se puede objetar a esa exigencia si está fundada.

Esto se manifiesta, a la vez:

- en un **orden general** o de régimen y
- en un orden **particular**, referido a situaciones concretas.

Esto último es lo propio de la expropiación forzosa: no se altera el *status* general de la propiedad, simplemente se propone un **sacrificio de una situación específica** ante intereses superiores. Pero, a la vez, tal sacrificio se reduce al mínimo, ya que la pérdida de la situación sacrificada es sustituida por un **equivalente dinerario** para que la carga pública que la extinción de la propiedad supone, no recaiga solo sobre la persona del afectado, sino que se reparta entre toda la colectividad.

b. Límites

7876 Como consecuencia de lo extraordinario de su alcance, nuestro ordenamiento jurídico somete esta institución a un conjunto de límites que tratan de garantizar su contenido, y que **son**:

- El sometimiento a una normativa rigurosa (nº 7878).
- La exclusión de su ámbito de los derechos de naturaleza no patrimonial (nº 7880).
- La necesidad de una causa tasada que lo legitime (nº 7882).
- El establecimiento de un conjunto de garantías que protejan a los administrados (nº 7884).

7878 Legislación vigente

La Constitución dispone que: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de **utilidad pública o interés social**, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo previsto por las leyes» (Const art.33.3).

Al margen de este marco constitucional, la regulación vigente de la expropiación forzosa está sometida en la Ley de Expropiación Forzosa y en su Reglamento de desarrollo (LEF y REF, respectivamente).

7880 Objeto

Aunque la formulación de la LEF art.1 es muy amplia: «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada, de derechos o intereses patrimoniales legítimos», quedan excluidos los **derechos de naturaleza no patrimonial** (derechos de la personalidad y familiares).

Conviene precisar dos cuestiones al respecto, como son:

1. Los intereses patrimoniales legítimos son solo aquellos intereses sumamente calificados cuyo sacrificio imponga la necesidad de la indemnización.

2. La LEF parece tener una intención limitativa de excluir de la expropiación a los **bienes de dominio público**, reconduciéndose tal posibilidad a la figura de la mutación demanial (LEF art.1), recogida en la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas (L 33/2003).

Por lo demás, esta privación puede revestir cualquiera de las **modalidades** que en el mismo precepto se enumeran: «Venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de ejercicio». Teniendo en cuenta que la enumeración de los supuestos de privación singular que hace la LEF art.1 tienen **carácter enunciativo** y no excluye la posibilidad de otros distintos (REF art.1).

7882 Fin: la «causa expropiandi»

La expropiación ha de legitimarse en una causa precisa, tasada y estimada por la ley. Así lo dispone la Const art.33.3 , y lo reitera la LEF art.1 . El fin de la expropiación no es la mera privación de la propiedad, sino el **destino posterior** al que ha de afectarse el bien que se expropia.

Por **utilidad pública** se entienden las exigencias del funcionamiento de la Administración (obras públicas y servicios públicos) o de sus concesionarios.

Por el **interés social** hay que entender cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario distinto del supuesto anterior.

7884 Garantías jurisdiccionales (LEF art.125 a 128)

Se contempla una serie de garantías jurisdiccionales a favor de los administrados frente a un ejercicio indebido por la Administración de su potestad expropiatoria. Estas garantías o límites **son**, a saber:

- protección frente a la vía de hecho (nº 7886);
- protección frente a los supuestos en que se produce vicio de procedimiento o infracción de las prescripciones que la Ley establece para el expediente expropiatorio (nº 7888);
- protección frente a la lesión de alguna de las partes en la determinación del justiprecio (nº 7890).

7886 Protección frente a la vía de hecho

Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilización pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta ley, la Administración ocupara o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de **retener y recobrar**, para que los jueces le amparen, y en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida (LEF art.125).

La consecuencia para la Administración de este incumplimiento, es la **pérdida de su posesión privilegiada**, de forma que podrá ser llevada ante los tribunales ordinarios y combatida por los procedimientos de Derecho común (así resulta con carácter general de la LPAC art.105).

La utilización de los **interdictos o acciones posesorias** no excluye el empleo de los demás medios legales procedentes (como precisa la LEF art.125). Ante una actuación de la Administración constitutiva de vía de hecho cabe, pues, utilizar **tres tipos de instrumentos**:

1. Todas las acciones declarativas reconocidas con carácter general por el Derecho común, las previstas en la LH art.41 , y en especial las interdictales, que son remedios inmediatos y sumarios.
2. Los recursos administrativos.
3. Los recursos contencioso-administrativos.

7888 Protección frente a los supuestos en que se produce vicio de procedimiento o infracción de las prescripciones que la Ley establece para al expediente expropiatorio

El **recurso contencioso-administrativo** podrá interponerse contra la resolución que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de sus piezas separadas, con fundamento en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente ley (LEF art.126).

7890 Protección frente a la lesión de alguna de las partes en la determinación del justiprecio

Cuando el precio que se fija como indemnización difiere en más de un sexto del valor real de la cosa (LEF art.126), cualquiera de las partes podrá recurrir el acuerdo del jurado provincial de expropiación en vía contencioso-administrativa.

Para la interposición del recurso contencioso-administrativo por la Administración, el Tribunal Supremo exige la **previa declaración de lesividad**.

2. Sujetos

7892 Se distingue entre sujeto activo o expropiante (nº 7894), sujeto pasivo o expropiado (nº 7898), y beneficiario (nº 7896).

7894 Expropiante

Se trata del **titular** activo de la potestad expropiatoria. Conforme establece la LEF, «la expropiación forzosa solo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia o el Municipio» (LEF art.2).

Como se ve, solo pueden ser expropiantes las **Administraciones territoriales** (habría que añadir por tanto, tomando como referencia el texto Constitucional de 1978, las comunidades autónomas).

El resto de **personas jurídico-públicas** no pueden ser expropiantes, aunque sí beneficiarios. Además, en la LRJSP art.89.2 , se excluye expresamente a los **organismos públicos** de la potestad expropiatoria: «Dentro de su esfera

de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria».

El Reglamento de expropiación forzosa especifica los **órganos** que han de actuar en cada supuesto (REF art.3):

- En las expropiaciones del **Estado**, en general, los Delegados del Gobierno.
- En las realizadas por las **Administraciones locales**, el Alcalde y el Presidente de la Diputación.

En cuanto a las **expropiaciones** que realicen las **comunidades autónomas**, aunque el citado Reglamento (que como decíamos es de 1957) no las contempla, parece claro que habrá de ser el Gobierno de las mismas o aquel de sus miembros quienes determinen las normas que regulen su organización interna.

7896 Beneficiario

Es el sujeto que representa el **interés público** o social que le autoriza a instar el ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración y que adquiere el bien o derecho expropiado.

La LEF art.2 distingue en este punto según se trate de expropiaciones por causas de utilidad pública o interés social:

- «...podrán ser beneficiarios de la expropiación forzosa por causa de **utilidad pública** las entidades y concesionarias a los que se reconozca legalmente esta condición».
- «Por causa de **interés social** podrá ser beneficiario, aparte de las indicadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurren los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos».

7898 Expropiado

Establece la LEF que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación (LEF art.3.1).

Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará **propietario o titular** a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que solo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente.

Siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente, se entenderán también las diligencias con los **titulares de derechos reales e intereses económicos** directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos. Si de los registros señalados en el párrafo anterior resultare la existencia de dichos titulares o arrendatarios, será preceptiva su citación en el expediente de expropiación (LEF art.4).

7900 Cuando se trate de **expropiaciones** realizadas **por el Estado**, habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado la relación de bienes y derechos a expropiar y en el de la provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si lo hubiere, comunicándose además a los **ayuntamientos** en cuyo término radique la cosa a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios.

Cuando no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieran incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa, se entenderán las diligencias con el **Ministerio Fiscal**.

Por tanto, **pueden ser expropiadas**:

- las instituciones de Derecho público,
- establecimientos e instituciones privadas de utilidad pública y, por supuesto,
- los particulares.

3. Requisitos

7902 El ejercicio de la potestad expropiatoria viene condicionado por su sometimiento a un estricto **procedimiento formal**. La vigente LEF exige un requisito previo a la expropiación forzosa: la declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado.

Después, una vez autorizada la Administración para el ejercicio concreto de la potestad expropiatoria, aparecen las tres **etapas** del procedimiento *stricto sensu*:

- necesidad de ocupación de los bienes o de la adquisición de derechos;
- determinación del justiprecio; y
- pago y toma de posesión.

Estos cuatro estados mencionados, corresponden a los cuatro **momentos** lógicos propios de la operación jurídico-administrativa, que lleva consigo:

- Su autorización.
- Su aplicación a un bien o derecho en concreto.
- La fijación de la indemnización.
- La consumación de la relación que se establece entre la Administración y el expropiado por el pago y toma de la posesión.

7904 Declaración de utilidad pública o de interés social

Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado (LEF art.9 .

Tal requisito, **presupuesto básico** indispensable para el ejercicio de la potestad expropiatoria, habrá de realizarse mediante ley. No obstante, conviene señalar a este respecto que:

a) «La utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los **planes de obras y servicios del Estado**, Provincia y Municipio. En los demás casos en que por Ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones las Leyes que las regulan hubieran dispuesto otra cosa» (LEF art.10).

b) «En todos los casos no previstos en el artículo 10 y relativos a bienes **inmuebles**, siempre que no se trate de los que con arreglo a esta ley se regulan por disposición especial, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante Ley aprobada por las Cortes» (LEF art.11).

c) «Respecto a los **bienes muebles**, la utilidad pública habrá de ser declarada expresa y singularmente mediante Ley en cada caso, a no ser que esta u otra Ley hayan autorizado la expropiación para una categoría especial de bienes, en cuyo supuesto bastará el acuerdo del Consejo de Ministros» (LEF art.12).

7906 Declaración de la necesidad de la ocupación de los bienes o derechos objeto de la expropiación

Es el acuerdo en que la Administración determina concretamente cuáles son los bienes y derechos que han de ser objeto de la expropiación.

Así, la LEF art.15 establece que: «Declarada la utilidad pública o interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación. Mediante **acuerdo del Consejo de Ministros** podrán incluirse también entre los bienes de necesaria ocupación los que sean indispensables para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate».

Y añade: «cuando se trate de expropiar **bienes de la iglesia**, se observará el régimen establecido al efecto en el Concordato vigente, ajustándose en lo demás a lo preceptuado en esta ley» (LEF art.16).

7908 Los **trámites** para llegar a este acuerdo de necesidad de ocupación tienen el carácter de previos, y pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Los trámites normales del expediente se inician con una **relación** que la Administración expropiante o el beneficiario, en su caso, deben presentar, en la que se contengan individualmente los bienes o derechos a expropiar (LEF art.17).

2. Se abre a continuación un período de **información pública** durante el plazo de 15 días. Al finalizarse este, se abre otro de 20 días, durante el cual la Administración debe proceder al examen y calificación de los escritos de oposición que se hayan presentado y a incorporar las certificaciones y documentos que puedan extenderse por los Registros de la Propiedad y otras dependencias públicas.

3. La siguiente fase se inicia con el **acto administrativo** por el que se acuerda la necesidad de ocupación. Este acuerdo ha de publicarse y, además, notificarse individualmente a todos los interesados en el expediente (LEF art.21). Contra el mismo procede recurso de alzada ante el ministerio correspondiente.

Contra la **orden ministerial** resolutoria del recurso, señala la LEF art.22 , que no cabe impugnación en vía contencioso-administrativa. Sin embargo, a partir del TS 13-5-71, y a la vista de la Const art.24.1 , que proclama la **tutela judicial efectiva**, y de la LJCA, la regla general es hoy la recurribilidad de todos los actos de la Administración.

7910 Finalmente, la LEF art.23 recoge una precisión importante: «Cuando la expropiación implique solo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquella resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá este solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de 10 días. Dicha resolución es susceptible de **recurso de alzada** previsto en el artículo anterior, y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46».

Ahora bien, repetimos, la **regla general** es hoy la recurribilidad de todos los actos de la Administración.

7912 Una vez **firme el acuerdo** por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos expropiables, se procederá a determinar su justo precio (LEF art.25).

En efecto, toda expropiación implica en nuestro Derecho un **deber de indemnización**. El problema se plantea en torno a la forma de establecer ese valor de sustitución.

La fijación del justiprecio se tramitará como **pieza separada**, encabezada por la exacta descripción del bien concreto que haya de expropiarse. A tal fin se abrirá un **expediente individual** a cada uno de los propietarios de bienes expropiables. El expediente será único en los casos en que el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas, o cuando varios bienes constituyan una unidad económica (LEF art.26).

7914 Elementos integrantes del justiprecio y momento de la valoración

Según la LEF:

«...las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al **tiempo** de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro.

Las **mejoras** realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables salvo cuando se hubieran realizado de mala fe» (LEF art.36).

Deviene necesario mencionar las siguientes **particularidades**:

a) El **valor subjetivo** (sentimental, afectivo) que para la persona expropiada pueden tener los bienes, no es indemnizable. Este último tiene una vía de compensación específica llamada **«premio de afección»**, y así establece que: «en todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un 5 por ciento como premio de afección» (LEF art.47).

b) Los **daños y perjuicios** del expropiado imputables objetivamente a la expropiación constituyen una partida especial que forma parte del justiprecio.

7916 Criterios de valoración

Se establecen criterios objetivos de valoración para las participaciones en el capital de empresas mercantiles, determinadas concesiones administrativas, y derechos reales sobre bienes inmuebles (LEF art.40, 41 y 42).

Sin embargo, la LEF abre un **cauce de valoración** completamente abierto y no formal: «tanto el propietario como la Administración podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resultare, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación, por ser este superior o inferior a aquella. El Jurado provincial de expropiación también podrá hacer aplicación de este artículo cuando considere que el precio obtenido con sujeción a las reglas de los anteriores resulte notoriamente inferior o superior al valor real de los bienes, haciendo uso de los criterios estimativos que juzgue más adecuados» (LEF art.43).

Por otro lado, ese mismo precepto (LEF art.43.2), precisa que ese régimen estimativo:

1. No será en ningún caso de aplicación a las expropiaciones de **bienes inmuebles**, para la fijación de cuyo justiprecio se estará exclusivamente al sistema de valoración previsto en la Ley que regule la valoración del suelo.

2. Solo será de aplicación a las expropiaciones de **bienes muebles** cuando estos no tengan criterio particular de valoración señalado por Leyes especiales.

Precisiones

1) En la actualidad, los **criterios fiscales** han quedado relegados a un papel secundario, jugando el papel de valoraciones mínimas. La inversión del sistema ha sido plena y el criterio abierto ha sustituido el criterio formal y automático con carácter general.

2) A efectos de valoración se tendrá que estar a lo dispuesto en el **Texto refundido de la Ley de Suelo** (LS/15). Ahora bien, los criterios de valoración recogidos en dicho texto, al igual que ocurrió con los textos legales que le precedieron, están siendo objeto de discusión en numerosos pleitos vinculados a expropiaciones forzosas.

7918 Procedimiento de fijación del justiprecio

La LEF establece prioritariamente el **acuerdo** o mutuo acuerdo entre la Administración y el expropiado: «la Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos

que son objeto de aquella libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado».

En caso de que en el **plazo** de 15 días no se llegara a tal acuerdo, se seguirá el procedimiento tasado en la LEF art.29 a 34 , sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo.

Así, de acuerdo con la LEF art.29 :

«1) En cada uno de los expedientes así formados la Administración requerirá a los propietarios para que en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente al de la notificación, presenten **hoja de aprecio**, en la que se concrete el valor en que estimen el objeto que se expropia, pudiendo aducir cuantas alegaciones estimen pertinentes.

2) La valoración habrá de ser forzosamente motivada y podrá estar avalada por la firma de un **perito**, cuyos honorarios habrán de acomodarse a las tarifas que aprueba la Administración, siendo siempre estos gastos de cuenta de los propietarios».

Por su parte, la LEF art.30 señala que:

«1) La Administración expropiante habrá de **aceptar o rechazar** la valoración de los propietarios en igual plazo de 20 días. En el primer caso se entenderá determinado definitivamente el justo precio, y la Administración procederá al pago del mismo, como requisito previo a la ocupación o disposición.

2) En el segundo supuesto, la Administración extenderá **hoja de aprecio fundada** del valor del objeto de la expropiación, que se notificará al propietario, el cual, dentro de los 10 días siguientes, podrá aceptarla lisa y llanamente o bien rechazarla, y en este segundo caso tendrá derecho a hacer las alegaciones que estime pertinentes, empleando los métodos valorativos que juzgue más adecuados para justificar su propia valoración a los efectos del artículo 43, y asimismo a aportar las pruebas que considere oportunas en justificación de dichas alegaciones».

7920 Ahora bien, si el propietario rechazara el precio fundado ofrecido por la Administración, se trasladará el expediente de justiprecio al **jurado provincial de expropiación** (LEF art.31).

Finalmente, el jurado de expropiación, a la vista de las **hojas de aprecio** formuladas por los propietarios y por la Administración, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación (de conformidad con lo dispuesto en LEF art.34).

Precisiones

Haciendo mención breve al jurado de expropiación, conviene señalar, sin perjuicio de su exposición detallada *in fine*, que las **resoluciones** de los jurados de expropiación han de ser:

- necesariamente motivadas, y
- ultiman la vía administrativa.

Por lo que contra las mismas solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo (LEF art.35).

7922 Pago y toma de posesión

Una vez fijado el justo precio por el Jurado, se procederá a su pago, el cual debe realizarse en el plazo máximo de 6 meses (LEF art.48). El pago se verificará mediante **talón nominativo** al expropiado o por **transferencia bancaria**, en el caso en que el expropiado haya manifestado su deseo de recibir el precio precisamente por este medio, estando dicho pago exento de toda clase de gasto, impuesto, gravamen o arbitrios (LEF art.49).

No obstante de lo anterior, no se excluye necesariamente toda **relevancia fiscal** del negocio jurídico en la expropiación forzosa, en tanto que la LEF solo determina que el propietario o titular del bien o derecho expropiado debe recibir íntegramente el justiprecio señalado (AN 13-2-01, EDJ 98952).

7924 Impuestos afectados

En este sentido, los impuestos que pueden verse afectados en el pago del justiprecio, atendiendo a las circunstancias recogidas por la ley o la jurisprudencia, son las siguientes:

a) **Impuesto sobre sociedades**: el justiprecio constituye un incremento patrimonial para la sociedad expropiada.

Por ello, en caso de que el abono del mismo se produzca en ejercicio diferente a aquel en el que tenga lugar la expropiación, puede imputarse el incremento al ejercicio en el que se pague, a opción de la sociedad receptora (L 27/2014 art.4).

b) En relación al **Impuesto sobre el valor añadido**: la expropiación está sujeta y no exenta en caso de que el expropiado sea persona física o jurídica que reúna la condición de empresario o profesional, y la expropiación lo sea de un bien o derecho propio de su giro o tráfico.

Esta constituirá hecho imponible del impuesto sobre el valor añadido, al configurarse como entrega de bienes por empresario o profesional (TS 17-11-10, EDJ 251851).

c) **Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados**: si el titular del bien objeto de la expropiación es un particular, en principio, la operación traslativa de dominio o del derecho patrimonial de que se trate estará sujeta al impuesto (TS 28-5-79, EDJ 4986).

Por el contrario, si la beneficiaria es la Administración, estaría exento (RDLeg 1/1993 art.45.I.a ; TS 24-3-80, EDJ 14714).

d) **Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos**: con carácter general, está sujeto al impuesto, sin exención objetiva alguna, el incremento del valor de los inmuebles urbanos que se ponga de manifiesto por transmisión coactiva del dominio sobre los mismos, siendo el sujeto pasivo el transmitente (RDLeg 2/2004 art.107).

Si la afectada por la expropiación es una Administración, estará exenta (RDLeg 2/2004 art.105.2).

e) **Impuesto sobre la renta de las personas físicas**: el justiprecio constituye o puede constituir para el expropiado una ganancia o pérdida patrimonial a los efectos de configuración de la base imponible del tributo en el ejercicio fiscal en el que se recibe el pago de aquel (TEAC 18-3-03 , en relación con los **intereses de demora**).

7926 Pago del justiprecio

En cuanto al pago del justiprecio, o en caso de litigio, de la consignación sustitutoria en la Caja General de Depósitos, se levantará un **acta** ante el alcalde del término en que radiquen los bienes.

Si transcurren los 6 meses sin que se proceda al pago una vez determinado el justo precio, comenzará a devengarse el **interés legal** correspondiente a favor del expropiado (LEF art.57).

Otra garantía frente a la posible demora de la Administración en dicho pago, consiste en la **retasación**, es decir, el derecho del expropiado a instar una nueva valoración adaptada a las unidades monetarias actuales, si han transcurrido 4 años desde la fijación del justiprecio sin haberse pagado (LEF art.58).

Con el pago queda cumplido el requisito fundamental para que el objeto expropiado pueda ser ocupado «por vía administrativa».

Precisiones

En este mismo sentido, la LS/15, establece un régimen para la fijación del justiprecio en las expropiaciones por **razón de la ordenación territorial y urbanística**.

Así las cosas, la propia LS/15 art.43.1 , establece que: «el justiprecio de los bienes y derechos expropiados se fijará conforme a los **criterios de valoración** de esta Ley mediante expediente individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta».

7928 Procedimientos especiales

Junto al procedimiento general (LEF Título II), la LEF establece en su Título III una serie de procedimientos especiales (que no son nunca completos, sino más bien particularidades sobre el sistema general), tipificados en función de los siguientes criterios:

- Por la **extensión del objeto expropiado**: expropiación por zonas o grupos de bienes.
- Por razón del **sujeto expropiante**: expropiación por entidades locales.
- Por los **efectos colectivos que se deriven**: expropiación que da lugar al traslado de poblaciones.
- Por razón de la **causa especial determinante**:
 - expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad;
 - de bienes de valor histórico, artístico y arqueológico;
 - por razón de urbanismo;
 - por causa de obras públicas; y
 - por razones de seguridad del Estado y defensa nacional.

5. Jurado

7930 Este jurado es un órgano *ex novo*, creado en la LEF, y al que se pretende dar en su composición un aire neutral, aunque no deje de ser un órgano administrativo de carácter arbitral, y cuya composición viene recogida y regulada en la LEF art.32 y 33 .

Se constituye en cada **capital de provincia**, y está formado por un Presidente, que será el Magistrado que designe el Presidente de la Audiencia correspondiente, y 4 vocales:

- Un abogado del Estado de la respectiva delegación de Hacienda;
- dos funcionarios técnicos designados por la delegación de Hacienda de la provincia, que serán nombrados según la naturaleza de los bienes a expropiar;
- un representante de la Cámara Oficial Sindical Agraria, cuando la expropiación se refiera a propiedad rústica, y un representante de la C. N. S. respectiva en los demás casos,
- un notario de libre designación por el decano del colegio notarial correspondiente; y, finalmente
- el Interventor territorial de la provincia o persona que legalmente le sustituya (LEF art.32).

7932 Dicho jurado, a la vista de las **hojas de aprecio** formuladas por los propietarios y por la Administración, con respecto de las que tiene deber de congruencia, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio en el plazo de 8 días, excepcionalmente prorrogable hasta 15. Este acuerdo se adoptará en la forma prevista en la LEF art.33 , debiendo ser motivado, razonándose los **criterios de valoración** seguidos, y se notificará a la Administración expropiante y a los propietarios, y, poniendo fin a la vía administrativa y contra él solo procederá el recurso contencioso-administrativo, previa **declaración de lesividad** si quien recurre es la Administración y habida cuenta de que el jurado es un órgano de la Administración.

En todo caso, la determinación del justo precio deberá realizarse con arreglo al valor que los bienes y derechos expropiables tuvieron al tiempo de incoarse el **expediente de justiprecio**, sin tener en cuenta las plusvalías que sean una consecuencia directa del plan o proyecto de obras que den lugar a la expropiación y a las previsibles en el futuro.

Las **mejoras** realizadas con posterioridad no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las mejoras anteriores son indemnizables salvo que se hayan realizado de mala fe (LEF art.36).

7934 En cuanto a los **criterios de valoración**, son distintos según la naturaleza del bien expropiado. No obstante, tanto el propietario como la Administración, podrán llevar a cabo la transacción aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, en el caso de que la evaluación practicada, de acuerdo con los criterios legales, no resultare a su juicio conforme al valor legal.

Asimismo, el jurado podrá también aplicar otros criterios de valoración cuando se considere que el precio obtenido con sujeción a los criterios legales, resulta notoriamente superior o inferior al valor real de los bienes (LEF art.43).

A ello se añadirá el **premio de afección**: un 5% del justiprecio que compensa la aflicción que produce la privación expropiatoria (daños morales).

Finalmente, y con ámbito autonómico, hay que hacer referencia a los **jurados territoriales** de expropiación que conocen de la fijación del justiprecio en los expedientes de expropiación tanto de la Administración autonómica como de los entes locales del territorio.

6. Procedimiento de urgencia

7936 Se establece la posibilidad de llevar a cabo la tramitación del procedimiento expropiatorio por vía de urgencia. A tal efecto, se establece un procedimiento que, en la actualidad, se ha convertido en el cauce normal de tramitar los **expedientes expropiatorios** (LEF art.52).

Su característica fundamental es que la ocupación del bien por la Administración precede a la determinación del justiprecio y al pago del mismo. El artículo 52.1 de la LEF , dispone que: «excepcionalmente y mediante **acuerdo del Consejo de Ministros**, podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada. En el expediente que se eleve al Consejo de Ministros deberá figurar, necesariamente, la oportuna retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago, por el importe a que ascendería el justiprecio calculado en virtud de las reglas previstas para su determinación en esta Ley».

De un lado y antes de abordar las particularidades esenciales del procedimiento, cabe añadir que, contra la declaración de urgencia del Consejo de Ministros no será procedente **recurso** alguno (LEF art.52.5), por lo que esa decisión se convierte en materia puramente discrecional, sin que quepa considerar dicha declaración como «concepto jurídico indeterminado» que sí permitiría su fiscalización.

De otro lado, una vez declarada la urgencia, y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley, se procede a la **ocupación**, sin necesidad de efectuar previamente las operaciones de justiprecio y pago, en un plazo máximo de 15 días, sin que puedan utilizarse los **interdictos** frente a la actuación administrativa.

7938 Características

Las particularidades esenciales de este procedimiento de urgencia son las siguientes:

1. Se entenderá cumplido el trámite de **declaración de necesidad** de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a su ocupación inmediata.
 2. Se notificará a los interesados afectados el **día y hora** en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación. Esta notificación se llevará a efecto con una antelación mínima de 8 días en la forma determinada en la LEF.
 3. En el día y hora anunciados se constituirán en la finca que se trate de ocupar el **representante de la Administración**, acompañado de un perito y del alcalde o concejal en que delegue, y, reunidos con los propietarios y demás interesados que concurran, levantarán un acta, en la que describirán el bien o derecho expropiables y se harán constar todas las manifestaciones y datos que aporten unos y otros, y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquellos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación.
 4. A la vista del acta previa a la ocupación y de los documentos que obren o se aporten en el expediente, la Administración formulará las **hojas de depósito** previo a la ocupación. El depósito previo se calculará con arreglo a lo establecido en la LEF art.52.4 .
- 7940 5. La Administración fijará, igualmente las **cifras de indemnización** por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, contra cuya determinación no cabrá recurso alguno, si bien en caso de disconformidad del expropiado, el jurado provincial reconsiderará la cuestión en el momento de la determinación del justiprecio.
6. Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por rápida ocupación, la Administración procederá a la inmediata **ocupación del bien** de que se trate, lo que deberá hacer en el plazo máximo de 15 días, sin que sea admisible al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar.
 7. Efectuada la ocupación de las fincas, se tramitará el **expediente de expropiación** en sus fases de justiprecio y pago según la regulación general.
 8. En todo caso, sobre el justiprecio acordado definitivamente para los bienes objeto de este artículo, se girará la **indemnización** establecida en la LEF art.56 (intereses), con la especialidad de que será fecha inicial para el cómputo correspondiente la siguiente a aquella en que se hubiera producido la ocupación de que se trata.

7. Reversión expropiatoria

(LEF art.54 y 55)

- 7942 Este procedimiento viene regulado en la LEF en los casos en los que la obra o servicio que motivó la expropiación, finalmente, no se ejecutasen. Por tanto, el expropiado podrá, tras reunir la **idoneidad suficiente** para hacer valer su derecho de reversión, revertir la titularidad del bien objeto del procedimiento expropiatorio, siempre y cuando restituya la indemnización expropiatoria percibida.

De esta manera, la LEF art.54 establece que: «En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente».

Pero **no habrá** derecho de reversión en los casos siguientes:

a) Cuando simultáneamente a la desafección del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una **nueva afectación** a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previsto.

b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social **se prolongue** durante 10 años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Si de acuerdo con lo anterior **procede la reversión**, el plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan solicitar será el de 3 meses, a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado el exceso de expropiación, la desafección del bien o derecho expropiados o su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio.

- 7944 En defecto de esta **notificación**, el derecho de reversión podrá ejercitarse por el expropiado y sus causahabientes en los casos y con las **condiciones** siguientes:

- Cuando se hubiera producido un exceso de expropiación o la desafectación del bien o derecho expropiados y no hubiera transcurrido 20 años desde la toma de posesión de aquellos.
- Cuando hubieran transcurrido 5 años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio.
- Cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de 2 años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de estos ningún acto expreso para su reanudación.

7946 La **competencia** para resolver sobre la reversión corresponderá a la Administración en cuya titularidad se halle el bien o derecho en el momento en que se solicite aquella o a la que se encuentre vinculado el beneficiario de la expropiación, en su caso, titular de los mismos.

En las inscripciones en el **Registro de la Propiedad** del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los **reversionistas** frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en la LEF art.54 y 55 sin cuya **constancia registral**, el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria.

En todo caso, conforme establece la LEF, «es presupuesto del ejercicio del derecho de reversión la **restitución de la indemnización** expropiatoria percibida por el expropiado, actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la de ejercicio del derecho de reversión. La determinación de este importe se efectuará por la Administración en el mismo acuerdo que reconozca el derecho de reversión» (LEF art.55).

7948 **Por excepción**, si el bien o derecho expropiado hubiera experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionaran su valor o hubieran incorporado mejoras aprovechables por el titular de aquel derecho o sufrido menoscabo de valor, se procederá a una nueva valoración del mismo, referida a la fecha de ejercicio del derecho, fijada con arreglo a las normas contenidas en la LEF Título II Capítulo III .

La **toma de posesión** del bien o derecho revertido no podrá tener lugar sin el previo pago o consignación del importe resultante conforme a los apartados anteriores. Dicho **pago o consignación** deberá tener lugar en el plazo máximo de 3 meses desde su determinación en vía administrativa, bajo pena de caducidad del derecho de reversión y sin perjuicio de la interposición de recurso contencioso-administrativo.

En este último caso, las diferencias que pudieran resultar de la **sentencia** que se dicte deberán, asimismo, satisfacerse o reembolsarse, según proceda, incrementadas con los intereses devengados al tipo de interés legal desde la fecha del primer pago en el plazo de 3 meses desde la notificación de la sentencia bajo pena de caducidad del derecho de reversión en el primer supuesto.

Q. Contratos del sector público

7950	1. Directivas de «cuarta generación»	7951
	2. Ley de contratos del sector público	7973

1. Directivas de «cuarta generación»

7951	Publicación en el DOUE y proyectos de leyes	7953
	Plazo de transposición	7954
	Efecto directo de las Directivas desde el 18-4-2016	7955
	Objetivos de las nuevas Directivas	7957
	Contenido de la Directiva sobre contratación pública	7958
	Contenido de la Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión	7960
	Contenido de la Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales	7967

7952 Con fecha de 28-3-2014 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) las denominadas Directivas de cuarta generación:

- sobre **contratación pública** y por la que se deroga la Dir 2004/18/CE (Dir 2014/24/UE);
- relativa a la adjudicación de **contratos de concesión** (Dir 2014/23/UE);

- relativa a la contratación por entidades que operan en los **sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales**, y por la que se deroga la Dir 2004/17/CE (Dir 2014/25/UE).

7953 Publicación en el DOUE y proyectos de leyes

En cuanto a las referidas Directivas europeas:

- se publicaron en el DOUE en **fecha** de 28 -3-2014;

- entraron en vigor a los 20 días de su publicación, y conceden un **plazo de trasposición** a los Estados miembros de 2 años (18-4-2016), sin perjuicio del plazo que otorgaban las Directivas a los Estados miembros para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en las mismas, esto es, la transposición a cada ordenamiento (Dir 2014/24/UE art.90 ; Dir 2014/23/UE art.51 ; Dir 2014/25/UE art.106 .

7954 Plazo de trasposición

El plazo de transposición de estas Directivas (a excepción de cuestiones puntuales tales como el uso de medios electrónicos, entre otras, cuyo periodo de adaptación finaliza en unos casos el 18-4-2018 y en otros el 18-10-2018), ha **finalizado el 18-4-2016**, luego la aprobación de la LCSP de 8 de noviembre de 2017, fue un año y medio después de la fecha exigida por la Unión Europea, ya que se publicó en el BOE con fecha de 9-11-2017.

De esta forma, la LCSP transpone las Dir 2014/23/UE y 2014/24/UE , de 26 de febrero de 2014. Sin embargo, la Dir 2014/25/UE hasta la fecha no ha sido traspuesta en España, ya que continúa en vigor la L 31/2007 , de 30 de octubre, sobre procedimientos de **contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales**.

No obstante, actualmente se encuentra en **trámite parlamentario** un proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Dir 2014/25/UE .

7955 Efecto directo de las Directivas en parte de su contenido desde el 18 de abril de 2016

La Jurisprudencia del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE) ha reconocido la posibilidad de que los particulares (personas físicas o jurídicas) puedan invocar directamente ante los poderes públicos los derechos que, en su caso, les confiera la Directiva en el caso de que un Estado miembro incumpla la obligación de transponer dentro del plazo establecido una determinada directiva o la haya transpuesto deficientemente.

No obstante, el TJUE ha condicionado este **efecto directo vertical** de las Directivas al cumplimiento de una serie de requisitos cumulativos que se detallan a continuación:

- a) Que haya expirado el plazo para su incorporación al Derecho nacional.
- b) Que se produzca una ausencia, insuficiencia o deficiencias en la adaptación a la Directiva del Derecho interno.
- c) Que la disposición invocada sea una disposición suficientemente clara, precisa e incondicional, de manera que de la misma resulte, sin necesidad de desarrollo complementario, el reconocimiento de derechos a favor de particulares o la imposición de obligaciones a cargo de los mismos.

7956 Previsiones adoptadas en España

Los tribunales administrativos de contratación pública elaboraron y aprobaron, en reunión celebrada el 1-3-2016, un **documento de trabajo** que pretende facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18-4-2016 deberá realizar cada uno de los tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones. Dicho documento contiene dos anexos, y analiza el efecto directo de las Directivas de contratos y de concesiones.

También, la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado** (JCCA) ha dictado una Recomendación (Resol 16-3-16, BOE de 17 de marzo) sobre la aplicación de determinados aspectos de las citadas Directivas.

Dicha **Recomendación** de la JCCA no tiene carácter vinculante, su pretensión únicamente es la de servir de guía para una aplicación uniforme de las normas de las Directivas que tienen efecto directo a partir de 18-4-2016. Además, no tiene carácter exhaustivo, puesto que no aborda todos los aspectos de las Directivas afectados por el efecto directo, sino solamente aspectos esenciales, entre los que cabe destacar la consideración de los contratos sujetos a regulación armonizada, la publicidad o los plazos para presentar ofertas o para enviar invitaciones de participación.

Al tiempo la Doctrina del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** (TACRC) y los tribunales autonómicos de recursos contractuales vienen aplicando las Directivas (Dir 2014/24/UE art.90 ; Dir 2014/23/UE art.51 ; Dir 2014/25/UE art.106) en sus resoluciones, como consecuencia de la prohibición del efecto directo vertical descendente. A modo de ejemplo el TACRC ha dictado las resoluciones que se detallan a continuación en el año 2016, reconociendo el efecto directo de las Directivas: Resol 11-11-16 ; Resol 22-12-16 o más recientemente la Resol 24-2-17 .

7957 Objetivos de las nuevas Directivas

El objetivo principal consiste, por una parte, en **simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia** de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea y, por otra, en permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de **objetivos sociales comunes**, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social.

7958 Contenido resumido de la Directiva sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Dir 2014/24/UE)

Se expone a continuación el contenido básico de la Directiva sobre contratación pública:

- **Contexto.** Se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y supone ya la cuarta generación de normas comunitarias en la materia.
- **Estructura formal.** Se compone de 138 Considerandos, 94 artículos y 15 anexos.
- Esta directiva se ocupa, por primera vez, de aspectos de la ejecución del contrato relacionados con la **adjudicación** como son las cuestiones relativas a la modificación y a la resolución.
- Se precisa el concepto de **organismo de derecho público**.
- Se suprime de la distinción tradicional entre los denominados **servicios prioritarios y no prioritarios** (servicios «A» y «B») que se contemplan en Dir 2004/18/CE anexo II .
- Se propone una revisión y clarificación de los motivos para la **exclusión de candidatos y licitadores**.
- Se habilitan **dos tipos básicos de procedimiento** ya conocidos: abierto y restringido, pero se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional.
- Se crea un nuevo tipo de **procedimiento para la contratación innovadora**: la asociación para la innovación, recogido en la Dir 2004/18/CE art.31 .
- Se modifica la regulación de la anomalía o **desproporción de las ofertas**: con la nueva regulación se limita esta técnica pues se exige al menos 5 ofertas admitidas y que las diferencias sean de un 20 por ciento con la segunda o de un cincuenta por ciento global (Dir 2004/18/CE art.69).
- Se crea un **régimen de contratación simplificado** para Administraciones autonómicas y locales.
- En relación con los **criterios de adjudicación**, es clave que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que la entidad adjudicadora considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas. Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las Dir 2004/17/CE y 2004/18/CE , procede utilizar **distinta terminología** para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad-precio».

7959 Nuevo concepto de «mejor relación calidad-precio»

La «mejor relación calidad-precio» se configura como la relación más indicada para **comparar las ofertas de soluciones innovadoras**.

Al evaluar la mejor relación calidad-precio, las entidades adjudicadoras deberán determinar los **criterios económicos y cualitativos** vinculados al objeto del contrato sobre los que se basarán para evaluar las ofertas con objeto de determinar la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista de la entidad adjudicadora. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta, estimado respecto del objeto del contrato, tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la Dir 2014/24/ UE incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación.

De este modo, se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato de que se trate. Dichos **criterios** podrán abarcar, por ejemplo:

- a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.
- b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.
- c) el servicio posventa y la asistencia técnica, las condiciones de entrega, tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o de ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad de suministro.

Precisiones

Queda **derogada** la Dir 2004/17/CE con efecto a partir del 18-4- 2016.

7960 Contenido resumido de la Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión

(Dir 2014/23/UE)

Su **ámbito de aplicación objetivo** es la concesión de obras y la concesión de servicios, ambas definidas en la Dir 2014/23/UE art.5.1 . La concesión de obras tiene por objeto la construcción y explotación de una obra, y la concesión de servicios tiene por objeto la prestación o gestión de un servicio.

Las concesiones de obras y las concesiones de servicios se definen por las siguientes **dos notas esenciales**:

- la **contraprestación** recibida por el concesionario consiste en el derecho a explotar la obra que debe ser construida por él (en la concesión de obras), o el servicio concedido (en la concesión de servicios). Ese derecho puede ir acompañado, eventualmente, de un pago por parte del ente concedente; y
- la transferencia al concesionario del denominado **riesgo operacional** en la explotación de las obras o del servicio.

7961 Nuevo concepto de riesgo operacional

De acuerdo con el régimen previsto en la Directiva, la característica principal de una concesión -el derecho de explotar las obras o los servicios- implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de **carácter económico**. Este riesgo constituye un factor que debe escapar al control de las partes y que supone que «no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión» (Dir 2014/23/UE art.5.1).

7962 Ámbito de aplicación subjetivo: «poderes adjudicadores» y «entidades adjudicadoras»

El ámbito subjetivo de la Directiva de Concesiones es más amplio que el que se contemplaba en el derogado RDLeg 3/2011 en su artículo 3 . Dicha ampliación se produjo a través de la entrada en vigor de la LCSP , cuyo art.3 contempla la misma materia.

A la Directiva de concesiones están sujetos «poderes adjudicadores» y «entidades adjudicadoras».

El concepto de **poderes adjudicadores** es el que actualmente se encuentra recogido en la LCSP art.3 como se ha mencionado anteriormente.

Cuando esos poderes adjudicadores lleven a cabo una de las actividades relacionadas en el anexo II de la Directiva y pretendan adjudicar una concesión referente a esas actividades, nos hallamos ante una **entidad adjudicadora** (Dir 2014/23/UE art.7). Las entidades adjudicadoras se definen por un elemento objetivo y otro subjetivo:

• **Elemento objetivo**: Las entidades adjudicadoras se definen porque desarrollan una de las actividades relacionadas en la Dir 2014/23/UE anexo II y adjudican la concesión para realizar una de esas actividades, esto es:

- determinadas actividades referentes al sector del gas y la calefacción;
- determinadas actividades referentes a la electricidad;
- determinadas actividades referentes a la puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable;
- actividades relativas a la explotación de una zona geográfica a fin de facilitar instalaciones aeroportuarias o portuarias marítimas o interiores u otras instalaciones propias de un terminal a transportistas por vía aérea, marítima o por rutas de navegación interior;
- actividades del sector de los servicios postales; y
- actividades referentes a la explotación de una zona geográfica con vistas a la extracción de petróleo o gas, o a la prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

En cuanto al **elemento subjetivo**, el concepto de entidad adjudicadora sigue las pautas generales de las «entidades contratantes» de la L 31/2007 art.3 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y es un concepto que también se encuentra previsto en la Directiva 2014/25/UE .

7963 Umbrales de los contratos de concesión

Únicamente se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones aquellas concesiones que encajen en la definición que acaba de ser analizada, y cuyo **valor sea igual o superior** a 5.186.000 (Dir 2014/23/UE art.8).

7964 Ámbito de exclusión

La Directiva regula en su articulado una serie de exclusiones, entre las que cabe destacar las que se detallan a continuación:

- La Directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación determinadas concesiones tradicionales en el Derecho español (Dir 2014/23/UE art.10).
- Exclusiones específicas en el **sector del agua**: se excluyen las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes (Dir 2014/23/UE art.12).
- Exclusión de las concesiones adjudicadas por una **empresa asociada**(Dir 2014/23/UE art.13).
- Exclusión de las concesiones otorgadas entre **entidades del sector público** (Dir 2014/23/UE art.17).

7965 Duración de los contratos de concesión

Las concesiones de obras y las concesiones de servicios deberán (Dir 2014/23/UE art.8):

- tener una duración limitada; y

- esta duración tendrá que responder a una **proporcionalidad** en función del concreto objeto de la concesión y, muy especialmente, deberá responder a un cálculo razonable para recuperar las inversiones acometidas y obtener un rendimiento por dicha inversión.

7966 Normas de interés para adjudicación de las concesiones

A continuación se hace referencia a determinadas normas de un gran interés en lo que concierne a la adjudicación de concesiones, que son las siguientes:

- Ampliación de la **exención de obligación de publicar anuncio de concesión** en supuestos en los que no es posible promover la concurrencia (Dir 2014/23/UE art.31).
- Posibilidad con carácter general de **negociar con los licitadores** (Dir 2014/23/UE art.37.6).
- Previsiones sobre las **exclusiones obligatorias** (Dir 2014/23/UE art.38).
- Posibilidad de cambiar el **orden de los criterios de adjudicación** tras la apertura de las ofertas, en caso de que se detecte una solución innovadora en alguna de ellas que no hubiera podido preverse (Dir 2014/23/UE art.41.3): Se trata de un supuesto excepcional en el que el ente adjudicador se replantea la puntuación o valoración que debe corresponder a los criterios de adjudicación, tras revisar la oferta de un licitador en la que encuentra una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional que no hubiera podido prever un ente adjudicador diligente.
- Aplicación del **recurso especial en materia de contratación** a las concesiones de obras y servicios: objetivo de extender el derecho al recurso eficaz y urgente en materia de contratación a las concesiones de obras y de servicios reguladas en la Directiva de concesiones.

7967 Contenido resumido de la Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (Dir 2014/25/UE)

El **ámbito de aplicación objetivo** de esta Directiva hace referencia a los contratos y concursos de proyectos cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales fijados. Por tanto, la presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes **umbrales** (Dir 2014/25/UE art.15):

- contratos de suministro y de servicios, así como en los concursos de proyectos: 414.000 €;

- contratos de obras: 5.186.000 €;

- contratos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en la Dir 2014/25/UE anexo XVII : 1.000.000 €.

7968 Principios de contratación

Las entidades adjudicadoras tratarán a los **operadores económicos** en igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la **competencia** está artificialmente restringida cuando se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

Los **Estados miembros** tomarán las medidas apropiadas para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la Dir 2014/25/UE anexo XIV.

7969 Adjudicación de contratos «inversa» y entre entidades controladas por la misma matriz

Un poder adjudicador adjudica un contrato a su poder adjudicador de control, o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista **participación directa de capital privado** en la persona jurídica

a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no ejerzan un control o un bloqueo que estén impuestas por disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada (Dir 2014/25/UE art.28.2).

7970 Contratación a una empresa asociada y a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta

Se entiende por empresa asociada la que presenta **cuentas anuales** consolidadas con las de la entidad adjudicadora. Se prevé esta contratación en la Dir 2014/25/UE art.29 .

En cuanto a la entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta, su contratación está prevista en a Dir 2014/25/UE art.30 .

7971 Contratos mixtos

Se establece un **doblo régimen** en relación con este tipo de contratos en función de si el correspondiente contrato se adjudica bien con la finalidad de satisfacer la necesidad de una actividad, bien para la realización de varias actividades (Dir 2014/25/UE art.5 y 6).

7972 Actividades

La Directiva se ocupa, respectivamente, del **suministro** (que incluirá la generación, la venta al por mayor y la venta al por menor) de gas y calefacción, electricidad, agua, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales y extracción de petróleo y gas y prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos (Dir 2014/25/UE art.8 a 14).

2. Ley de contratos del sector público

7973	a.	Régimen jurídico, objeto y finalidad	7974
	b.	Ámbito de aplicación	7976
	c.	Ámbito subjetivo	7990
	d.	Delimitación de los tipos contractuales	8022
	e.	Jurisdicción competente	8036
	f.	Principios rectores que han de regir la contratación del sector público	8042
	g.	Contenido mínimo del contrato	8052
	h.	Perfección, lugar de celebración y carácter formal de la contratación del sector público	8054
	i.	Régimen de invalidez de los contratos del sector público	8056
	j.	Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos	8070
	k.	Órganos de interés en la contratación pública	8091
	l.	Otras novedades de interés de la LCSP	8094

a. Régimen jurídico, objeto y finalidad

7974 La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), igual que su antecesora la L 30/2007 , da respuesta al objetivo de ajustarse con carácter definitivo a la normativa comunitaria.

La LCSP tiene por **objeto** regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los **principios** de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los **efectos, cumplimiento y extinción** de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

Precisiones

Además de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la **transparencia en los contratos**, siendo una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

b. Ámbito de aplicación

7976 Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la LCSP en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en la LCSP art.3 (ámbito subjetivo del LCSP, nº 7990).

Están también sujetos a la LCSP, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los **entes, organismos y entidades del sector público** que celebren otras personas físicas o jurídicas (LCSP art.23).

Es de aplicación a esta Ley los contratos que celebren las **comunidades autónomas** y las entidades que integran la **Administración local**, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la LCSP disp.final 1ª relativa a los títulos competenciales.

c. Ámbito subjetivo

7990 Sujetos del sector público	8000
Competencia para contratar	8006
Negocios y contratos excluidos	8008
Responsable del contrato	8019

8000 **Sujetos del sector público**
(LCSP art.3)

Forman parte del sector público los **siguientes entes, organismos y entidades**:

a) La **Administración General del Estado**, las Administraciones de las comunidades autónomas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la **Seguridad Social**.

c) Los **organismos autónomos**, las universidades públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los **consorcios** dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la LRJSP y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las **fundaciones** públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes **requisitos**:

1. Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2. Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3. Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las **mutuas colaboradoras** con la Seguridad Social.

g) Las **entidades públicas empresariales** a las que se refiere la LRJSP y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las **sociedades mercantiles** en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el RDLeg 4/2015 art.5 del mercado de valores.

i) Los **fondos** sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera **entidades con personalidad jurídica propia**, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

k) Las **asociaciones** constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las **diputaciones forales** y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

8002 Administraciones públicas

Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones públicas los siguientes **entes, organismos y entidades** (LCSP art.3.2):

a) Los mencionados en las letras a), b), c) y l) del apartado anterior.

b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

8004 Poderes adjudicadores

Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes **entes, organismos y entidades**:

a) Las Administraciones públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de la LCSP art.3.3 , bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Los **partidos políticos**, en el sentido definido en la LO 8/2007 art.1 , de financiación de los partidos políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la LO 11/1985 , de libertad sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la L19/1977, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la LCSP art.3.3.d y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

Los sujetos obligados deberán aprobar unas **instrucciones internas** en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.

Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las **corporaciones de derecho público** cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la LCSP art.3.3.d .

Precisiones

La LCSP **augmenta su ámbito subjetivo**: siendo una novedad la inclusión en su ámbito de los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, si bien tal como se advierte en la LCSP art.11.5 quedan excluidos los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político.

8006 Competencia para contratar (LCSP art.61)

La representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los **órganos de contratación**, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.

Los órganos de contratación podrán delegar o **desconcentrar sus competencias** y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de

competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación.

8008 **Negocios y contratos excluidos** (LCSP art.5 a 11)

Están excluidos del ámbito de la LCSP los siguientes negocios y relaciones jurídicas (LCSP art.5):

1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los **convenios** incluidos en el ámbito del Tratado FUE art.346 de funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa y la seguridad.)

2. Se excluyen, asimismo, del ámbito de la presente Ley los **contratos de obras, suministros y servicios** que se celebren en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la L 24/2011 , de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; así como los contratos a los que no resulte de aplicación la citada Ley (L 24/2011 art.7).

Quedan también excluidos los contratos de **concesiones de obras y concesiones de servicios**, que se celebren en el ámbito de la seguridad y de la defensa, en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Que sean adjudicados en el marco de un **programa de cooperación** basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos Estados miembros de la Unión Europea.

- Los que se adjudiquen en un **tercer Estado no miembro** de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con empresarios situados en la zona de operaciones. A los efectos de esta Ley, se entenderán incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de esta y las bases logísticas avanzadas.

- Las concesiones que se adjudiquen a **otro Estado** en relación con obras y servicios directamente relacionados con el equipo militar sensible, u obras y servicios específicamente con fines militares, u obras y servicios sensibles.

3. Lo establecido en los dos apartados anteriores se aplicará aún en el supuesto que parte de que las prestaciones correspondientes estén sometidas a la presente Ley, y no se haya optado por adjudicar un **contrato separado** por cada una de las distintas prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

No obstante, constituirá una **condición necesaria** para la aplicación de lo señalado en el párrafo anterior el hecho de que la opción entre adjudicar un único contrato o varios contratos por separado no se ejerza con el objetivo de excluir el contrato o contratos del ámbito de aplicación de la presente Ley.

4. Quedan excluidos, también, del ámbito de la presente Ley los contratos y convenios que se celebren en los **ámbitos de la defensa o de la seguridad** y que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido de alguna de las siguientes maneras:

- En virtud de un **acuerdo o convenio internacional** celebrado de conformidad con el Tratado FUE con uno o varios Estados no signatarios de este último, relativo a las obras, suministros o servicios que resulten necesarios para la explotación o el desarrollo conjunto de un proyecto por los Estados firmantes.

- En virtud de un acuerdo o convenio internacional relativo al **estacionamiento de tropas** y que se refiera a las empresas de un Estado Miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado.

- En virtud de las normas de contratación establecidas por una **organización internacional** o por una institución financiera internacional, cuando además los contratos que se adjudiquen estén financiados íntegramente o en su mayor parte por esa institución.

8010 Quedan excluidos del ámbito de la LCSP los **convenios**, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes **condiciones** (LCSP art.6):

a) Las entidades intervinientes no han de tener **vocación de mercado**, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro

indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una **cooperación entre las entidades** participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el **interés público**.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con **personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado**, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de **régimen jurídico del sector público**.

8011 Se excluyen del ámbito de la presente Ley los **acuerdos** que celebre el Estado **con otros Estados** o con otros sujetos de derecho internacional.

Están también excluidos del ámbito de la presente Ley los contratos que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido en virtud de un instrumento jurídico, celebrado de conformidad con el Tratado de FUE con uno o varios Estados no signatarios de este último, que cree **obligaciones de derecho internacional** relativo a las obras, suministros o servicios que resulten necesarios para la ejecución o la realización conjunta de un proyecto por sus signatarios.

Asimismo, quedarán excluidos del ámbito de la presente Ley los contratos que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido en virtud de las normas de contratación aprobadas por una **organización internacional** o por una institución financiera internacional, siempre y cuando estén financiados íntegramente o mayoritariamente por esa institución (LCSP art.7).

8012 Quedan excluidos de la LCSP los **contratos de investigación y desarrollo**, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las **dos condiciones** siguientes (LCSP art.8):

- Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.
- Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

8014 Se encuentran excluidas de la LCSP las autorizaciones y **concesiones sobre bienes de dominio público** y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en la LCSP art.14 , que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley (LCSP art.9).

Quedan, asimismo, excluidos de la Ley los contratos de **compraventa, donación, permuta, arrendamiento** y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en la LCSP art.34.2 .

8016 Se excluyen también de la Ley los **contratos relativos a servicios financieros** relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros en el sentido de la Dir 2004/39/CE , relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Dir 85/611/CEE y 93/6/CEE , del Consejo y la Dir 2000/12/CE , del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Dir 93/22/ CEE , del Consejo. Asimismo quedan excluidos los servicios prestados por el **Banco de España** y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros (LCSP art.10).

8018 **Otros** negocios y **contratos excluidos** son (LCSP art.11):

1. La relación de servicio de los **funcionarios públicos** y los contratos regulados en la legislación laboral queda excluida del ámbito de la presente Ley.
2. Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una **tarifa, tasa o precio público** de aplicación general.
3. Los contratos relativos a **servicios de arbitraje y conciliación** quedan excluidos de la presente Ley.
4. Asimismo, están excluidos los contratos por los que una **entidad del sector público** se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato.
5. Los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con **campanas políticas**, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político.
6. La prestación de **servicios sociales por entidades privadas**, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

8019 Responsable del contrato (LCSP art.62)

Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá **supervisar su ejecución** y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.

En los **contratos de obras**, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo.

En los casos de **concesiones de obra pública y de concesiones de servicios**, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

Precisiones

En la **norma anterior**, RDLeg 3/2011, la figura del responsable del contrato, estaba recogida la designación de un responsable de contrato como facultativa por parte de los órganos de contratación, sin embargo, ahora su designación es obligatoria.

d. Delimitación de los tipos contractuales

(LCSP art.12 a 26)

8022	Contratos administrativos típicos	8024
	Contratos mixtos	8026
	Contratos sujetos a regulación armonizada	8028
	Contratos administrativos y privados	8030

8024 Contratos administrativos típicos (LCSP art.12 a 18)

Se entenderán contenidos dentro del ámbito de esta Ley los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público.

Precisiones

En el ámbito de las concesiones, ha desaparecido la figura del **contrato de gestión de servicio público** y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el RDLeg 3/2011 art.277 . Surge en virtud de la Dir 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura

de la **concesión de servicios**, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.

En ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del **riesgo operacional** de la Administración al concesionario, en línea con lo establecido en la Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional, esto es el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos (LCSP art.14.4).

Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un **plazo** de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de 5 años, la **duración máxima** de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las **inversiones** que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, la **duración** de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, **no podrá exceder**, incluyendo las posibles prórrogas, de (LCSP art.29.6):

- a) 40 años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) 25 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) 10 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Se considerará que el **concesionario asume un riesgo operacional** cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que **cualquier** pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (LCSP art.14).

Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al **contrato de concesión de servicios**, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley (LCSP disp.adic.34).

8026 Contratos mixtos (LCSP art.18)

Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga **prestaciones** correspondientes a otro u otros de distinta clase. Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en la LCSP art.34.2 , que advierte que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan **relaciones de complementariedad** que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

El **régimen jurídico** de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en la LCSP art.18 ; y el de sus **efectos, cumplimiento y extinción** se determinará de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP art.122.2 , relativo al pliego de cláusulas administrativas particulares, que prevé para el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

Para la determinación de las normas que regirán la **adjudicación** de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

- a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más **contratos de obras, suministros o servicios** se atenderá al carácter de la prestación principal.

En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte **servicios especiales** de la LCSP anexo IV , y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

- b) Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de **concesiones de obra o concesiones de servicios**, de otra, se actuará del siguiente modo:

1. Si las distintas prestaciones **no son separables** se atenderá al carácter de la prestación principal.

2. Si las distintas prestaciones **son separables** y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en la LCSP art.20, 21 y 22 respectivamente. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

Cuando el contrato mixto contemple prestaciones de contratos regulados en esta Ley con **prestaciones** de otros contratos distintos de los regulados en la misma, para determinar las normas aplicables a su adjudicación se atenderá a las siguientes reglas:

1. Si las distintas prestaciones **no son separables** se atenderá al carácter de la prestación principal.
2. Si las prestaciones **son separables** y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en esta Ley.

En los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y esta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un **proyecto** y tramitarse de conformidad con la LCSP art.231 s.

En el supuesto de que el contrato mixto contenga elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse del correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, del **anteproyecto de construcción y explotación** de las obras previstos en la LCSP art.247, 248 y 285 .

8028 Contratos sujetos a regulación armonizada (LCSP art.19 a 23)

Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras, los de concesión de obras, los de concesión de servicios, los de suministro, y los de servicios, cuyo **valor estimado**, calculado conforme a las reglas que se establecen en la LCSP art.101 , sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los **contratos subvencionados** por estas entidades a los que se refiere la LCSP art.23 .

El umbral de los **contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios** sujetos a una regulación armonizada se detalla en la LCSP art.20 .

El umbral de los **contratos de suministro** sujetos a una regulación armonizada se detalla en la LCSP art.21 .

El umbral de los **contratos de servicios** sujetos a una regulación armonizada se detalla en la LCSP art.22 .

El umbral de los **contratos subvencionados** sujetos a una regulación armonizada se detalla en la LCSP art.23 .

Precisiones

La O HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1-1-2018, modifica los umbrales a efectos de aplicación de los **procedimientos de contratación** (O HFP/1298/2017 art.1) y a efectos de aplicación de los procedimientos de contratación en la LCSP (O HFP/1298/2017 art.2).

8030 Contratos administrativos y privados (LCSP art.24 s.)

Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo (nº 8032) o carácter privado (nº 8034).

8032 Contratos administrativos (LCSP art.25)

Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una **Administración pública**:

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán **carácter privado** los siguientes contratos:

1. Los contratos de servicios que tengan por objeto **servicios financieros** con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2. Aquellos cuyo objeto sea la **suscripción** a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico

de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una **finalidad pública** de la específica competencia de aquella.

Los contratos administrativos se registrarán, en cuanto a su **preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción**, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Precisiones

En relación con los Contratos de Concesión:

En caso de **resolución anticipada** de un contrato del sector público por causas **imputables a la Administración** contratante, el concesionario percibirá el importe de las inversiones pendientes de amortización, así como una indemnización por daños y perjuicios.

En caso de resolución anticipada se produzca por causas **no imputables a la Administración** contratante (entre las que se incluye la insolvencia del concesionario), la compensación que percibe el concesionario se identifica con la valoración de la concesión, según resulte de un nuevo procedimiento de adjudicación mediante subasta al alza, en el que el único criterio de adjudicación es el precio.

8034 Contratos privados

(LCSP art.26)

Tendrán la consideración de contratos privados:

- a) Los que celebren las **Administraciones públicas** cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) de la LCSP art.25.1 .
- b) Los celebrados por **entidades del sector público** que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones públicas.
- c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la **condición de poder adjudicador**.

Los contratos privados que celebren las Administraciones públicas se registrarán, en cuanto a su **preparación y adjudicación**, en defecto de normas específicas, por la LCSP libro segundo título I capítulo I secciones 1.^a y 2.^a con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en la LCSP art.25.1.a números 1º y 2º , les resultarán de aplicación, además del libro primero de la presente Ley, el libro segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus **efectos y extinción** les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la **categoría de Administraciones públicas** mencionados en la LCSP art.26.1.b , cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se registrarán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus **efectos y extinción** les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere la LCSP art.319 párrafo 1º en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a la LCSP art.204 y 205 .

Los contratos que celebren las **entidades del sector público** que no posean la condición de poder adjudicador, se registrarán por lo dispuesto en la LCSP art.321 y 322 .

En lo que se refiere a sus **efectos, modificación y extinción** se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

Con la LCSP desaparece el **contrato de colaboración público-privada**, tal como recoge la exposición de motivos: «como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión».

- Desaparece la **gestión interesada** y los conciertos pasan a ser contratos de servicios.

- El **contrato de gestión de servicio público** desaparece como figura, pero no como régimen. Implica una adaptación a las Directivas que hablan de concesión de servicios y de obras, en los que estará intrínseco el riesgo, esto es, ciertas exposiciones a la incertidumbre del mercado y que no se garantiza recuperar la inversión. Se adopta de la Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios dependiendo de quién asume el **riesgo operacional**. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, se estará ante un contrato de servicios. De hecho, el TARC en distintas de sus resoluciones ya define este riesgo como el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consistente en la asunción por el contratista de la totalidad o de un parte significativa de los riesgos derivados de la explotación del servicio.

e. Jurisdicción competente

(LCSP art.27)

8036	Orden jurisdiccional contencioso-administrativo	8038
	Orden jurisdiccional civil	8040

8038 Orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Es el competente para resolver las **cuestiones litigiosas** relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos (LCSP art.27).

Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la **preparación y adjudicación de los contratos privados** de las Administraciones públicas y de los contratos referidos en la LCSP art.25.1.a números 1.º y 2.º que estén sujetos a regulación armonizada, las impugnaciones de las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en la LCSP art.204 y 205 , por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

También será competente en:

- Las cuestiones referidas a la preparación, adjudicación y **modificaciones contractuales**, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en la LCSP art.204 y 205 , cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública.

- Las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de **entidades del sector público** que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

- Los **recursos** interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en la LCSP art.44 , así como en el art.321.5 .

- Las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los **contratos subvencionados** a que se refiere la LCSP art.23 .

8040 Orden jurisdiccional civil

Es el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los **contratos privados** (LCSP art.27.2). Es igualmente competente para conocer de cuantas controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de **poderes adjudicadores**, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en la LCSP art.27.1 b) y c) .

Asimismo, el conocimiento de las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las **entidades del sector público** que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

Y, por último, el conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la **financiación privada** del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (nº 8038).

f. Principios rectores que han de regir la contratación del sector público

8042	Principios	8044
	Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación	8046
	Libertad de pactos	8048
	Limitación en relación con los contratos mixtos	8050

8044 Principios

(LCSP art.1)

La LCSP tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de **libertad de acceso** a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Precisiones

Se recoge el **principio de integridad**, que el Consejo OCDE en su Recomendación sobre contratación pública [C (2015)2] le define como "el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno".

8046 Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación

(LCSP art.28)

El sector público no podrá celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la **naturaleza y extensión** de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. El sector público velará por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los **procesos de contratación pública**, favorecerá la agilización de trámites, valorará la innovación y la incorporación de alta tecnología y promoverá la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información.

8048 Libertad de pactos

(LCSP art.34.1)

En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al **interés público**, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

8050 Limitación en relación con los contratos mixtos

(LCSP art.34.2)

Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan **relaciones de complementariedad** que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

g. Contenido mínimo del contrato

(LCSP art.35)

8052 Los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- La identificación de las **partes**.
- La acreditación de la **capacidad** de los firmantes para suscribir el contrato.

- c) Definición del **objeto** del contrato.
- d) Referencia a la **legislación aplicable** al contrato.
- e) La **enumeración** de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.
- f) El **precio** cierto, o el modo de determinarlo.
- g) La **duración** del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
- h) Las condiciones de **recepción**, entrega o admisión de las prestaciones.
- i) Las condiciones de **pago**.
- j) Los supuestos en que procede la **modificación**, en su caso.
- k) Los supuestos en que procede la **resolución**.
- l) El **crédito** presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.
- m) La extensión objetiva y temporal del deber de **confidencialidad** que, en su caso, se imponga al contratista.
- n) La obligación de la **empresa contratista** de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.

El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos.

Precisiones

- 1) Se recogen dos **novedades**, respecto de la ley anterior, que debe contar todo contrato del sector público, concretamente los apartados j) y n), esto es, los supuestos en que procede la modificación, en su caso y la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.
- 2) Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su **división en lotes**, pudiéndose reservar lotes (LCSP disp.adic.4ª).

h. Perfección, lugar de celebración y carácter formal de la contratación del sector público

(LCSP art.36, 37, 118, 120 y 153)

8054 Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su **formalización**, a **excepción** de los contratos menores; de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere la LCSP art.36.3 .

Los **contratos subvencionados** que, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP art.23 , deban considerarse sujetos a regulación armonizada, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. Las partes deberán notificar su formalización al órgano que otorgó la subvención.

Los contratos basados en un **acuerdo marco** y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se perfeccionan con su adjudicación.

Los **contratos del sector público** se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación, salvo que se indique otra cosa en su clausulado.

Las **entidades del sector público** no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga el carácter de emergencia (LCSP art.120.1).

Los contratos que celebren las Administraciones públicas deberán formalizarse en **documento administrativo** que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público (LCSP art.153), sin perjuicio de los contratos basados en un **acuerdo marco** o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, que no resultará necesaria la formalización del contrato así como de los **contratos menores** que solo exigirán la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente (LCSP art.118).

Los contratos que celebren los **poderes adjudicadores** que no tengan la consideración de Administraciones públicas cuando sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al art.44 deberán formalizarse en los plazos establecidos en la LCSP art.153 .

i. Régimen de invalidez de los contratos del sector público

8056	Supuestos de invalidez	8058
	Causas de invalidez del Derecho civil	8059
	Causas de nulidad	8060
	Efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación	8062
	Causas de anulabilidad	8064
	Revisión de oficio	8066

8058 Supuestos de invalidez

Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (definidos en LCSP art.33) incluidos los contratos subvencionados a que se refiere la LCSP art.23 , serán inválidos cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del **Derecho civil**; cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de **Derecho administrativo** y en aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado.(LCSP art.38).

8059 Causas de invalidez del Derecho civil

La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere la LCSP art.38 , se sujetará a los requisitos y plazos de **ejercicio de las acciones** establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer, cuando el contrato se haya celebrado por una Administración pública, se someterá a lo previsto para los actos y contratos administrativos anulables (LCSP art.43).

8060 Causas de nulidad

(LCSP art.39)

Son causas de nulidad de Derecho administrativo, además de las indicadas en las indicadas en la LPAC art.47 , las siguientes:

a) La **falta de capacidad** de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en la LCSP art.71 .

b) La **carencia o insuficiencia de crédito**, de conformidad con lo establecido en la L 47/2003 o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) La **falta de publicación del anuncio** de licitación en el perfil de contratante alojado en la plataforma de contratación del sector público o en los servicios de información similares de las comunidades autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con la LCSP art.135 .

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del **plazo** para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes **requisitos**:

1. Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2. Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren la LCSP art.44 s. , sin respetar la **suspensión automática** del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un **acuerdo marco** celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

g) El incumplimiento grave de normas de **derecho de la Unión Europea** en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al Tratado FUE art.260 .

8062 Efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación
(LCSP art.42)

Cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los **daños y perjuicios** que haya sufrido.

Precisiones

La LCSP suprime la **cuestión de nulidad**, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación.

8064 Causas de anulabilidad
(LCSP art.40)

Son causas de anulabilidad de Derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la LCSP, de conformidad con la LPAC art.48 .

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

- a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la **modificación de los contratos** en la LCSP art.204 y 205 .
- b) Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, **ventajas a las empresas** que hayan contratado previamente con cualquier Administración.
- c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la **ejecución directa de prestaciones** a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en la LCSP art.32. 2, 3 y 4 , relativos a la condición de medio propio.

8066 Revisión de oficio
(LCSP art.41)

La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en la LPAC título V capítulo I .

Las comunidades autónomas podrán establecer sus normas respectivas (LCSP art.41).

j. Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos

8070	Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles	8072
	Órgano competente para la resolución del recurso: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales	8074
	Adscripción y composición del TARC	8076
	Legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación	8078
	Iniciación del procedimiento y plazo de interposición	8080
	Efectos derivados de la interposición del recurso	8082
	Tramitación del procedimiento	8084
	Resolución del recurso y efectos	8086
	Procedimientos especiales de revisión	8088

8072 Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles

(LCSP art.44)

Son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en la LCSP art.44.2 , cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) **Contratos de obras** cuyo valor estimado sea superior a 3.000.000 de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a 100.000 euros.
- b) **Acuerdos marco** y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) **Concesiones de obras o de servicios** cuyo valor estimado supere los 3.000.000 de euros.

Serán igualmente recurribles los **contratos administrativos especiales**, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los **contratos subvencionados** a que se refiere la LCSP art.23 y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

8073 Podrán ser objeto del recurso las siguientes **actuaciones** (LCSP art.44.2):

- a) Los **anuncios de licitación**, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los **actos de trámite** adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación de la LCSP art.149 .
- c) Los **acuerdos de adjudicación**.
- d) Las **modificaciones** basadas en el incumplimiento de lo establecido en la LCSP art.204 y 205 , por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- e) La **formalización de encargos** a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
- f) Los **acuerdos de rescate** de concesiones.

Precisiones

La LCSP amplía el **ámbito objetivo del recurso** a los encargos o modificados que no reúnan los presupuestos de la LCSP y a los acuerdos de rescate de concesiones. Se reduce la cuantía de los contratos que pueden ser revisados por los Tribunales de Recursos Contractuales, que deberán superar un determinado valor estimado: 3.000.000 para las obras, concesiones de obras y de servicios; 100.000 euros para suministros y servicios; o sus contratos derivados de ellos si son acuerdos marco, y para los administrativos especiales sin valor estimado (no determinable) o de 100.000 euros (LCSP art.44).

8074 **Órgano competente para la resolución del recurso: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** (LCSP art.44)

En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

8076 **Adscripción y composición del TARC** (LCSP art.45)

Estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un **presidente** y un mínimo de dos vocales. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

En cuanto a los **vocales** podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

8078 Legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación (LCSP art.48)

Estará legitimada para la interposición del recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos **derechos o intereses legítimos**, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las **organizaciones sindicales** cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

En cuanto a la posibilidad de **solicitud de medidas cautelares**, hay que estar a lo dispuesto en la LCSP art.49 . El mencionado artículo determina que han de ser solicitadas por las personas físicas y jurídicas ante el órgano competente para resolver el recurso. Tales medidas irán dirigidas a corregir **infracciones de procedimiento** o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender el procedimiento de adjudicación del contrato, o a la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

8080 Iniciación del procedimiento y plazo de interposición (LCSP art.50)

El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles. Dicho plazo **se computará**:

- a) Cuando se interponga contra el **anuncio de licitación**, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.
- b) Cuando el recurso se interponga contra el **contenido de los pliegos** y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del **procedimiento negociado** sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en la LCSP art.138.2 , los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los **pliegos y documentos** contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

- c) Cuando se interponga contra **actos de trámite** adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.
- d) Cuando se interponga contra la **adjudicación del contrato** el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la LCSP dips. adic. 15ª a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.
- e) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna **modificación** basada en el incumplimiento de lo establecido en la LCSP art.204 y 205 , por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- f) Cuando el recurso se interponga contra un **encargo** a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en la LCSP art.32 (relativo a los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados), desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la **notificación** realizada de conformidad con lo dispuesto en la LCSP disp.adic.15ª .

8082 Efectos derivados de la interposición del recurso (LCSP art.53)

Una vez interpuesto el recurso quedará **en suspenso** la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en la LCSP art.56.3 .

8084 Tramitación del procedimiento (LCSP art.56)

Puesto que el recurso especial en materia de contratación es un procedimiento administrativo, es lógico que la LCSP remita al régimen jurídico del **procedimiento administrativo común** previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), así como en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Dichas normas modifican el contenido del régimen jurídico del procedimiento administrativo común.

De este modo, la LCSP art.56 expresa en los siguientes términos: « El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes ».

El **órgano encargado** de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los 2 días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Dentro de los 5 días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de 5 días hábiles, acerca de las **medidas cautelares** (LCSP art.56.4), si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del **período de prueba** por plazo de 10 días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada. La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

Por su parte, el órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la **confidencialidad** y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver (LCSP art.56.5).

8086 Resolución del recurso y efectos (LCSP art.57, 58 y 59)

Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los 5 días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados. La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las **pretensiones formuladas** o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado.

La resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las **características técnicas, económicas o financieras** discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

En todo caso la estimación del recurso que conlleve **anulación** de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación. La resolución deberá acordar el levantamiento de la **suspensión**

del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

En caso de **estimación total o parcial** del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

Transcurrido el **plazo** de 2 meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

En lo que respecta a los efectos de la resolución, la resolución será directamente ejecutiva resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en la LPAC. Contra la misma solo cabrá la interposición de **recurso contencioso-administrativo**.

Precisiones

1) El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en la LRJSP título preliminar capítulo IV .

2) En caso de que el órgano competente aprecie **temeridad o mala fe** en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de la **multa** será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. Su importe se ingresará en todo caso en el Tesoro Público (LCSP art.58).

8088 Procedimientos especiales de revisión

Se publica en BOE 25-9-2015 el RD 814/2015 , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; sus **puntos de interés** se detallan a continuación:

- Regula el recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TARC); **plazo** de 15 días hábiles para interponerlo.
- El TARC dispone de 2 meses para resolver, sino resuelve el **silencio** se considerará.
- La interposición del recurso especial en materia de contratación **suspende** de inmediato el acto de adjudicación.
- Se puede interponer el Recurso solo frente a la **adjudicación de lotes** concretos.
- La solicitud de **pruebas** debe hacerse directamente en el escrito de interposición.
- Contra las resoluciones del TARC se podrá interponer recurso contencioso-administrativo.
- La entrada en vigor del RD 814/2015 fue el 25 de octubre de 2015.

k. Órganos de interés en la contratación pública

8091 Los órganos de interés en la contratación pública son, fundamentalmente:

a) **Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado:** anteriormente denominada Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, pasa a ser el punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea y, en consecuencia, se le atribuye la obligación de remisión de los informes que establecen las directivas comunitarias, y que continúa siendo el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal.

b) **Comité de Cooperación en materia de contratación pública:** es de nueva creación, se integra en el seno de la Junta Consultiva, para articular un espacio de coordinación y cooperación en **áreas de acción común** con las comunidades autónomas. y con las entidades locales, así como para elaborar la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública, sin que ello impida la aprobación de estrategias, coherentes con la primera, por parte de las comunidades autónomas para sus respectivos ámbitos territoriales.

c) **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación:** es de nueva creación y tiene como deber coordinar la supervisión en materia de contratación pública de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en esta materia, dado que las comunidades

autónomas pueden crear sus propias oficinas de supervisión. La Oficina está facultada para dar traslado a la fiscalía u órganos judiciales o administrativos competentes de hechos de los que tenga conocimiento y que sean constitutivos de delito o infracción. Adicionalmente, es el órgano competente para la aprobación de la mencionada Estrategia Nacional de Contratación Pública, en cuya ejecución se verán involucrados los tres órganos que se han relacionado, así como sus equivalentes a nivel autonómico.

d) **Plataforma de Contratación del Sector Público:** la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiendo exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El acceso de los interesados a la Plataforma de Contratación del Sector Público se efectuará a través de un portal único. Su información se publicará en estándares abiertos y reutilizables.

e) **Oficina Nacional de Evaluación:** órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios.

Estará presidida por el **presidente** de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

f) **Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público:** tiene por objeto la inscripción de los datos y circunstancias que resulten relevantes para acreditar las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con las Administraciones Públicas y demás organismos y entidades del sector público, incluidas las facultades de sus representantes y apoderados, así como la acreditación de todo ello ante cualquier órgano de contratación del sector público. Dependerá del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y su llevanza corresponderá a los órganos de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Con arreglo al LCSP art.342.2 la inscripción en los Registros de licitadores y empresas clasificadas es voluntaria para los empresarios.

Precisiones

La **Estrategia Nacional de Contratación Pública** es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores. Tendrá un horizonte temporal de 4 años (LCSP art.334).

1. Otras novedades de interés de la LCSP

8094 - Se recogen las **consultas preliminares del mercado** (LCSP art.115): con el objetivo de garantizar la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios e informar a los operadores de los planes de contratación y de los requisitos que se exigirán en el procedimiento. La LCSP introduce la posibilidad de que, antes de la licitación, los órganos de contratación realicen estudios de mercado o dirijan consultas a los operadores económicos que estén activos en el sector.

- Se introduce de las directivas comunitarias el nuevo **procedimiento de asociación para la innovación** (LCSP art.177-182), el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación.

8096 La LCSP hace una nueva regulación de la **mesa de contratación** (LCSP art.326): se recoge que en ningún caso podrán formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la LCSP disp.adic.2ª .

La mesa de contratación podrá, asimismo, solicitar el **asesoramiento de técnicos** o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada

por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.

La mesa estará **constituida** por un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un secretario.

Además se prevé **mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación** (LCSP art.327): que estará constituida por un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un secretario y, además, se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo o la asociación para la innovación, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

Precisiones

En el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de **conductas colusorias** en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en la LDC art.1 de defensa de la competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un **procedimiento sumarísimo** se pronuncie sobre aquellos.

- Los órganos de contratación incluirán en el pliego la **declaración responsable** para justificar la solvencia (LCSP art.141), con el objetivo de conseguir una simplificación y reducción de las cargas administrativas, que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación, establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

- Se adopta el criterio comunitario de la **mejor relación calidad-precio**. Al tiempo se limita las mejoras que no podrán suponer más del 2,5% de la puntuación final y en el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato (LCSP art.145).

- La **publicidad de los contratos**, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, tendrá lugar en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado». Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación (LCSP art.135).

R. Régimen jurídico de extranjería

8098	1. Contenido	8102
	2. Régimen de entrada	8110
	3. Situación del extranjero en España	8130
	4. Derecho de asilo y protección subsidiaria	8138
	5. Protección jurídica y judicial de los extranjeros en España	8140
	6. Infracciones y medidas sancionadoras aplicables a los extranjeros	8148

8100 El derecho de extranjería se define como la rama del derecho público cuya legislación resulta aplicable a las personas que no tienen nacionalidad española y que tienen la intención de:

- entrar,
- hacer de España su domicilio permanente o
- establecerse en España de forma temporal.

Por consiguiente, el derecho de extranjería gira en torno al **concepto de extranjero o persona** que no ostenta la nacionalidad española; así lo define la LO 4/2000 , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales de los que España forme parte.

1. Contenido

8102	Sujetos	8104
	Derechos fundamentales de naturaleza política y libertades públicas	8106

8104 Sujetos

Por un lado, el derecho de extranjería es una especialidad del Derecho administrativo, por consiguiente, ello supone que una **Administración pública** posee un conjunto de facultades y obligaciones relativas a los derechos de los extranjeros. Por otro lado, se encuentra el extranjero, definido en la LO 4/2000 art.1 de extranjería como toda persona que carezca de la nacionalidad española sin perjuicio de lo que dispongan los tratados y otras normas de derecho comunitario.

8106 Derechos fundamentales de naturaleza política y libertades públicas

La **Constitución Española** garantiza a todos los extranjeros que estén en España los mismos derechos políticos y libertades públicas que a los nacidos españoles (Const art.13). Ello se materializa, entre otros, en los siguientes derechos:

1. Inclusión de los extranjeros en los procedimientos de regularización permanentes.
2. Derecho para usar el padrón municipal como forma de acreditar la antigüedad del extranjero en España y acceder a determinados derechos y medios para acreditar un domicilio fijo, conocido y estable.
3. Necesidad de que las Administraciones competentes motiven las resoluciones en materia de visados.
4. Modificación reciente del régimen sancionador en materia de extranjería y el Código Penal para otorgar mayores garantías a los extranjeros.
5. Los extranjeros podrán defender sus derechos ante los tribunales españoles, especialmente el Tribunal Constitucional en relación a la salvaguarda de sus derechos fundamentales. Por otro lado, la Ley de extranjería (LO 4/2000) impone que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

8108 Derechos civiles económicos y sociales

Aparte de los derechos previamente citados, el ordenamiento jurídico español garantiza a los extranjeros un conjunto de derechos previstos en la **Declaración Universal de Derechos Humanos** y en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales**; entre ellos, cabe destacar el derecho:

- al trabajo en las mismas condiciones que los españoles;
- de todo trabajador extranjero de estar inscrito y cotizar en el sistema de seguridad social español;
- de los extranjeros de sindicarse y asociarse;
- de los extranjeros a la asistencia sanitaria;
- a la educación;
- a la protección familiar de los extranjeros;
- a participar en la vida cultural.

2. Régimen de entrada

8110	Sujetos	8112
	Concepto de entrada	8114
	Régimen	8116
	Procedimiento	8118
	Denegación de entrada de los extranjeros	8124
	Salidas de los extranjeros en España	8126

8112 Sujetos

De acuerdo con la LO 4/2000 art.4 : «los extranjeros que se encuentren en España tienen **el derecho y el deber** de conservar la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes de su país así como la que acredite su situación en España».

Con el fin de acreditar su identidad, el extranjero deberá presentar los **documentos** enumerados por el Reglamento de la Ley de extranjería (RD 557/2011 art.6):

- Pasaporte, individual, familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor.

- Título de viaje, válidamente expedido y en vigor.
- DNI, cédula de identificación o cualquier otro documento en vigor que acredite su identidad cuando hayan sido considerados válidos para la entrada en territorio español.
- Documentos de viaje y salvoconductos emitidos por las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas, previa autorización expresa de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para aquellos extranjeros que requieran protección internacional por España.

8114 Concepto de entrada

La entrada se define como un acto a través del cual el extranjero cruza la **frontera española** para acceder al territorio español: «el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, estar provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.» (LO 4/2000 art.25).

Por otro lado, si el extranjero que desee entrar en España es nacional de un país con el que España haya firmado un **acuerdo de supresión de controles fronterizos**, tendrá la obligación de declarar la entrada personalmente en España ante las autoridades competentes (RD 557/2011 art.13.1). Asimismo, si no se hubiera efectuado tal declaración en el momento de la entrada, dicha declaración deberá efectuarse en el plazo de 3 días hábiles computados a partir del momento de la entrada del extranjero, en cualquier comisaría del cuerpo nacional de policía u oficina de extranjería (RD 557/2011 art.13.2).

Por el contrario, si el extranjero que pretende entrar en territorio español no es nacional de ningún país con el que España hubiese suscrito un acuerdo de supresión de controles fronterizos; el extranjero habrá de cumplir una serie de requisitos formales y **condiciones** previstos en la Ley de extranjería (LO 4/2000 art.25).

8116 Régimen

Para que las autoridades fronterizas permitan la entrada al extranjero, han de reunirse una serie de requisitos previstos en la Ley y Reglamento de extranjería (LO 4/2000 art.25 y RD 557/2011 art.1):

1. Requisitos formales:

- Efectuar la entrada por los puestos habilitados al efecto sin perjuicio de lo que dispongan los convenios internacionales.
- Hallarse provisto de pasaporte o, en su caso, de documento de viaje que acredite su identidad y que se considere válido.
- Estar en posesión de visado válido y en vigor cuando este sea exigible.
- No estar sujeto a prohibiciones expresas.

De la documentación mencionada, los extranjeros que sean ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no necesitarán **visado** en virtud del RD 240/2007 art.4.1 . Este régimen especial se entiende aplicable no solo al extranjero ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desee entrar en territorio español, sino también a su cónyuge o pareja de hecho y, descendientes y ascendientes directos, cualquiera que sea su nacionalidad y a otros familiares o parejas que reúnan los requisitos previstos en el RD 240/2007 art.2 bis .

2. Requisitos materiales:

- Requisitos sanitarios en los casos previstos en el RD 557/2011 art.10 .
- Acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

8118 Procedimiento

De conformidad con el Reglamento de extranjería, una vez que el extranjero se encuentre en el puesto fronterizo, este deberá acreditar ante la oficina consular que cumple con los requisitos legales para efectuar la entrada en España (RD 557/2011 art.12). El órgano competente procederá a estampar un sello en el **pasaporte del extranjero** como forma de acceso, salvo que las leyes internas o los Tratados Internacionales de los que España sea parte no prevean la estampación.

En otro orden de cosas, la entrada de los extranjeros que no procedan de países miembros de la UE, podrá ser registrada por las autoridades españolas a efectos de control de su permanencia legal en España tal y como estipula la LO 15/1999 , de protección de datos de carácter personal.

8120 Régimen del visado

Para todos los extranjeros que no forman parte del **espacio Schengen**, es necesaria la tenencia de visado. El visado es el principal instrumento de regulación de los flujos migratorios.

De conformidad con la LO 4/2000 art.25 bis , los visados han de ser válidamente expedidos, estar en vigor y haberse extendido en el pasaporte o documento de viaje que posibilite la entrada en España o, en su caso, en documento aparte siempre que la ley lo permita.

El visado posibilita, tanto solicitar la **entrada**, como obtener la **permanencia en España**, por el período de tiempo por el que se hubiese expedido el visado.

8122 Clases de visados

La Ley de extranjería y su Reglamento enumeran distintas clases de visados:

- de **tránsito**, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español;
- de **estancia**, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de 3 meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada. El RD 557/2011 art.29 distingue dos tipos de visados de estancia de corta duración: el visado de estancia uniforme y el visado de validez territorial limitada;
- de **residencia**, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional;
- de **residencia y trabajo**, que habilita la entrada y estancia por un período máximo de 3 meses, así como el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado el extranjero. En este tiempo deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en infracción contemplada en la LO 4/2000 art.53.1.a ;
- de **residencia y trabajo de temporada**, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta 9 meses en un período de 12 meses consecutivos;
- de **estudios**, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambios de alumnos, prácticas no laborables o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente;
- de **investigación**, que habilita la permanencia en España para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

8124 Denegación de entrada de los extranjeros

La denegación es el acto por el cual los funcionarios encargados del puesto fronterizo correspondiente deniegan la entrada a los extranjeros que no reúnan los **requisitos legales** previstos en la Ley de extranjería y en el Reglamento.

1. **Procedimiento**: la denegación de entrada será efectuada por los funcionarios encargados del control de frontera con base en el incumplimiento de los requisitos legales para efectuar la entrada en España. Desde ese preciso momento el extranjero deberá permanecer en las **instalaciones del puesto fronterizo** destinadas a tal fin hasta que pueda regresar al lugar de procedencia o continuar su viaje (RD 557/2011 art.15.4).
2. **Efectos**: se establece como principal efecto de la denegación de entrada que el extranjero regrese a su país de origen (LO 4/2000 art.60); ello se traduce en la adopción de las medidas necesarias para que el extranjero retorne con la mayor brevedad posible.

8126 Salidas de los extranjeros en España

Se califica como salida, al acto que efectúan los extranjeros al abandonar el territorio español. Conforme a la Ley de extranjería se distinguen varios tipos de salidas:

- a) **Voluntarias**: es el supuesto de salida general estipulado (LO 4/2000 art.28.1). El procedimiento de salida voluntaria debe realizarse por cualquiera de los **puestos de control habilitados** para la entrada, previa exhibición del pasaporte o título de viaje, o documento válido para la entrada. Si el extranjero saliente procede de un país al que no le sea aplicable el régimen comunitario podría ser registrado mediante aplicación de la LO 15/1999 .
- b) **Obligatorias**: se produce cuando los extranjeros, en los casos tasados por la Ley, se ven obligados a salir del territorio español. Los casos que motivan las salidas obligatorias son:
 - Expulsión por orden judicial cuando así lo prevea el Código Penal.
 - Expulsión o devolución acordada por resolución administrativa cuando así lo prevea la Ley de extranjería.

- Cuando las solicitudes del extranjero para permanecer en España han sido denegadas, o le falte la autorización para permanecer en el país.
- Cuando el trabajador extranjero hubiese cumplido el plazo en el cual este se hubiese comprometido a volver a su país en el marco de un programa de retorno voluntario.

8128 Prohibiciones de salida

Se dan de manera excepcional, y de conformidad con la LO 4/2000 art.28.2 y el RD 557/2011 art.22.2 .

El ministro del interior, bien por iniciativa propia, bien a propuesta del secretario de Estado de Inmigración y Emigración, del Secretario de Estado de Seguridad, del Delegado o subdelegado del Gobierno, de las autoridades sanitarias o a instancia de los ciudadanos españoles o extranjeros residentes legales en España que pudieran resultar perjudicados, podrá prohibir **de manera excepcional** la salida del territorio español a determinados extranjeros, siempre y cuando se den las circunstancias descritas en el RD 557/2011 art.22.1 .

3. Situación del extranjero en España

8130 El extranjero puede encontrarse en alguna de las siguientes situaciones jurídicas cuando este se encuentre en territorio español (LO 4/2000 art.29):

- de estancia (nº 8132 s.).
- de residencia (nº 8136 s.).

8132 De estancia

Se entiende que un extranjero está en régimen de estancia cuando el extranjero está autorizado para permanecer en España por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en la LO 4/2000 art.33 para la admisión a efectos de:

- estudios;
- intercambio de alumnos;
- actividades de investigación;
- prácticas no laborales; o
- voluntariado.

8134 Régimen jurídico

La estancia es la permanencia de un extranjero en territorio español por un **período de tiempo** no superior a 90 días (LO 4/2000 art.30), sin perjuicio de lo dispuesto para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (LO 4/2000 art.33). Una vez haya transcurrido el plazo de 90 días, el extranjero deberá pedir bien una prórroga de la estancia o bien un permiso de residencia (nº 8136).

El **régimen de la prórroga de estancia** previsto en la LO 4/2000 art.30.2 , puede generar dos situaciones distintas dependiendo de si la entrada del extranjero fue con visado o sin él:

- Por un lado, si el extranjero entró **con visado**, y la duración de este es inferior a 3 meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a 3 meses, en un período de 6 meses (LO 4/2000 art.30.3).
- Por otro lado, si el extranjero entró **sin visado**, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de 3 meses (LO 4/2000 art.30.4).

El **procedimiento de prórroga de estancia sin visado** se regula en el RD 557/2011 art.32.2 que determina que el extranjero deberá de llevar a cabo una solicitud que habrá de contener la documentación prevista en el referido artículo, esto es:

- pasaporte o documento de viaje, con vigencia superior a la de la prórroga de estancia que se solicite;
- acreditación de las razones excepcionales que motivan la solicitud de la prórroga, en el supuesto de nacionales de Estados a los que no se exige visado para su entrada en España;
- prueba de que el extranjero cuenta con medios económicos adecuados para el tiempo de prórroga que solicita;
- seguro de asistencia de viaje; y
- garantías de retorno al país de procedencia o, en su caso, de admisión en el Estado tercero de destino, con anterioridad a la fecha de finalización de la prórroga que se solicita.

Además, el extranjero solicitante también deberá acreditar que no se encuentra inmerso en ninguna **causa de prohibición de entrada, expulsión o devolución** (RD 557/2011 art.32.4).

Los **órganos competentes** para conceder la prórroga son los subdelegados del Gobierno, los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y el comisario general de extranjería y fronteras de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, previo informe de la jefatura superior o comisaría de policía (RD 557/2011 art.32.4).

En el caso de que alguno de estos órganos **deniegue la prórroga**, la resolución denegatoria deberá estar debidamente motivada y será notificada al interesado. Asimismo, en la resolución se dispondrá la **salida del extranjero del territorio nacional**, que deberá realizarse antes de que finalice el periodo de estancia inicial o, de haber transcurrido este, en el plazo fijado en la resolución denegatoria, que no podrá ser superior a 72 horas, en la forma regulada en el RD 557/2011 . El plazo de salida se hará constar, conforme a lo dispuesto en el referido Real Decreto, en el pasaporte o título de viaje o en el impreso correspondiente previsto para dejar constancia de la salida del territorio nacional (RD 557/2011 art.32.6).

8136 De residencia

Se considera residente a aquel que es titular de la correspondiente autorización de residencia (LO 4/2000 art.30 bis s.). Se distingue a su vez entre:

1. Residencia temporal: se considera que un extranjero es residente temporal cuando está autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a 5 años, siendo renovables aquellas autorizaciones cuya duración sea inferior de 5 años a petición del interesado.

Asimismo, la Ley prevé diversas formas de obtener una **autorización de residencia temporal:**

a) **no lucrativa:** esta autorización se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia.

b) **por reagrupación familiar:** es el derecho que tienen las familias extranjeras de los extranjeros que se encuentren en situación de residencia temporal, y deseen vivir junto con el residente en España.

c) **lucrativa:** este tipo de residencia se concede a los extranjeros que deseen residir en España temporalmente para realizar actividades profesionales. Dentro de este tipo de autorizaciones se distingue:

- la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena;
- la autorización de residencia temporal y trabajo para investigación; y
- la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta Azul-UE.

d) **por circunstancias excepcionales:** se produce cuando existen circunstancias excepcionales por razón de (LO 4/2000 art.31.3):

- arraigo;
- cuestiones humanitarias;
- de colaboración con la justicia; y
- otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

Precisiones

El arraigo es una situación en la cual un extranjero puede obtener una autorización de residencia temporal en España sin necesidad de visado, según se puede extraer del tenor literal de la LO 4/2000 art.31.3 , al presumirse que el extranjero goza de una **integración social y familiar** significativa en el lugar de residencia.

2. Residencia de larga duración: tendrán derecho a esta residencia los extranjeros que hayan tenido autorización de residencia temporal durante 5 años de forma legal y continuada que reúnan las condiciones establecidas reglamentariamente. La residencia de larga duración permite residir de manera indefinida y trabajar en igualdad de condiciones que los demás trabajadores españoles.

4. Derecho de asilo y protección subsidiaria

8138 El derecho de asilo es un derecho que poseen algunos extranjeros y apátridas que les garantiza no ser expulsados de España a efectos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28-7-1951, y su

Protocolo, suscrito en Nueva York el 31-1-1967, así como del goce del derecho de protección dispensada por el Estado español.

Tanto el derecho de asilo como de refugio están previstos en la Const art.13.4 y se encuentran desarrollados en la L 12/2009 , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante, Ley de asilo). Para que se puedan acoger al régimen previsto en la Ley de asilo, deben acreditar ser **víctimas de un acto de persecución**.

El derecho de **protección subsidiaria** se otorga a personas de otros países y a los apátridas que, aun sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen, o al de su residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un **riesgo real** de sufrir alguno de los **daños graves** previstos en la Ley de asilo (L 12/2009), y a consecuencia de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección de su país de procedencia.

Se **denegarán** estos derechos a:

- las personas que constituyan, por razones fundadas, un **peligro para la seguridad de España**,
- aquellas personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por **delito grave** constituyan una amenaza para la comunidad; así como
- aquellas personas que se consideren por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como personas que objetivamente no hayan sido víctimas de un **acto de persecución**.

5. Protección jurídica y judicial de los extranjeros en España

8140 La vigente Ley de Extranjería, garantiza como uno de los Derechos Fundamentales de los extranjeros que se encuentran en España el derecho de **tutela judicial efectiva** tanto en la vía administrativa como en vía jurisdiccional.

8142 Procedimientos administrativos

En los procedimientos administrativos de extranjería, además del extranjero como interesado y la Administración competente, estarán **legitimadas para intervenir** las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, designados expresamente por estos (LO 4/2000 art.20.3).

Según la LO 4/2000 art.20.2 , en aquellos procedimientos que se tramiten en materia de extranjería se habrán de respetar las **garantías** previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (LPAC).

Una vez establecidas las garantías inherentes a todo procedimiento administrativo, se expondrá el **régimen de ejecución** de los actos administrativos en materia de extranjería. Dicho régimen es común al de los procedimientos administrativos generales, salvo el previsto para los expedientes de expulsión que se someterán al régimen específico de la LO 4/2000 art.57 .

8144 Procedimientos judiciales

En estos procedimientos en materia de extranjería estarán legitimadas además del interesado y la Administración, las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por la LJCA art.19.1.b) .

En la Constitución y en la Ley de extranjería (LO 4/2000), los extranjeros cuentan con los mismos **derechos de asistencia letrada y de representación** mediante procurador inherentes a todos los españoles.

Además, se deberán respetar los **principios y garantías** propios de la jurisdicción contencioso-administrativa previstos en la LJCA tales como el principio antiformalista, el principio de igualdad de partes, etc.

8146 Asistencia jurídica gratuita

Con el fin de garantizar la **tutela judicial efectiva**, los extranjeros pueden acceder a la asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los españoles, en virtud de la LO 4/2000 art.22 .

En concreto, tendrán:

- respecto a los **procedimientos administrativos**: derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de protección internacional cuando acrediten falta de recursos económicos según los criterios establecidos en la Ley de asistencia jurídica; y
- en lo concerniente a **los procedimientos judiciales**: derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos contenciosos administrativos en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, cuando se acredite insuficiencia de recursos económicos para litigar.

8148	a. Régimen de las infracciones	8150
	b. Régimen sancionador	8162

a. Régimen de las infracciones

(LO 4/2000 art.50 s.)

8150 De conformidad con la Ley de extranjería, el procedimiento sancionador en materia de extranjería se remite al **régimen sancionador común** contenido en la LPAC art.63, 64, 85, 89 y 90 y LRJSP art.25 al 31 . Por tanto, se ha de precisar que, aunque el régimen sancionador de la Ley de extranjería es la norma principal de aplicación en materia de infracciones contra el derecho de extranjería, el régimen sancionador de la LPAC y la LRJSP, tendrá carácter supletorio.

Al igual que en el procedimiento sancionador común, las infracciones han de ser:

- típicas;
- sujetas a reserva de ley;
- irretroactivas; y
- sometidas al principio sancionador común.

Asimismo, la Ley distingue **tres tipos** de infracciones: leves (nº 8152), graves (nº 8154), y muy graves (nº 8158).

8152 Infracciones leves

(LO 4/2000 art.52)

Las tipificadas en la Ley de extranjería son:

- la **omisión o retraso** en comunicar a las autoridades españolas los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable;
- que los extranjeros se hayan retrasado hasta 3 meses para solicitar la **renovación** de las autorizaciones que hayan caducado;
- encontrarse trabajando en España sin haber solicitado **autorización** administrativa para trabajar **por cuenta propia**, cuando se cuente con autorización de residencia temporal;
- encontrarse trabajando en una **ocupación**, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la **autorización de residencia y trabajo** de la que se es titular;
- **contratar** a trabajadores extranjeros en una ocupación, sector de actividad o lugar que no estuviera previsto por la autorización de residencia y trabajo de la que es titular el extranjero.

8154 Infracciones graves

(LO 4/2000 art.53)

Las tipificadas en la Ley de extranjería son:

- los supuestos de extranjeros irregulares como consecuencia de no tener la **prórroga de estancia**;
- que los extranjeros carezcan de una **autorización de residencia**, o en caso de tenerla, que esta llevase caducada durante de 3 meses siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente;
- estar trabajando sin haber obtenido **autorización de trabajo** previa cuando no cuente con autorización de residencia válida;
- que los extranjeros hayan incurrido en **ocultación dolosa** o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil o domicilio o bien falsedad en la declaración de datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal, siempre que tales hechos no sean calificados como delitos;
- que los extranjeros hayan incumplido las medidas impuestas por razón de **seguridad pública**, presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente;

- que el extranjero haya cometido una **tercera infracción leve** siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza;
- la participación por el extranjero en la realización de **actividades contrarias al orden público** previstas como graves en la LO 1/1992 , de sobre protección de la seguridad ciudadana (en adelante, Ley de la seguridad ciudadana);
- que los extranjeros salgan del territorio español por **puestos no habilitados**, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas;
- en los casos de aquellos extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a 6 meses, y no haber solicitado la **tarjeta de identidad de extranjero**, transcurrido el plazo estipulado en la LO 4/2000 art.2.4 ;
- no dar de alta en el **Régimen de Seguridad Social** correspondiente al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral;
- que el extranjero contraiga matrimonio, simule relación afectiva análoga o se constituya como representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con **ánimo de lucro** o para obtener indebidamente un derecho de residencia, cuando dichos hechos no constituyan delito;
- las conductas tendentes a **promover la permanencia irregular** en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con invitación expresa del infractor y continúe a su cargo transcurrido el tiempo permitido por su visado o autorización, y;
- que se consienta la inscripción de un extranjero en el **padrón municipal** por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no sea el domicilio real del extranjero.

Precisiones

Aunque los artículos 53 y 54 de la Ley de Extranjería remiten a la LO 1/1992 , sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, es necesario remarcar que el precepto está remitiendo a una norma derogada, ya que desde el 1-7-2015, la vigente norma en materia de seguridad ciudadana es la LO 4/2015 , de protección de la seguridad ciudadana. Tal y como se expone claramente en la Exposición de motivos de la vigente Ley: «La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, constituyó el primer esfuerzo por abordar, desde la óptica de los derechos y valores constitucionales, un código que recogiera las principales actuaciones y potestades de los poderes públicos, especialmente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Sin embargo, varios factores aconsejan acometer su sustitución por un nuevo texto». En ese mismo sentido se pronuncia la LO 4/2015 disp.trans.única en la que se deroga la antigua LO sobre protección de la seguridad ciudadana.

8158 Infracciones muy graves (LO 4/2000 art.54)

Se considerarán infracciones muy graves:

- los actos de participación en **actividades contrarias al orden público** o a la seguridad nacional tipificadas como muy graves en la Ley de seguridad ciudadana o que puedan perjudicar las relaciones de España con terceros países;
- la inducción y promoción con ánimo de lucro, tanto individualmente como parte de una organización, de la **inmigración ilegal** de personas en tránsito o con destino al territorio español y esas conductas no se califiquen como delitos;
- que se realicen **conductas discriminatorias** por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos y dichas conductas no sean constitutivas de delito;
- que se contrate a trabajadores extranjeros que no hubiesen obtenido previamente la **autorización de residencia y trabajo**, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados;
- el consentimiento en la inscripción de un extranjero en el **padrón municipal** por parte del titular de una vivienda habilitada para tal fin cuando dicha vivienda no sea el domicilio real del extranjero con ánimo de lucro;
- **simulación de relación laboral** de un extranjero con ánimo de lucro cuando dicha conducta no se tipifique como delito;
- la comisión de una **tercera infracción grave** si en el plazo de un año hubiese sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza;

- el **transporte de extranjeros** por cualquier vía hasta el territorio español sin que se hubiera comprobado la validez y vigencia de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros; y
- el incumplimiento de la obligación que tienen los **transportistas** de hacerse cargo sin demora del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de este, al no autorizarle la entrada.

Precisiones

Aunque los artículos 53 y 54 de la Ley de Extranjería remiten a la LO 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, es necesario remarcar que el precepto está remitiendo a una norma derogada, ya que desde el 1-7-2015, la vigente norma en materia de seguridad ciudadana es la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. Tal y como se expone claramente en la Exposición de motivos de la vigente Ley: «La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, constituyó el primer esfuerzo por abordar, desde la óptica de los derechos y valores constitucionales, un código que recogiera las principales actuaciones y potestades de los poderes públicos, especialmente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Sin embargo, varios factores aconsejan acometer su sustitución por un nuevo texto». En ese mismo sentido se pronuncia la LO 4/2015 disp.trans.única en la que se deroga la antigua LO sobre protección de la seguridad ciudadana.

8160 Prescripción de las infracciones

Es el mismo que en el procedimiento sancionador común:

Infracciones	Prescripción
- muy graves	- 3 años
- graves	- 2 años
- leves	- 6 meses

b. Régimen sancionador

8162 Órgano competente	8164
Clases de sanciones	8166
Prescripción de las sanciones	8168

8164 Órgano competente

Serán competentes para imponer sanciones (LO 4/2000 art.55.2 ; RD 557/2011 art.219):

- el subdelegado del Gobierno o el delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y los subdelegados del Gobierno;
- el comisario general de Extranjería y Fronteras;
- los jefes de oficina de extranjería;
- el jefe superior de policía;
- los comisarios provinciales; y
- los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos en las demás comunidades autónomas.

8166 Clases de sanciones

Entre estas, se puede hablar de:

1. **Multas**: son sanciones administrativas de naturaleza pecuniaria cuyo objeto consiste en imponer al infractor pagar una determinada cuantía dineraria. En la graduación de las multas se tendrán en cuenta los **principios de tipicidad, proporcionalidad, responsabilidad, culpabilidad** y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y, por último, la capacidad económica del infractor:

Infracciones	Multa
- leves	- hasta 500 euros
- graves	- de 501 hasta 10.000 euros

Infracciones	Multa
- muy graves	- desde 10.001 hasta 100.000 euros (con excepción de las previstas en LO 4/2000 art.54.2).

2. **Expulsión:** si los infractores son extranjeros y realicen conductas tipificadas como muy graves o graves previstas en las letras a, b, c, d y f de la LO 4/2000 art.53.1 o bien que hubieran sido condenados previamente en España o en su país de origen a una pena privativa de libertad superior a un año, podrá ordenarse la expulsión del infractor del territorio español (LO 4/2000 art.57).

Además, la Ley proscribe la imposición conjunta de sanciones de multa y expulsión.

3. **Medidas provisionales:** al ser un procedimiento administrativo, la Ley de extranjería por remisión a la LPAC art.56 , autoriza al órgano instructor la aplicación de medidas provisionales durante los procedimientos sancionadores.

Algunas de las medidas provisionales previstas en la LO 4/2000 art.61 son, entre otras:

- la presentación periódica ante las autoridades competentes;
- la residencia obligatoria en determinado lugar;
- la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad;
- la detención cautelar por un período máximo de 72 horas;
- el internamiento preventivo; y
- cualquier otra medida que el Juez estime adecuada y suficiente.

Precisiones

En lo concerniente al **internamiento preventivo**, la Ley de extranjería prevé que el órgano instructor de los procedimientos sancionadores pueda pedir al juez competente que ingrese al extranjero en un centro de internamiento mientras se esté tramitando el expediente sancionador (LO 4/2000 art.62).

El juez ordenará el ingreso mediante auto motivado previa **audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal**. Asimismo, durante el internamiento, el extranjero goza de una serie de derechos enumerados en la LO 4/2000 art.62 bis tales como el derecho a ser informado de su situación, el respeto a su vida, integridad física y salud, entre otros.

8168 Prescripción de las sanciones

El momento de prescripción de las sanciones (LO 4/2000 art.56) es el que se recoge en la siguiente tabla:

Sanciones	Prescripción
- muy graves	- 5 años
- graves	- 2 años
- leves	- al año

S. Procedimientos tributarios

8180	1. Cuestiones comunes	8182
	2. Procedimientos de gestión tributaria	8218
	3. Procedimiento de inspección	8240
	4. Procedimiento de recaudación	8260
	5. Procedimiento sancionador en materia tributaria	8270
	6. Procedimientos de revisión en vía administrativa en materia tributaria	8300

1. Cuestiones comunes

8182 La Constitución española de 1978 establece según su tenor literal que: «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo» (Const art.31).

Con el fin de garantizar un sistema tributario justo, la Ley General Tributaria (en adelante, LGT), regula en su Título III los procedimientos tributarios; estos establecen un **conjunto de derechos y obligaciones** entre los contribuyentes y la Administración tributaria.

Asimismo, se enumeran una serie de **principios** que se procederán a desarrollar a continuación (nº 8184 s.).

a. Principios tributarios

8184	Principios de ordenación del sistema tributario	8186
	Principios de aplicación del ordenamiento tributario	8188

8186 Principios de ordenación del sistema tributario

Estos son:

1. De **legalidad**: la potestad para establecer tributos se materializa mediante norma con rango de Ley (Const art.133). Así, la regulación de los tributos por Ley afecta tanto a su ámbito material como a su ámbito formal.

2. De **capacidad económica**: en virtud del mismo los ciudadanos tienen la obligación de contribuir al gasto público en proporción con su situación subjetiva patrimonial, es decir, estarán obligados a contribuir más quienes poseen un nivel adquisitivo mayor.

3. De **generalidad**: establece el deber de todos los españoles de contribuir al gasto público, o en palabras de Calvo Ortega, «todos los sujetos de derecho están sometidos al poder tributario y no se pueden establecer exoneraciones individuales o colectivas que no estén justificadas por el propio ordenamiento y concretamente por la Constitución misma».

4. De **justicia tributaria**: este nace de la interrelación subjetiva de los principios de legalidad, capacidad económica y generalidad. Los tres principios garantizan la justicia material en el ámbito fiscal.

5. De **igualdad**: impone a la Administración Tributaria la obligación de otorgar a todos los contribuyentes un trato equitativo y proscribire el trato discriminatorio (con fundamento en Const art.14).

Sin embargo, ello no obsta para que resulte de aplicación el **principio de discriminación positiva**; avalado por jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional que estipula que los poderes públicos han de gravar igual a los sujetos que se encuentren en la misma situación, y desigualmente, a los que están en situaciones diferentes. Por consiguiente, el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad sino únicamente aquellas que carezcan de justificación.

6. **Equitativa distribución de la carga pública**: principio que impone la distribución de las cargas tributarias y los beneficios utilizando la capacidad económica de los contribuyentes como baremo, de esta forma, se evita que se impongan cargas excesivas o se obtengan beneficios indebidos.

7. De **no confiscatoriedad**: se encuentra tanto en la Const art.31 como en la LGT art.3 .

Según el TCo 150/1990 , las contribuciones públicas han de absorber por vía impositiva tan solo una parte de la propiedad y de la renta de los contribuyentes, entendiéndose que, se incurre en confiscatoriedad cuando se priva de forma abusiva a un contribuyente de su patrimonio y propiedades, garantizándose en la artículo 33 de la Const .

8188 Principios de aplicación del ordenamiento tributario

Se trata de los siguientes:

a) Principio de **proporcionalidad**: supone que las intervenciones administrativas han de alcanzar los fines perseguidos a través de los medios que resulten menos restrictivos de los derechos de los ciudadanos. Para ponderar si una medida es proporcional, han de valorarse: la idoneidad de la medida en relación con el fin perseguido, la necesidad de dicha medida y que exista proporción entre la medida a aplicar y el bien jurídico que se trata de salvaguardar.

b) Principio de **eficacia**: este principio supone que el fin último de todas las normas tributarias es la recaudación rápida y diligente de las deudas públicas de los contribuyentes, por ello, se busca que los procedimientos tributarios sean breves y concisos en su tramitación.

c) Principio de **limitación de costes indirectos** derivados del cumplimiento de obligaciones formales: se tratará de evitar costes innecesarios al contribuyente durante la tramitación de los procedimientos administrativos.

b. Régimen jurídico común de los procedimientos tributarios

8190 Dispone la LGT art.97 que las actuaciones y procedimientos de aplicación de los procedimientos tributarios se rigen:

- por la LGT;

- por el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria (RD 1065/2007 , en adelante, RGGI) y el Reglamento General de Recaudación (RD 939/2005 , en adelante, RGR);

- por la normativa específica de cada tributo; y
- de forma supletoria, se aplicarán las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos (LPAC y LRJSP).

c. Tramitación común de los procedimientos tributarios

8192 Todo procedimiento tributario se divide en tres fases: inicio (nº 8194), desarrollo (nº 8196) y terminación (nº 8200), de conformidad con la LGT art.98 a 100 .

8194 Inicio (LGT art.98)

La Ley General Tributaria dispone que los procedimientos tributarios pueden iniciarse mediante autoliquidación, declaración, comunicación, solicitud o cualquier otro medio previsto en la normativa tributaria:

- de oficio; o
- a instancia de parte.

a) En lo concerniente al inicio **de oficio**, se requiere un acuerdo del órgano competente para su inicio, por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior o a petición razonada de otros órganos; mediante comunicación que deberá ser notificada al obligado o mediante personación; posteriormente, en virtud del RGGI art.87.4 , salvo en los supuestos de iniciación mediante personación, se requerirá al obligado tributario para que en un plazo no inferior a 10 días comparezca, aporte la documentación pertinente y efectúe alegaciones.

b) Respecto a los procedimientos que se inician **a instancia de parte**, se desarrollan en el RGGI art.88 y podrá incluir un domicilio a efectos de notificaciones. Asimismo, la documentación presentada por el obligado tributario, deberá incluir en todo caso, el nombre y apellidos o razón social y el número de identificación fiscal del obligado tributario y, en su caso, de la persona que lo represente. De lo contrario, el documento de iniciación adolecerá de un defecto formal y, por consiguiente, el obligado tributario dispondría de un plazo de 10 días para subsanarlo. Si hubiese transcurrido el plazo sin haber corregido el defecto, la Administración tendrá al obligado tributario por desistido y procederá al archivo del procedimiento sin más trámite.

Precisiones

El Ministro de Hacienda podrá determinar los supuestos y condiciones en los que los obligados tributarios deberán presentar por **medios telemáticos** sus declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones, solicitudes etc. Asimismo, la LGT art.96 promoverá en la medida de lo posible el empleo de medios y programas informáticos, y garantiza que los documentos emitidos por vía telemática gozan de la misma validez y eficacia que los originales.

8196 Desarrollo

En el desarrollo de las actuaciones y procedimientos tributarios, la LGT art.99 impone a la Administración que garantice en todo momento a los obligados tributarios el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones:

1. Los obligados pueden negarse a **presentar los documentos**:

- que no sean exigibles por la normativa tributaria, o
- aquellos que se encuentren en poder de la Administración Tributaria, o
- hayan sido presentados previamente, aunque se podrá requerir al interesado la ratificación de datos específicos.

2. Los obligados tienen derecho a recibir una **certificación** de las autoliquidaciones, declaraciones y comunicaciones que hayan presentado, o de extremos concretos contenidos en las mismas.

3. El obligado podrá obtener a su costa, **copia** de todos los documentos del **expediente** salvo que afecten a intereses de terceros o a la intimidad de las personas o que así lo disponga la normativa vigente, así como el libre acceso a los registros y documentos que formen parte de un expediente concluido a la fecha de la solicitud y que obre en los archivos administrativos.

4. Se podrá practicar la **prueba** sin necesidad de abrir un período específico de prueba.

5. En lo concerniente al trámite de **alegaciones**, este no podrá tener una duración inferior a 10 días ni superior a 15. Por otro lado, se podrá prescindir del trámite de audiencia a las partes, en la suscripción de actas con acuerdo, o cuando esté previsto en el procedimiento un trámite de alegaciones superior.

8198 Una vez descrito el núcleo común de todo procedimiento tributario, se procederá a narrar el lugar y momento donde se efectúa, de conformidad con el RGGI. El RGGI dispone que las **actuaciones** que se desarrollen en las oficinas

públicas se realizarán dentro del horario oficial de apertura al público y, en todo caso, dentro de la jornada de trabajo; en cambio, si se desarrollan en los locales del obligado se respetará la jornada laboral, aunque si el obligado diese su consentimiento el procedimiento podría realizarse fuera de dicha jornada, en virtud del RGGI art.90 .

Asimismo, el obligado tributario puede solicitar la ampliación y aplazamiento de los plazos de tramitación, aunque dicha **ampliación** no puede exceder de más de la mitad de los plazos originales y han de concurrir los siguientes requisitos para que se conceda: que la solicitud se haga con 3 días de anterioridad a la finalización del plazo que se pretende ampliar, que se justifique la concurrencia de circunstancias que lo aconseje y que no sea perjudicial para los terceros.

También podrá solicitar un **aplazamiento** cuando le resulte imposible comparecer en el lugar, día y hora que le hubiesen fijado. Dicho aplazamiento ha de solicitarse dentro de los 3 días siguientes al de la notificación del requerimiento. En caso de que se deniegue la solicitud de aplazamiento o ampliación, el obligado tributario no podrá recurrir la denegación.

8200 Terminación (LGT art.100)

Conforme a la Ley General Tributaria, los procedimientos tributarios pueden terminar por resolución, desistimiento, renuncia al derecho en que se fundamente la solicitud, imposibilidad material por causas sobrevenidas, caducidad, el cumplimiento de la obligación que motivó el inicio del procedimiento en cuestión o cualquier otra causa prevista en el ordenamiento tributario y la resolución.

En lo que respecta a la **resolución**, la Administración Tributaria está obligada a resolver expresamente y notificar dicha resolución en virtud de la LGT art.103 .

Hay, sin embargo, **excepciones** para la obligación de resolver expresamente en los procedimientos relativos al ejercicio de derechos que solo deban ser objeto de comunicación por el obligado tributario, y en los procedimientos en los que se produzca la caducidad, pérdida del objeto del procedimiento, renuncia o desistimiento. No obstante si el interesado solicita que la Administración certifique que se ha producido alguna de estas circunstancias, esta queda obligada a contestar su petición.

Respecto al **plazo** para resolver, será el fijado por la normativa de cada procedimiento, sin que pueda exceder de 6 meses, salvo que una norma con rango de Ley o la normativa comunitaria dispongan otra cosa.

Por lo tanto, el plazo general de los procedimientos tributarios tal y como establece la LGT art.104 , es de 6 meses. Asimismo, se debe tener en cuenta el **momento** a partir del cual se contará el plazo de resolución.

- En los **procedimientos iniciados de oficio** se contará a partir del momento en que se notificó el acuerdo de inicio.
- En cambio, en los **procedimientos iniciados a instancia de parte**, el plazo empezará a computar a partir del momento en que el documento haya tenido entrada en el Registro del órgano competente.

Por otro lado, la Ley prevé una serie de circunstancias, las cuales no computan a **efectos del plazo** de resolución del procedimiento. Dichas circunstancias son los períodos de interrupción justificada del RGGI art.103 , las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria y los períodos de suspensión del plazo.

8202 Silencio administrativo

Aunque la Administración está obligada a resolver, la Ley prevé dos situaciones de silencio administrativo:

- Si se trata de procedimientos iniciados **a instancia de parte**, el silencio se regulará por la normativa propia de cada tributo; si no existiese tal regulación se aplicará el silencio positivo menos en los casos de derecho de petición y en los de impugnación de actos y disposiciones. Asimismo, si se produjese una parálisis del procedimiento imputable al obligado tributario, la Administración le avisará que, transcurridos 3 meses, caducará el procedimiento.
- Si el procedimiento fue iniciado **de oficio**, la falta de contestación de la Administración se registrará por la normativa propia de cada tributo y, en caso de que el tributo no poseyese esa normativa, operará el silencio negativo, si el objeto del procedimiento es el reconocimiento o constitución de derechos y facultades individualizadas. En cambio, si el objeto del procedimiento es la imposición de una disposición desfavorable o de gravamen, el procedimiento se entenderá caducado. Dicha caducidad no producirá, por sí sola, la prescripción de los derechos de la Administración Tributaria.

d. Documentos presentes en un procedimiento tributario

8206 Estos son:

- notificación (nº 8208)

- liquidación (nº 8210)
- autoliquidación (nº 8212)
- autorización judicial (nº 8212)
- denuncia pública (nº 8212)

8208 Notificación

La notificación de los actos de la Administración constituye por un lado, un requisito necesario para la eficacia de dichos actos, y por otro, una **garantía** para los interesados, pues asegura su conocimiento por parte de ellos. La falta de notificación o la notificación defectuosa del acto administrativo no afecta a la validez de este, pero sí a su eficacia, que quedará demorada hasta que aquella se produzca. El momento en que se entiende practicada la notificación es el de su recepción.

Respecto al **lugar en que se practica**, la LGT art.110 , dispone que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado la notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro. Asimismo, en los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá practicarse en el **domicilio fiscal** del obligado tributario o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin.

Por otro lado, la LGT también establece quienes están **legitimados** para recibir las notificaciones. Según la LGT art.111 , estarán legitimadas para recibir la notificación en el lugar señalado al efecto o en el domicilio fiscal del obligado tributario o su representante, en caso de no hallarse presentes en la entrega, cualquier persona que se encuentre en dicho lugar o domicilio y haga constar identidad, así como los empleados de la comunidad de vecinos o propietarios donde radique el lugar señalado, a efectos de notificaciones.

Si el obligado tributario o su representante rechazasen la notificación, esta se tendrá por efectuada.

Si no fuese posible notificar directamente o a su representante, por causas no imputables a la Administración, y se hubiese intentado al menos dos veces en el domicilio fiscal, o en el designado por el interesado si se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del mismo, se harán constar los **intentos de notificación** en el expediente aunque será suficiente un único intento de notificación, cuando el destinatario conste como desconocido en dicho domicilio o lugar. Ante esa situación, la Administración citará al interesado o a su representante para ser notificados por comparecencia a través de anuncios que se publicarán una vez en el BOE. La **comparecencia** deberá producirse en el plazo de 15 días naturales, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio en el BOE. Transcurrido dicho plazo sin haber comparecido, la notificación se entenderá producida a efectos legales el día siguiente al del vencimiento del plazo señalado.

8210 Liquidación

Es el acto administrativo resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la **deuda tributaria** que en su caso, resulte a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria. Las liquidaciones se efectúan a través de declaraciones al obligado tributario y pueden ser:

a) **provisionales**, en los siguientes casos:

- cuando alguno de los elementos de la obligación tributaria se determine en función de los correspondientes a otras obligaciones que no hubieran sido comprobadas;
- que hubieran sido regularizadas mediante liquidación provisional o mediante liquidación definitiva que no fuera firme;
- cuando existan elementos de la obligación tributaria cuya comprobación con carácter definitivo no hubiera sido posible durante el procedimiento;
- cuando proceda formular distintas propuestas de liquidación en relación con una misma obligación tributaria;
- cuando la conformidad del obligado no se refiera a toda la propuesta de regularización;
- cuando se realice una comprobación de valor y no sea el objeto único de la regularización;
- las liquidaciones dictadas en supuestos de delitos contra la Hacienda Pública; y
- en los demás supuestos previstos en el Reglamento.

b) **definitivas**, cuando la normativa tributaria las defina expresamente como tales y las practicadas en el procedimiento inspector, previa comprobación e investigación de la totalidad de los elementos de la obligación tributaria.

8212 Autoliquidación, autorización judicial y denuncia pública

Aunque los efectos de la **autoliquidación** son similares a la liquidación presentada mediante declaración, se diferencia en el sentido en que en la autoliquidación, el contribuyente no solo aporta a la Administración los datos necesarios para cuantificar la deuda tributaria, sino que procede al cálculo exacto de la cuantía.

La **autorización judicial** es la resolución judicial que habilita a la Administración para efectuar funciones como entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario o efectuar registros en el mismo.

En cuanto a la **denuncia pública**, es el documento mediante el cual se pone en conocimiento de la Administración hechos constitutivos de infracciones tributarias. La denuncia es independiente del deber de colaborar con la Hacienda Pública y no se considerará al denunciante como interesado en las actuaciones, ni se le informará del procedimiento.

e. Prueba en los procedimientos tributarios

8214 La LGT prevé la existencia de una actividad de prueba en los procedimientos tributarios porque tal y como prevé el tenor literal de la LGT art.105 «quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo». Además los obligados tributarios deberán designar de forma concreta los medios de prueba de los que se quieran hacer valer.

Respecto a qué se considera un **medio de prueba**, así como las reglas de valoración, la LGT art.106 se remite al Código Civil y a la LEC, salvo que la ley establezca otra cosa. Aun así, se prevén otros medios de prueba en la LGT tales como:

- las pruebas de otros estados y organizaciones internacionales o supranacionales en el marco de la asistencia mutua,
- las pruebas que prevean las leyes propias de cada tributo y
- las facturas justificativas de los gastos deducibles de los empresarios, aunque este último no se considerará un medio de prueba privilegiado, y en caso de ser cuestionado por la Administración, el empresario ha de recurrir a medios de prueba alternativos.

Por último, la LGT enumera una serie de **presunciones *juris tantum*** (LGT art.108). Para que las presunciones operen como medios de prueba es necesario que se acredite un enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir.

8216 Ejemplos de presunciones

Estos son:

- a) Se considerará como **titular** de cualquier bien, derecho, empresa, servicio, actividad, explotación o función a quien figure como tal en un registro fiscal o en otros de carácter público, salvo prueba en contrario.
- b) Los datos y elementos de hecho consignados en las **autoliquidaciones**, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y solo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario.
- c) Los datos incluidos en **declaraciones o contestaciones a requerimientos** en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en la LGT art.93 y 94 , que vayan a ser utilizados en la regularización de la situación tributaria de otros obligados, se presumen ciertos, pero deberán ser contrastados. Si el obligado alegase inexactitud o falsedad, el declarante deberá ratificar dichos datos, así como aportar prueba de los datos relativos a terceros incluidos en las declaraciones presentadas.
- d) En el caso de obligaciones tributarias con **periodos de liquidación inferior al año**, se podrá realizar una distribución lineal de la cuota anual que resulte entre los periodos de liquidación correspondientes cuando la Administración tributaria no pueda, en base a la información obrante en su poder, atribuirle a un periodo de liquidación concreto, conforme a la normativa reguladora del tributo, y el obligado tributario, requerido expresamente a tal efecto, no justifique que procede un reparto temporal diferente.
- e) En los **supuestos de conflicto** en la aplicación de la norma tributaria de la LGT art.15 , la Administración tributaria presumirá que el autor de tal conducta no actuó ni diligentemente ni conforme a un criterio razonable de interpretación de la norma tributaria, salvo prueba en contrario.

2. Procedimientos de gestión tributaria

8218 La gestión tributaria **se define** como la función administrativa dirigida a la aplicación de los tributos, que en un sentido amplio estaría integrada por todas las actividades tendentes a la cuantificación y determinación de la deuda tributaria (liquidación tributaria).

La competencia para la gestión de los tributos estatales está reservada a la **Agencia Estatal de la Administración Tributaria**. Por otro lado, la gestión de los tributos autonómicos y locales corresponde a las consejerías de hacienda de las comunidades autónomas y a las concejalías de hacienda de los ayuntamientos, respectivamente.

En cuanto a su **inicio**, los procedimientos de gestión podrán efectuarse mediante declaración, autoliquidación o comunicación de datos.

Los **tipos de procedimientos de gestión** son:

- de devolución (nº 8220);
- de rectificación de declaraciones y autoliquidaciones (nº 8224 s.);
- de verificación de datos (nº 8226);
- de comprobación limitada (nº 8230);
- de comprobación de valores (nº 8232);
- de comprobación formal (nº 8236).

8220 Procedimiento de devolución

(LGT art.124 a 130; RGGI art.122 y 125)

Se centra en materia de devolución de impuestos.

En cuanto a su **objeto**, se trata de procedimientos de revisión para lograr el reconocimiento del derecho a la devolución de las correspondientes cantidades ingresadas o soportadas indebidamente, como consecuencia de la aplicación del tributo del que proceda, de acuerdo con lo previsto en la normativa de cada tributo.

Además, atendiendo al RGGI art.131 y a la LGT art.221 , también procederá la devolución de ingresos indebidos cuando concurren las siguientes **circunstancias**:

- Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones. Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación.
- Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción.
- Cuando así lo establezca la normativa tributaria.

El **órgano responsable** es la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

1. **Forma de inicio**: atendiendo a la LGT art.124 , se inicia a instancia del interesado mediante la presentación de una autoliquidación, solicitud o comunicación de datos. El solicitante puede ser tanto persona física como persona jurídica.

2. **Lugar de presentación**: la autoliquidación se presentará de forma general, en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o en las oficinas de correos por vía telemática. Excepcionalmente la autoliquidación y la declaración podrán presentarse en los demás lugares contemplados en la LPAC art.16.4 .

3. **Actuaciones de la Administración**: la Administración comprueba las circunstancias que determinen el derecho a la devolución, conforme al RGGI art.131 . La propuesta de resolución se notifica concediendo un plazo de 10 días, de conformidad con la LGT art.99 , para la presentación de alegaciones y los documentos o justificantes que se estimen necesarios; pudiéndose prescindir de este trámite si la propuesta es igual a la solicitada por el obligado.

4. **Resolución**: el órgano competente para resolver dictará una resolución motivada en la que, decidirá si se concede o no, el derecho a la devolución, en el caso de que fuese estimatoria, se determinará el titular del derecho y el importe de la devolución para, posteriormente, proceder a ejecutar la devolución de la cuantía reconocida. El procedimiento de devolución también podrá terminar por caducidad, o por el inicio de un procedimiento de verificación, comprobación limitada o comprobación de valores.

El **plazo** del procedimiento es de 6 meses.

8224 Procedimiento de rectificación de declaraciones y autoliquidaciones

Se centra en materia de impuestos en la corrección de errores materiales.

Respecto a su **objeto**, cuando un obligado tributario considere que una declaración o una autoliquidación ha perjudicado sus **intereses legítimos**, podrá instar la rectificación de dicho documento.

El órgano responsable es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

1. **Forma de inicio:** según el RGGI art.126 , la iniciación de este procedimiento podrá llevarse a cabo de oficio o a instancia del interesado. Específicamente, en los procedimientos iniciados a instancia de parte, las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones se dirigirán al órgano competente de acuerdo con la normativa de organización específica. La solicitud solo podrá hacerse una vez presentada la correspondiente **autoliquidación** y antes de que la Administración Tributaria haya practicado la liquidación definitiva o, en su defecto, antes de que haya prescrito el derecho de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación o el derecho a solicitar la devolución correspondiente.

El obligado tributario no podrá solicitar la rectificación de su autoliquidación cuando se esté tramitando un procedimiento de **comprobación o investigación** cuyo objeto incluya la obligación tributaria a la que se refiera la autoliquidación presentada, sin perjuicio de su derecho a realizar las alegaciones y presentar los documentos que considere oportunos en el procedimiento que se esté tramitando, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano que lo tramite.

En otro orden de cosas, cuando la **Administración Tributaria** haya practicado una liquidación provisional, el obligado tributario podrá solicitar la rectificación de su autoliquidación únicamente si la liquidación provisional ha sido practicada por consideración o motivo distinto del que se invoque en la solicitud del obligado tributario. Asimismo, se considerará que entre la solicitud de rectificación y la liquidación provisional concurre consideración o motivo distinto cuando la solicitud de rectificación afecte a elementos de la obligación tributaria que no hayan sido regularizados mediante la liquidación provisional. Además, en la solicitud de rectificación de una autoliquidación deberán constar los extremos contenidos en el RGGI art.88.2 , así como los establecidos en el art.126.4 de la citada norma.

Finalmente, la solicitud deberá acompañarse de la **documentación** en que se basa la solicitud de rectificación y los justificantes, en su caso, del ingreso efectuado por el obligado tributario.

8225 2. **Lugar de presentación:** la autoliquidación se presentará de forma general, en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o en la oficina de correos por vía telemática. Excepcionalmente la autoliquidación puede presentarse en los demás lugares contemplados en la LPAC art.16.4 .

3. **Actuaciones de la Administración:** atendiendo a la LGT art.220 , el órgano u organismo que hubiera dictado el acto o la resolución de la reclamación rectificará en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, los errores materiales, de hecho o aritméticos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción.

En la tramitación del **expediente del procedimiento de rectificación**, de conformidad con el RGGI art.127 , se comprobarán las circunstancias que determinen la procedencia de la rectificación. En este sentido, la Administración podrá examinar la documentación presentada y contrastarla con los datos y antecedentes que obren en su poder.

También podrá realizar **requerimientos** al propio obligado en relación con la rectificación de su autoliquidación, incluidos los que se refieran a la justificación documental de operaciones financieras que tengan incidencia en la rectificación solicitada. Asimismo, podrá efectuar requerimientos a terceros para que aporten la información que se encuentren obligados a suministrar con carácter general o para que la ratifiquen mediante la presentación de los correspondientes justificantes. Durante la tramitación de este procedimiento se podrán solicitar los **informes** que se consideren necesarios.

Una vez finalizadas las mencionadas actuaciones, se notificará al interesado la **propuesta de resolución** para que en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la propuesta, alegue lo que convenga a su derecho, salvo que la rectificación que se acuerde coincida con la solicitada por el interesado, en cuyo caso se notificará sin más trámite la liquidación que se practique.

4. **Resolución:** el procedimiento finalizará mediante resolución en la que se acordará o no la rectificación de la autoliquidación (RGGI art.128). El acuerdo será motivado cuando sea denegatorio o cuando la rectificación acordada no coincida con la solicitada por el interesado.

Cuando se reconozca el derecho a obtener una **devolución**, se determinará el titular del derecho y el importe de la devolución, así como los intereses de demora que, en su caso, deban abonarse.

La base sobre la que se aplicará el tipo de interés tendrá como **límite** el importe de la devolución reconocida.

El **plazo** para la resolución del procedimiento es de 6 meses (RGGI art.128.4).

8226 Procedimiento de verificación de datos

Se centra en la comprobación en materia de **información**.

Su **objeto** es la aclaración o justificación de las **discrepancias** observadas en las declaraciones o autoliquidaciones presentadas por el obligado tributario o de los datos relativos a dichas declaraciones o autoliquidaciones.

El **órgano responsable** continúa siendo la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

1. **Forma de inicio y lugar de realización:** según la LGT art.132 , el procedimiento de verificación de datos se inicia de oficio por la Administración tributaria.

El procedimiento se incoa mediante **requerimiento** de la Administración para que el obligado tributario aclare o justifique la discrepancia observada relativa a los datos de su declaración o autoliquidación.

El procedimiento se efectuará con carácter general en las oficinas de la Administración Tributaria.

2. **Actuaciones de la Administración:** atendiendo al RGGI art.155 , la Administración Tributaria goza de las facultades de comprobación y verificación de los errores aritméticos o formales.

La Administración deberá informar al obligado con carácter previo al trámite de alegaciones sobre la posibilidad de reducir o ampliar el alcance de las actuaciones. Una vez hayan terminado las **actuaciones de verificación**, la Administración elaborará una liquidación provisional.

La **propuesta de liquidación** se notifica concediendo un plazo de 10 días para presentar alegaciones y documentos o justificantes que se estimen necesarios; pudiéndose prescindir de este trámite si la propuesta es igual a la solicitada por el obligado.

Si el obligado tributario manifiesta su disconformidad con los datos en poder de la Administración, resultará de aplicación la **presunción** de la LGT art.108.4 .

3. **Resolución y plazo:** el procedimiento puede terminar (LGT art.133):

- por resolución en la que se declare improcedente practicar liquidación provisional o se corrijan los defectos advertidos, por liquidación provisional, o

- por subsanación o aclaración del objeto, por caducidad o por inicio de un procedimiento de comprobación limitada o de inspección que incluya el objeto de un procedimiento de verificación.

El **plazo** del procedimiento es de 6 meses.

8230 Procedimiento de comprobación limitada

(LGT art.136 a 140; RGGI art.163 a 165)

Se trata de un procedimiento en materia de comprobación de información.

Su **objeto** es la comprobación de los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria.

El **órgano responsable** es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

1. **Forma de inicio:** se inicia de oficio por la Administración Tributaria; se incoa mediante comunicación en la que se exponen la **naturaleza y el alcance** de las actuaciones de comprobación para que el obligado tributario que hubiera sido requerido se persone en el lugar, día y hora señalados para la práctica de las actuaciones, y deberá aportar la documentación y demás elementos solicitados (LGT art.137).

Con carácter previo a la resolución, la Administración notificará al obligado tributario la propuesta de resolución o de liquidación para que efectúe **alegaciones** en un plazo de 10 días.

Asimismo, el RGGI art.164 establece que se podrá prescindir del trámite de alegaciones cuando la resolución contenga manifestación expresa de que no procede regularizar la situación tributaria como consecuencia de la comprobación realizada.

2. **Lugar de realización:** en virtud de la Ley General Tributaria, las actuaciones de comprobación limitada no podrán realizarse fuera de las oficinas de la Administración Tributaria salvo las que procedan según la normativa aduanera o en los supuestos previstos reglamentariamente al objeto de realizar comprobaciones censales o relativas a la aplicación de métodos objetivos de tributación (LGT art.136.4).

3. **Actuaciones de la Administración:** la Administración podrá comprobar (RGGI art.164 ; LGT art.136.2):

- los datos consignados por los obligados tributarios en sus declaraciones y de los justificantes presentados;

- los datos y antecedentes que posea la Administración Tributaria que determinan la existencia de un hecho imponible, o del presupuesto de una obligación tributaria, o la existencia de elementos determinantes de la misma no declarados o distintos a los declarados por el obligado tributario;

- el examen de los registros y demás documentos exigidos por la normativa tributaria,

- cualquier otro documento de carácter oficial salvo la contabilidad mercantil, así como el examen de las facturas o documentos que sirvan de justificante de las operaciones incluidas en dichos libros, registros o documentos; y

- requerimientos a terceros para que aporten la información que se encuentren obligados a suministrar con carácter general o para que la ratifiquen mediante la presentación de los correspondientes justificantes.

4. Resolución y plazo: el procedimiento de comprobación limitada podrá terminar mediante resolución motivada de la Administración Tributaria; dicha resolución deberá especificar (LGT art.139):

- la obligación tributaria o elementos de la misma y ámbito temporal objeto de la comprobación;

- las actuaciones concretas realizadas;

- una relación de los hechos y fundamentos de derecho; y

- una liquidación provisional o, en su caso, manifestación expresa de que no procede regularizar la situación tributaria como consecuencia de la comprobación realizada.

También podrá concluir **por caducidad o por inicio** de un procedimiento inspector que incluya el objeto de la comprobación limitada.

El **plazo** del procedimiento es de 6 meses.

8232 Procedimiento de comprobación de valores

(LGT art.57, 134, 135; RGGI art.157 a 162)

Se trata de un procedimiento en materia de comprobación de información tributaria, cuyo **objeto** es la comprobación del valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria, por alguno de los medios previstos en la LGT art.57 .

El **órgano** responsable es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

1. Forma de inicio y lugar de realización: en virtud de lo establecido en la LGT art.134 , el inicio del procedimiento se efectuará de oficio mediante comunicación de la Administración o, cuando se cuente con datos suficientes, mediante la **notificación conjunta** de las propuestas de liquidación y valoración.

De acuerdo con el RGGI art.159 , la comprobación de valores también podrá realizarse como **actuación concreta** cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento de declaración, de comprobación limitada o de inspección excepto en lo relativo al plazo máximo de resolución que será el del procedimiento en tramitación.

El **lugar de práctica** del procedimiento son las oficinas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el lugar físico donde se encuentre la información de trascendencia fiscal.

2. Actuaciones de la Administración: en virtud de lo establecido en el RGGI art.157 y 158 , la Administración Tributaria tendrá el derecho a examinar todos los datos en poder de la Administración, los consignados por los obligados en sus declaraciones o los justificantes presentados por los mismos o aquellos que se les requieran al efecto, así como la posibilidad de requerir al propio obligado tributario o a terceros para que le suministre toda la información necesaria para efectuar la valoración.

Asimismo, cuando la valoración tenga lugar dentro de un procedimiento de inspección, tendrá la Administración todas las **facultades** que se reconocen a los órganos de inspección (RGGI art.159.3). Ello implica que aunque el órgano competente del procedimiento de comprobación no tenga la naturaleza de un órgano de inspección, la Administración podrá igualmente efectuar el **examen físico y documental** de los bienes o derechos objeto de valoración.

Una vez haya terminado de efectuar las valoraciones, la Administración remitirá una propuesta de liquidación al contribuyente, que podrá ser deliberada en el **trámite de alegaciones**; dicha liquidación presenta naturaleza provisional y además de estar suficientemente motivada ha de recoger la normativa aplicable y el detalle de su aplicación.

8234 3. Resolución: respecto a la conclusión del procedimiento, podrá concluir por las mismas causas que en los anteriores procedimientos de gestión, es decir, por aceptación de la propuesta de liquidación provisional de la Administración o que caduque el procedimiento.

Sin embargo, la LGT art.135 prevé un procedimiento específico de terminación en el caso de que el contribuyente muestre su **disconformidad** respecto a la propuesta de liquidación provisional: la tasación pericial contradictoria.

El **procedimiento de tasación pericial contradictoria** se inicia a solicitud del interesado. Los interesados pueden promover tasación pericial contradictoria contra el acto de comprobación de valores dentro del plazo establecido para el primer recurso o reclamación contra la liquidación efectuada con base en los valores comprobados, quedando en tal caso en suspenso la liquidación y el plazo de interposición del recurso o reclamación contra la misma.

Pero no basta la solicitud de tasación pericial contradictoria para que se tenga por solicitada, pues aclara el RGGI que únicamente se considerará que el interesado la promueve si los **motivos de oposición** a la valoración solo se refieren a la cuantificación de los elementos técnicos.

Se excluye también la tasación contradictoria si, a pesar de versar sobre **elementos técnicos**, manifiesta expresamente el interesado que no desea promover la tasación pericial contradictoria sino la impugnación del acto administrativo de liquidación.

Su **tramitación** es:

- a) Notificación al obligado de la valoración efectuada.
- b) Nombramiento por el obligado de un perito con título adecuado.
- c) Emisión de dictamen (hoja de aprecio) por el perito del obligado en plazo de un mes desde la recepción de la relación de los bienes y derechos a valorar.
- d) En el caso de que la diferencia entre las tasaciones respectivamente efectuadas por el perito de la Administración y el designado por el interesado sea superior a 120.000 euros o al 10 por 100 de la segunda tasación (LGT art.135.2), se designará un tercer perito. Posteriormente el tercer perito emitirá un **informe** en el plazo de un mes.

La tasación pericial contradictoria **puede concluir** por las siguientes razones (RGGI art.162):

- entrega en la Administración Tributaria de la valoración efectuada por el perito tercero;
- desistimiento del obligado tributario;
- entrega a la Administración de la valoración del tercer perito;
- por no ser necesaria la designación del perito tercero de acuerdo con lo previsto en la LGT art.135.2 ;
- por falta de depósito de los honorarios del tercer perito y;
- por caducidad.

8236 Procedimientos de comprobación formal

(RGGI Sección 7ª, capítulo II, Título IV)

Son procedimientos que tienen por objeto comprobar la veracidad de los datos declarados o comunicados por el propio obligado tributario.

Algunos de estos procedimientos son:

- procedimiento de comprobación censal;
- procedimiento de rectificación censal;
- procedimiento de revocación del N.I.F;
- procedimiento de comprobación del domicilio fiscal;
- procedimiento de control de recepción de liquidaciones, autoliquidaciones y comunicaciones de datos, y
- otros procedimientos de control.

3. Procedimiento de inspección

(LGT art.141 a 159; RGGI art.166 a 197)

8240 Se trata de un tipo de procedimiento tributario de **carácter** indagatorio, cuyo objeto es la comprobación e investigación del adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el mismo se procederá, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones.

Por lo tanto, el **objeto** de la inspección son los actos, elementos y valoraciones consignados por los obligados tributarios en sus declaraciones. Las actuaciones inspectoras, se estructurarán a través de los **planes de inspección** (RGGI art.170).

El **órgano** responsable es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

8242 Forma de inicio y lugar de tramitación

Los procedimientos de inspección, como **regla general**, se inician de oficio (LGT art.148).

Sin embargo, si un obligado tributario está siendo sometido a una **inspección parcial**, en virtud de la LGT art.149 puede solicitar a instancia de parte que esa inspección devengue total en el plazo de 15 días desde el momento en el que se le notificaron las actuaciones inspectoras de carácter parcial.

En cuanto al lugar de tramitación, las **actuaciones inspectoras** podrán desarrollarse indistintamente, según determine la inspección:

- donde el obligado tributario tenga su domicilio fiscal, o en aquel lugar donde su representante tenga su domicilio, despacho u oficina;
- donde se realicen total o parcialmente las actividades gravadas;
- en el lugar donde exista alguna prueba, al menos parcial, del hecho imponible del presupuesto de hecho de la obligación tributaria, o
- en las oficinas de la Administración Tributaria, cuando los elementos sobre los que hayan de realizarse las actuaciones puedan ser examinados en ellas.

8246 Actuaciones de la Administración

(LGT art.142)

Una vez iniciado el procedimiento inspector, la Administración podrá investigar:

- los **supuestos de hecho** de las obligaciones tributarias para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración,
- la comprobación de la **veracidad y exactitud** de las declaraciones presentadas por los obligados tributarios,
- la realización de actuaciones de **obtención de información** relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en la LGT art.93 y 94 ,
- la comprobación del **valor de derechos**, rentas, productos, bienes, patrimonios,
- la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la **obtención de beneficios** o incentivos fiscales y devoluciones, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales,
- la **información** a los obligados tributarios con motivo de las actuaciones inspectoras sobre sus derechos y obligaciones tributarias y la forma en que deben cumplir estas últimas,
- la práctica de las **liquidaciones tributarias** resultantes de sus actuaciones de comprobación e investigación,
- la realización de actuaciones de comprobación limitada, el asesoramiento e informe a órganos de la Administración pública, y
- la realización de las **intervenciones tributarias** de carácter permanente o no permanente.

Una vez el **órgano inspector** cuente con información suficiente, preparará un acta atendiendo a tres tipos de métodos:

- el método de **estimación directa**: método aritmético de cálculo;
- el método de **estimación objetiva**: método de estimación que puede ser aplicado voluntariamente por el obligado tributario basado en estimaciones y parámetros, o
- el método de **estimación indirecta**: se aplica cuando la Administración no cuenta con datos suficientes para determinar de forma completa la base imponible de los impuestos, es un método estimativo.

8248 Terminación

(RGGI art.189 a 192)

Elaborada la inspección, la Administración concluirá el procedimiento mediante el acta en virtud de la LGT art.153 a 157 . La Ley distingue tres **tipos de actas**:

1. **Actas con acuerdo**: se emplean cuando resulte necesario concretar conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta.

Para la suscripción del acta con acuerdo será necesaria la concurrencia de los siguientes **requisitos**:

- Autorización del órgano competente para liquidar, que podrá ser previa o simultánea a la suscripción del acta con acuerdo.

- La constitución de un depósito, aval de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, de cuantía suficiente para garantizar el cobro de las cantidades que puedan derivarse del acta.

Asimismo, el acta con acuerdo se perfeccionará mediante la suscripción de dicha acta por el obligado tributario o su representante y el órgano inspector.

2. **Actas de conformidad:** tienen como fundamento que el obligado tributario está de acuerdo con las valoraciones efectuadas por el órgano inspector. Antes de la firma del acta de conformidad, el órgano inspector debe conceder al obligado un trámite de audiencia no inferior a 10 días pero que no exceda de 15 días.

Finalmente, cuando el obligado tributario o su representante manifiesten su conformidad con la **propuesta de regularización** que formule la inspección de los tributos, se hará constar expresamente esta circunstancia en el acta.

3. **Actas de disconformidad:** según el tenor literal del RGGI art.188 «cuando el obligado tributario se niegue a suscribir el acta, la suscriba pero no preste su conformidad a las propuestas de regularización y de liquidación contenidas en el acta o no comparezca en la fecha señalada para la firma de las actas, se formalizará un acta de disconformidad, en la que se hará constar el derecho del obligado tributario a presentar las alegaciones que considere oportunas dentro del plazo de los 15 días, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que se haya producido la negativa a suscribir, se haya suscrito o, si no se ha comparecido, se haya notificado el acta».

8250 Plazo de resolución

En virtud del vigente LGT art.150 , el plazo de resolución de la inspección será de 18 meses con **carácter general**, y 27 meses en los siguientes **supuestos**:

- a) que la cifra anual de negocios del obligado tributario sea igual o superior al requerido para auditar sus cuentas, o
- b) que el obligado tributario esté integrado en un grupo sometido al régimen de consolidación fiscal o al régimen especial de grupo de entidades que esté siendo objeto de comprobación inspectora.

4. Procedimiento de recaudación

(LGT art.160 a 173; RGR)

8260 Se trata de un tipo de procedimiento tributario con **finalidad** de cobro de obligaciones tributarias.

El procedimiento de recaudación, **está integrado** por el conjunto de actuaciones tendentes a lograr el cobro de las deudas tributarias así como el desarrollo de actuaciones recaudatorias y de colaboración en este ámbito conforme a la normativa de asistencia mutua entre el obligado tributario y la Administración Tributaria (LGT art.160).

El **órgano responsable** es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Se regula en la LGT art.160 a 173 en relación con los artículos 60 al 65 del citado texto legal y todo el articulado del Reglamento General de Recaudación (RD 939/2005 , en adelante, RGR).

8262 Tramitación

El procedimiento de recaudación gira en torno al acto de pago por el contribuyente.

El **acto de pago** puede efectuarse en dos fases:

1. **Período voluntario:** se efectuará el pago en las fechas previstas en la LGT art.62.2 .
2. **Período ejecutivo:** tiene lugar cuando ha transcurrido el período voluntario de pago sin haber efectuado el pago; el pago del período de apremio se realizará en las fechas previstas en la LGT art.62.5 .

En cuanto al **lugar** de tramitación del procedimiento, el RGR art.12 , determina que los ingresos podrán realizarse en los siguientes lugares:

- en la Tesorería de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera;
- en entes de crédito que presten el servicio de caja;
- entidades colaboradoras del RGR art.9 ;
- en las aduanas;
- en las cuentas restringidas de entidades de crédito;
- en cajas de los órganos gestores, o
- en cualquier otro lugar que se establezca por el ministro de economía.

8264 La tramitación de las **demás fases** del procedimiento se efectuará en las oficinas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

En este contexto, la Administración de Hacienda podrá desarrollar funciones de **investigación** de la existencia y situación de los bienes o derechos de los obligados tributarios, así como las demás facultades que se reconocen en la LGT art.142 .

Asimismo, si ha transcurrido el período voluntario de pago sin que el obligado hubiese efectuado el ingreso, la Administración, en sede del período ejecutivo, podrá iniciar un **procedimiento de apremio** (LGT art.167 a 173).

El procedimiento de apremio debe iniciarse mediante **providencia** de apremio en la cual se identificará la deuda pendiente, los recargos del artículo 28 y el requerimiento del pago.

La providencia de apremio es un **título ejecutivo** y tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial. El obligado, por su parte, puede oponerse al procedimiento de apremio por cualquiera de las causas enumeradas en la LGT art.167 .

Transcurrido el **período de pago** en apremio sin que se haya efectuado el ingreso, la Administración procederá, primero a ejecutar las garantías sobre la deuda tributaria si las hubiese, en caso contrario se procederá al **embargo** de los bienes del deudor tributario mediante diligencia de embargo. El obligado tributario solamente podrá oponerse a la diligencia de embargo si acredita alguna de las causas de la LGT art.170 .

8266 Plazo de resolución

El procedimiento se deberá resolver en un **plazo** de 6 meses.

Ahora bien, el procedimiento puede terminar por **otras causas** distintas de la resolución, a saber:

- mediante el pago;
- por compensación de deudas;
- deducciones por transferencias;
- condonación por baja provisional por transferencia;
- condonación por baja provisional por insolvencia;
- quedar temporalmente en suspenso la deuda mediante aplazamiento o fraccionamiento de la misma; o
- por prescripción.

5. Procedimiento sancionador en materia tributaria

8270 Es una de las manifestaciones de las **potestades** de la Administración Tributaria. Así, la función sancionadora se ejercita cuando se haya cometido una infracción tributaria por un obligado tributario.

El procedimiento sancionador está sujeto a los **principios** de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, no concurrencia, irretroactividad, presunción de inocencia y motivación de la resolución y resultarán de aplicación:

- en primer lugar, la normativa específica de la LGT en materia sancionadora y,
- **supletoriamente**, la LPAC y la LRJSP.

8272 Infracción tributaria: concepto

Se considerarán infracciones tributarias (LGT art.183): «las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que están tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley».

Toda infracción tributaria está compuesta de **tres elementos esenciales**:

- el elemento objetivo, es decir, el hecho tipificado como infracción;
- el elemento subjetivo, es decir, una conducta que se estime como dolosa o culpable y, por último,
- la relación de causalidad entre la conducta realizada por el posible infractor y la infracción cometida.

8274 Régimen de responsabilidad

Se considerarán responsables, tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas que hubiesen cometido la infracción tributaria imputable.

En concreto, se reputarán **responsables**:

- los contribuyentes y los sustitutos de los contribuyentes;

- los retenedores y los obligados a practicar ingresos a cuenta;
 - los obligados al cumplimiento de obligaciones tributarias formales;
 - la entidad representante del grupo fiscal en el régimen de consolidación fiscal;
 - las entidades obligadas a imputar o atribuir rentas a sus socios o miembros;
 - los obligados por el régimen de asistencia mutua; y
 - el representante legal de los sujetos obligados que carezcan de capacidad de obrar en el orden tributario.
1. Responsables solidarios y subsidiarios: frente al **responsable principal**, la Ley prevé una serie de responsables solidarios y subsidiarios:
- a) **Responsables solidarios**: los sujetos previstos en la LGT art.42 , siéndoles exigible la responsabilidad cuando se declare fallido el deudor principal.
- b) **Responsables subsidiarios**: cuando el sujeto responsable sea una de las personas o entidades previstas en la LGT art.43 y se declaren fallidos tanto el principal responsable como sus responsables solidarios.
2. **Exención de responsabilidad**: la LGT califica como exentos de responsabilidad tributaria a quienes (LGT art.179.2):
- carecen de capacidad de obrar;
 - cuando concurra fuerza mayor;
 - quienes en una toma de decisión colectiva hubiesen votado en contra o no hubiesen asistido a la Junta;
 - la infracción se debiese a una deficiencia técnica de los programas informáticos de la Administración; o
 - que el obligado hubiese actuado con la diligencia necesaria y que su declaración fuese completa y veraz.

Precisiones

1) La Ley entiende que hay **diligencia necesaria** cuando el sujeto haya actuado al amparo de una interpretación razonable de la norma tributaria; tampoco se exigirá responsabilidad si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita la aplicación de dichos criterios.

2) En sentido contrario, la Administración presumirá que el obligado tributario no actuó con diligencia salvo **prueba en contrario** en los supuestos de comisión de un conflicto de aplicación de la norma tributaria tipificados en la LGT art.206 bis .

8276 Régimen de las infracciones

Las infracciones tributarias pueden ser cometidas **por acción o por omisión**, al igual que en el procedimiento sancionador común.

Se calificarán como leves, graves o muy graves. La **graduación** de las infracciones depende principalmente del régimen específico de cada infracción.

Sin embargo, la Ley enumera **dos criterios** a los que se remiten constantemente la LGT art.191 s. :

- la ocultación de datos y
- el empleo de medios fraudulentos.

Precisiones

Se consideran **medios fraudulentos** las anomalías sustanciales en la llevanza de la contabilidad tales como:

- el incumplimiento absoluto de la obligación de llevanza de la contabilidad;
- llevar varias contabilidades simultáneas o llevar incorrectamente los libros contables debido al uso de documentos falsos cuya incidencia en la llevanza fraudulenta de la contabilidad represente un porcentaje superior al 50% del importe de la base de la sanción; y
- el empleo de personas físicas o jurídicas con el fin de ocultar la identidad del infractor y/o su patrimonio.

8280 Clases de infracciones tributarias

Estas son:

a) Falta de ingreso de la totalidad o parte de la deuda tributaria en el plazo establecido en la normativa propia de cada tributo. Es el supuesto típico de **fraude fiscal**. La gravedad de la infracción depende de la cuantía dejada de ingresar, aunque siempre se considerará como grave si concurre alguna de las circunstancias de la LGT art.191.3 o si el infractor ocultó datos, y siempre se considerará como muy grave, con independencia de la cuantía defraudada, si se aprecia que se han empleado medios fraudulentos.

b) Infracción por incumplimiento de la obligación de **presentación** de forma completa y correcta de declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones. Se regula en la LGT art.192 . Al igual que en la infracción anterior, la gravedad de la infracción se hace depender de la cuantía defraudada (menos de 3.000 es leve), que se hayan ocultado o no datos y el empleo de medios fraudulentos.

c) Obtención indebida de **devolución de ingresos**, beneficios o incentivos fiscales. La infracción prevista en el artículo 193 de la LGT será leve, grave o muy grave según los criterios establecidos en el propio contenido del mencionado artículo.

d) Solicitud indebida de devolución de ingresos, **beneficios** o incentivos fiscales. La infracción prevista en la LGT art.194 siempre se considerará como grave.

e) Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente **partidas positivas o negativas** o créditos tributarios aparentes. Se regula en la LGT art.195 . También se cometerá esta infracción cuando se declare incorrectamente la renta neta, las cuotas repercutidas, las cantidades o cuotas a deducir o los incentivos fiscales de un período impositivo sin que se produzca falta de ingreso u obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación las cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación. Esta infracción siempre se considerará como grave.

8282 f) Infracción tributaria por imputar incorrectamente o no imputar **bases imponibles**, rentas o resultados por las entidades sometidas a un régimen de imputación de rentas. Esta infracción siempre se considerará como grave y se encuentra regulada en la LGT art.196 . En otro orden de cosas, no constituirá infracción la imputación incorrecta o no imputación por la parte de las bases o resultados que hubiese dado lugar a la imposición de una sanción a la entidad sometida al régimen de imputación de rentas por la comisión de las infracciones de la LGT art.191, 192 o 193.

g) Infracción tributaria por imputar incorrectamente **deducciones**, bonificaciones y pagos a cuenta por las entidades sometidas a un régimen de imputación de rentas. Su regulación se encuentra en la LGT art.196 , que además determina que esta acción no constituirá infracción por parte de las cantidades incorrectamente imputadas a los socios o partícipes que hubiese dado lugar a la imposición de una sanción a la entidad sometida a un régimen de imputación de rentas por la comisión de las infracciones de la LGT art.191,192 o 193.

h) Infracción tributaria por no presentar en plazo **autoliquidaciones** o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico, por incumplir la obligación de comunicar el domicilio fiscal o por incumplir las condiciones de determinadas autorizaciones. Esta infracción se prevé en la LGT art.198 , y siempre se considerará como leve.

i) Infracción tributaria por presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico o contestaciones a requerimientos individualizados de información. Esta infracción, que se regula en la LGT art.199 , siempre se considerará como grave.

j) Infracción tributaria por incumplir **obligaciones contables y registrales**: Esta infracción se regula en la LGT art.200 y según el tenor literal de este artículo, serán tipificadas en esta clase de infracción: (i) la inexactitud u omisión de operaciones en la contabilidad o en los libros registros exigidos por las normas tributarias; (ii) la utilización de cuentas con significado distinto del que les corresponda, según su naturaleza, que dificulte la comprobación de la situación tributaria del obligado; (iii) el incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias, los programas y archivos informáticos que le sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados; (iv) llevar contabilidades distintas referidas a la misma actividad y ejercicio económico que dificulten el conocimiento de la verdadera situación del obligado tributario; (v) retrasarse en más de 4 meses en la llevanza de la contabilidad o de los libros y registros establecidos por las normas tributarias; (vi) la autorización de libros y registros sin haber sido diligenciados o habilitados por la Administración cuando la normativa tributaria o aduanera exija dicho requisito; y (vii) el retraso en la obligación de llevar los libros registros a través de la sede electrónica de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria mediante el suministro de los registros de facturación en los términos establecidos reglamentariamente. Esta infracción siempre se considerará como grave.

8284 k) Infracción tributaria por incumplir obligaciones de **facturación o documentación**. Constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones de facturación, de expedición, remisión, rectificación y conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos. La infracción prevista se considerará como leve, grave o muy grave atendiendo a los criterios previstos en la LGT art.201.2 .

l) Infracción tributaria por incumplir las obligaciones relativas a la utilización y a la solicitud del **número de identificación fiscal** o de otros números o códigos. Esta infracción se encuentra regulada en la LGT art.202 , y siempre se calificará como leve salvo cuando concurren las circunstancias expuestas en los apartados 2 y 3 del

mencionado artículo. La infracción será grave cuando se trate del incumplimiento de los deberes que específicamente incumben a las entidades de crédito en relación con la utilización del número de identificación fiscal en las cuentas u operaciones o en el libramiento o abono de los cheques al portador. Por otro lado, la infracción tendrá carácter de muy grave en aquellos casos en los que se comuniquen datos falsos o falseados en las solicitudes de número de identificación fiscal provisional o definitivo.

m) Infracción tributaria por resistencia, **obstrucción**, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración Tributaria. Según la LGT art.203 , se entenderá que el infractor actuó de forma obstructiva frente a la Administración Tributaria cuando haya actuado con el fin de dilatar, entorpecer o impedir las actuaciones de la Administración Tributaria en relación con el cumplimiento de sus obligaciones. Esta infracción siempre se calificará como grave.

n) Infracción tributaria por incumplir el deber de sigilo exigido a los retenedores y a los obligados a realizar ingresos a cuenta. Esta infracción se encuentra regulada en la LGT art.204 y siempre se considerará como grave.

ñ) Infracción tributaria por incumplir la obligación de **comunicar correctamente datos** al pagador de rentas sometidas a retención o ingreso a cuenta. Según la LGT art.205 esta infracción será leve si el obligado tributario tenía obligación de presentar autoliquidación que incluya las rentas sujetas a retención o ingreso a cuenta, pero será calificada como muy grave si el sujeto infractor no tenía tal obligación.

o) Infracción por incumplir la obligación de entregar el **certificado de retenciones** o ingresos a cuenta. Se encuentra recogida en la LGT art.206 . Esta infracción siempre será considerada como leve.

p) Infracción en supuestos de **conflicto** en la aplicación de la **norma tributaria**. Esta infracción se regula en la LGT art.206 bis , y tendrá la consideración de grave. De conformidad con la LGT art.15 , se entiende que se ha producido un conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando el sujeto infractor ha realizado actos o negocios mediante los cuales pretenda evitar total o parcialmente la realización del hecho imponible o mediante los que se minore la base de la deuda tributaria, cuando la Administración aprecie de oficio que dichos actos sean considerados, según reza literalmente el citado artículo, «notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido (...) individualmente o en su conjunto» y cuando «de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal».

8286 Extinción de las infracciones

(LGT art.189)

La responsabilidad derivada de la comisión de una infracción tributaria solamente puede extinguirse por el **fallecimiento** de todos los sujetos responsables o por prescripción.

El **plazo de prescripción** para imponer sanciones tributarias es de 4 años y comenzará a contarse desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones.

Asimismo, el plazo de prescripción **se interrumpirá** cuando la Administración Tributaria efectúe acciones conducentes a regularizar la situación tributaria del obligado o a imponer una sanción tributaria; también se interrumpirá la prescripción cuando se interpongan reclamaciones o recursos de cualquier clase.

8288 Régimen de las sanciones

(LGT art.185 a 188)

Las sanciones tributarias por remisión al **régimen común sancionador** establecido en la LPAC y en la LRJSP, pueden calificarse como:

- a) muy graves,
- b) graves, y
- c) leves.

A pesar de ello, el régimen específico de la LGT establece un criterio adicional, distinguiendo las sanciones entre (LGT art.185):

- sanciones **pecuniarias**: a su vez pueden ser:

- fijas
- proporcionales

- sanciones no pecuniarias de **carácter accesorio**: algunas de ellas son la pérdida del derecho de obtener subvenciones o ayudas públicas o incentivos fiscales o la suspensión de profesiones oficiales o empleo público.

1. **Graduación de las sanciones**: aunque la graduación de las sanciones depende en gran medida del régimen específico atribuible a cada infracción tributaria de forma individual, la LGT establece una serie de **criterios comunes** (LGT art.187 y 188). Asimismo, hay criterios que agravan la sanción y otros que la atenúan:

a) Criterios **agravantes**: se considerará más gravosa la conducta del sujeto infractor si: (i) este hubiese sido sancionado previamente por una infracción de la misma naturaleza sea leve, grave o muy grave; (ii) si la infracción cometida haya generado un perjuicio económico para la **Hacienda Pública** o (iii) si se lleva a cabo un incumplimiento sustancial de la obligación de facturación o documentación cuando dicho incumplimiento afecte a más del 20% del importe de las operaciones sujetas al deber de facturación en relación con el tributo u obligación tributaria y período objeto de la comprobación o investigación o cuando, como consecuencia de dicho incumplimiento, la Administración Tributaria no pueda conocer el importe de las operaciones sujetas al deber de facturación.

b) Criterios **atenuantes**: como criterios favorables para el infractor se prevén:

- el **acuerdo** (50% de reducción de la sanción) o conformidad (30% de reducción de la sanción) del interesado en la suscripción de las actas en un procedimiento de inspección;

- también se prevé una **reducción** del 25% del importe de la sanción cuando se efectúa el pago de la sanción restante con anterioridad a la finalización del plazo del artículo 62.2 LGT y bien cuando no se haya interpuesto recurso o reclamación contra la sanción. Sin embargo, esta reducción no es compatible con la reducción del 50% de las actas con acuerdo.

Precisiones

El régimen general del procedimiento sancionador, aplicable **supletoriamente** en materia tributaria, se desarrolla en la LPAC , así como en la LRJSP .

8290 2. Ejecución y extinción: las sanciones se ejecutarán a través del procedimiento de recaudación.

Por otro lado, respecto a la **posible suspensión** de las sanciones, si el particular interpone una reclamación económico-administrativa o interpone un recurso de reposición pero ha garantizado previamente el importe de la sanción, esta se suspenderá automáticamente.

Las sanciones se extinguen mediante el:

- **pago**, si es pecuniaria o
- **cumplimiento** si es no pecuniaria,
- por **compensación**,
- **condonación**,
- por el **fallecimiento** de todos los obligados a satisfacerlas y
- por la **prescripción** del derecho de la Administración de exigir el pago de la sanción.

Dicho plazo es análogo al del régimen de prescripción del pago de la deuda tributaria prevista en la LGT Título II Capítulo IV .

8292 Tramitación del procedimiento sancionador

1. El procedimiento **se inicia** siempre de oficio, y usualmente se tramita de forma separada al resto de procedimientos tributarios que han dado lugar a la sanción salvo que el obligado haya solicitado la renuncia de forma expresa en las actas con acuerdo u otros documentos a la tramitación separada en cuyo caso los procedimientos se tramitarán conjuntamente. El **ejercicio de renuncia** a la tramitación separada se recoge en el RD 2063/2004 art.26 (Reglamento general del régimen sancionador tributario, en adelante, RSAN).

Por otro lado, la LGT art.209.2 distingue **dos momentos** de inicio distintos dependiendo de si:

- la **sanción es pecuniaria**: el procedimiento no podrá iniciarse cuando hubiese transcurrido el plazo de 3 meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la correspondiente liquidación o resolución;
- si la sanción **no fuese pecuniaria** por infracciones graves o muy graves: el procedimiento deberá iniciarse en el plazo de 3 meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la sanción pecuniaria a que se refiere la LGT art.186 .

Finalmente, el **plazo límite** de inicio del procedimiento puede suspenderse cuando la Administración se encuentre imposibilitada legalmente para ejercer su potestad (por ejemplo, cuando el expediente se remite al Ministerio Fiscal).

2. Se desarrolla a través de la LGT art.207 a 212 ; RSAN art.20 a 29 y de **forma supletoria** el régimen sancionador común previsto en la LPAC y en la LRJSP .

3. **Instrucción y resolución**: una vez iniciado el procedimiento, se instruirá conforme a la normativa común de los procedimientos tributarios, es decir, obtención de pruebas que demuestren la responsabilidad del infractor pero estableciendo una serie de garantías a favor del sujeto infractor. Concluidas las investigaciones, la Administración

notificará una **propuesta de resolución** en la que concede al particular un plazo de 15 días para que en el trámite de alegaciones formule lo que estime conveniente.

Formuladas las **alegaciones**, o bien cuando el sujeto infractor no hubiese alegado nada, se procederá a la resolución con la imposición o no de la sanción.

Por otro lado, el procedimiento sancionador tiene un **plazo de duración** máximo de 6 meses. Si transcurriese ese plazo sin que el órgano instructor hubiese resuelto, el procedimiento sancionador terminará por caducidad.

8294 Procedimiento sancionador abreviado

Tal y como señala la LGT art.210.5 , si en el momento de inicio del expediente sancionador el órgano competente tuviese todos los elementos que permitan formular la propuesta de imposición de la sanción, esta se incorporará al **acuerdo de iniciación**. Dicho acuerdo se notificará al interesado, indicándole la puesta de manifiesto del expediente y concediéndole un plazo de 15 días para que alegue lo que estime oportuno.

6. Procedimientos de revisión en vía administrativa en materia tributaria

8300 Las actuaciones de las Administraciones tributarias son revisables mediante **dos vías** de revisión (LGT art.213):

- las vías de revisión ordinarias (nº 8304 s.), y
- las vías de revisión especiales (nº 8310).

a. Vías de revisión ordinarias

8302 Son **dos**:

- recurso de reposición (nº 8304), y
- reclamación económico administrativa (nº 8306 s.).

8304 Recurso de reposición

Aunque es potestativo con carácter general en todo procedimiento administrativo, en el ámbito tributario es obligatorio puesto que la LGT art.222 impone como **condición previa** para la interposición de una reclamación económica administrativa, la interposición de un recurso de reposición.

Al igual que en el procedimiento administrativo ordinario, el **plazo** para interponer un recurso de reposición es de un mes a partir del día siguiente al de la notificación del acto recurrible o del siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. La **interposición** del recurso no suspende las actuaciones recurridas salvo que se preste garantías del importe del acto recurrido.

Se regula en la LGT art.222 a 225 .

En cuanto a la **resolución**, será competente el mismo órgano que dictó el acto recurrido y dispondrá del plazo de un mes contado desde el día siguiente de la interposición del recurso para resolver de forma debidamente motivada. Si ha transcurrido un mes y no se recibe respuesta del órgano que conoce del recurso, se presume que el órgano competente desestimó el recurso pudiendo el interesado interponer la reclamación procedente.

8306 Reclamación económica administrativa

(LGT art.226 a 231)

La vía económica-administrativa sirve para recurrir la aplicación de los tributos del Estado o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias.

La **competencia** para conocer de las reclamaciones económico-administrativas corresponde a los tribunales económico-administrativos los cuales pueden ser de **ámbito**:

- estatal (TEAC),
- regional (TEAR) o
- local (TEAL).

Estos órganos son competentes para valorar **liquidaciones** provisionales o definitivas, resoluciones derivadas de solicitudes o rectificación de las autoliquidaciones, comprobaciones de valores, actos que denieguen o reconozcan beneficios fiscales, actos que aprueben o denieguen planes de amortización, actos que determinen el régimen tributario aplicable y consultas tributarias.

Cabe matizar que no son recurribles los actos de la Administración Tributaria de las **comunidades autónomas** referidos a sus propios tributos ni los actos de las Administraciones locales sobre tributos locales ni los actos que den lugar a reclamación en vía administrativa previa a la judicial, civil o laboral o pongan fin a dicha vía ni aquellos actos dictados en procedimientos en los que esté reservada al ministro de economía y hacienda o al secretario de Estado de hacienda y presupuestos la resolución que ultime la vía administrativa.

Tampoco serán recurribles los **actos** dictados en virtud de una ley del Estado que los excluya de reclamación económico-administrativa.

8308 La reclamación económica administrativa **se inicia** en única instancia en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado, o desde el día siguiente a en que se dé constancia de la realización u omisión de la retención o ingreso a cuenta. La reclamación se remitirá al **órgano** que dictó el acto objeto de controversia el cual lo remitirá a su vez al tribunal económico-administrativo competente.

La **interposición** de la reclamación ha de efectuarse obligatoriamente por vía telemática ante la sede electrónica del órgano que dictó el acto. Recibido y, en su caso, completado el expediente, el tribunal económico-administrativo pondrá de manifiesto a los interesados que hubieran comparecido su derecho de presentar escrito de alegaciones en el plazo de un mes.

En otro orden de cosas, el **tribunal económico-administrativo** conocedor de la controversia puede extender sus actuaciones e investigaciones a cuestiones no planteadas por las partes si lo entiende conveniente. El órgano comunicará esta circunstancia a las partes para que presenten las alegaciones oportunas.

Las reclamaciones económico-administrativas no suspenden, como regla general, el acto impugnado, siendo necesaria presentar una **solicitud de suspensión** en la que el solicitante preste además caución o garantía. Sin embargo, hay supuestos en los que la suspensión es automática como, por ejemplo, cuando el acto que se quiere suspender es una sanción tributaria o cuando la deuda tributaria ya estuviese garantizada con anterioridad.

La reclamación económico-administrativa podrá terminar mediante **resolución**:

- estimatoria,
- desestimatoria o que
- declare inadmisibles las pretensiones del recurrente o bien
- por renuncia, desistimiento, caducidad o satisfacción extraprocesal.

b. Vías de revisión especiales

8310 Se trata de las siguientes:

1. Revisión de **actos nulos de pleno derecho**: solicitud para que se declaren nulos aquellos actos que concuerden con alguno de los supuestos de hecho previstos en la LGT art.217 .
2. **Declaración de lesividad** de actos anulables: la Administración Tributaria podrá, de oficio, declarar anulables sus propios actos cuando estime que incurran en cualquier infracción jurídica (LGT art.218).
3. **Revocación**: es un procedimiento por el cual la Administración Tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley (LGT art.219).
4. **Rectificación de errores y devolución de ingresos indebidos**: el órgano u organismo que dictó el acto o la resolución de la reclamación rectificará en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, los errores materiales siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción (LGT art.220 y 221).

En el caso de devolución de ingresos indebidos, se podrá iniciar el procedimiento cuando el ingreso haya sido producido dentro de alguna de las circunstancias previstas en la LGT art.221 .

Laboral y proceso laboral

8500	Sección Práctica laboral	8505
	1.	
	Sección Proceso laboral	9500
	2.	

SECCIÓN I

Práctica laboral

8505	I. Contrato de trabajo: elementos y eficacia	8510
	II. Duración y modalidades del contrato de trabajo	8570
	III. Contenido del contrato de trabajo: relación laboral especial de abogados en despachos	8635
	IV. Salario y tiempo de trabajo	8875
	V. Modificación suspensión y extinción del contrato de trabajo	8960
	VI. Faltas y sanciones. Prescripción	9160
	VII. Negociación colectiva. Huelga. Conflictos colectivos	9190
	VIII. Representación colectiva y proceso electoral	9305
	IX. Accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Incapacidad temporal e incapacidad permanente. Recargo de prestaciones	9345

I. Contrato de trabajo: elementos y eficacia

8510	A. Definición legal	8511
	B. Estadios previos al contrato de trabajo	8517
	1. Tratos preliminares	8520
	2. Precontrato de trabajo	8522
	C. Elementos esenciales del contrato de trabajo	8530
	1. Consentimiento	8530
	a. Vicios del consentimiento	8532
	b. Efectos de los vicios del consentimiento	8542
	2. Objeto del contrato	8545
	3. Causa del contrato	8547

A. Definición legal

(ET art.1.1 y 8.1)

8511 El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades por el que el trabajador se obliga voluntariamente a **prestar personalmente servicios** de forma dependiente, por cuenta del empresario, a cambio de una **retribución**. Sin embargo, no toda prestación de servicios retribuida puede ser considerada como relación laboral, sino que es preciso que dicha prestación se dé en un marco de características relacionadas con la **dependencia** en su realización y con la apropiación de la obra o el servicio prestado por parte de la persona que se lo encarga.

El legislador no proporciona una definición directa del contrato de trabajo, pero esta puede extraerse con facilidad cuando el Estatuto de los Trabajadores delimita su **ámbito de aplicación**, al referirse a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (ET art.1.1).

De la lectura de ambos preceptos resultan las **notas características** del trabajo asalariado y, por ende, del contrato de trabajo, como vínculo que contractualiza la prestación de este tipo de servicios, y por el que una persona, el trabajador, se compromete a la realización de una actividad durante cierto tiempo (determinado o indefinido) en el marco de organización y bajo la dirección de otra, el empresario, a cambio de una retribución.

Así pues, solo cabe afirmar la existencia de un contrato de trabajo cuando en la relación jurídica se localizan las notas de voluntariedad, retribución, servicio por cuenta ajena y, sobre todo, la integración en el ámbito de organización y dirección de quien paga los salarios, que es el empleador o empresario. La integración o no en este círculo rector empresarial es el dato decisivo para distinguir el contrato de trabajo del **arrendamiento de servicios** y aun del **arrendamiento de obras** del Derecho (TS 15-10-86, EDJ 6437).

La determinación de la existencia de un contrato de trabajo, y su **calificación** como tal, corresponde en primer término a las partes, trabajador y empresario. Pero con independencia de lo que pacten las partes, la naturaleza jurídica de un contrato no está en la calificación que derive de los términos empleados en los mismos sino en el contenido de los derechos y obligaciones que encierra (TS unif doctrina 29-12-99, EDJ 53932). Por su parte, que una **cláusula** excluya a determinadas categorías de trabajadores del ámbito de aplicación del convenio colectivo no basta para descartar el carácter laboral de la relación de prestación de servicios cuando esta, por sus características, deba subsumirse en las previsiones del ET art.1.1 (TS unif doctrina 19-7-02, EDJ 32077).

El sistema jurídico vigente en España, después de definir un contrato de trabajo de contornos muy amplios, **presume** su existencia en la relación jurídica que nace entre quien presta un servicio, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, y este que lo recibe, abonando a aquel a cambio una retribución (ET art.8.1), salvo que se trate de **relaciones expresamente excluidas** (ET art.1.3). Ese esquema normativo evidencia una clara voluntad legislativa de ensanchar el ámbito de la relación laboral, sin duda porque el trabajo humano merece amparo y protección específica (TS 12-7-88).

8512 Relaciones excluidas

(ET art.1.3)

Por la ausencia de algunos de los caracteres de la relación laboral, se excluyen del ámbito de aplicación del ET las siguientes:

1. La relación de servicio de los **funcionarios públicos**, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como las del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias. En puridad, esta exclusión opera *ex legis*.
2. Las **prestaciones personales obligatorias**.
3. La actividad de los **consejeros** o miembros de órganos de administración de las empresas que revistan forma jurídica de sociedad, cuando se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo.
4. Los trabajos realizados a título de **amistad**, benevolencia y buena vecindad.
5. Los trabajos **familiares**, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los lleven a cabo.
6. La actividad de las personas que intervengan en **operaciones mercantiles** por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma.
7. Y, en general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta a la ya definida (nº 8510). En particular, las personas prestadoras del **servicio de transporte** al amparo de autorizaciones administrativas, de las que sean titulares, realizadas mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público, cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

8515 Relaciones laborales de carácter especial

(ET art.2.1)

Aquella vis expansiva del ámbito de la relación laboral tiene su reflejo, entre otros, en la existencia de relaciones laborales de carácter especial, que otrora estuvieron excluidas del ámbito del Derecho del trabajo. Se encuentran relacionadas en el ET y se regulan cada una de ellas por la **norma reglamentaria** correspondiente que, en todo caso, debe respetar los derechos básicos reconocidos por la Const (ET art.2.2).

Se regulan las siguientes:

1. La del personal de **alta dirección** no incluido en el ET art.1.3.c) .
2. La del servicio del **hogar** familiar.
3. La de los **penados** en instituciones penitenciarias.
4. La de los **deportistas profesionales**.
5. La de los **artistas** en espectáculos públicos.

6. La de las personas que intervengan en **operaciones mercantiles** por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.
7. La de los **trabajadores con discapacidad** que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.
8. La de los **menores** sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.
9. La de **residencia para la formación** de especialistas en Ciencias de la Salud.
10. La de los **abogados** que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

Existe, asimismo, una **cláusula abierta** que permite incorporar al elenco anterior cualquier otra relación laboral que sea declarada laboral por una ley (ET art.2.2).

B. Estadios previos al contrato de trabajo

8517 Hasta la definitiva conclusión del contrato de trabajo, la negociación entre empresario y trabajador puede atravesar dos fases: los tratos preliminares -que pueden revestir diversas formas, ser fugaces o simplemente no existir- y el precontrato o promesa de contrato, como consecuente lógico, aunque ni obligado ni necesario, de la anterior.

1. Tratos preliminares

8520 Los tratos preliminares son un conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y adláteres realizan con el fin de discutir y preparar un contrato (TS 16-12-99, EDJ 7197). Su realización, en modo alguno prueba el comienzo de la relación laboral (TCT 26-7-86), aunque pueden constituir un valioso elemento a la hora de determinar la **verdadera intención** de las partes. Tampoco exigen exclusividad, por lo que durante los mismos y salvo pacto en contrario, el futuro trabajador puede negociar con otros empresarios y el empresario con otros trabajadores. Además, cuando los tratos concluyen con la celebración del contrato de trabajo su **contenido** puede convertirse en el del contrato definitivo.

Como **supuestos** que pueden alcanzar la calificación de tratos preliminares se encuentran aquellos en que no puede acreditarse el cumplimiento de los requisitos del precontrato o del contrato de trabajo, falta de precisión con la necesaria claridad de la persona del trabajador o cuando la oferta no se plasma en datos concretos que permitan determinar cuál es el contenido de la prestación (TSJ Cataluña 8-3-10, EDJ 72777). También pueden considerarse como tales, la oferta efectuada por persona de la empresa que no tiene poder de representación suficiente (TSJ Cataluña 11-4-08, EDJ 74754) o las conversaciones que no se llevan a cabo directamente con el potencial trabajador, sino con personas de su entorno que ni tan siquiera tienen la condición de mandatarios verbales (TSJ Cantabria 23-2-05, EDJ 28317).

Mayores dudas han suscitado los **procesos de selección**, al contrario que los compromisos genéricos de contratación entre la empresa y los sindicatos o los casos en que se superan las pruebas para la cobertura de puestos de trabajo en la Administración Pública. En la misma situación de calificación conflictiva se encuentra el supuesto de inclusión del trabajador en las denominadas **bolsas de trabajo** o empleo (TSJ C.Valenciana 20-5-14, EDJ 107115).

Los tratos preliminares en sí mismos no vinculan sobre la base de la libertad contractual de que gozan las partes; es decir, no existe obligación de celebrar el contrato sobre el que se realizaron actividades preparatorias, pero sí les es exigible el proceder de **buena fe**. De ahí que el incumplimiento de los deberes inherentes a la buena fe puede causar **daños y perjuicios**, lo que genera responsabilidad y la consecuente obligación de indemnizarlos.

Pese a las dudas suscitadas, el **orden jurisdiccional** competente es el laboral. La **acción** puede ejercitarse en el plazo de un año (ET art.59.1) a contar desde que el perjudicado tenga conocimiento de la ruptura de los tratos preliminares (TS unif doctrina 20-11-98, EDJ 33396). El perjudicado debe **probar** la existencia de las negociaciones, la fase en que se encontraban y, especialmente, los actos de los que se deriva su confianza en la conclusión del contrato, así como los daños y perjuicios causados y su relación con la situación de confianza generada.

2. Precontrato de trabajo

8522 El precontrato es un verdadero contrato consensual, bilateral y atípico, con un objeto y causa diferente del contrato de trabajo (TCT 6-11-82). Como cualquier otro contrato, para que se perfeccione es necesario una **declaración de voluntad** del **empresario** o persona en quién este delegue, dirigida al futuro trabajador con el propósito serio e inequívoco de quedar obligado por la simple aceptación de este. Aunque se trate de supuestos infrecuentes cabe que también la efectúe el propio **trabajador** (TSJ Madrid 21-1-08, EDJ 33294), un **tercero ajeno** a la futura relación laboral, como en el caso de sucesión de empresa (ET art.44) o cuando el empresario transmite la finca o el local

de negocio con una estipulación a favor de un tercero para que sea contratado laboralmente por el adquirente (TSJ Cantabria 28-10-95).

Además, dicha declaración debe reflejar el **propósito** serio, inequívoco y firme de quedar vinculado y ha de estar **en vigor**, es decir, no ha debido ser revocada.

No necesita de una **forma** especial, si bien no surte efectos si no es **recepticia**, esto es, hasta que no es objetivamente conocible por su destinatario, con la consecuencia de que hasta ese instante no puede ser aceptada, pero sí retirada por el oferente.

8525 Incumplimiento

Ante el incumplimiento de cualquiera de las partes (lo habitual será que sea el empresario), y sabiendo que el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, la parte perjudicada puede **optar** entre exigir la satisfacción de su pretensión o solicitar la resolución con el consiguiente resarcimiento de daños y perjuicios (CC art.1124).

En el ámbito laboral, son tres las **tesis** defendidas al respecto: la mayoritaria, que opta por la solución **indemnizatoria** (TS 30-10-88, EDJ 8548); la que defiende el **cumplimiento** de lo pactado (TS 23-10-86, EDJ 6669) y la que postula que se discriminen las consecuencias del incumplimiento de que se trate mediante la **ponderación** de la causa y circunstancias que llevaron a la celebración del precontrato, así como la naturaleza y condiciones que condujeron a que el precontrato no se cumpliera (TS 23-5-88, EDJ 4410).

Al igual que en el caso de los tratos preliminares, la **acción** puede ejercitarse en el plazo de un año (ET art.59.1) a contar desde que el perjudicado tenga conocimiento de la ruptura del precontrato, por lo que no es necesario esperar a que el órgano judicial reconozca el incumplimiento.

8527 Indemnización

En cualquier caso, la fijación del **quantum** indemnizatorio es la cuestión más conflictiva:

1. Si se ha **fijado en el precontrato** el importe o la cuantía indemnizatoria, la cláusula pactada sustituye a todos los efectos a la indemnización prevista legalmente, lo que supone que el acreedor perjudicado podrá reclamarla sin necesidad de probar los daños y perjuicios causados y sin que sea posible la moderación ni de la responsabilidad ni de la cuantía a abonar por el obligado a su pago.

2. Cuando **no se haya establecido cláusula penal**, si el incumplimiento es imputable al **trabajador** el daño es equiparable al que se pudiera producir por el abandono del puesto de trabajo, es decir, el derivado de la imposibilidad de sustitución de modo inmediato y las consiguientes pérdidas acarreadas por esa vacante inesperada. De ahí que si la sustitución inmediata es posible, no es necesaria o no ocasiona perjuicio al patrimonio empresarial, en puridad, no cabe hablar de daño indemnizatorio por esta causa.

Cuando es el **empresario** quien no cumple con su obligación de proporcionar un puesto de trabajo, no hay acuerdo sobre cuál es el sistema idóneo para cuantificar esos daños. Son tres los criterios diferentes que se manejan para establecer la indemnización:

a) Los **salarios dejados de percibir** en cuantía equivalente a lo que el trabajador hubiese devengado y cobrado en el caso de haber sido contratado según sus expectativas (TSJ Burgos 2-2-06, EDJ 9582).

b) Por asimilación al despido, se considera que la indemnización será la que hubiese correspondido al trabajador si se hubiese celebrado el contrato y este se extinguiera por **despido improcedente** (TSJ Las Palmas 25-9-01, EDJ 72625).

c) Por los **daños reales**, en cuyo caso la indemnización se fija en cada caso, sin criterio preconcebido alguno (TS 15-3-91, EDJ 2911).

Precisiones

1) Para el cálculo del **daño emergente** han de tenerse en cuenta los gastos efectivamente sufridos, por ejemplo, traslado y mudanza al lugar del puesto de trabajo ofertado (TSJ Las Palmas 25-9-01, EDJ 72625) o los gastos derivados del cumplimiento de alguna condición necesaria para el nuevo puesto de trabajo (TS cont-adm 20-10-98, EDJ 28437) y, en su caso, la pérdida de un empleo anterior, concepto que parece razonable calcular partiendo de la indemnización que habría correspondido al trabajador de no haberse producido su cese voluntario en el puesto de trabajo que desempeñaba y modular su cuantía en función del acceso o no a la prestación por desempleo.

2) Si se trata del **lucro cesante**, su cuantificación podrá ser fijada utilizando cualquiera de los criterios mencionados -salarios dejados de percibir o indemnización por despido-, si bien en el caso que se opte por criterio salarial deberá ser oportunamente moderado, en el entendimiento de que el trabajador se ha visto exonerado de su propia prestación.

C. Elementos esenciales del contrato de trabajo

1. Consentimiento

8530 El consentimiento contractual como concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato exige la **pluralidad de sujetos** o partes, lo que en sede laboral es inexcusable. La voluntad, al ser el contrato de trabajo consensual, bilateral y de tracto sucesivo, supone que no puede haber verdadero contrato mientras una de las dos partes no haya prestado su consentimiento, no solo el momento de generarse el contrato, sino siempre que se pretenda su novación -modificación sustancial en su contenido o características- y en el momento de su extinción (TS 16-11-71).

La **voluntad interna** ha de ser **exteriorizada** o manifestada a través de signos que permitan conocer su existencia y conseguir el resultado social a que va encaminada (TS 21-11-00, EDJ 55660), lo que puede efectuarse de manera expresa o tácita, por ejemplo, por la participación del trabajador en las pruebas selectivas convocadas por la empresa, sin haber impugnado en el plazo establecido para ello (TS 18-12-06, EDJ 397976 ; 19-12-06, EDJ 353383) o por la prestación de servicios por el trabajador durante más de 5 meses después de haber optado la empresa por la extinción de la relación laboral al ser declarado el despido improcedente (TSJ Galicia 25-9-08, EDJ 205549).

Si existe **divergencia** entre la voluntad interna y la declarada y se produce de manera inconsciente surge el denominado **error obstativo**. En el ámbito laboral, se ha considerado como tal el supuesto en que el órgano contratante suscribió el contrato con la trabajadora a jornada completa, cuando la fijada para esa plaza estaba contemplada solo en los fines de semana y festivos (TSJ Las Palmas 18-11-04, EDJ 216165).

Por último, ha de precisarse que la divergencia entre la voluntad real y la declarada, como error que es, ha de ser **probada** por quien lo afirme, ya que si no es así, se considerará a la voluntad declarada coincidente con la real (TS civil 22-12-99, EDJ 40484).

a. Vicios del consentimiento

8532 Para que el consentimiento tenga validez jurídica es necesario que se emita de manera racional y consciente, no estando afectado por ningún vicio que destruya esa cualidad.

La jurisprudencia parte de la **presunción** de que el consentimiento es válido porque su formación y prestación ha sido libre. De ahí que sea imprescindible la **prueba irrefutable** de que existe un vicio que lo anule. Así, en materia de **finiquitos**, por ejemplo, aun existiendo alegaciones con frecuencia verosímiles de que se había firmado en blanco al comienzo de la relación laboral (JS Madrid núm 33 23-3-01, Proc 115/01) o bajo el engaño del empresario que lo entregó a la firma doblado o manifestando que se trataba de otro documento (TSJ Málaga 19-5-00, EDJ 117360) se les ha concedido valor liberatorio por la carencia de toda indicación de apoyo probatorio (TSJ Castilla-La Mancha 31-1-06, EDJ 8632).

La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, y ello ha sido asumido por los tribunales sociales, ha declarado que la existencia o inexistencia de vicios del consentimiento constituye una cuestión de mero hecho, cuya **constatación** es facultad privativa de los **tribunales de instancia** (TSJ Baleares 14-5-94).

8535 Error

El error es el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración de voluntad no querida efectivamente.

El error ha de ser **esencial o sustancial**. La excusabilidad del error ha sido tenida en cuenta, por ejemplo, respecto al baremo exigido para acceder a un determinado puesto de trabajo, que no puede ser alegado por la Administración para rectificarlo de oficio, porque no solo estaba en posesión de todos los datos del expediente de la trabajadora, sino que además, el sistema informático utilizado estaba bajo su control, con lo que pudo haber impedido el hipotético error invocado con solo emplear una diligencia adecuada (TSJ Granada 3-10-02, EDJ 67149).

Si el error **recae en la persona** solo invalida el contrato si la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo y se determina racionalmente por las cualidades que en ella concurren. Los supuestos más frecuentes se refieren a la persona del **trabajador**, al ser el contrato de trabajo un contrato *intuitu personae*. Son ejemplos de ello, la transexualidad de una trabajadora en aquellos sectores de actividad en los que el género es un elemento fundamental en la contratación o la contratación de trabajadores extranjeros, sin autorización de residencia y trabajo, que habían suplantado la identidad de otro (TS 21-1-10, EDJ 14369).

La jurisdicción social ha conocido también de errores referidos a las **cualidades y aptitud** de la persona cuando éstas han sido decisivas para llevar a cabo la contratación (falta de titulación del trabajador) o que tienen que ver

con otras condiciones afectantes a la persona del trabajador que, sin afectar a su aptitud o profesionalidad, se han considerado relevantes para la formalización del contrato, como, por ejemplo, no estar incluido el trabajador en la lista de contratación del nivel correspondiente (TSJ Galicia 28-3-00, EDJ 15431).

Los **errores de cuenta** -consignar en el contrato un salario distinto de aquel que se quería declarar- se consideran intrascendentes (TSJ Madrid 24-1-07, EDJ 61832).

Por último, **en cuanto al objeto** no invalida el contrato, por ejemplo, el error sobre si el contrato era común o de alta dirección, si no se ha probado que el trabajador tenía los poderes o facultades propias de un alto cargo, con lo que no puede reclamar una mayor indemnización (TS 25-9-03, EDJ 127752). Por el contrario, se consideró que no puede darse virtualidad a la baja voluntaria presentada por el trabajador, ya que la misma fue confeccionada con claro error sobre su alcance y trascendencia (TSJ Granada 3-10-02, EDJ 67149).

8537 Dolo

Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho (CC art.1269).

Sobre la base de esa definición, y recogiendo la doctrina y jurisprudencia de aplicación, puede afirmarse que son requisitos del dolo: la existencia de una **conducta** dolosa (acto ilícito e la insidia), la **gravedad**, el **nexo causal** entre la conducta dolosa y la celebración del contrato y que se haya causado **por uno de los contratantes**, ya que carece de relevancia el dolo, si se ha causado por un tercero o ha sido empleado por las dos partes, pues se compensa el de cada una de ellas con el de su adversario.

Al igual que ocurre con el resto de los vicios del consentimiento, el dolo no se presume, debe ser **acreditado** inequívocamente por quien lo alega, sin que basten meras conjeturas o indicios (TSJ Cataluña 11-12-95, EDJ 8855). El dolo, por lo menos en su aspecto o manifestación externa, es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al **tribunal de instancia**.

En el tratamiento del dolo por los tribunales sociales puede destacarse el tema de la reticencia dolosa o dolo negativo y, por más que resulte discutible en el ámbito civil, el abuso de posición dominante:

a) La reticencia dolosa o dolo negativo puede describirse como la ocultación maliciosa por parte del trabajador o del empresario de requisitos o condiciones que, de haberse conocido, hubiesen determinado la imposibilidad de celebrar el contrato. De lado del **trabajador** se ha considerado supuestos de dolo negativo, por ejemplo, la ocultación por la actora de su empleo en el Ayuntamiento, que fue determinante para la celebración del contrato de fomento del empleo (TS 29-6-98, EDJ 12983). Las actuaciones maliciosas del **empresario** han sido igualmente calificadas por supuestos de reticencia dolosa ya que la ocultación de la realidad por el empresario no solo provoca un error invalidante del consentimiento en el trabajador, sino que se produce por la dolosa actuación de la empresa (TSJ Galicia 8-6-95).

b) Por lo que se refiere al **abuso de posición**, en el ámbito laboral, los pronunciamientos sobre el tema se han suscitado en relación con el finiquito, por lo que en muchas ocasiones no aparece con claridad si existe un comportamiento doloso o, por el contrario, una coacción ilegítima (TSJ C.Valenciana 2-3-06, EDJ 358345).

8540 Violencia e intimidación

Tampoco en esta materia existen previsiones específicas en la normativa laboral por lo que resulta igualmente obligado hacer una ponderada y cautelosa aplicación de la **doctrina y jurisprudencia civil**, teniendo en cuenta que la mayoría de los pronunciamientos de los tribunales sociales sobre intimidación se refieren al momento de la extinción del contrato y, en concreto, a los casos de dimisión o baja voluntaria del trabajador.

La intimidación consiste en la **amenaza** racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado. Entre ella y el consentimiento otorgado debe mediar un nexo eficiente de causalidad (TS 22-4-91, EDJ 4149). Para que concorra la intimidación se exigen dos **requisitos**: una **actitud o comportamiento** tendente a inspirar el temor de sufrir un daño distinto al legítimo ejercicio de un derecho que pudiera perjudicar a la contraparte y que las circunstancias de edad y condiciones personales del sujeto permitan afirmar que este **temor** es **racional y fundado** y, a la vez, suficientemente grave como para doblegar su voluntad.

El margen de aplicación de este vicio de consentimiento en el contrato de trabajo es escaso en los estadios iniciales de la formación de la relación o en su desarrollo (se calificó, por ejemplo, como actitud intimidatoria la **obtención de unas mejoras salariales** mediante amenaza de violencia física sobre el encargado de la empresa que además se encontraba enfermo (TCT 18-12-76). Sin embargo, es en el tema del **finiquito** dónde se han suscitado la mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre este vicio del consentimiento.

Es doctrina unificada que el hecho de que se ponga en conocimiento del trabajador la **existencia de unos hechos graves**, que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitar la adopción de las correspondientes medidas, no significa en absoluto que se ejerza

con ello coacción alguna y, por tanto, vicio de consentimiento (TS 6-2-07, EDJ 21137 que sigue la anterior fijada en casación ordinaria TS 8-6-88, EDJ 4962).

Así las cosas, puede distinguirse entre la **intimidación lícita** y la ilícita. La primera puede ser una amenaza de despido o una denuncia penal, ya que se consideran un ejercicio no abusivo del derecho empresarial, pues el trabajador puede no firmar el documento o reaccionar legalmente contra dichas medidas (TSJ Cataluña 21-9-06, EDJ 416348). Por el contrario, es **ilícita** la intimidación cuando esa advertencia al trabajador revela una presión antijurídica como ocurre en el caso de la amenaza de inicio de un procedimiento judicial injustificado por un hecho imputado al trabajador y tolerado durante largo tiempo por la empresa, o conminar a las trabajadoras a suscribir su baja voluntaria con la amenaza de denunciarlas penalmente por hechos que en modo alguno tienen ese alcance (TSJ Madrid 17-5-05, EDJ 86218).

Debe tenerse presente, por otro lado, que existen **circunstancias personales y ambientales** que si concurren pueden incidir en la apreciación de la intimidación. Entre otras, se han tenido en cuenta el grado de madurez y de formación del trabajador, el estado de angustia o las concretas circunstancias anímicas o si se ha producido, en suma, un impacto tensional que obste la libre formación de la voluntad, además de las circunstancias objetivas o ambientales en que la emisión de aquella se produce.

b. Efectos de los vicios del consentimiento

8542 Acreditada la existencia de un vicio de consentimiento, este incide sobre la validez del contrato con intensidad distinta según los casos.

Si de **nulidad** absoluta o radical se trata, el contrato carece de toda validez, si bien en el ámbito laboral, como se sabe, esa ausencia de efectos ha de ser matizada. El trabajador, no obstante la nulidad declarada, no va a perder el salario y tanto la normativa sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional, como la de seguridad y salud en el trabajo serán de aplicación.

Han de considerarse incluida no solo la cantidad correspondiente al salario que hubiese correspondido, sino otras devengadas por situaciones ocurridas durante la prestación de servicios -incapacidad temporal (TSJ Murcia 1-4-03, EDJ 26221)-, si bien su naturaleza claramente indemnizatoria impide que puedan ser reclamadas partidas de trámite, pues durante la tramitación del proceso no se prestó ningún servicio (TSJ Madrid 2-2-00, EDJ 9805).

Si el vicio de consentimiento no produce la nulidad radical del contrato sino la **anulabilidad**, entendida como la remoción del contrato por decisión judicial, mientras el contrato no sea declarado ineficaz produce todos sus efectos. Una vez declarada la ineficacia, deja de ser fuente de derechos y obligaciones y entra en juego el ET art.9.2 .

Cabe destacar, por último, que en sede laboral tanto en caso de nulidad total inicial como en el de anulabilidad, es posible la **convalidación** posterior del vicio existente, confirmación que supone renuncia a ejercer las acciones oportunas para dejar sin efecto el negocio convalidado.

2. Objeto del contrato

8545 En el ámbito laboral se identifica el objeto del contrato con la prestación. La bilateralidad y reciprocidad inherentes al contrato de trabajo conducen a que su objeto tenga también, si se quiere, una **doble** cara: la **prestación laboral** y la **prestación salarial**, objetos a su vez de las obligaciones básicas de trabajador y empresario.

De acuerdo con el CC, el objeto del contrato de trabajo ha de ser **posible**, lo que la jurisprudencia y doctrina judicial han anudado en sede laboral al requisito de la posibilidad subjetiva, es decir, a la incapacidad del trabajador derivada de la falta de titulación (TS 28-3-90, EDJ 3493). Además de ser posible, el objeto del contrato ha de ser **lícito** (ET art.3.1.c) esto es, que no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres (CC art.1271.3). Ejemplos de **actividades ilícitas** en materia salarial -aunque caben excepciones y, en cualquier caso, darían lugar a la nulidad parcial- son el pacto retributivo cuyo porcentaje en especie superara el 30% (ET art.26.1) o el acuerdo entre empresario y trabajador en virtud del cual se liberase al trabajador de las cargas fiscales y de Seguridad Social que le incumben (ET art.26.4).

Ya en referencia a la prestación laboral, debe considerarse nulo el contrato cuyo objeto fuese la realización de una **actividad contraria a la ley**. Tal sucede en supuestos en que, al margen de tareas formalmente concertadas, acaban conduciendo a la realización de actividades delictivas (tráfico de drogas, trata de personas, tráfico ilegal de órganos, etc.). En principio, si las tareas pactadas son perfectamente legales, la ilicitud de la actividad empresarial no se comunica necesariamente al objeto del contrato, de manera que no se incumple el ET art.3.1.c) ni el CC art.1271.3 .

Se ha cuestionado si las actividades de **alterne** y **prostitución** pueden ser objeto de un contrato de trabajo. Lo cierto es que, a salvo de los primeros pronunciamientos del TCT (TCT 12-11-82; 28-11-84) en los que, con excesivo afán moralizante, se declararon nulos los contratos por causa u objeto ilícito, desde que el TS declarase que el objeto de la relación de alterne (la captación de clientes varones mediante el atractivo sexual con el propósito de que consuman

el mayor número de bebidas posibles) no era ilícita, no así la prostitución (como prestación de servicios sexuales a cambio de un precio), y se admite la laboralidad, siempre que reúna las notas características del ET art.1 (TS 3-3-81, EDJ 8059 ; 4-2-88, EDJ 876 ; 21-12-16, EDJ 245887 ; TSJ Navarra 14-4-08, EDJ 146720). Se declara por primera vez el carácter laboral de la prostitución (JS Barcelona núm 10, 18-2-15, EDJ 20493).

El último de los requisitos que exige el Código Civil al objeto del contrato para que sea jurídicamente válido, es la **determinación**, que se requiere en el momento de la perfección del contrato, si bien cabe que se efectúe con posterioridad, siempre que ello no requiera de un nuevo pacto entre las partes, porque en el momento de formalización ya estuviesen establecidos los elementos necesarios para efectuarla.

3. Causa del contrato

8547 Existe consenso en apreciar que la causa en el contrato de trabajo cumple una **doble función**: por una parte, caracterizadora del negocio jurídico, ya que lo separa de las categorías próximas; por otra, cumple una función de justificación de la atribución patrimonial que se puede realizar a través del negocio.

Al tratarse de un elemento esencial del contrato, la causa ha de existir no solo como presupuesto previo y necesario de la existencia del contrato, sino como requisito de continuada influencia durante su ejecución. El contrato **sin causa** no produce efecto alguno.

La causa ha de ser **lícita**, por no oponerse a las leyes o a la moral, y **veraz**, ya que la expresión de una causa falsa provoca la nulidad del contrato, salvo que se acredite que existe otra lícita y verdadera.

Pese a las dificultades para deslindar la ilicitud de la causa con el objeto del contrato, la jurisprudencia y doctrina judicial social han hecho frecuente aplicación de la idea de **causa ilícita**, ya sea por ilegal -contraria a la ley o al orden público (incluidos los derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad sindical)- o por inmoral. Así, además del supuesto ya estudiado del alterne y prostitución (nº 8545) -que se ha tratado como se vio tanto en relación al objeto como a la causa- y de los supuestos de simulación, se ha considerado que existe causa ilícita, por ejemplo, en el caso del contrato concertado con el Alcalde que carecía de competencia o capacidad para ello, para una plaza que no existía en el Ayuntamiento (TSJ La Rioja 15-4-96) o cuando se suscribe un nuevo contrato con quien ya tenía una relación laboral indefinida (TSJ Las Palmas 22-3-02, EDJ 45246).

Los tribunales sociales han asimilado la **inexistencia de causa** a la existencia probada de un fraude de ley (TSJ Las Palmas 9-6-04, EDJ 80426).

8550 Falsedad de la causa

La falsedad de la causa en el contrato de trabajo se conecta con su **simulación**. Puede afirmarse que esta forma de invalidez contractual -conformación anómala del contrato de trabajo- implica una declaración de voluntad deformadora de la realidad efectuada con la intención de crear una apariencia de contrato. Ausente en la normativa laboral cualquier previsión sobre la simulación, hay que acudir al derecho común que contempla dos tipos de simulación la absoluta y la relativa (CC art.1276).

En la **simulación absoluta**, los contratantes crean una apariencia de contrato de trabajo, cuando su intención es no celebrar ninguno. Esto es, ni se presta trabajo, ni se abona salario, pero las partes aparentan la celebración de un contrato de trabajo con el objetivo de obtener determinadas ventajas que lleva consigo la condición de asalariado. Así, se consideran **supuestos** de simulación absoluta en el ámbito laboral, los casos en que se aparenta la celebración de un contrato de trabajo, que en realidad no existe, para la obtención de prestaciones por desempleo (TSJ Málaga 26-5-05, EDJ 234736) o de maternidad (TSJ La Rioja 6-2-09, EDJ 46284) o cuando la celebración de un contrato de trabajo tiene como única finalidad la renovación de la autorización de residencia y trabajo de un trabajador extranjero (TSJ Cataluña 14-3-97).

Si se trata de **simulación relativa**, bajo la apariencia de un determinado negocio jurídico, las partes intentan ocultar otro de distinta naturaleza. Este tipo de simulación admite dos variantes: en la primera, el contrato de trabajo aparece como **contrato simulado**, ocultando otro negocio distinto y verdadero; en la segunda, el contrato de trabajo es el **disimulado**, siendo otro el aparente y declarado. Además de las vías recurrentes que se utilizan para huir de la aplicación de la normativa laboral (contrato de sociedad, de ejecución de obra de arrendamiento de servicios, de mandato, de agencia o, en fin, a través de una sociedad unipersonal), también se han considerado supuestos de simulación relativa en el ámbito laboral, la concesión de una beca que encubre la existencia de una auténtica relación laboral (TSJ Madrid 15-1-10, EDJ 23429), o cuando se ha disfrazado como deportista aficionado a quien en realidad ejercía de forma profesional la actividad deportiva (TSJ Granada 17-9-02, EDJ 129999).

8552 Efectos de la simulación

Los efectos de la simulación son distintos según se trate de simulación absoluta o relativa. Entre los propios contratantes, en los casos de **simulación absoluta**, el contrato simulado no produce efecto alguno. Si la simulación es **relativa**, el contrato verdaderamente celebrado, es decir el disimulado, sí produce efectos jurídicos, siempre y cuando

reúna los requisitos exigidos para cada forma contractual. Efectos particulares de la simulación relativa en sede laboral es que si se acredita que el contrato de trabajo es el simulado, ello conlleva la declaración de incompetencia de la jurisdicción social para conocer de las eventuales reclamaciones que se deriven del contrato real, que serán objeto, en su caso, del conocimiento de la jurisdicción civil.

Por otro lado, si la operación simulatoria se ha llevado a cabo con el fin de obtener ilegalmente **prestaciones de Seguridad Social**, procede el reintegro de las indebidamente percibidas. Además, si ha existido connivencia entre trabajador y empresario a tal fin, ello constituye una **infracción muy grave** tanto para trabajador como para empresario.

II. Duración y modalidades de contrato de trabajo

8570	A. Duración del contrato de trabajo	8573
	B. Modalidades del contrato de trabajo	8575
	1. Contratos indefinidos	8577
	a. Contrato de trabajo común	8577
	b. Contrato indefinido para emprendedores	8580
	c. Joven contratado por microempresas y/o empresarios autónomos	8583
	d. Contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos	8585
	2. Contratos de duración determinada	8587
	a. Contrato por obra o servicio determinado	8590
	b. Contrato eventual por circunstancias de la producción	8592
	c. Contrato de interinidad	8594
	3. Contratos formativos	8599
	a. Contrato de trabajo en prácticas	8600
	b. Contrato para la formación y el aprendizaje	8603
	4. Otros tipos de contratos	8610
	a. Contrato a tiempo parcial	8610
	b. Contrato de relevo	8615
	c. Contrato de trabajo a distancia	8620
	d. Contrato de grupos y trabajo común	8630

A. Duración del contrato de trabajo

(ET art.15)

8573 El contrato de trabajo puede concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. En función de la **duración del contrato** aquel puede ser **indefinido** o **temporal**. Y en función de la **duración de la jornada** aquel puede ser a **tiempo completo** o a **tiempo parcial**.

B. Modalidades del contrato de trabajo

8575 Las principales modalidades contractuales pueden resumirse y esquematizarse en el siguiente cuadro.

Modalidades de contrato de trabajo	
Contratos indefinidos	Contrato de trabajo común (nº 8577)
	Contrato indefinido para emprendedores (nº 8580)
	Joven contratado por microempresas y/o empresarios autónomos (nº 8583)
	Contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos (nº 8585)
Contratos de duración determinada	Contrato por obra o servicio determinado (nº 8590)
	Contrato eventual por circunstancias de la producción (nº 8592)
	Contrato de interinidad (nº 8594)
Contratos formativos	Contrato de trabajo en prácticas (nº 8600)

Modalidades de contrato de trabajo	
	Contrato para la formación y el aprendizaje (nº 8603)
Otros tipos de contratos	Contrato a tiempo parcial (nº 8610)
	Contrato de relevo (nº 8615)
	Contrato de trabajo a distancia (nº 8620)
	Contrato de grupos y trabajo común (nº 8630)

1. Contratos indefinidos

a. Contrato de trabajo común

8577 El contrato indefinido o contrato de trabajo común **se caracteriza** por su carácter indefinido y su desarrollo puede ser a jornada completa o parcial, así como para la prestación de servicios fijos discontinuos. Por tanto, no se fija término final predeterminado y las partes no conocen con antelación la duración de la relación laboral. Su **formalización** puede ser verbal o escrita.

Se **presumen por tiempo indefinido** los contratos temporales celebrados en fraude de ley (ET art.15.3). Además, se establecen las siguientes presunciones de tiempo indefinido para estos tipos de contrato (RD 2720/1998 art.8.2 y 9):

1. Cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita.
2. Cuando expirada la duración máxima de los contratos temporales o la de la prórroga expresa del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios.
3. Cuando no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

Precisiones

1) Constituye un evidente **fraude de ley**, con la consecuencia de que la relación laboral ha de reputarse indefinida, cuando el trabajador que ha suscrito 389 contratos temporales en el transcurso de 8 años con la expresión genérica e imprecisa de exceso de trabajo por causas de programación (TSJ Cataluña 22-4-13, EDJ 86218).

2) Los Estados miembros que establecen en su normativa nacional la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido cuando aquellos han alcanzado cierta duración, no están obligados a exigir que en este se reproduzcan de modo idéntico las cláusulas principales que figuren en el contrato anterior; pero deben velar por que aquella **transformación** no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado, cuando los cometidos de este y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos (TJUE 8-3-12, C-251/11).

3) La **reiteración contractual** por situaciones idénticas sin solución de continuidad no se compadece con la naturaleza misma de los contratos y justifica la pretensión del trabajador. La empresa, al concatenar contratos temporales con la misma persona, no puede independizar unos de otros, de forma que esa circunstancia deriva la relación laboral existente de una contratación temporal a una indefinida, al revelar la voluntad empresarial de no prescindir de dicho trabajador y de mantener la relación con el mismo a pesar de la modalidad contractual para la que fue empleado (TS 1-7-15, EDJ 168181).

4) La contratación temporal tiene carácter causal, por lo que los **contratos temporales sin causa o con causa ilícita** han de considerarse celebrados en fraude de ley, con la consecuencia de presumirlos celebrados por tiempo indefinido. Para la determinación de la legalidad de la causa contractual ha de tenerse esencialmente en cuenta los términos en que aparece redactada la cláusula de temporalidad, de tal modo que debe quedar plenamente identificada y acreditada la causa legitimadora de la temporalidad. Cuando se trata de una serie de contratos sucesivos sin solución de continuidad, por cuanto que enlazan desde el día de la finalización al día siguiente del contrato siguiente, teniendo por objetivo siempre la realización de la misma función, el empresario está actuando en fraude de Ley (TSJ Burgos 8-6-15, EDJ 95055).

b. Contrato indefinido para emprendedores

8580 El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores fomenta la **contratación estable** por parte de los **emprendedores y PYMES**.

Las **características** principales son las siguientes:

1. Dirigido a empresas que tengan menos de 50 trabajadores.
2. Se formaliza por escrito y en modelo oficial.
3. En función de la duración de la jornada puede ser a jornada completa o parcial.
4. Período de prueba de un año.
5. Se puede realizar hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%.
6. Contiene una serie de bonificaciones y deducciones fiscales.

Precisiones

1) El TCo ha declarado constitucional la previsión legal que establece en un año la duración del **período de prueba** del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, ampliando en seis meses la duración máxima legalmente establecida con carácter general (L 3/2012 art.4.3). Según el TCo, este período de prueba cumple con dos finalidades, ambas legítimas; por un lado, que las partes tengan ocasión de probarse mutuamente, que es la clásica finalidad de esta figura; por otro, sirve para que el emprendedor pueda valorar la sostenibilidad económica del puesto de trabajo a lo largo de un período lo suficientemente amplio como para servir como medio de fomento del empleo, al reducir el riesgo inherente a la contratación (TCo 119/2014).

2) La ampliación de la duración del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual no solo cumple la **finalidad** típica del periodo de prueba. Además, permite al empresario comprobar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo afectado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto sostenible. Se trata, en suma, de una medida dirigida a facilitar las decisiones de creación de empleo estable en las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual (TSJ Las Palmas 31-7-14, EDJ 193390).

c. Joven contratado por microempresas y/o empresarios autónomos

(L 11/2013 art.10)

8583 Este tipo de contrato se dirige a **jóvenes desempleados** inscritos en la **oficina de empleo, menor de 30 años o menor de 35 años** si tiene reconocido un **grado de discapacidad** igual o superior al 33%.

Las **características** principales son las siguientes:

1. Se puede realizar hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%.
2. Por tiempo indefinido.
3. Jornada a tiempo completo o parcial.
4. El contrato se formaliza por escrito en el modelo que se establezca.
5. El incentivo para el empresario es la reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes al trabajador del 100% durante el primer año de contrato.

Para poder acogerse a esta medida, la **empresa**, incluidos los trabajadores autónomos, deben reunir los siguientes **requisitos**:

1. Tener, en el momento de la celebración del contrato, una plantilla igual o inferior a 9 trabajadores.
2. No haber tenido ningún vínculo laboral anterior con el trabajador.
3. No haber adoptado, en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.
4. No haber celebrado con anterioridad otro contrato de estas características, salvo que el contrato anterior celebrado se haya extinguido por causa no imputable al empresario o por resolución durante el período de prueba. En estos

dos últimos supuestos se puede celebrar un nuevo contrato si bien el período total de reducción no puede exceder, en conjunto, de 12 meses.

d. Contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos

(ET art.16)

8585 Este tipo de contrato se concierne para realizar **trabajos** que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

Las **características** principales son las siguientes:

1. Se debe formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca.
2. En el contrato debe figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable y la jornada laboral estimada y su distribución horaria.
3. Se extingue por las causas legalmente establecidas (nº 9040 s.).

Los **convenios colectivos** de ámbito sectorial pueden acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos.

2. Contratos de duración determinada

8587 Los contratos de duración determinada o contratos temporales tienen por **objeto** el establecimiento de una relación laboral entre empresario y trabajador por un tiempo determinado. **Se formalizan** por escrito. No obstante, puede ser verbal cuando en la situación de eventual por circunstancias de la producción la duración del mismo sea inferior a cuatro semanas y la jornada completa. Cuando estos contratos se formalicen por escrito, se debe hacer constar en los mismos la especificación de la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato o la identificación de la circunstancia que determina su duración, así como el trabajo a desarrollar, entre otros extremos. Puede celebrarse a **jornada** completa o parcial.

Aquellos contratos que tengan establecida legal o convencionalmente una duración máxima y que se hubiesen concertado por una duración inferior a la misma, se entienden **prorrogados** tácitamente, hasta la correspondiente duración máxima, cuando no hubiese mediado denuncia o prórroga expresa antes de su vencimiento y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o la de la prórroga expresa del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera **denuncia** expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considera prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (RD 2720/1998 art.8.2).

Precisiones

1) Siempre que el contrato tenga una **duración superior a un año**, la parte que formule la **denuncia** está obligada a notificar a la otra la terminación del contrato con una antelación mínima de quince días, excepto en el contrato de interinidad en el que se está a lo pactado. El incumplimiento por el empresario del plazo señalado da lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido (TSJ La Rioja 30-5-06, EDJ 106309).

2) Los empresarios, en un plazo no superior a diez días a partir de la contratación, deben **notificar a la representación legal de los trabajadores** en la empresa los contratos de duración determinada cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos (RD 2720/1998 art.10).

a. Contrato por obra o servicio determinado

(ET art.15.1.a; RD 2720/1998)

8590 El contrato por obra o servicio determinado tiene por **objeto** la realización de obras o servicios con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta, no pudiendo tener una **duración** superior a 3 años, en los contratos suscritos a partir del 18-6-2010, ampliable hasta 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquieren la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Los **convenios colectivos** pueden identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Este tipo de contrato puede celebrarse a **jornada** completa o a tiempo parcial.

El contrato debe **formalizarse** por escrito.

Se extingue por la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Precisiones

1) En el supuesto de **sucesivos contratos temporales** con la misma empresa, sin solución de continuidad, unos contratados directamente con el trabajador, otros a través de ETT, el cómputo del periodo de prestación de servicios a efectos de **antigüedad** es la del primer contrato (TS 25-7-14, EDJ 176297).

2) La exigencia de que en el contrato se especifique e identifique suficientemente la obra o servicio que constituya su objeto es aplicable tanto a las empresas privadas como a la Administración. La **contratación laboral por la Administración pública** no se rige por legislación específica alguna (TS 18-7-07, EDJ 144116).

b. Contrato eventual por circunstancias de la producción

(ET art.15.1.b; RD 2720/1998 art.3)

8592 Este tipo de contrato se concierta con la **finalidad** de atender exigencias circunstanciales del mercado, como acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Cuando el **convenio colectivo** que resulte de aplicación haya determinado las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales o haya fijado criterios generales relativos a la adecuada relación entre el número de contratos a realizar y la plantilla total de la empresa, se está a lo establecido en el mismo para la utilización de esta modalidad contractual.

Este tipo de contrato puede celebrarse a **jornada completa** o a **tiempo parcial**.

Las **características** principales son las siguientes:

1. El contrato debe identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo.
2. El período de referencia legal o convencionalmente establecido se computa desde que se produzca la causa o circunstancia que justifique la utilización del contrato eventual.
3. En el supuesto de que el contrato eventual se concierte por un plazo inferior a la duración máxima legal o convencionalmente establecida, puede prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.
4. La duración máxima de este contrato es de 6 meses dentro de un período de 12 meses.
5. Debe formalizarse por escrito cuando su duración sea superior a 4 semanas o se concierten a tiempo parcial.
6. Se extingue por la expiración del tiempo convenido.

No obstante, los **convenios colectivos** de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior pueden modificar indistintamente, por una parte, la duración máxima del contrato (TS 18-11-03, EDJ 180947) y, por otra, el período dentro del cual puede celebrarse. En cualquier caso, los convenios colectivos no pueden establecer un período de referencia que exceda de 18 meses ni una duración máxima del contrato que exceda de las tres cuartas partes del período de referencia legal o convencionalmente establecido.

Precisiones

1) El hecho de que los convenios colectivos puedan determinar las **actividades** en las que se pueden contratar trabajadores eventuales o fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el número de contratos eventuales a realizar y la plantilla total de la empresa, no permite obviar la idea fundamental de que no cabe concertar un contrato eventual, sino para atender exigencias circunstanciales del mercado o acumulación de tareas (TSJ Baleares 15-7-14, EDJ 136779).

2) Para la **válida concertación** de este contrato no es preciso que la actividad que vaya a desarrollar el empleado eventual sea extraordinaria o anómala dentro de la que lleva a cabo la empresa, porque lo que caracteriza a la acumulación de tareas es la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone (TS 6-5-03, EDJ 81028).

3) La eventualidad no se define en atención a un criterio cualitativo, la naturaleza o tipo de trabajo a realizar, dado que este puede ser el mismo que el de los trabajadores fijos de plantilla; sino a un criterio cuantitativo, el aumento temporal de trabajo por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, al que la ley fija una duración máxima por encima de la cual la eventualidad se transforma en normalidad, lo que exige ya una contratación por tiempo indefinido (TSJ Canarias 29 -9-09, EDJ 346929).

4) Cuando la Administración tenga un número elevado de puestos sin titular y se encuentre en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepase la capacidad de los empleados disponibles, puede, lícitamente, acudir a la contratación eventual para remediar, en la medida de lo posible, esa situación (TS 3-2-95, EDJ 235 ; 21-1-95, EDJ 3005 ; 16-5-94, EDJ 4365 ; 20-5-94, EDJ 4592 ; 27-5-94, EDJ 4870).

8593 Contrato de primer empleo joven

(L 11/2013 art.12)

Este tipo de contrato **incentiva** a que los jóvenes puedan tener una primera experiencia profesional. Se trata, por tanto, de una modalidad del contrato eventual cuya **causa** se encuentra en la ausencia de experiencia del trabajador. Puede suscribirse con un trabajador desempleado menor de 30 años -o con menores de 35 años con discapacidad igual o superior al 33%- , con una experiencia laboral inferior a 3 meses.

La **transformación** del contrato en **indefinido** cuenta con una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social.

El contrato de primer empleo joven **se rige** por lo establecido para el contrato eventual por circunstancias de la producción (nº 8592) y sus normas de desarrollo. Sin embargo, **se exceptúa** de lo siguiente:

1. Se considera causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional.
2. La duración mínima del contrato es de 3 meses.
3. La duración máxima del contrato es de 6 meses, salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sin que en ningún caso dicha duración pueda exceder de 12 meses. En el supuesto de que se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.
4. El contrato debe celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial siempre que, en este último caso, la jornada sea superior al 75% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable.

c. Contrato de interinidad

(ET art.15.1.c; RD 2720/1998 art.4)

8594 Este tipo de contrato es el celebrado para **sustituir a un trabajador** de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. El ET señala que se puede celebrar contrato de duración determinada cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato se especifique, por una parte, el nombre del sustituido y, por otra, la causa de la sustitución.

De igual manera, se puede celebrar para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el **proceso de selección o promoción** para su cobertura definitiva. En este último caso, el contrato debe identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se va a producir tras el proceso de selección externa o promoción interna. La duración es la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a 3 meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

Se distinguen dos **tipos** de contrato de interinidad por cobertura de vacantes:

1. Por un lado, el aplicable en el **ámbito privado**, cuya duración es la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción, pero con un límite de 3 meses.
2. Por otro, el que rige en el ámbito de la **función pública**, en el que no hay tope concreto de duración, sino que esta queda referido al tiempo que duren los correspondientes procesos, de acuerdo con su normativa específica. La suscripción de los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración pública sobre modificación o supresión de los puestos de trabajo; así, cabe incluir como cláusula de extinción en el contrato de trabajo la supresión del puesto interinamente ocupado (TSJ Navarra 8-9-11, EDJ 350591).

Las **características principales** son las siguientes:

1. El contrato debe identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar va a ser el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquel.

2. La duración del contrato de interinidad es la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.
3. En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincide con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica; empero, la superación del límite temporal máximo de 3 años para la cobertura de la plaza determina el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo (TS 10-10-14, EDJ 188307).
4. Se rige por las disposiciones establecidas para el contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.
5. Debe formalizarse por escrito.

El contrato de interinidad debe celebrarse a **jornada** completa, excepto en los dos siguientes supuestos:

1. Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial.
2. Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el ET art.37 , o en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.

El contrato de interinidad **se extingue** cuando se produzca alguna de las siguientes **causas**:

1. La reincorporación del trabajador sustituido.
2. El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.
3. La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.
4. El transcurso del plazo de 3 meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas; para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración pública debe acudir a la vía de extinción prevista en el ET art.51 y 52 (TS 15-7-14, EDJ 173369). Ello incluso cuando se haya aprobado una nueva relación de puestos de trabajo (RPT), supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deben seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos (TS 14-7-14, EDJ 138305).

Precisiones

- 1) La **denuncia o comunicación del cese** de los contratos temporales se ha de producir por escrito y de manera individualizada al trabajador contratado en cuanto parte o sujeto del contrato de trabajo interino, ya que resulta plenamente conforme con el deber de buena fe y de atención a los intereses de la otra parte que ha de inspirar la conducta de empresarios y trabajadores en la conclusión y en la ejecución del contrato de trabajo (TS 27-9-12, EDJ 219978).
- 2) El contrato de interinidad no está previsto para sustituir a los trabajadores en los **periodos de vacaciones anuales**, dado que tal situación no implica la suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo. La sustitución de un empleado en vacaciones es una causa de eventualidad (TSJ Castilla-León 14-7-09, EDJ 170151).
- 3) El desarrollo reglamentario del contrato de interinidad no desborda los límites señalados por el legislador al fijar la **jornada laboral** del contrato de interinidad por vacante en función de la jornada asignada al trabajador sustituido (TS cont-adm 25-6-01, EDJ 32495).
- 4) La simple **amortización** de una plaza, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto para los despidos colectivos (TS 14-7-14, EDJ 138305).
- 5) Las consideraciones aplicables al contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las **Administraciones Públicas** son perfectamente válidas respecto a los contratos indefinidos no fijos, pues se trata de contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de esta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue (TS 14-4-14, EDJ 80844).

8599 El **objetivo** de estos contratos es favorecer la inserción profesional y la formación teórico-práctica de los jóvenes.

Bajo la denominación de contratos formativos se regulan dos **tipos** de contrato de trabajo:

- **en prácticas** (nº 8600);
- **para la formación y el aprendizaje** (nº 8603).

Ambos contratos pueden realizarse a través de una **ETT**.

Los contratos formativos deben computarse como **antigüedad** en la empresa, equiparándolos a los contratos temporales con vencimiento determinado, ya que el hecho de que tengan por objeto dar formación teórica y práctica al trabajador y que la temporalidad tenga su justificación en ese objeto, no desvirtúa la naturaleza temporal de los mismos (TS 5-11-14, EDJ 269295).

a. Contrato de trabajo en prácticas

(ET art.11.1; L 11/2013 art.13.2, disp.adic.9ª y disp.trans.1ª)

8600 Este tipo de contrato **puede concertarse** con quienes estén en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la LO 5/2002 , de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los 5 años, o de 7 años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios.

No obstante, con carácter transitorio, hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%, puede celebrarse con **menores de 30 años**, aunque hayan **transcurrido 5 o más años** desde la terminación de los correspondientes estudios (L 11/2013 art.13.1 y disp.trans.1ª).

Las **características** de este contrato son las siguientes:

1. El **puesto de trabajo** debe permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados. A través de convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se pueden determinar los puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato.

2. La **duración** del contrato no puede ser inferior a 6 meses ni exceder de 2 años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar.

3. Ningún trabajador puede estar **contratado** en prácticas por tiempo superior a 2 años:

- en la misma o distinta empresa en virtud de la **misma titulación o certificado de profesionalidad**;
- en la misma empresa para el **mismo puesto de trabajo**, aunque se trate de distinta titulación o de distinto certificado de profesionalidad.

4. Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el **período de prueba** no puede ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a 2 meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.

5. La **retribución** del trabajador es la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

6. Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa no puede concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efecto de **antigüedad** en la empresa.

Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que concierten un contrato en prácticas con un menor de 30 años -o de 35 con un grado de discapacidad del 33% o más-, tienen derecho a una **reducción** del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato. Esta reducción es del 75% si se concierte con un trabajador que estuviese realizando prácticas no laborales.

b. Contrato para la formación y el aprendizaje

8603 Este contrato tiene por **objeto** la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo.

Las **características** de este contrato son las siguientes:

1. Se puede celebrar con **trabajadores** mayores de 16 y menores de 25 años que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas. No obstante, con carácter transitorio, se permite, hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%, concertarlo con trabajadores menores de 30 años. Si el contrato se concierta con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente, no es de aplicación el límite máximo de edad.

2. La **duración** mínima del contrato es de un año y la máxima de 3. Empero, a través de convenio colectivo pueden establecerse distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a 6 meses ni la máxima superior a 3 años.

3. Expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no puede ser **contratado** bajo esta modalidad **por la misma o distinta empresa**, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional.

4. El trabajador debe recibir la **formación inherente** al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red (LO 5/2002 disp.adic.5ª) previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. No obstante, también puede recibir dicha formación en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de periodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada.

Precisiones

En la prestación de servicios a través de contratos en prácticas o formación deben computarse como **antigüedad en la empresa** -con independencia del periodo de interrupción temporal entre contrato y contrato-, dado que se trata de contratos temporales a tiempo cierto y no de contratos temporales por tiempo indeterminado. El fin de estos contratos no depende de que se facilite formación durante todo el tiempo pactado (AN 16-1-13, EDJ 19527).

4. Otros tipos de contratos

a. Contrato a tiempo parcial

(ET art.12.1)

8610 El contrato se entiende celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, **inferior** a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Puede concertarse por tiempo **indefinido** o por **duración determinada** en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación y el aprendizaje. No obstante, el contrato a tiempo parcial se entiende celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

Las **características** de este contrato son las siguientes:

1. Se debe **formalizar** necesariamente por escrito y figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo.

2. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y esta se realice de forma partida, solo es posible efectuar una única **interrupción** en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo.

3. Los trabajadores a tiempo parcial no pueden realizar **horas extraordinarias**, salvo en los supuestos a los que se refiere el ET art.35.3 .

4. Los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos **derechos** que los trabajadores a tiempo completo.

5. La **conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa** tiene siempre carácter voluntario para el trabajador y no se puede imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

6. Los convenios colectivos deben establecer medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la **formación profesional continua**, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales.

7. La jornada de los trabajadores a tiempo parcial se debe **registrar** día a día y se debe totalizar mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias. En caso de **incumplimiento** de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presume celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

Precisiones

1) No cabe conceptuar la **conversión de un contrato indefinido en un contrato parcial fijo** debido a pérdidas continuadas como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dado que supone una modificación jurídica del contrato para convertirlo en otro diferente (TSJ Andalucía 19-9-13, EDJ 195322).

2) Teniendo en cuenta que el **plus de transporte** no tiene la consideración de salario y su objetivo es compensar los gastos de transporte y distancia que han de asumir los trabajadores por razón de su asistencia al trabajo, es evidente que quien trabaja a tiempo parcial asume los mismos costes por su asistencia al trabajo que quien trabaja a jornada completa, por lo que no cabe alegar como lógica regla de proporcionalidad la ratio entre jornada parcial y jornada completa para establecer una disparidad de trato por este motivo, argumento que escapa a toda razonabilidad y constituye una vulneración del **principio de no discriminación**. Sin embargo, es posible que en algunos casos el contrato a tiempo parcial se preste empleándose un menor número de días de trabajo que los que realiza un trabajador a jornada completa comparable, por lo que el reconocimiento de la igualdad de trato no impide el empleo de la proporcionalidad en función de este parámetro (TS 3-5-16, EDJ 83814).

b. Contrato de relevo

(ET art.12.6 y 7)

8615 Para que el trabajador pueda acceder a la **jubilación parcial anticipada** debe acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del 25% y un máximo del 50% (LGSS art.215), y la empresa debe concertar simultáneamente un contrato de relevo con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. La reducción de la jornada puede alcanzar hasta un 75% si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida.

Asimismo, se puede concertar dicho contrato para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de **haber cumplido la edad ordinaria de jubilación** establecida legalmente (LGSS art.205.1.a y disp.trans.7ª): en 2017, 65 años con 36 años y 3 meses o más cotizados o 65 años y 5 meses de edad con menos de 36 años y 3 meses cotizados. La celebración del contrato de relevo en este supuesto es voluntaria.

Las **características** de este contrato son las siguientes:

1. Se celebra con un **trabajador** en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

2. La **duración** del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tiene que ser indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad anteriormente.

3. El contrato de relevo puede celebrarse a **jornada** completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada debe ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El **horario de trabajo** del trabajador relevista puede completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

4. El **puesto de trabajo** del trabajador relevista puede ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, debe existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos.

5. En la **negociación colectiva** se pueden establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

Precisiones

1) La doble finalidad de la institución (política de empleo y mantenimiento financiero de la Seguridad Social) determina que en los supuestos de **suspensión del contrato de trabajo del relevista**, las obligaciones de sustituirle por otro trabajador y -en su caso, de haberse incumplido aquella- la de reintegro de las prestaciones percibidas por el jubilado,

se limitan a los casos en que no se cotice por el trabajador con contrato suspendido (no mientras se cotice, como es el caso del periodo ordinario de IT), pues si bien en estos casos ha de admitirse que se alcanza uno de los objetivos perseguidos por la institución (la representada por el binomio jubilación parcial/contrato de relevo), cual es el mantenimiento del empleo, la otra finalidad -la de asegurar la financiación del sistema- se ve por completo defraudada. Y si esta regla realmente no se cumple en el caso de reducción de jornada por cuidado de menor (la cotización por el tramo de jornada reducida, no es a cargo de la empresa ni del trabajador, sino del Sistema), ello se debe a valores superiores de conciliación de la vida familiar con la laboral, que se verían comprometidos con la solución opuesta (TS 17-11-14, EDJ 209426).

2) La decisión posterior de preavisar a la trabajadora la **terminación del contrato de relevo**, por la conversión del contrato en indefinido, expresando que el puesto que ocupaba era de carácter permanente y necesario para el normal funcionamiento de la compañía, implica un despido que ha de calificarse de improcedente, ya que no puede privarse de eficacia novatoria al acuerdo previamente alcanzado por las partes como consecuencia de la declaración de voluntad expresada por la empresa en la carta litigiosa, y tácitamente aceptada por la empleada, de indefinición del vínculo contractual, al margen de que luego dicho acuerdo se formalizara o no por escrito y de que la empresa continuara cotizando por contrato de relevo con posterioridad al envío de la carta (TS 11-6-14, EDJ 189826).

c. Contrato de trabajo a distancia

(ET art.13)

8620 Tiene la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el **domicilio** del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Las **características** de este contrato son las siguientes:

1. El **acuerdo** por el que se establezca el trabajo a distancia se formaliza por escrito.
2. El trabajador tiene los mismos **derechos** que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.
3. El trabajador tiene derecho a percibir, como mínimo, la **retribución** total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.
4. El empresario debe establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la **formación profesional** para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional.
5. Con el propósito de posibilitar la **movilidad y promoción**, debe informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.
6. El trabajador tiene derecho a una adecuada protección en materia de **seguridad y salud**.
7. El trabajador puede ejercer los derechos de **representación colectiva**, por lo que debe estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

Precisiones

1) Este tipo de contrato da cabida al **teletrabajo**, que es entendido como una particular forma de organización de trabajo que se realiza a través del uso intensivo de las nuevas tecnologías de manera predominante en el domicilio del trabajador o en el lugar que libremente elija, que, a su vez, se alterne a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa, y se materialice con su consentimiento mediante un acuerdo escrito con el empresario.

2) Solamente en el supuesto de que la empresa haya establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo, respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos, y además haya acordado con el trabajador instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta de este en el interior de su casa en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes **horas extraordinarias** y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, no existe razón para no computar las horas dedicadas al trabajo como jornada ni el pago de los excesos como horas extraordinarias (TSJ Valladolid 3-2-16, EDJ 5757).

d. Contrato de grupos y trabajo común

(ET art.10)

8630 En el supuesto de que el empresario diera un **trabajo en común** a un grupo de sus trabajadores, conserva respecto de cada uno, individualmente, sus derechos y deberes. No obstante, si aquel hubiese celebrado un **contrato con un grupo** de trabajadores considerado en su totalidad, no tiene frente a cada uno de sus miembros los derechos y

deberes que como tal le competen. El **jefe del grupo** ostenta la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación.

Por otro lado, si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, **asocia su trabajo** un auxiliar o ayudante, el empresario de aquel lo es también de este

Precisiones

1) La presencia en los contratos de grupo de la figura del **jefe de grupo** no implica que este sea empleador de todos sus integrantes, sino que simplemente actúa como representante de sus compañeros ante las empresas que les quieran contratar. Por ello, las discrepancias internas que puedan surgir en el seno del grupo, como las derivadas de la exclusión de alguno de sus miembros, no pueden ventilarse como si de una reclamación por despido se tratara, al no existir relación laboral entre los integrantes del grupo, sino tan solo entre los empleadores que como terceros contratan sus servicios (TSJ Cataluña 25-4-05, EDJ 98701).

2) El trabajador que concierta el trabajo se erige, claramente, como el jefe del grupo, ostentando la representación de los que lo integran y respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación. Tanto en el contrato de trabajo en común como en el contrato de grupo, cabe que los trabajadores aporten los **aperos y máquinas** precisas para la realización del trabajo, como sucede con el vehículo que puede aportar un trabajador que presta servicios de transporte (TSJ Extremadura 1-9-10, EDJ 190798).

III. Contenido del contrato de trabajo: especial referencia a la relación laboral especial de abogados en despachos

8635	A. Derechos y obligaciones del trabajador	8645
	1. Derechos de todo trabajador	8650
	2. Derechos específicos de los abogados que trabajan en un despacho	8657
	a. Derecho a poder actuar conforme a las normas de la profesión	8660
	b. Derecho a la formación	8667
	c. Derecho a participar en actividades docentes e investigadoras	8670
	d. Derecho al asesoramiento y defensa jurídica de asuntos familiares	8672
	3. Obligaciones del abogado	8675
	a. Cumplir con las obligaciones inherentes a los servicios profesionales	8677
	b. Deberes en materia de prevención de riesgos laborales	8680
	c. Cumplir las órdenes e instrucciones del titular del despacho	8682
	d. Prohibición de concurrencia	8685
	e. Contribuir a la mejora del funcionamiento del despacho	8687
	f. Completar y perfeccionar su formación	8690
	B. Derechos y deberes derivados del contrato de trabajo	8692
	1. Formación permanente	8702
	a. Permisos retribuidos	8704
	b. Permisos no retribuidos	8706
	c. Pacto colectivo o acuerdo individual	8708
	2. Derechos colectivos	8710
	C. Promoción profesional	8712
	1. Categoría profesional única	8714
	2. Carrera profesional: progresión en los grados	8716
	3. Pacto colectivo o acuerdo individual	8718
	D. Salarios	8720
	E. Poder de dirección empresarial	8726
	1. Organización, dirección y planificación	8728
	2. Distribución de clientes y asuntos e impartición de órdenes e instrucciones	8730

3.	Verificación y control de las obligaciones y actividad de los abogados	8732
4.	Límites del poder de dirección	8734
F.	Régimen de prestación de la actividad laboral	8740
1.	Régimen de exclusividad y pacto de plena dedicación	8744
2.	Pacto de permanencia	8752
3.	Pacto de no concurrencia postcontractual	8756
4.	Cientela aportada	8760
G.	Régimen disciplinario laboral	8765
1.	Responsabilidad disciplinaria laboral específica de los abogados que prestan servicios en despachos	8767
2.	Procedimiento sancionador	8771
H.	Formación profesional como derecho de los trabajadores	8775
1.	Marco jurídico y normativa aplicable	8775
2.	Tipos de formación profesional	8780
a.	Formación profesional del sistema educativo o formación inicial	8782
b.	Formación profesional para desempleados	8785
c.	Formación continua o para trabajadores ocupados	8787
3.	Escuelas Taller y Casas de Oficios	8800
4.	Talleres de empleo	8805
5.	Empresas de inserción	8810

8637 La prestación de servicios objeto del contrato de trabajo se resuelve en una obligación de carácter genérico que, como todas las de este tipo se ha de concretar para determinar con exactitud cuál es la **obligación singular** que corresponde realizar a cada trabajador. El trabajador no solo se obliga a trabajar sino también a hacerlo de un determinado modo, que no depende de él, sino que es potestad del empleador.

La normativa laboral ha configurado un amplio elenco de derechos y deberes que dan contenido al contrato de trabajo y que se convierten en **límites** al poder de ordenación del empleador.

En el cuadro adjunto se ofrece el conjunto de **derechos y obligaciones** derivados de la propia Constitución, del Estatuto de los Trabajadores y de la restante normativa de general aplicación. Destaca la interrelación existente de modo que lo que constituye derecho para una parte, supone un deber para la otra y viceversa. De entre todos estos derechos, en este apartado se hará un estudio detenido del derecho del trabajador a la formación profesional.

8640	Derechos y deberes del trabajador y de los empresarios	Regulación
	A la integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales	Const art.15, 40.2 y 43
		ET art.4.2.d), 19
		L 31/1995 art.8
		ET art.64.5
	Adopción de medidas de conflicto colectivo	Const art.37.2
		RDL 17/1977 art.17 s.
		ET art.4.1.d)
	Contribuir a la mejora de la productividad	Const art.38
		ET art.5.e), 82.2
	Cumplir las obligaciones concretas del puesto	ET art.5.a), 20
	Cumplir las órdenes del empresario	ET art.5.c)
		ET art.20
	Diligencia debida y fidelidad	ET art.5.a), 20
		RD 1006/1985 art.7.1
		RD 1435/1985 art.6.2
	Dirección, control y vigilancia de la actividad laboral	ET art.20

Derechos y deberes del trabajador y de los empresarios	Regulación
	LO 1/1982 art.2.2 y art.7
	L 14/1986 art.10
Ejercicio de todos aquellos derechos que se deriven específicamente del contrato de trabajo, entre otros: - propiedad intelectual - invenciones	ET art.4.2.h) L 11/1986 art.15 s. RDLeg 1/1996 art.51 y 97
Ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato	Const art.24 ET art.4.2.g) LRJS
Huelga	Const art.28.2 RDL 17/1977 art.1 s. ET art.4.1.e)
Inviolabilidad de la persona del trabajador	ET art.18
Libre sindicación	Const art.28.1 LOLS ET art.4.1.b)
Negociación colectiva	Const art.37.1 ET art.4.1.c), 82 a 92
No concurrir con la actividad de la empresa	ET art.5.d), 21 RD 1382/1985 art.8
No discriminación, directa o indirectamente, por razones físicas, psíquicas o sensoriales	Const art.14 y 49 ET art.17 RDLeg 1/2013 RD 1368/1985 RD 1451/1983 LO 3/2007
No discriminación, directa o indirecta, por razón de edad, discapacidad, sexo, origen racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.	Const art.9.2, 14, 28.1; 35.1 ET art.4.2.c), 17, 28 Conv OIT 111 LOLS art.12 L 14/1986 LO 3/2007
Observar las medidas de prevención de riesgos laborales	L 31/1995 ET art.5.b), 19
Ocupación efectiva	ET art.4.2.a) RD 1006/1985 art.17.4 RD 1435/1985 art.6.3
Información, consulta y participación en la empresa	Const art.129.2 LOLS ET art.4.1.g), 61 y 64.5 L 31/1995
Percepción puntual del salario	Const art.35 ET art.4.2.f), 29, 50
Promoción y formación profesional	Const art.35.1

Derechos y deberes del trabajador y de los empresarios	Regulación
	ET art.4.2.b), 22, 23, 24, 25 y 50)
Respeto a la intimidad y dignidad, comprendida la protección frente al acoso	Const art.18 ET art.4.2.e)
Reunión	Const art.21.1 ET art.4.1.f), 77 s.
Trabajo y libre elección de profesión u oficio	Const art.35.1 ET art.4.1.a)

8642 Por razones de limitación de espacio, y dado el objeto de la obra, se ha considerado conveniente restringir esta parte del estudio a los derechos y deberes que derivan del contrato de trabajo en el marco de las relaciones de trabajo por cuenta ajena de los **abogados** (RD 1331/2006) en la que la temática cobra especial relevancia, por diversas circunstancias: de un lado, por la aplicación de normas de diferente naturaleza (laborales y estatutarias) y, por otro, por la posibilidad de que el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena se realice para un empleador singular, como es un despacho (individual o colectivo) de abogados. Ello no obsta, todo lo contrario, a realizar en cada epígrafe una referencia a la regulación contenida en el ET con carácter general.

Antes de ello, debe advertirse que el **ejercicio de la abogacía** en nuestro país puede llevarse a cabo de tres formas:

- a) **Individualmente por cuenta propia**, como titular de un despacho.
- b) **Por cuenta ajena**, como colaborador de un despacho individual o colectivo lo que constituye la relación laboral especial.
- c) **Colectivamente**, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, así como asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles, en cuyo caso habrá que tener en cuenta la L 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales.

8643 **Ámbito subjetivo**

Se considera trabajador a efectos de la relación laboral de carácter especial a quienes, de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación, estén **habilitados** para ejercer la profesión de abogado lo que remite a lo dispuesto en la L 34/2006 , sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales y en su Reglamento de aplicación aprobado por RD 775/2011 .

Dichos **requisitos** son los siguientes:

- a) Ser **licenciado** o graduado en derecho.
- b) Estar en posesión del **título profesional** de abogado. En la actualidad se requiere una capacitación profesional especial que se establece en la L 34/2006 que recoge un sistema de excelencia que tiene tres pilares básicos:
 - Máster de acceso a la abogacía. Realización de un curso formativo específico para adquirir un conjunto de competencias profesionales específicas.
 - Desarrollo de un periodo de prácticas externas.
 - Examen de acceso. Realización de una evaluación de la aptitud profesional previa a la inscripción en el correspondiente colegio profesional.
- c) Incorporación a un **colegio de abogados** español en calidad de ejerciente, lo que exige que se cumplan los siguientes requisitos: nacionalidad española o de alguno de los países de la UE o del EEE, ser mayor de edad, cumplimiento de una serie de obligaciones económicas, carecer de antecedentes penales y no estar incurso en ninguna causa de incompatibilidad y formalizar el alta en un sistema de protección social.
- d) Ejercer la profesión de abogado de acuerdo con las notas de **laboralidad**.

Podrán ser sujetos de la relación laboral de carácter especial en concepto de **empleadores**, quienes sean titulares de despachos de abogados, individuales o colectivos. La regulación que efectúe el RD 1331/2006 es claramente tributaria de lo dispuesto en el Estatuto general de la abogacía española aprobado por RD 658/2001 .

Puede distinguirse, por tanto, entre:

- a) **Despachos individuales**: El RD no los define, pero de acuerdo con lo dispuesto en el art.27.1 RD 658/2001 son aquellos cuyo titular es una única persona física que responderá profesionalmente frente a sus clientes de sus gestiones o actuaciones y de las que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera.

b) **Despachos colectivos.** El RD 1331/2006 lo define como aquel cuya titularidad corresponda conjuntamente a dos o más abogados agrupados, en régimen societario o bajo cualquier otra forma admitida en derecho, para el ejercicio profesional de la abogacía de forma conjunta, siempre que así aparezcan identificados ante los clientes y se atribuyan a la sociedad que eventualmente pudieran constituir los derechos y obligaciones inherentes a la relación establecida con los clientes.

c) **Asimilados a los colectivos.** El RD 1331/2006 considera como tales a los 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 la misma.

8644 Supuestos de exclusión

De entrada, el RD 1331/2006 establece una **presunción *iusuris tantum***, con el mismo alcance que la establecida en el art.1.3 e) ET, que no tienen relación laboral (ni especial ni común) los abogados que presten servicios en un despacho «con cuyo titular tengan una relación familiar», siempre que convivan con él.

Al margen de ello, están **expresamente excluidos** de esta regulación especial los abogados que (RD 1331/2006 art.1.1 y 2):

a) Ejercen su profesión por cuenta propia, de forma individual o agrupados con otros en régimen societario (en «sociedades profesionales» o de otro tipo) o en cualquier otra modalidad admitida en derecho, siempre que actúen en su calidad de socio o miembro del grupo.

b) Ejercen su profesión compartiendo «locales, instalaciones u otros medios o servicios de cualquier naturaleza», siempre que se mantenga la independencia entre ellos, que no se identifiquen de forma conjunta ante los clientes y que pertenezcan a cada uno de ellos los derechos y obligaciones propios de la relación con el cliente.

c) Colaboren con otros, siempre que mantengan la independencia de los respectivos despachos (en los términos del RD 658/2001 art.27.3 y 5).

d) Presten un servicio para un despacho de abogados pero manteniendo sus propios criterios organizativos y percibiendo exclusivamente una contraprestación económica ligada al resultado o en forma de honorarios (salvo que se garanticen unos ingresos mínimos).

e) Sean contratados por un despacho bien para atender a los clientes de este (siempre que cobren honorarios exclusivamente a cargo de dichos clientes), bien para atender el turno de oficio.

f) Presten servicios retribuidos para empresas o entidades, públicas o privadas, que no tengan la condición de despacho de abogados.

A. Derechos y obligaciones del trabajador

(ET art.4 y 5; RD 1331/2006 art.5)

8645 Los derechos y deberes del **trabajador común** vienen establecidos en el ET. Estos resultan aplicables a las relaciones de trabajo por cuenta ajena que mantengan los **abogados** con sus empleadores. Además, la norma reglamentaria se encarga de establecer el conjunto de los derechos y obligaciones del abogado cuando presta servicios por cuenta ajena para un despacho individual o colectivo.

Esta cuestión queda encuadrada en el marco de los **elementos básicos** de esta relación laboral especial que son junto a aquéllos: el objeto (RD 1331/2006 art.3) y los sujetos de dicha relación (RD 1331/2006 art.4) y el ejercicio del poder de dirección de los titulares de los despachos (RD 1331/2006 art.6).

Bajo la rúbrica de Derechos y deberes derivados del contrato de trabajo, el reglamento desarrolla los siguientes **ámbitos** diferenciados en la materia (RD 1331/2006 Capítulo VI):

- formación permanente (nº 8702);
- promoción profesional económica (nº 8712);
- derechos retributivos (nº 8720);
- derechos colectivos (nº 8710).

El legislador ha optado por realizar un **reconocimiento legal explícito** de los derechos y deberes de los abogados que prestan servicios en un despacho, lo que contrasta con el tratamiento normativo dispensado a otro tipo de relaciones laborales de carácter especial. En efecto, no siempre las normas reguladoras de estas modalidades de prestación de servicios por cuenta ajena incorporan un precepto referido a los derechos y deberes de los trabajadores sometidos a dichas relaciones. Al contrario, lo más habitual es que dichas normas remitan dicho reconocimiento al ET, resultando aplicables a aquellas relaciones los derechos y deberes previstos en el ordenamiento laboral común.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de los **trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo**, a los que se reconocen los derechos y deberes básicos previstos en el Estatuto de los Trabajadores (RD 1368/1985 art.9). O el de los **representantes de comercio**, donde se realiza una remisión expresa a lo previsto en esta materia por el ET (RD 1438/1985 art.12).

En otros supuestos, la aplicabilidad de la norma laboral común con respecto a los derechos y deberes viene dada por la remisión genérica que se efectúa a dicha norma en todo lo no previsto en la norma reglamentaria aplicable, como por ejemplo, en el supuesto del personal del **servicio de hogar familiar** (RD 1620/2011 art.3.b).

Lo anterior no significa que no existan otros ejemplos de relaciones laborales de carácter especial que no tengan una regulación propia y específica en lo que a derechos y deberes se refiere. Al contrario, en la misma línea que lo previsto para los abogados, tanto los **deportistas profesionales** (RD 1006/1985 art.7) como los **artistas** en espectáculos públicos (RD 1435/1985 art.6) cuentan con un reconocimiento singular de derechos y deberes, los cuales deben adicionarse a lo establecido en el ET.

8647 El tratamiento que el Reglamento realiza de los derechos y deberes de los abogados resulta fundamental para entender la singularidad de esta relación laboral de carácter especial. Su regulación se ha justificado con base en el modo en que inciden en la prestación de servicios de los abogados las **normas deontológicas** a las que éstos se ven sometidos.

Su Exposición de Motivos destaca este aspecto al subrayar la necesidad de modular o **adaptar** determinados aspectos de la relación laboral común que se regula en el Estatuto de los Trabajadores, señaladamente, en lo que respecta a los derechos y deberes que se reconocen a los abogados en su condición de trabajadores en la medida en que unos y otros están condicionados, en mayor o menor grado, por las normas que rigen la profesión, incluidas las éticas y deontológicas.

Especial modulación debe hacerse del **deber de obediencia** que las normas laborales imponen a los trabajadores, pues en el caso de los abogados este deber, al tener que compatibilizarse con otras obligaciones y deberes que le imponen las normas que rigen la profesión, aparece debilitado o limitado. De igual modo, tal y como se encarga de subrayar la propia exposición de motivos, el sometimiento de los abogados a la normativa que rige la profesión condiciona el desarrollo de la relación laboral con los despachos en la medida en que la aplicación de dicha normativa implica: la limitación de las **facultades de dirección y control** del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores de los abogados. En definitiva, la delimitación que el Reglamento realiza de los derechos y obligaciones de los abogados se convierte en un elemento cardinal para entender las peculiaridades de esta prestación de servicios y la necesidad de una regulación diferenciada y específica al margen del ordenamiento común laboral.

La forma en que el Reglamento ha decidido **estructurar** el conjunto de derechos y deberes de los abogados es muy similar al de otras relaciones laborales de carácter especial, señaladamente el caso de los deportistas profesionales y el de los artistas en espectáculos públicos.

En primer lugar, se reconocen a aquel colectivo todos los **derechos contemplados para los trabajadores comunes** (ET art.4 ; RD 1331/2006 art.5.1). En segundo lugar, se amplía el haz de derechos básicos estableciendo una serie de **derechos específicos para los abogados** (RD 1331/2006 art.5.2). Finalmente, el legislador procede a determinar el conjunto de deberes del citado colectivo. Sobre esto último, y a diferencia de lo dispuesto con respecto a los derechos, el legislador no realiza una remisión a los **deberes generales** establecidos en el ET, pero cabe pensar que los mismos también rigen para esta relación laboral especial aunque, como es lógico, con las modulaciones que la propia norma establece, ya que dispone en cuanto a derecho supletorio que en lo no regulado en dicha norma será de aplicación lo dispuesto en el ET y las demás normas laborales de general aplicación en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza y características especiales que concurren en esta relación laboral (RD 1331/2006 disp.adic.4ª).

Junto a lo anterior, la norma reglamentaria también reconoce a los abogados por cuenta ajena que trabajan para otros abogados otros derechos al prever la posibilidad de que estos abogados participen en la **organización, planificación y dirección** del trabajo, si bien ello, en los términos que se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos alcanzados entre los despachos y los representantes de los abogados (RD 1331/2006 art.6). También en el mismo precepto se señala el derecho que ostentan éstos a no recibir **órdenes o instrucciones** ni recibir encomiendas de asuntos que impliquen la realización de actividades que sean legalmente incompatibles, o que vulneren las obligaciones que legalmente tienen los abogados de no actuar en defensa de intereses en conflicto o de guardar el secreto profesional (RD 1331/2006 art.6.2).

1. Derechos de todo trabajador

8650 Derechos comunes

(ET art.4.1)

De forma concreta, los derechos comunes que contempla el ET serían los referidos al trabajador en cuanto tal, esto es a:

- a) El trabajo y la libre elección de profesión y oficio.
- b) La libre sindicación.
- c) La negociación colectiva.
- d) La adopción de medidas de conflicto colectivo.
- e) La huelga.
- f) La reunión.
- g) La información, consulta y participación en la empresa.

8652 En su relación de trabajo

(ET art.4.2)

En lo que se refiere a los derechos reconocidos al trabajador en su relación de trabajo, serían los siguientes:

- a) La ocupación efectiva.
- b) La promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.
- c) No ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.
- d) Su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
- e) El respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
- f) La percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
- g) El ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
- h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

8655 Abogados

(RD 1331/2006 art.5.1)

Tal y como se ha avanzado, el Reglamento realiza una **remisión** a los derechos reconocidos en el ET para los trabajadores comunes. Concretamente, se señala que los abogados, en su condición de trabajadores de la relación laboral especial, tendrán los derechos que se establecen en el nº 8650 y nº 8652 , con el contenido y alcance que, para cada uno de ellos, se establecen en el Reglamento.

Precisiones

- 1) Se reconoce a los abogados **todos y cada uno de los derechos** que el ordenamiento laboral común reconoce a los trabajadores, tanto como derechos básicos en la terminología estatutaria, como derechos en la relación de trabajo.
- 2) La remisión que se efectúa al ET art.4 se hace **condicionándola** al contenido y alcance que, para cada uno de ellos, se establece en su norma reguladora. Es este un aspecto que no cabe olvidar en modo alguno, y que nos remite de forma especial a lo establecido en el RD 1331/2006 Capítulo VI , pero también al resto del texto reglamentario. De forma que habrá que tener muy en cuenta que los derechos comunes que se reconocen al colectivo de abogados se efectúan en el seno de la relación laboral especial, con las salvedades que, en su caso, y para cada uno de ellos marca el propio Reglamento.

8657 Junto a los derechos comunes, modalizados o no por el RD 1331/2006, la misma norma reglamentaria enumera una serie de derechos específicos en favor de los abogados sujetos de la relación laboral especial. Como se ha dicho, se produce en este caso una **ampliación de derechos**, siendo esto uno de los aspectos más relevantes de la regulación de este tipo de relación laboral. Pese a ello, y como se verá a continuación, se trata de derechos singulares que no resultan tan novedosos en lo que se refiere al trabajo profesional de los abogados.

Son los siguientes:

- a) Poder **actuar** de acuerdo **con las normas** que rigen la profesión de abogado (nº 8660 s.).
- b) Derecho a la **formación** (nº 8667).
- c) Participar en las **actividades docentes e investigadoras** (nº 8670).
- d) Derecho al **asesoramiento y defensa jurídica** de asuntos familiares (nº 8672).

a. Derecho a poder actuar conforme a las normas de la profesión

(RD 1331/2006 art.5.2.a)

8660 El primero de los derechos específicos que se reconocen a este colectivo de trabajadores es el de poder actuar, en todo momento, de acuerdo con los principios, valores, obligaciones y responsabilidades que imponen a los mismos las normas que rigen la profesión de abogado, incluidas las éticas y deontológicas. Es este un derecho que resulta de la propia regulación del ejercicio de la profesión de abogado que lleva a cabo el Estatuto General de la Abogacía. Y se constituye, además, en un deber de actuación del abogado (RD 1331/2006 art.5.3.a). Dichos trabajadores, por tanto, se ven sometidos a una **normativa profesional y deontológica externa** a su relación con el empleador y que deviene de necesario respeto para él y para su empleador.

Este aspecto representa, desde luego, una de las singularidades de esta prestación de servicios y que la propia exposición de motivos de la norma reguladora de esta relación laboral especial se encarga de recordar: «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 estatutarias y las éticas y deontológicas». Dicho sometimiento de los abogados a la normativa que rige la profesión condiciona, como recuerda, de nuevo, la propia exposición de motivos del Reglamento, el desarrollo de la relación laboral con los despachos en la medida en que la aplicación de dicha normativa implica: primero, el reconocimiento a los abogados de un **mayor grado de autonomía**, independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo; segundo, la **limitación de las facultades de dirección y control** del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores de los abogados; tercero, mayores exigencias a los abogados en la ejecución de su actividad laboral en cuanto al cumplimiento de los **deberes específicos de diligencia y confidencialidad** y de los plazos que se establecen en las normas procesales; cuarto, un más estricto respeto entre los titulares de los despachos y los abogados de los principios de **buena fe y recíproca confianza**; quinto, la imposición a los abogados de un régimen de **incompatibilidades y de prohibiciones** en el ejercicio de su actividad profesional que impide a los abogados actuar en caso de existir un conflicto de intereses y defender intereses en conflicto; por último, el sometimiento estricto de los abogados, cualquiera que sea la forma en que ejerzan la profesión, a las normas y usos de la **deontología profesional** de la abogacía, a las normas colegiales y al consiguiente régimen disciplinario colegial.

En definitiva, a los abogados se les reconocen derechos y se les imponen obligaciones en **normas o por poderes no estrictamente laborales**, que deben ejercitar o cumplir al mismo tiempo que los derechos y deberes laborales, y cuyos incumplimientos están sometidos a sanción por parte de poderes asimismo ajenos a los del empleador.

El derecho que se reconoce al abogado en el marco de una relación laboral especial implica el **respeto de las normas que rigen el ejercicio de la abogacía**, lo que puede verse, simultáneamente, como un **deber** sobre el modo de actuar cuando concurran dos en conflicto (el deber de observar las normas éticas y deontológicas y el de sujetarse al poder de dirección del titular del despacho) y, al mismo tiempo, como un **derecho** que preserve la posición del abogado, en la medida en que le faculta a no seguir instrucciones contrarias a esas normas sobre el ejercicio profesional.

8662 Delimitación

La delimitación que cabe realizar de los principios, valores, obligaciones y responsabilidades a los que alude el Reglamento obliga a acudir necesariamente a la **normativa reguladora** de la profesión de abogado, así como a sus **normas deontológicas**. Ello supone tener en cuenta las previsiones contenidas tanto en el Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001) como en el Código deontológico de la abogacía española aprobado por el pleno de 27 de septiembre de 2002.

Al respecto conviene destacar que el abogado queda sometido a la **normativa legal y estatutaria**, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la **deontología profesional** y al consiguiente **régimen disciplinario colegial** (RD 658/2001 art.1.2).

De igual modo, resultan especialmente relevantes las **prohibiciones, incompatibilidades y restricciones especiales** (RD 658/2001 art.21 a 26). En concreto, se reconoce la posibilidad del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena bajo régimen laboral, señalando que deberá respetarse la **libertad e independencia** básicas para el ejercicio de la profesión, lo que caracteriza en general toda la actuación de los abogados, conforme al RD 658/2001 art.33 (RD 658/2001 art.27). En este sentido, el abogado podrá recabar y obtener de todos los órganos corporativos la protección de su independencia y lícita libertad de actuación profesional, incluso frente a su empleador (RD 658/2001 art.33.3). En definitiva, la libertad e independencia en el desarrollo de su actividad profesional, además del secreto profesional se convierten en los elementos esenciales de este primer derecho reconocido en el Reglamento.

8665 Independencia (CDA art.2)

A estos aspectos también hace referencia el Código deontológico de la abogacía que señala que 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**.

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. El abogado está obligado a 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. Por tanto, el reconocimiento de la independencia del abogado, como profesional asalariado, se recoge en su norma deontológica, igualmente, y se convierte en una **garantía y principio fundamental** del ejercicio de la correspondiente profesión.

Delimitado el contenido de este derecho, cabe destacar su **principal función**, que no es otra que la de actuar como límite fundamental del poder de dirección empresarial. En efecto, aunque se atribuye al titular del despacho el poder de dirección, que incluye la organización, dirección y planificación del trabajo, la distribución de los clientes y asuntos, incluida la posibilidad de dar órdenes sobre la forma en que hayan de prestarse los servicios y la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales y la actividad profesional de los abogados, se limitan esas atribuciones señalando que el titular deberá respetar en todo caso los principios y valores de la profesión, preservando el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que imponen a los abogados las normas profesionales y respetando la libertad e independencia profesional de estos, las reglas sobre incompatibilidad, secreto profesional o prohibición de defensa de intereses en conflicto (RD 1331/2006 art.6). En suma, cabe imaginar en este punto una cierta **tensión** entre la independencia profesional y la relación profesional con el cliente y el poder de dirección del empleador.

b. Derecho a la formación

(RD 1331/2006 art.5.2º b)

8667 El segundo de los derechos específicos es el relativo a la formación. El abogado tiene derecho a recibir durante el desarrollo de la relación laboral la formación necesaria para mantener un **nivel adecuado de capacitación técnica** y profesional, en los términos previstos en el propio Reglamento, en el convenio colectivo o en el contrato.

En este caso, como en el derecho que se contempla en el nº 8670 , estaríamos ante una derivación del derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo contenido en el ET art.4.2 . Se trata de un derecho que va a ser objeto de desarrollo y concreción en el nº 8702 , y que presenta, en cierto modo, un alto grado de indeterminación, si se tiene en cuenta que los términos en los que se podrá disfrutar dependen de **lo pactado** en convenio colectivo o en contrato de trabajo. Además, y al igual que el derecho específico anterior, la formación para el abogado representa igualmente un **deber**, ya que está obligado a completar y perfeccionar su formación y capacitación profesional siguiendo las directrices del titular del despacho (RD 1331/2006 art.5.3.f).

c. Derecho a participar en actividades docentes e investigadoras

(RD 1331/2006 art.5.2.c)

8670 El tercero de los derechos singulares que corresponde al colectivo de abogados en el marco de esta relación laboral especial es el de participar en las actividades docentes e investigadoras que desarrolle el despacho, en los términos que se acuerde en los convenios colectivos que resulten de aplicación o en el contrato de trabajo que se concierte. De nuevo, se está ante un derecho que resulta ser una mera concreción del **derecho a la promoción y formación profesional** en el trabajo que los abogados sujetos de la citada relación laboral especial ya tienen reconocido por la

remisión que justamente el RD 1331/2006 art.5.1 hace al ET art.4.2 . Además, como en el caso del genérico derecho a la formación (nº 8667), estamos igualmente ante un derecho a concretar y cuya efectividad real depende, pues, de los términos de lo que se acuerde ya que la participación en las distintas actividades está sujeta a las reglas de organización del trabajo profesional.

Por lo demás, este derecho se diferenciaría del anterior en cuanto al **objeto de la formación** ya que en este segundo caso de lo que se trata es de que el abogado participe en actividades formativas de una naturaleza muy concreta, esto es, las de carácter docente e investigador. Se trataría, además, de un derecho menos absoluto que el anterior, que comportaría el reconocimiento de un derecho a participar en general en la actividad docente e investigadora del despacho, pero no en cualquier actividad que organice o que intervenga el despacho ya que nuevamente habría que estar al pacto que concrete su aplicación.

d. Derecho al asesoramiento y defensa jurídica de asuntos familiares

(RD 1331/2006 art.5.2.d)

8672 El último de los derechos específicos reconocidos al colectivo de abogados en el marco de una relación laboral de carácter especial es el de poder asesorar y defender al **cónyuge** y demás **familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado** inclusive, y en su caso por adopción, sin perjuicio del régimen de exclusividad que se concierte. A diferencia de los derechos específicos anteriores, en este supuesto sí estaríamos ante una potestad verdaderamente novedosa. En cualquier caso, habrá que estar a lo que determinen los convenios colectivos o en su caso el contrato de trabajo para este supuesto (RD 1331/2006 art.10.3).

3. Obligaciones del abogado

(RD 1331/2006 art.5.3)

8675 El conjunto de deberes que integran la situación de deuda del **trabajador** están recogidos en el ET, en sentido positivo (ET art.5) y en sentido negativo, es decir, el incumplimiento de esos deberes (ET art.54).

Con carácter general, las obligaciones derivadas de la relación laboral del **abogado** son las siguientes:

- a) Cumplir con los **requerimientos del puesto** de trabajo con diligencia y buena fe (nº 8677).
- b) Observar las **medidas de seguridad e higiene** (nº 8680).
- c) Cumplir con las **órdenes e instrucciones del empresario**, siempre y cuando estas se refieran a la actividad laboral, sean legales, no supongan un riesgo para la salud y la integridad física del trabajador y no atenten contra su dignidad, ni contra su prestigio profesional (nº 8682).
- d) **No competir** con el empresario para el que trabaja (nº 8685).
- e) Contribuir a la **mejora de la productividad** (nº 8687).
- f) Completar y perfeccionar su **formación** (nº 8690).
- g) Cuantos otros deberes se deriven del contrato.

El **deber de obediencia** está conectado con la caracterización del trabajo asalariado que se presta dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero para el que se prestan servicios voluntariamente a cambio de una contraprestación económica.

El **deber de buena fe** se configura por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntarias asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena, excluyendo el engaño y la finalidad de alterar el equilibrio de la relación contractual (TS 31-1-91, EDJ 964).

La **diligencia debida** se configura como todo comportamiento dirigido al cumplimiento correcto de la prestación contractualmente asumida.

La **lealtad** a la empresa obliga al empleado, entre otras cosas, a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses (TSJ Madrid 28-12-04, EDJ 231086).

La diligencia exigida a todo trabajador en el cumplimiento de las obligaciones de su puesto de trabajo constituye un parámetro estandarizado de lo exigible. Sin embargo, cuando el trabajador es un abogado, la diligencia debida en el ejercicio de la profesión es la propia de la **lex artis** , que exige un grado de pericia. Además, el sometimiento de los abogados a la normativa de la profesión les obliga a mayores exigencias en el cumplimiento de los deberes de

diligencia y confidencialidad y de los plazos procesales, así como a un más estricto respeto de los principios de buena fe y recíproca confianza (TSJ Asturias 5-12-13, EDJ 261900).

En el supuesto del trabajo profesional de los abogados, se impone el cumplimiento de lo establecido en las normas estatutarias, esto es, de las obligaciones propias del ejercicio de la abogacía. En el caso de la relación laboral especial del abogado, el Reglamento establece una serie de obligaciones específicas para este colectivo. Sin embargo, las obligaciones que ahora se describirán son muy similares a los deberes generales contenidos en la norma estatutaria. Quizás por ello, el legislador ha optado por reproducir los mismos, pero introduciendo pequeñas modulaciones con el objetivo de adaptarlos a las **peculiaridades del servicio que prestan los abogados** en ámbito de los despachos.

a. Cumplir con las obligaciones inherentes a los servicios profesionales

(RD 1331/2006 art.5.3.a)

8677 El primero de los deberes enunciados es el que consiste en cumplir las obligaciones inherentes a los servicios profesionales contratados correspondientes a la profesión de abogado, de conformidad con las reglas de la buena fe y con la diligencia exigida en las normas que rigen la indicada profesión.

Es un deber casi idéntico al previsto en el **ET**, cual es cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia (ET art.5.a). La diferencia estriba en la acomodación de dicho deber predicable de todo trabajador al ámbito de una relación profesional, en la que las normas profesionales integran la regulación del propio contrato laboral. De modo que serán las **reglas que rigen la profesión de la abogacía**, así como su **código deontológico**, las que serán tomadas en cuenta para comprobar el grado de cumplimiento de dicho deber.

Este último aspecto resulta especialmente relevante ya que sobre este deber opera una doble posibilidad de incurrir en responsabilidades laborales y en las relativas al ejercicio de la profesión. En efecto, cuando el Reglamento regula de manera específica la **responsabilidad disciplinaria** de los abogados por cuenta ajena, indica que los abogados están sometidos a responsabilidad disciplinaria en la ejecución del contrato de trabajo que tengan concertado con los despachos al amparo de lo establecido en el real decreto, y ello con independencia de que pueda exigírseles otro tipo de responsabilidades (RD 1331/2006 art.24). Por tanto, el abogado está sometido a la responsabilidad disciplinaria laboral del titular del despacho en la ejecución de la relación laboral especial de abogacía, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o de otro tipo que pueda exigírsele en aplicación de las normas que rigen la profesión.

b. Deberes en materia de prevención de riesgos laborales

(RD 1331/2006 art.5.3.b)

8680 El segundo de los deberes que contiene el Reglamento supone la traslación de la **obligación general** de cada trabajador de velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario (L 31/1995 art.29).

El **abogado por cuenta ajena** debe cumplir las obligaciones impuestas a los trabajadores en la normativa de prevención de riesgos laborales y observar las medidas de prevención que se adopten para proteger su seguridad y salud en el trabajo y la de aquellas otras personas a que pueda afectar su actividad profesional. Al igual que en toda relación laboral, en el supuesto del trabajo profesional de los abogados se extiende a la protección de las personas (clientes) que se relacionan con la actividad de aquellos y del empleador.

c. Cumplir las órdenes e instrucciones del titular del despacho

(RD 1331/2006 art.5.3.c)

8682 Todos los trabajadores deben cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (ET art.5.c).

En el caso de los abogados que trabajan para otro despacho, dicho deber resulta igualmente de obligado cumplimiento para estos, ya que reafirmandose una obligación general vigente en toda relación laboral, los abogados deben cumplir las órdenes e instrucciones del titular del despacho. No obstante, se presenta una singularidad: el reconocimiento de un **derecho a la resistencia** frente a las órdenes del empresario que contravengan los principios y valores de la abogacía o las obligaciones que imponen a los abogados las normas que rigen la profesión. De modo que será lícito que los abogados que trabajen para otros abogados puedan desatender las órdenes recibidas por el titular del despacho cuando éstas sean contrarias a las **normas que rigen el ejercicio de la profesión de abogado**. Se trata de una previsión que guarda perfecta coherencia con el reconocimiento de la libertad e independencia (autonomía técnica) en favor del abogado visto más arriba, y cuya plasmación en el Reglamento era necesaria en virtud de las

disposiciones del Estatuto general de la abogacía ya citadas (nº 8662). En suma, el deber de obediencia que las normas laborales imponen al trabajador aparece debilitado o limitado porque tiene que compatibilizarse con otras obligaciones y deberes que le imponen las normas que rigen la profesión.

d. Prohibición de concurrencia

(RD 1331/2006 art.5.3.d)

8685 El cuarto de los deberes a los que hace referencia el Reglamento es el de no concurrir profesionalmente con la actividad del despacho. Se trata de una prohibición que debe relacionarse con la norma general de que los abogados prestarán sus servicios a los despachos en régimen de **dedicación exclusiva** (nº 8744). También aquí hay una reproducción casi literal de la prohibición de concurrencia que rige en general en toda relación laboral y que se configura como un deber específico derivado de la buena fe contractual (ET art.21.1). Ahora bien, en este caso se trata de un **deber reforzado** por la introducción del régimen de exclusividad como regla general, salvo pacto en contrario, del trabajo de estos profesionales.

e. Contribuir a la mejora del funcionamiento del despacho

(RD 1331/2006 art.5.3.e)

8687 En términos similares al deber general de todos los trabajadores de contribuir a la mejora de la productividad (ET art.5.e), el Reglamento establece la obligación de contribuir a la mejora del funcionamiento del despacho mediante la mejora de la calidad de los servicios prestados por el mismo. Se trata de una obligación que debe conectarse con el deber del abogado de **perfeccionar su formación** (nº 8690) al objeto de poder contribuir a mejorar la calidad de los servicios que ofrece el despacho. Además, estaríamos ante un deber cuyo incumplimiento debe relacionarse con la **causa de extinción** del contrato cuando existe la prueba de 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 (RD 1331/2006 art.23.2.b).

f. Completar y perfeccionar su formación

(RD 1331/2006 art.5.3.f)

8690 La formación del abogado que presta servicios por cuenta ajena se convierte en un derecho y en un deber al mismo tiempo. Se impone a aquel la obligación de completar y perfeccionar su formación y capacitación profesional siguiendo las directrices del titular del despacho. Como se ha dicho ya, es este un aspecto esencial de la regulación de esta relación laboral especial, y que se vincula con la propia **mejora de la calidad del servicio**, lo que va a interesar, obviamente, tanto al profesional como al despacho.

B. Derechos y deberes derivados del contrato de trabajo

(ET art.17 a 21; RD 1331/2006 art.16 a 19)

8692 Los derechos y deberes básicos del trabajador deben completarse con los derechos y obligaciones derivados del contrato. Todo lo que se expone a continuación resultaría aplicable a los abogados que presten servicios por cuenta ajena, de manera general. Pero tratándose del ejercicio de la abogacía en un despacho, hay que acudir al Reglamento donde se concretan los siguientes **derechos/deberes**:

- **formación** permanente (nº 8702);
- **derechos colectivos** (nº 8710);
- **promoción** profesional y económica (nº 8712);
- **retribuciones** (nº 8720).

Se trata de un elenco de derechos-deberes singulares respecto de la relación laboral común, pero que, como se tendrá ocasión de comprobar, se conectan necesariamente con lo previsto para los trabajadores comunes en el ET.

8694 No discriminación en las relaciones laborales

(ET art.17)

Supone, entre otros aspectos, que se entienden nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los **convenios colectivos**, los **pactos individuales** y las **decisiones unilaterales del empresario** que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas

políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Son igualmente nulas las **órdenes de discriminar** y las **decisiones del empresario** que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

8696 Intimidad (ET art.18)

Solo pueden realizarse **registros** sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la **dignidad e intimidad** del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

El derecho a la intimidad personal implica la preservación de todo tipo de **intromisión extraña**, cualquiera que pueda ser la legitimidad de esta última. En este sentido, el ejercicio de la facultad empresarial de exigir el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar al efecto los **mecanismos de vigilancia** oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora, ha de producirse dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador. En todo caso, el respeto de ese valor básico no puede anular el derecho de vigilancia que incumbe al empresario y que se integra en el poder de dirección, que es imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial (TS 19-7-89, EDJ 7506).

8698 Seguridad y salud (ET art.19.1)

En materia de salud laboral, entre otros aspectos, el trabajador, en la prestación de servicios, tiene derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud y está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias. El deber de seguridad y salud (nº 8680) puede ser especificado en mayor medida por las **disposiciones legales, convencionales** o las órdenes e **instrucciones empresariales**.

8700 No concurrencia y plena dedicación (ET art.21.1)

No puede efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante **compensación económica** expresa, en los términos que al efecto se convengan.

1. Formación permanente

(RD 1331/2006 art.16)

8702 En el primer apartado del precepto reglamentario se efectúa una primera delimitación del contenido esencial de este derecho-deber al remarcar que los abogados tienen el derecho y el deber de obtener la formación continua necesaria para mantener un nivel adecuado de **capacitación técnica y profesional** en el ejercicio de su profesión y con ello prestar un mejor servicio a los clientes. Los titulares de los despachos tienen la obligación de proporcionar o de facilitar la indicada formación a los abogados. Con esta declaración inicial se refuerza, sin duda, el carácter de derecho-deber de esta formación y, lo que es más importante, se añade un término cualitativo a la misma: debe servir para prestar un mejor servicio a los clientes.

Respecto de este último aspecto, las propias normas que regulan la profesión de abogado, en su dimensión deontológica, destacan esta necesidad de que este alcance un **nivel adecuado** de capacitación técnica como forma de contribuir a mejorar el servicio que presta al cliente. Este elemento, además, enlazaría con la obligación prevista en el nº 8687 que exige del abogado que contribuya a la mejora del funcionamiento del despacho mediante la mejora de la calidad de los servicios prestados. En suma, el Reglamento opta por demandar del abogado que presta servicios por cuenta ajena un plus formativo que sirva no solo para mantener un nivel de capacitación básico o inicial sino que atienda las nuevas exigencias de la profesión y con ello se posibilite una **mejor atención al cliente**.

Por otro lado, el título del **derecho-deber** es claro a la hora de especificar hasta dónde puede llegar el mismo durante la relación laboral, de modo que el abogado va a poder exigir su cumplimiento mientras se mantenga en activo. De igual manera, el titular del despacho deberá atender este derecho y poder demandar el mismo con carácter permanente.

Finalmente, respecto de la posición del **titular del despacho** respecto a la instrumentalización de la formación, únicamente se menciona la obligación de aquel de proporcionar o facilitar dicha formación, lo que supone que este pueda asumir, con medios propios o externos, la impartición de dicha formación. En cuanto al **coste**, si la formación

se proporciona directamente por el despacho, será este quién asuma el mismo. Distinto es si el despacho se encarga de facilitar la misma para que el abogado la obtenga fuera del despacho. En este supuesto, la asunción de los gastos formativos se hace depender del interés prevalente, si del trabajador en recibirla o del titular en que la reciba.

Por lo demás, para el desarrollo del derecho a la formación permanente del abogado se prevén dos **mecanismos** a través de los cuales se puede materializar aquel. El primero, el derecho a obtener **permisos retribuidos** para concurrir a actividades formativas para el reciclaje y perfeccionamiento profesional en las que tengan interés el despacho y el abogado. El segundo, el derecho a disfrutar de **permisos no retribuidos** con finalidades formativas distintas de las anteriores. Resulta relevante destacar que también en ambos casos los términos del disfrute de esos derechos se remiten a lo que pueda pactarse en convenio o contrato (RD 1331/2006 art.16.3).

Por último, habría que mencionar que el contenido del derecho a la formación tiene un mayor alcance en la norma estatutaria que en el Reglamento, ya que en este caso no se incluye la preferencia para elegir turno de trabajo, la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo, ni que los permisos sean con reserva del puesto de trabajo (ET art.23). Esta **configuración singular y diferenciada** llevaría a una eventual inaplicación de lo previsto en materia formativa por el ET, salvo que se establezca lo contrario por convenio colectivo o acuerdo individual, y ello pese al carácter supletorio del ET. La remisión se condiciona al contenido y alcance que, para cada derecho, se establece en el Reglamento (RD 1331/2006 art.5.1).

a. Permisos retribuidos

(RD 1331/2006 art.16.2.a)

8704 El permiso retribuido que contempla la norma reglamentaria para los abogados que prestan servicios por cuenta ajena se podría emparentar en la actualidad con lo previsto en materia formativa para los **trabajadores comunes** (ET art.23.3). Así, se contempla el derecho de los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta 5 años. En el caso de los **abogados** dicho permiso no se llega a cuantificar y únicamente se establecen dos indicaciones al respecto.

La primera de estas indicaciones es la relativa a la necesidad de que dichos permisos no solo puedan servir para atender necesidades formativas de reciclaje, de mantenimiento de su nivel formativo, sino también para propiciar el **perfeccionamiento** profesional de los abogados. En segundo lugar, el ejercicio de este derecho encuentra un **límite**: el interés (acuerdo) compartido del titular del despacho y del abogado. Se hace necesario, por tanto, un interés conjunto del profesional y del despacho a la hora de disfrutar de permisos retribuidos.

b. Permisos no retribuidos

(RD 1331/2006 art.16.2.b)

8706 Se contempla una segunda opción para el abogado por cuenta ajena que quiera ejercitar su derecho a la formación, la de disfrutar de permisos no retribuidos. Para ello se exige que los mismos atiendan a **finalidades formativas distintas** de los que tienen carácter retribuido. La referencia a este tipo de finalidades se entiende realizada a aquel tipo de formación en la que el abogado tiene interés, porque así ha sido percibida por este, pero no el titular del despacho, ya que de existir acuerdo sobre la relevancia de la formación para ambos el permiso se instrumentaría por la vía anterior (nº 8704).

c. Pacto colectivo o acuerdo individual

(RD 1331/2006 art.16.3)

8708 Por último, el Reglamento hace depender el disfrute del derecho a la formación permanente a lo establecido en los **convenios colectivos** o en el **contrato de trabajo**, donde se pactarán los términos en que se podrán disfrutar los derechos indicados en los apartados anteriores. La existencia de ese pacto, pues, resulta trascendental al condicionarse mucho más la posibilidad de disfrute de los mismos, lo que habrá de coordinarse con las obligaciones profesionales del abogado, la planificación al respecto del despacho e incluso las propias perspectivas profesionales de este.

2. Derechos colectivos

(RD 1331/2006 art.19)

8710 Los abogados tienen los mismos derechos colectivos reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena en la legislación vigente (nº 8650). Hay, por tanto, una **equiparación** plena en esta materia entre el colectivo de abogados y el resto

de trabajadores a los que se aplica el ordenamiento laboral común, de modo que los primeros podrán ejercer todos los derechos colectivos reconocidos en la Constitución, en el ET (Títulos II y III, art.4); en la LOLS y en el RDL 17/1977 .

No obstante lo anterior, dicha equiparación no es absoluta ya que la norma reglamentaria remite a la negociación colectiva de empresa (despacho de abogados) o de sector específico, la concreción de las **particularidades** relativas al ejercicio de estos derechos colectivos. De este modo, los convenios colectivos específicos de los despachos de abogados podrán establecer la forma y condiciones en que se podrán ejercer los indicados derechos colectivos teniendo en cuenta el carácter especial de la relación laboral que se establece entre los despachos y los abogados. En definitiva, será posible introducir modulaciones en la forma y ejercicio de estos derechos, las cuales estarán justificadas en virtud del carácter especial de la prestación de servicios que efectúa el abogado por cuenta ajena.

Precisiones

1) Al permitir y regular el Estatuto de los Trabajadores las **relaciones laborales con carácter especial** entre los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos sin ser titulares de los mismos, los convenios colectivos que en el futuro se establezcan, en esta materia, respecto de estos trabajadores sujetos al régimen laboral especial, no suponen ninguna quiebra o limitación al derecho de negociación colectiva, ni a la libertad sindical, ya que precisamente dicha limitación, específicamente, viene determinada por el carácter especial de estas relaciones laborales. De ahí que se pueda afirmar que esta regulación ni atenta ni contradice la libertad sindical que en base a las normas constitucionales constituye el marco que garantiza la libertad y autonomía de las relaciones laborales, atribuyendo la representación de los trabajadores a todos los sindicatos sin distinción (TS cont-adm 23-12-08, EDJ 282618).

2) Sobre las especialidades de **forma y condiciones en el ejercicio de los derechos colectivos** que puedan establecerse en los convenios colectivos específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados, se establece que la regulación del ET deberá ser respetada al fijar el convenio la forma y condiciones en que podrán ejercerse los derechos colectivos por los abogados por cuenta ajena, de manera que el convenio no podrá reducir dichos derechos (TS cont-adm 16-12-08, EDJ 253425). En la misma línea, la manera en que los convenios colectivos pueden establecer esas especialidades no es otra que la permitida por la legalidad orgánica, es decir, que la negociación en estos ámbitos ha de producirse en los términos que prevén las normas reguladoras de tales derechos. En suma, los mencionados convenios colectivos específicos y de aplicación de exclusiva a los despachos de abogados no podrán por tanto reducir o minorar el contenido de los derechos colectivos establecidos en la LOLS, ET y demás normas estatales aplicables (TS cont-adm 23-12-08, EDJ 282618).

C. Promoción profesional

(RD 1331/2006 art.17)

8712 Puesto que el trabajador no es contratado únicamente como fuerza de trabajo, como fuente abstracta de energía humana a incorporar al proceso productivo, sino para realizar una específica tarea o misión, es necesario concretar la inicial obligación genérica de trabajar. Esta determinación tiene lugar a través de la denominada **clasificación profesional**. Por tal concepto se entiende tanto el procedimiento de fijación unitaria del conjunto de funciones o tareas que integran todo el entramado organizativo de la empresa (fijación de la plantilla), cuanto el más concreto acto jurídico singular a través del cual se actualiza la necesidad de una especificación inicial del objeto de cada contrato de trabajo.

No obstante, en materia de regulación de clasificación profesional debe tenerse en cuenta la negociación colectiva, puesto que el ET remite a la autonomía colectiva la articulación del sistema de clasificación profesional (ET art.22). En este punto, el ejercicio de la abogacía en régimen laboral presenta una serie de características, independientemente de que la relación tenga carácter especial o se trate de una relación laboral común, y es que el **categoría profesional** del trabajador es única: titulado superior (licenciado en Derecho). Es más, el trabajador tiene la condición de abogado (colegiado en ejercicio).

Aunque el contenido de la prestación laboral se circunscribe a la realización del trabajo convenido, la asignación inicial de una categoría profesional determinada no garantiza al trabajador que posteriormente no vaya a experimentar una variación o alteración de la misma, con el consiguiente efecto de **movilidad funcional** de la prestación en la empresa (ET art.39).

No obstante lo anterior, en el supuesto de la relación laboral especial del abogado que presta servicios para un despacho, el Reglamento se encarga de realizar algunas precisiones al respecto. En concreto, sobre este particular, realiza **tres indicaciones**: la primera, que los abogados se integrarán en una única categoría; la segunda, que su promoción profesional se producirá dentro de la indicada categoría mediante progresión en los grados que se establezcan; y, la tercera, que la concreción de esa progresión y de la determinación de los distintos grados o etapas compete a los convenios colectivos o al contrato de trabajo.

1. Categoría profesional única

8714 Los abogados que presten servicios en los despachos se integran en una única categoría profesional. Se trata de uno de los aspectos más llamativos de la norma reglamentaria ya que dicha previsión se compagina mal con una materia, la clasificación profesional, que viene siendo abordada tradicionalmente por la **negociación colectiva**. Ello implica, sin duda, una limitación de aquella al mermar su capacidad de intervención, dado que se les impone como único criterio de clasificación para los abogados que trabajan por cuenta ajena, la categoría profesional. Se ha buscado en la norma acoger un sistema de clasificación profesional muy arraigado en la práctica en los grandes despachos en los cuales suele establecerse para los empleados un **plan de carrera profesional**, donde se señalan los requisitos y criterios para que un abogado que ha venido ejerciendo la abogacía, como colaborador por cuenta del mismo y bajo fórmulas contractuales, pueda adquirir la condición de socio abogado.

2. Carrera profesional: progresión en los grados

(RD 1331/2006 art.17.2)

8716 El establecimiento de una única categoría profesional es un criterio extraordinariamente rígido y limitativo del derecho a la **promoción profesional**. Por ello, el Reglamento flexibiliza la misma permitiendo que dicha promoción se produzca dentro de la indicada categoría, mediante la progresión en los grados que se establezcan para la carrera profesional de los mismos, teniendo en cuenta para ello, entre otras circunstancias, el nivel de **perfeccionamiento** profesional y de **rendimiento** alcanzados, los puestos ocupados en los despachos y los cometidos o responsabilidades desempeñadas dentro de la estructura de los mismos.

Lo determinante, pues, en la promoción profesional y económica de los abogados que prestan servicios por cuenta ajena es la definición de una **carrera profesional** para los mismos y el establecimiento de los denominados grados dentro de la categoría profesional única a la que pertenecen todos ellos. Sobre lo primero, conviene resaltar que se trata de un elemento que debe vincularse con los derechos formativos (nº 8667 y nº 8670). En cuanto a lo segundo, lo cierto es que estamos ante un aspecto novedoso respecto del cual el precepto no indica cuáles son dichos **grados** en que se divide la carrera profesional, lo que habrá que conectar con otros conceptos utilizados en materia de clasificación profesional: grupos profesionales, categorías profesionales y niveles retributivos. El diseño y concreción final de los grados o etapas va a determinar no solo el sistema de ascensos sino también el **encuadramiento** de cada nuevo abogado que se contrate, en función del contenido de la prestación laboral para la que haya sido contratado, y que habrá de corresponderse con uno de tales grados.

La fijación de los distintos grados permitirá, por tanto, la promoción profesional y económica de los abogados, pero para ello se hace necesario concretar igualmente los **criterios para el ascenso**, los cuales, conforme a la norma reglamentaria, deben relacionarse con el nivel de perfeccionamiento profesional y de rendimiento alcanzado, los puestos ocupados en los despachos y los cometidos o las responsabilidades desempeñadas. Son criterios que coinciden con los previstos para el común de los trabajadores en el ET, que indica que los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario, salvo en lo que se refiere a la antigüedad que no aparece mencionado en la relación laboral especial de los abogados (ET art.24).

3. Pacto colectivo o acuerdo individual

(RD 1331/2006 art.17.3)

8718 Como ocurre con otras materias (por ejemplo, la formación permanente), también en lo que respecta a la promoción profesional y económica de los abogados hay una remisión a los **convenios colectivos** y al **contrato de trabajo** como fuentes de regulación de este derecho. En este caso, el margen de actuación de la negociación colectiva es escaso al imponerse a los posibles convenios colectivos que existan una sola categoría y que se prevean dentro de ella grados o niveles, aunque esto último puede ser regulado en el propio contrato individual en defecto de previsión convencional. La eventual intervención del contrato de trabajo en la ordenación del sistema de clasificación profesional se aparta de forma sustancial de lo previsto por el **ordenamiento laboral común**, donde se alude únicamente al convenio colectivo y a los acuerdos colectivos, imposibilitando la actuación en esta materia de la negociación individual. De modo que los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (ET art.24).

D. Salarios

8720 Las retribuciones de los abogados que ejercen en el marco de una **relación laboral común** se ajustarán a lo establecido en el ordenamiento laboral común, siendo de aplicación la presunción iuris tantum a favor de que toda retribución que recibe el empleado del empresario es salario. La norma estatutaria remite a la negociación colectiva como primera y principal fuente de determinación del salario y su estructura, dado que se trata del instrumento más adecuado para reflejar las peculiaridades del proceso productivo en cuestión que determina la necesidad de una concreta composición salarial.

8722 Abogados por cuenta propia

(RD 658/2001 art.44)

Las normas profesionales de la abogacía actúan de referente respecto de lo pactado colectivamente. En efecto, el Estatuto General de la Abogacía señala que 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.

La **cuantía** de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado, con respeto de 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 orientadores del colegio en cuyo ámbito actúe, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo, normas que, en todo caso, tendrán carácter supletorio de lo convenido y que se aplicarán en los casos de condena en costas a la parte contraria.

La compensación económica podrá asumir la **forma** de retribución fija, periódica o por horas.

Precisiones

La retribución se convierte en un elemento a tener en cuenta para **excluir la relación de servicio laboral especial** entre un despacho y un abogado. Para impedir tal calificación se precisa la concurrencia de dos notas: que los criterios organizativos de ese despacho hayan sido determinados por el propio abogado, y que la contraprestación por los servicios jurídicos prestados por él esté vinculada por completo a los honorarios que se generen para el despacho como consecuencia de tal actividad (TSJ Madrid 30-1-09, EDJ 95661).

8724 Abogados en despacho

(RD 1331/2006 art.18)

En lo que se refiere a los derechos retributivos de los abogados que prestan servicios para un despacho han de tenerse en cuenta tres indicaciones al respecto. En primer lugar, el Reglamento establece que los abogados, por los servicios prestados a los despachos, tendrán derecho a percibir de los mismos las retribuciones que se acuerden en el **contrato de trabajo**, que deberán respetar, en todo caso, las **cuantías mínimas** y las **garantías** establecidas legalmente o las acordadas en convenios colectivos. Se trata de una primera regla general en la que simplemente se indica que la retribución de pactará individualmente, con respeto de las cuantías mínimas y las garantías establecidas legalmente o en convenios colectivos. De todo ello se deduce que será aplicable a este asunto la regulación ordinaria, incluidas las previsiones relativas al Fondo de Garantía Salarial. Además, se añade un aspecto intrascendente como es que el despacho debe abonar las retribuciones acordadas a los abogados aunque los clientes no hubiesen realizado pago alguno, ya que el salario percibido como contraprestación laboral siempre es **ajeno a los riesgos**.

En segundo lugar, respecto al contenido de las retribuciones, se indica que se considerarán **salario** todas las percepciones percibidas como contraprestación a los servicios profesionales, incluidas las vinculadas a los ingresos obtenidos por los mismos. El precepto guarda coherencia con lo previsto en el ordenamiento laboral común donde se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo (ET art.26.1). Sin embargo, añade un aspecto de cierta importancia, esto es, la posibilidad de que el salario del abogado pueda estar vinculado a su **participación en la facturación** del despacho, lo que deberá considerarse como un complemento salarial más. Por otro lado, nada dice el Reglamento respecto de los **gastos** ocasionados por los servicios prestados, lo que deberá reputarse como no salarial.

Por último, los abogados que prestan servicios para un despacho **no** devengarán ni podrán **facturar a los clientes** del despacho honorarios por los servicios prestados a los mismos. Se trata de una previsión que es una consecuencia lógica de la ajenidad en los resultados que caracteriza a cualquier relación laboral y de estar ante una prestación de servicios en la que el cliente lo es del despacho y por tanto quien le facturará será este, sin que exista, pues, necesariamente relación entre esa facturación y la retribución del abogado.

E. Poder de dirección empresarial

8726 Las obligaciones del abogado en el marco de una relación laboral suponen, en buena lógica, el reconocimiento en paralelo de un poder de dirección al empleador, lo que implica la posibilidad de exigir al trabajador el cumplimiento de aquello a lo que contractualmente está obligado de forma específica. Ello comporta el reconocimiento de una amplia gama de facultades: **poder de mando** y/o especificación, que comprenderá la determinación del nivel de diligencia debida por el trabajador y la organización técnica del trabajo, así como la especificación de las tareas de cada unidad de trabajo; **poder organizativo**, esto es, la toma de decisión sobre opciones organizativas relativas a los aspectos más variados de la organización productiva que inciden en el régimen del trabajo -elección de las modalidades de contratación, diseño de la plantilla, formas de organización del trabajo asalariado, etc.; y, **poder normativo**, que comprendería la facultad de dictar reglas de carácter o eficacia general en su organización. El ejercicio de este poder de dirección debe resultar compatible con las características que la normativa establece para el ejercicio de la profesión de abogado, esto es, la independencia profesional y la libertad de dicho ejercicio.

Tratándose de una **relación laboral común**, el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue (ET art.20). Su extensión y límites aparecen a lo largo y ancho del articulado del ET, siendo su contenido amplísimo. En el caso de la **relación laboral especial** de los abogados, en su configuración destacan dos aspectos: de un lado, se reconoce de forma expresa dicho poder de dirección y se establecen, al mismo tiempo, unas competencias específicas en favor de los titulares de los despachos de abogados; y por otro lado, se establecen límites de necesario respeto (nº 8734) y que se relacionan con las condiciones de ejercicio de la profesión (RD 1331/2006 art.6).

1. Organización, dirección y planificación

(RD 1331/2006 art.6.1.a)

8728 Al titular del despacho le corresponde la organización, planificación y dirección del trabajo de los abogados que trabajen para el despacho. La atribución de este poder de dirección al **titular del despacho**, a través de estas manifestaciones típicas, refuerza el carácter laboral de la relación ya que existe una correspondencia entre lo previsto en el Reglamento y el contenido del ET (nº 8726). Por tanto, la prestación de servicios por cuenta ajena del abogado, caracterizada por la autonomía técnica e independencia, debe llevarse a cabo conforme a la organización y planificación del trabajo que establezca el despacho. Por otro lado, aun cuando la norma reglamentaria solo atribuye tales facultades al titular del despacho, no parece que haya obstáculo a la **delegación** de su ejercicio.

Por último, el Reglamento permite a **los propios abogados** que participen con el titular del despacho en la organización y planificación del trabajo. Para ello será necesaria la existencia de un **convenio colectivo** específico y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados o de un **acuerdo colectivo** suscrito entre los despachos y los representantes de los abogados que reconozca tal derecho. Por tanto, la norma reguladora de la relación laboral especial de los abogados no consagra propiamente un derecho a la participación en este punto de este colectivo, sino que su reconocimiento y los términos de su ejercicio se hacen depender de la negociación colectiva. Estamos ante una previsión que reproduce la tensión conocida entre la dependencia técnica del abogado con el despacho y su independencia como profesional liberal, lo que, por otro lado, no es una cuestión que se plantee de forma exclusiva en este tipo de relación laboral especial.

2. Distribución de clientes y asuntos e impartición de órdenes e instrucciones

(RD 1331/2006 art.6.1.b)

8730 Al titular del despacho también se le otorga la doble facultad de distribuir los clientes y los asuntos del despacho entre todos los abogados que trabajan en el mismo así como dar las órdenes o instrucciones oportunas sobre la forma en que se hayan de prestar los servicios profesionales de los mismos. Sobre el primer aspecto, esto es, la **facultad de distribución**, se deduce con suma claridad de la norma que corresponde al despacho ejercitarla, lo que significa, en definitiva, que el abogado no interviene en el reparto de clientes y asuntos. Es más, conforme a lo indicado por el nº 8760 , también los clientes aportados al despacho al inicio de la relación laboral corresponden al titular del despacho.

Esta potestad vuelve a incidir de forma capital en la nota de dependencia que identifica la laboralidad del vínculo de los abogados que prestan sus servicios en el ámbito de organización y dirección de un despacho individual o colectivo, ya que en este punto el abogado carece de facultad para aceptar o rechazar los asuntos que le sean encomendados por el empleador. No en vano, el abogado incurre en **infracción laboral** cuando de manera injustificada se niega a asumir los asuntos atribuidos por el titular del despacho (nº 8769).

Por otra parte, también el despacho va a delimitar la forma en que el abogado debe llevar a cabo la prestación de servicios a través de la impartición de las **órdenes e instrucciones** necesarias. De nuevo aquí se impone una

limitación propiamente laboral al libre ejercicio profesional de la abogacía, lo que supone reconocer al empleador la capacidad para concretar los aspectos más variados de la organización del trabajo con los clientes y los asuntos del despacho.

3. Verificación y control de las obligaciones y actividad de los abogados

(RD 1331/2006 art.6.1.c)

8732 La tercera de las facultades que se atribuye a los titulares de los despachos es la de verificar el cumplimiento por parte de los abogados que trabajan en los despachos de las obligaciones laborales que hubieran asumido en el contrato, así como controlar la actividad profesional que desarrollen. Dicha atribución supone la traslación al ámbito de la relación laboral especial de la potestad que el ET otorga al empresario en la **relación laboral ordinaria** para adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (ET art.20.3). Dichas facultades de control están destinadas a **comprobar** el efectivo cumplimiento por el abogado de la prestación debida, de acuerdo con las directrices establecidas por el titular del despacho en el ejercicio de sus poderes empresariales.

4. Límites del poder de dirección

8734 Como es obvio, dicho poder de dirección encuentra sus límites, con carácter general, tanto en el sistema de fuentes que rigen la relación laboral, como en lo que el propio ET denomina **ejercicio regular de las facultades de dirección** (ET art.20.1 y 5.c). Tradicionalmente, se subdividen dichos **límites** en **sustanciales** y procedimentales. Entre los primeros se distinguen los **internos** -contractuales (ámbito de la prestación debida)-, por un lado, y los **externos**, por otro. Los primeros hacen referencia a la necesidad de la decisión empresarial de acomodarse en su ejercicio a ciertas exigencias que, vinculadas a la función y finalidad del poder mismo, condicionan su propia existencia como actos jurídicos válidos y lícitos. Los segundos vienen determinados por el respeto a los derechos e intereses de los trabajadores recogidos en la Constitución, leyes, convenios y contrato. Entre los límites internos encontramos, las exigencias de la buena fe (ET art.20.2), la prohibición de abuso de derecho o ejercicio antisocial del poder (CC art.7.2) y el principio de causalidad. Entre los límites externos destacan, el respeto a la dignidad del trabajador (Const art.10.1 ; ET art.4.2), el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y el principio de proporcionalidad. En este ámbito, cobran especial importancia las normas estatutarias y deontológicas a las que se encuentra sometido el trabajo profesional de los abogados. Los **límites procedimentales** son los que condicionan la forma de realización exigiendo atender a los intereses de referencia o sobre los que va a incidir la decisión empresarial.

8736 Titulares de despachos

(RD 1331/2006 art.6.2)

En el caso de los titulares de despacho, a lo anterior, el Reglamento añade, como no podía ser de otra manera, las **particularidades** que resultan del ejercicio de la abogacía. Así, en primer lugar, el titular del despacho deberá respetar, en el ejercicio del poder de dirección, los **principios y valores** que son inherentes al ejercicio profesional de la abogacía. Además, deberá preservar en todo momento el cumplimiento de las **obligaciones y responsabilidades** que imponen a los abogados las normas que rigen el ejercicio de la profesión de abogado. En particular, los titulares de los despachos deberán respetar la **libertad y la independencia profesional** de los abogados en el ejercicio de la profesión.

Además, los titulares de despacho no podrán dar **órdenes o instrucciones** ni encomendar asuntos a los abogados que trabajan en los despachos que impliquen la realización de actividades que sean legalmente incompatibles, o que vulneren las obligaciones que legalmente tienen los abogados de no actuar en defensa de intereses en conflicto o de guardar el secreto profesional. Destaquemos, por tanto, que la ordenación laboral de esta relación especial parte del presupuesto de que los titulares de los despachos tienen limitadas sus facultades de dirección y control del trabajo de los abogados (TSJ Madrid 30-1-09, EDJ 95661).

Sobre este último aspecto, conviene recordar que está prohibido el ejercicio de la abogacía cuando el abogado se halla incurso en alguna de las causas de incompatibilidad (RD 658/2001 art.21.a, 22 y 24). Así, el ejercicio de la abogacía es incompatible con cualquier actividad que pueda suponer menosprecio de la libertad, la independencia o la dignidad que le son inherentes (RD 658/2001 art.22.1 párrafo 1º). Asimismo, el abogado que realice al mismo tiempo cualquier otra actividad deberá abstenerse de realizar aquella que resulte incompatible con el correcto ejercicio de la abogacía, por suponer un **conflicto de intereses** que impida respetar los principios del correcto ejercicio contenidos en el Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001 art.22.1, párrafo 2º). Además, el ejercicio de la abogacía será absolutamente **incompatible** con:

a) El desempeño, en cualquier concepto, de cargos, funciones o **empleos públicos** en el Estado y en cualquiera de las Administraciones públicas, sean estatales, autonómicas, locales o institucionales, cuya propia normativa reguladora así lo especifique.

b) El ejercicio de la profesión de **procurador, graduado social, agente de negocios, gestor administrativo** y cualquiera otra cuya propia normativa reguladora así lo especifique.

c) El mantenimiento de vínculos profesionales con **cargos o profesionales incompatibles** con la abogacía que impidan el correcto ejercicio de la misma (RD 658/2001 art.22.2).

Hay que resaltar de nuevo como en este asunto entran en conflicto las facultades directivas reconocidas a los titulares de los despachos y la libertad e independencia profesional de los abogados en el ejercicio de la profesión. Se reconoce a los abogados un mayor grado de autonomía, independencia técnica y **flexibilidad** en la organización y dirección del trabajo, así como la limitación de las facultades de dirección y control del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores (TSJ Asturias 5-12-13, EDJ 261900). No pierde, no obstante, la esencialidad laboral o por cuenta ajena la prestación de servicios del abogado para un despacho, aunque su empleador en mayor o menor grado tenga limitadas o condicionadas sus facultades de dirección (TSJ Madrid 29-10-14, EDJ 229046).

En lo que se refiere al **secreto profesional** como límite al poder de dirección del titular del despacho respecto a eventuales órdenes e instrucciones, hay que recordar que el Código deontológico del Consejo de los colegios de abogados de la Comunidad Europea (CCBE) declara que forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que este sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del abogado. El CDA se refiere también al deber y derecho del abogado al secreto profesional y lo justifica en la protección de la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado basadas en el derecho del cliente a su intimidad y a no declarar en su contra (CDA art.5).

8738 Abogados de empresa

Tratándose de un abogado de empresa, el alcance del secreto profesional debe ser matizado, ya que se pone en cuestión la **confidencialidad de las comunicaciones** de los abogados de empresa, debido a la falta de independencia que la relación laboral podía conllevar, pero solo en el ámbito comunitario y respecto a materias de derecho de la competencia. El colectivo de abogados de empresa o internos como empleados por cuenta ajena se encuentran normalmente, y no solo excepcionalmente, en una situación de **completa dependencia económica** de su empleador, única persona de la que obtienen la parte esencial de sus ingresos en forma de salario. En los casos en que la correspondiente normativa profesional nacional permite a un abogado interno asumir, al margen de su actividad por cuenta de su empresa, la defensa y representación de otros clientes, este trabajo tendrá, por lo general, una importancia secundaria y no atenuará la dependencia económica de su empresario. De esta forma, el grado de dependencia económica de un abogado de la empresa respecto a su empresario es, por lo general, mucho mayor que la de un abogado externo respecto a sus clientes. Además, a la dependencia económica del abogado interno frente a su empresario se añade normalmente una **identificación personal** con la empresa de que se trata y con su política y estrategia empresarial mucho más fuerte que la que existe entre abogados externos con la actividad comercial de sus clientes. Tanto su mayor dependencia económica como su más intensa identificación con el mandante -su empresario- inducen a afirmar que el abogado interno no debe poder ampararse en la protección de la confidencialidad de la correspondencia mantenida en el seno de la empresa o del grupo de empresas (TJCE 14-9-10, C-550/07 caso Azko).

F. Régimen de prestación de la actividad laboral

(ET art.20.2)

8740 El régimen de prestación de la actividad laboral comprende el modo en que se va a efectuar la prestación de servicios. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la **dirección del empresario** o persona en quien este delegue. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

La idea de **diligencia** cumple una doble función: positiva, en cuanto garantía de una actividad conforme a determinadas reglas de comportamiento útil y eficaz para el acreedor -módulo de medida de la actividad exigible en el cumplimiento-, y negativa, en cuanto premisa necesaria para la verificación de la culpa negligencia -título de imputación de la responsabilidad por inejecución correcta de la prestación-.

A diferencia del deber de diligencia, el deber de **buena fe** es fuente de deberes especiales de conducta: además de un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de la prestación, es una fuente productora de comportamientos.

8742 Abogados en despacho

(RD 1331/2006 art.10 a 13)

Respecto al supuesto del trabajo por cuenta ajena del abogado en el ámbito de un despacho, es importante conocer el tratamiento de los eventuales **pactos** que se pueden alcanzar en el seno de esta relación laboral especial. Se trata de acuerdos que ya están previstos en el ordenamiento laboral común, pero que en el marco de la prestación de servicios del abogado presentan **particularidades** que la norma reglamentaria se encarga de desarrollar. Esta preocupación del legislador por la regulación de estas materias (plena dedicación, prohibición de concurrencia durante y después del contrato y pacto de permanencia) viene determinada por la constatación de que la sujeción de los abogados a las normas éticas y deontológicas que rigen su profesión les dota de una mayor **autonomía e independencia** en el desarrollo de su prestación laboral pero, como subraya la exposición de motivos de la norma reglamentaria, determina mayores exigencias a los abogados en la ejecución de su actividad laboral en cuanto al cumplimiento de los deberes específicos de **diligencia y confidencialidad** y de los plazos que se establecen en las normas procesales, así como un más estricto respeto entre los titulares de los despachos y los abogados de los principios de buena fe y recíproca confianza.

1. Régimen de exclusividad y pacto de plena dedicación

(ET art.21.1; RD 1331/2006 art.10)

8744 Pese a que el **ordenamiento laboral común** únicamente prohíbe la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando esta suponga concurrencia desleal o cuando se acuerde la plena dedicación mediante una compensación económica expresa, en el caso de los **abogados en despacho** su Reglamento establece con carácter general que la prestación de servicios por cuenta ajena de la actividad del abogado se efectuará en régimen de exclusividad, salvo en los **contratos a tiempo parcial**, de los que la norma reglamentaria excluye esta limitación. Esta dedicación exclusiva se convierte en la norma que legalmente rige la relación laboral especial del abogado con su despacho, susceptible de ser **excepcionada** mediante acuerdo en contrario alcanzado en virtud de la autonomía individual y resulta ser la concreción, para el ámbito de esta relación laboral especial del deber laboral de todo trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa (TSJ Las Palmas 31-3-14, EDJ 118765).

Estamos, por tanto, ante un aspecto singular, propio de la relación laboral especial de abogado frente al régimen laboral común, en el que la libertad de trabajar prevalece, decayendo únicamente cuando se alcance un pacto de plena dedicación. Dicha circunstancia acerca al colectivo de abogados que prestan servicios por cuenta ajena (para un despacho) al personal de **alta dirección**, en lo atinente a las previsiones que sobre ello vienen a establecerse en el RD 1382/1985 art.8.1. En definitiva, el legislador ha optado por atender la doctrina judicial que consideraba la no exclusividad una muestra de falta de laboralidad (TSJ Galicia 22-12-04, EDJ 230014).

Además de esta diferencia sustancial en cuanto a la regla de la dedicación exclusiva entre el ordenamiento laboral común y la normativa específica que regula esta relación laboral especial, también existe una contraposición entre el Reglamento y el **Estatuto General de la Abogacía**. En concreto, el Estatuto viene a establecer que en relación con la abogacía ejercida por cuenta ajena y con carácter dependiente habrá de expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad (RD 658/2001 art.27.4). De modo que de no establecerse nada al respecto, la regla general aplicable será la establecida en el régimen laboral común, esto es, la no exclusividad (ET art.21).

Por lo demás, comparativamente con el **pacto de plena dedicación** previsto en el ET, este deber de exclusividad del abogado es menos intenso. De un lado, la exclusividad va a suponer que la actividad profesional de abogado no podrá ejercerse fuera del despacho, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena (con otros despachos o con otras entidades, públicas o privadas). De otro, tan solo si se ha pactado expresamente la citada prohibición podrá afectar a cualquier otra actividad profesional. Por tanto, como **regla general** el régimen de exclusividad se circunscribe a limitar la actuación profesional del abogado en el campo de la abogacía mientras presta servicios en un despacho. No se impide, en este sentido, el desarrollo de actividades profesionales distintas.

8746 Compensación económica

(RD 1331/2006 art.10.2.b)

La exigencia de exclusividad debe ser compensada económicamente. Dicha compensación será adecuada y se concretará en convenio colectivo o, en su caso, en contrato individual de trabajo. Respecto de lo primero, la norma no delimita el criterio de la adecuación lo que sugiere que la mencionada compensación deberá ser diferente **en razón de la exclusividad pactada**: es decir deberá ser mayor cuando exista pacto de plena dedicación; y seguramente deberá ser menor cuando el despacho permita al abogado llevar asuntos propios. En cuanto a la determinación **por convenio o en contrato**, la norma vuelve a otorgar un papel central a la autonomía de las partes. En un caso o en otro, se tendrán que especificar las condiciones y contenidos que definan el derecho del abogado a dicha compensación. La norma viene a establecer de forma inexcusable la obligatoriedad de su determinación a través de la norma convencional, o en su defecto, por contrato de trabajo. Mayores dificultades plantea si resulta necesario

que se acuerde una compensación expresa y específica, distinta de la retribución acordada, como parece sugerir el Reglamento, o que dicha compensación puede quedar integrada en la propia retribución del abogado.

8748 Compatibilidad con la dedicación exclusiva

(RD 1331/2006 art.10.3)

De otro lado, el Reglamento establece una serie de supuestos que resultan compatibles con el régimen de dedicación exclusiva y que resultan de aplicación aún en los casos en los que se hubiera pactado la plena dedicación.

1. En primer lugar, es posible que el abogado preste asistencia letrada y defensa jurídica derivada del **turno de oficio**, lo que resulta coherente con la previsión contenida en el Reglamento en la que se excluye del ámbito de aplicación de este Real Decreto las actividades profesionales que realizan los abogados contratados por un despacho derivados del turno de oficio (RD 1331/2006 art.1.2.f).

2. En segundo lugar, también se le autoriza a la prestación de asistencia letrada y defensa jurídica del **cónyuge** y de los demás **familiares** por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, y en su caso por adopción. Esta facultad es consecuencia del reconocimiento al abogado del derecho contemplado en la norma reglamentaria de poder asesorar y defender al cónyuge y demás familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, y en su caso por adopción, sin perjuicio del régimen de exclusividad que se concierte (RD 1331/2006 art.5.2.d).

3. En tercer lugar, se prevé la compatibilidad con **otras obligaciones** que por imperativo legal debieran realizar los abogados, así como con la realización de actividades compatibles con la abogacía y complementarias de esta tales como las docentes, las representativas u otras de similar naturaleza.

Las condiciones en que se podrán prestar las indicadas actividades se determinarán en los **convenios colectivos** o en su caso en el **contrato de trabajo**. Esta remisión al convenio o al pacto individual no debe ser entendida como condición para el ejercicio de los derechos que derivan de las actividades compatibles, de suerte que el silencio convencional o contractual sobre las condiciones en que se puedan realizar las actividades compatibles debe llevar a la conclusión de que el ejercicio de las mismas será posible en todo caso y se regirá por el criterio de la buena fe.

8750 Excepción

(RD 1331/2006 art.10.4)

Por último, el Reglamento permite que contractualmente se acuerde la posibilidad de que los abogados que prestan servicios profesionales en los despachos puedan asesorar o defender a sus **propios clientes** y percibir por ello, directamente, los oportunos honorarios profesionales. Estaríamos, por tanto, ante una excepción al régimen ordinario de dedicación exclusiva que solo resultará posible cuando se haya previsto en el contrato de trabajo que deberá expresar, además, las condiciones en las que se compatibilizarán las actividades por cuenta propia y por cuenta ajena. Al respecto, la norma establece **dos exigencias**: la primera, consistente en que la compatibilidad de las indicadas actividades no puede dar lugar a conflictos de intereses; y, la segunda, relativa a la propia conducta del abogado, consiste en la previsión de que dichas actividades no pueden interferir el cumplimiento de las obligaciones asumidas con el despacho.

2. Pacto de permanencia

(ET art.21.4; RD 1331/2006 art.11)

8752 El pacto de permanencia en el **ordenamiento laboral común** puede llegar a alcanzarse cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, siendo su duración no superior a dos años y debiendo formalizarse siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

No se fija indemnización monetaria porque el beneficio obtenido por el trabajador se identifica con el plus formativo adquirido a costa del empleador.

8754 Abogados en despachos

(RD 1331/2006 art.11)

Los términos del pacto en el caso de los abogados en despachos son muy similares a los que establece el ET para los trabajadores comunes. De hecho, la norma se refiere de forma expresa al pacto de permanencia que se contempla para las relaciones laborales ordinarias. No obstante, el Reglamento recoge **específicas previsiones** que en buena parte de los casos viene a reflejar la doctrina judicial producida sobre este tipo de pactos.

1. Así, en primer lugar, establece la posibilidad de acordar esta permanencia cuando se haya recibido una **formación o especialización profesional a cargo del despacho**, durante un determinado período de tiempo y con un coste también determinado. Se trata de un límite causal, por lo que exige que exista un interés efectivo del empresario para la apertura de la posibilidad de su pactación. En este sentido, el pacto sería posible sin necesidad de que haya existido una formación singular cualificada para habilitar a las partes a suscribir este tipo de pacto, sino que la causa del mismo va a poder ser tanto la mencionada especialización profesional, como la mera **formación profesional ordinaria**. En todo caso, el período formativo debe estar claramente determinado en el tiempo y también precisado su coste.

2. La norma reglamentaria establece la posibilidad de que los términos de este pacto quedan establecidos en **convenio colectivo**, y no solo por la mera voluntad de las partes en el contrato de trabajo. Además, la validez de aquel dependerá de que en ellos concurren los requisitos que el convenio establezca (o, en su caso, lo que regule el contrato de trabajo). Además, el pacto ha de suscribirse siempre **por escrito**, bien en el momento en el que se celebre el contrato de trabajo, o bien con posterioridad a él.

3. Por último, se concreta el límite que puede alcanzar la **cuantía de la indemnización** de daños y perjuicios por el incumplimiento del pacto de permanencia. Así, la misma no podrá ser superior a los gastos que hubiere soportado el despacho como consecuencia de la formación o especialización. Dicho importe, sin embargo, comprende no solo el coste de la formación impartida, sino también el derivado de las adaptaciones laborales que hubiesen sido necesarias para permitir la impartición de la misma. Se incorpora a esta norma la interpretación que los Tribunales han venido haciendo del ET art.21.4 (TS 1-3-90, EDJ 2324 ; 14-2-91, EDJ 1550 ; 27-3-91, EDJ 3345). Podrá acordarse, por tanto, en convenio colectivo o en contrato de trabajo un monto indemnizatorio de daños igual o inferior al importe de dicho coste, pero nunca superior.

3. Pacto de no concurrencia postcontractual

(ET art.21.2)

8756 El pacto de no competencia poscontractual es aquel que se celebra con el trabajador para después de extinguido el contrato de trabajo, imponiendo al empleado un deber de omitir toda actividad susceptible de perjudicar la posición que ocupa la empresa en el mercado. Para ello se requiere un **acuerdo expreso**, ya sea en el momento de estipular el contrato de trabajo, durante su ejecución o al finalizar, siendo su **vigencia** no superior a los 2 años para los trabajadores con conocimientos técnicos especializados y 6 meses para los demás. Se exige, además, acreditar la existencia de un efectivo **interés** industrial o comercial en tal pacto y una **compensación económica adecuada**.

8758 Abogados en despachos

(RD 1331/2006 art.12)

Al igual que se ha mencionado respecto del pacto de permanencia, el titular del despacho y el abogado, en el marco de la relación laboral especial, pueden acordar el pacto de no competencia postcontractual. También en este caso, el precepto que regula dicho pacto en la citada norma establece alguna particularidad digna de mención, cuyo fundamento cabe encontrar en la especialidad de esta relación laboral frente al régimen laboral común.

Una de las **singularidades** más relevantes es la imposibilidad de llegar a acordar entre las partes una **limitación general** para el ejercicio de la profesión de abogado, ni respecto de la especialidad o disciplinas del derecho al que se dedique el despacho. De esta forma, el pacto no puede llegar a imposibilitar que el abogado ejerza la abogacía en otro despacho, por cuenta propia o por cuenta ajena en una empresa o entidad, o se dedique a la práctica de la abogacía en aquellos campos o disciplinas del derecho en los que el despacho actúe. Junto al límite inicial establecido, el Reglamento determina que las restricciones que dicho pacto puede conllevar respecto a las futuras actuaciones profesionales de los abogados una vez concluida la relación laboral solo pueden establecer respecto a las relacionadas con los **clientes** del despacho o cuando incidan sobre **asuntos** en los que el abogado hubiera intervenido durante su relación el despacho. En todo caso, se establece a esta determinación una **excepción**: cuando se trate de clientes aportados por el abogado al despacho al inicio de la relación laboral, salvo pacto expreso en contrario.

Por otra parte, y tal y como dispone también la regulación laboral común, se establece un **límite temporal** respecto del deber de omitir o realizar determinadas actividades profesionales que fueran susceptibles de perjudicar la posición del despacho en el mercado: 2 años desde la finalización del contrato de trabajo. Para su validez será necesario que se acuerde entre las partes una **compensación económica** adecuada, en la que deberán tenerse en cuenta las restricciones a las que se someta el abogado y, particularmente, aquellas que, en su caso, afecten a la relación con los clientes que el abogado hubiera aportado al despacho al inicio de su relación laboral.

Por último, el Reglamento ha omitido cualquier referencia a la **formalización** del pacto por escrito. Tampoco se precisa el momento de su **celebración**, que podrá ser en cualquier momento anterior a la extinción del contrato de trabajo.

4. Clientela aportada

8760 En el marco de la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en un despacho, se contemplan determinados derechos de dicho colectivo sobre la clientela que hayan aportado al despacho al inicio de la relación laboral. Así, el abogado tiene derecho a que el despacho le reconozca esa clientela inicialmente aportada y a que se le compense por la misma en los términos que establezcan la negociación colectiva o el contrato suscrito entre las partes. Cabe destacar, por tanto, **derechos económicos** del abogado sobre los clientes que se le hayan asignado al inicio de la relación laboral, los que haya aportado al despacho durante la relación laboral y aquéllos que igualmente haya podido vincular (fidelizar) en mayor o menor medida. En cuanto a la compensación económica, nada indica la norma reglamentaria sobre la misma, por lo que habrá que estar a lo que se pacte al respecto.

G. Régimen disciplinario laboral

(Const art.38; ET art.45, 54 y 58)

8765 Como una especial garantía de efectividad del cumplimiento de la prestación laboral, el empleador está autorizado a fijar **faltas y sanciones** para mantener la disciplina en la empresa. El poder disciplinario se concreta en una forma de **autotutela del orden productivo** mediante el establecimiento de un sistema de penas privadas, cuya aplicación no precisa mediación judicial, sin perjuicio del derecho del trabajador a impugnarlas (ver nº 9160 s.).

En lo que respecta a la **relación laboral especial del abogado**, el RD 1331/2006 art.24 regula los supuestos de responsabilidad disciplinaria de dicho trabajador que presta servicios en un despacho. Este precepto establece que los abogados están sometidos a responsabilidad disciplinaria en la ejecución del contrato de trabajo que tengan concertado con los despachos, y ello sin perjuicio de que pueda exigírseles otro tipo de responsabilidades. Se destaca, por tanto, la compatibilidad de la **responsabilidad disciplinaria laboral** con cualesquiera **otros tipos de responsabilidades** que pudiera exigírseles a los abogados, lo que remite indudablemente a las que pudieran derivarse de los incumplimientos que se pudieran cometer de los deberes establecidos en la normativa estatutaria de la abogacía, así como la propia responsabilidad civil y penal que se pudiera derivar para el abogado por el ejercicio de su profesión. En efecto, las responsabilidades a las que están sometidos los abogados en el ejercicio de su profesión pueden ser de carácter **penal, civil o disciplinaria**.

1. Responsabilidad disciplinaria laboral específica de los abogados que prestan servicios en despachos

(RD 1331/2006 art.24.2)

8767 Los **abogados** incurrir en responsabilidad disciplinaria laboral en los supuestos previstos como **incumplimientos** que pueden ser objeto de despido disciplinario (ET art.54) y en caso de incumplimiento de las obligaciones que hubieran asumido en el contrato de trabajo.

Nos encontramos, de un lado, ante una remisión al régimen laboral común y en concreto a los supuestos previstos en el precepto estatutario señalado y, de otro, ante una responsabilidad disciplinaria en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales.

1. Respecto de lo primero, el abogado incurre en **responsabilidad disciplinaria** por las **causas** siguientes:

- las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo;
- la indisciplina o desobediencia en el trabajo;
- las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos;
- la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo;
- la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado;
- la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo;
- el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

2. Respecto de lo segundo, hay que estar a los deberes asumidos en sede **contractual**.

8769 Por lo demás, también se tipifica como sancionables cuatro **supuestos de infracciones laborales**:

a) El incumplimiento de los deberes de **confidencialidad, secreto profesional y fidelidad**. Esta infracción se relaciona con las obligaciones impuestas a los abogados de guardar secreto de todos los hechos o noticias de que

conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (LOPJ art.542.3). Lo mismo cabe decir del deber de confidencialidad ya que el abogado tiene acceso a numerosos datos e informaciones en el ejercicio de su actividad. En ambos casos, estaríamos ante manifestaciones de la obligación derivada de la buena fe y diligencia en la prestación de servicios.

b) La negativa infundada a **asumir los asuntos encomendados** por el titular del despacho. Las exigencias de la buena fe y el deber de obediencia impiden con carácter general que este incumpla las órdenes e instrucciones del empleador. La obligación del abogado de asumir los asuntos encomendados por el titular deriva del sometimiento del abogado al poder de dirección del titular del despacho. En todo caso, la negativa a asumir un asunto y, por tanto, a desobedecer las órdenes e instrucciones del empleador sería factible sin ello supone la vulneración de las obligaciones que legalmente tienen los abogados de no actuar en defensa de intereses en conflicto, o de cualquier otra obligación que les venga impuesta, o si contraviene los valores o principios de la abogacía (RD 1331/2006 art.5.3.c).

c) La negativa a **informar al titular** del despacho de la situación de los asuntos que le hubiera encomendado. El abogado está obligado a informar no solo al cliente sino también al propio titular del despacho, por lo que la conducta consistente en negarse a dar información a su empleador de la situación de los asuntos resulta constitutiva de una infracción sancionable. Nuevamente se trataría de una actuación que entra en conflicto con el cumplimiento de los propios deberes de diligencia y buena fe.

d) Girar **minutas de honorarios** u otros gastos a los clientes por los asuntos en que hubieran intervenido. Esta infracción se corresponde con la prohibición impuesta a los abogados de no devengar ni facturar a los clientes del despacho honorarios por los servicios prestados a los mismos (RD 1331/2006 art.18.3). De igual modo, está en juego en esta infracción el incumplimiento de la dedicación exclusiva del abogado que presta servicios en un despacho, lo que comporta que no podrá ejercer, fuera del despacho, actividad profesional de abogado, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena.

2. Procedimiento sancionador

(RD 1331/2006 art.6.2, 25 y disp.adic.3ª)

8771 La **imposición de las sanciones** corresponde a los titulares de los despachos, como derivación del poder de dirección que ostentan. La exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria laboral en que puedan incurrir los abogados se lleva a cabo de conformidad con lo previsto en el RD 1331/2006 y en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo.

Dado que el titular del despacho ostenta la facultad sancionadora, le corresponde a este su ejercicio atendiendo al **cuadro de faltas y sanciones** que se haya previsto por **convenio colectivo**. La referencia al convenio colectivo, como norma delimitadora de las faltas, de la graduación de estas y las consiguientes sanciones derivadas de los incumplimientos de las obligaciones laborales de los abogados impide la intervención en este punto del contrato de trabajo, ya que los términos legales (sin alusión al acuerdo individual) son inequívocos.

En cuanto a los **requisitos formales** del procedimiento sancionador, la sanción de las faltas exige:

- una comunicación escrita al abogado en la que se haga constar la fecha y los hechos que la motivan;
- antes de adoptar la decisión sancionadora, debe darse el trámite de audiencia al abogado.

La valoración de las faltas y de las correspondientes sanciones impuestas por el titular del despacho son **recurribles** ante la **jurisdicción social**, ya que los conflictos que surjan entre las partes de esta relación laboral, tanto individuales como colectivos, son competencia de la jurisdicción social, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal.

8773 Trámite de audiencia

(RD 1331/2006 art.25.2)

El trámite de audiencia específico en el marco de esta relación laboral especial se aparta de lo previsto en el ordenamiento laboral común ya que el mismo se aplica en exclusiva para quienes ostenten la condición de representante de los trabajadores o para quienes estén afiliados a un sindicato (ET art.55.1). Sin embargo, en el caso de abogados que prestan servicios para un despacho se aplica dicho trámite a **todos los trabajadores** con independencia de las situaciones específicas que ostenten y de la gravedad de las faltas cometidas.

El trámite de audiencia va a suponer que el trabajador sea **oído con carácter previo** a la adopción de la medida, siendo un requisito a cumplir por el titular del despacho y que encuentra su fundamento en la necesidad de otorgar a este colectivo de trabajadores una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario.

La norma no indica nada sobre el **plazo** que ha de concederse al abogado para el ejercicio de la audiencia, por lo que ha que estar a lo que cada norma convencional precise al respecto. A falta de regulación expresa sobre este

aspecto, ha de concederse un plazo que sea suficiente para que el abogado pueda tener perfecto conocimiento de los hechos que se le imputan y pueda articular sus alegaciones.

De producirse el **incumplimiento** de dicho trámite de audiencia, daría lugar a la vulneración del proceso sancionador y a la calificación de la improcedencia de la sanción. Tratándose de un despido disciplinario, y no cumpliéndose los expresados requisitos formales exigidos, se produciría la calificación del cese como despido improcedente por falta de forma (TSJ Málaga 11-9-14, EDJ 198130).

H. Formación profesional como derecho de los trabajadores

1. Marco jurídico y normativa aplicable

(Const art.35 y 40.2; ET art.4.2.c)

8775 De entre los derechos laborales que reconoce la **Constitución** a todas las personas se encuentra el de **promoción** a través del trabajo, debiendo a este fin los poderes públicos garantizar la **formación** y readaptación profesionales como uno de los principios rectores de la política social y económica que reconoce la Carta Magna.

Como reflejo de este doble mandato constitucional, el **Estatuto de los Trabajadores** reconoce el derecho del trabajador a la **formación y promoción** profesional como dos facetas o caras de una misma moneda cuyo objetivo único es el de mejora profesional y social del trabajador.

El marco jurídico de referencia en el ámbito comunitario (Estrategia de Lisboa 2000) señala como objetivo de la **Unión Europea** el logro de una economía más dinámica y competitiva. A este fin, se constituye como uno de los pilares básicos del sistema educativo y del empleo la **formación profesional**. Para alcanzar el pleno empleo debe pues potenciarse, de un lado, que los trabajadores ocupados adquieran nuevos conocimientos y habilidades útiles para el empleo actual y futuro y, de otro lado, que las personas desocupadas aumenten sus posibilidades de reincorporación al mercado de trabajo.

Ello permite organizar un **sistema de formación profesional** que garantice la deseable correspondencia entre las cualificaciones profesionales y las necesidades del mercado de trabajo (LO 5/2002 , de las cualificaciones y de la formación profesional). El desarrollo legislativo de la formación profesional se realiza desde dos ámbitos distintos: el educativo y el laboral y de empleo.

En el **ámbito educativo** cabe llamar la atención de la LO 2/2006 , de Educación, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en donde se regula la formación profesional inicial como parte del sistema educativo.

Para el **ámbito laboral y de empleo** las normas a tener en cuenta son el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Empleo (RDLeg 3/2015). A este respecto, deben tenerse en cuenta las modificaciones que introduce la L 30/2015 , que regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, normativa esta por la que se trata de regular la planificación y financiación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, la programación y ejecución de las acciones formativas, el control, el seguimiento y el régimen sancionador, así como el sistema de información, la evaluación, la calidad y la gobernanza del sistema.

Finalmente, junto a la regulación legal aparecen los **Acuerdos Nacionales y tripartitos** sobre formación profesional que conforman la negociación colectiva y que han dado lugar al RD 395/2007 , por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

2. Tipos de formación profesional

(LO 5/2002 art.9)

8780 Son tres los tipos de **actividades** de formación que se prevén para la adecuación de las cualificaciones y competencias profesionales a los requerimientos del sistema productivo:

- a. La formación profesional inicial o del sistema educativo.
- b. La formación profesional para desempleados.
- c. La formación continua o para trabajadores ocupados.

a. Formación profesional del sistema educativo o formación inicial

8782 Esta formación tiene como objetivo preparar a los **alumnos** para la actividad en un determinado campo profesional y facilitar la adaptación de éstos a las modificaciones del sistema productivo. La formación profesional en el sistema educativo comprende los módulos profesionales asociados a cualificaciones profesionales de nivel 1 incluidos en los Programas de cualificación profesional inicial, cuya superación permite la obtención de certificados de profesionales de nivel 1.

Así pues, los alumnos que superen las enseñanzas de **FP de grado medio** reciben el **título de Técnico** de la correspondiente profesión (ver Anexo I del RD 1128/2003 , en donde se establece el Catálogo Nacional de Cualificaciones profesionales). Este título, independientemente de la formación obtenida, le permite el acceso a todas las modalidades de Bachillerato. Puede acceder a esta formación la población joven (mayores de 15 años), aunque también está abierto este sistema para los adultos que estén en posesión del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria. Serán pues las Administraciones educativas las que establezcan las características y organización de estos programas a fin de que el alumno pueda obtener el título de Educación Secundaria Obligatoria que se requiere.

Los alumnos que superen las enseñanzas de **FP de grado superior** obtienen el **título de Técnico Superior**, el cual les permite el acceso directo a los estudios universitarios de grado por el procedimiento reglamentario que se determine, previa consulta con las comunidades autónomas. El acceso a estos ciclos formativos de grado superior requerirá que la persona cumpla con alguna de las siguientes condiciones: estar en posesión del título de Bachillerato; poseer el título de Técnico de grado medio y haber superado un curso de formación específico para el acceso a ciclos de grado superior en centros públicos o privados autorizados por las Administraciones educativas, así como haber superado la correspondiente prueba de acceso. Por su parte, el solicitante debe, además, tener 19 años cumplidos en el año de realización de las pruebas o 18 años si se acredita estar en posesión de un título de Técnico relacionado con aquel al que se desea acceder.

b. Formación profesional para desempleados

(RD 34/2008 art.2.1, 10.6 y 11.1; RD 1558/2005)

8785 La formación profesional tiene por objetivo la obtención de los **certificados de profesionalidad** correspondientes a las cualificaciones profesionales y formación necesaria para su obtención con validez en todo el territorio nacional. Éstos pueden obtenerse a través de la **cualificación** y formación profesional para el empleo; **experiencia** laboral y por vías no formales de formación. Los certificados de profesionalidad se expiden por el SEPE u órganos competentes de las Comunidades Autónomas (TCo 176/2014 ; 88/2014) y pueden acreditar una determinada cualificación profesional o diferentes unidades de competencia (en cuyo caso el certificado de profesionalidad se obtiene mediante la acumulación de acreditaciones parciales según el sistema de módulos formativos de FP).

Estos certificados tienen el carácter de **oficial** y de **validez nacional**, acreditándose con ellos las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la Administración laboral, que acredita la capacitación para el desarrollo de una actividad laboral con significación para el empleo y asegura la formación necesaria para su adquisición, en el marco del subsistema de formación profesional para el empleo regulado en el RD 395/2007 .

El **Sistema Nacional de Cualificaciones** y su **Catálogo** de las Cualificaciones y de la FP lleva a cabo la coordinación de todas las acciones formativas; para ello, este sistema se apoya en una compleja red de centros públicos de formación y centros acreditados pertenecientes a los agentes sociales o a personas o entidades privadas.

Los **centros** que imparten la formación profesional conducente a la obtención de estos certificados de profesionalidad deben reunir los requisitos básicos que establezca el Gobierno y, si están sostenidos con fondos públicos, tienen el deber de facilitar la formación pertinente a las Administraciones Públicas.

La formación profesional para el empleo puede impartirse de forma **presencial, a distancia o mixta**. A este respecto, son **competentes** para impartir esta formación:

- las Administraciones Públicas, ya sea a través de sus centros propios o de las entidades o empresas públicas concertadas;
- las empresas;
- los centros o entidades de formación inscritos como tales en los registros de las Administraciones Públicas correspondientes.

La formación profesional para el empleo se financia a través de la **cuota de formación profesional** que se recauda conjuntamente con la cuota de Seguridad Social y cuyo importe actual es del 0,70% de los salarios, de la cual

corresponde al empresario abonar el 0,60% y al trabajador el 0,10% (OM ESS/106/2017). Con estos fondos no solo se busca financiar las acciones formativas de empresas y permisos individuales de formación y formación dirigida a trabajadores ocupados, sino también las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación, formación en las Administraciones Públicas y gastos de funcionamiento de la Fundación tripartita para la formación en el empleo.

c. Formación continua o para trabajadores ocupados

(RD 395/2007 art.2 y 4)

8787 El subsistema de formación profesional para el empleo está integrado por el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por **objeto** impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento.

Se establecen distintas **iniciativas** de formación aplicables a los siguientes **colectivos**:

a) La formación de demanda, que abarca las acciones formativas de las empresas y los permisos individuales de formación financiados total o parcialmente con fondos públicos, para responder a las necesidades específicas de formación planteadas por las empresas y sus trabajadores.

b) La formación de oferta, que comprende los planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados y las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados con el fin de ofrecerles una formación que les capacite para el desempeño cualificado de las profesiones y el acceso al empleo.

c) La formación en alternancia con el empleo, que está integrada por las acciones formativas de los contratos para la formación y por los programas públicos de empleo-formación, permitiendo al trabajador compatibilizar la formación con la práctica profesional en el puesto de trabajo.

d) Las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación, que son aquellas que permiten mejorar la eficacia del subsistema de formación profesional para el empleo.

8790 Sistema de formación en alternancia con el empleo

(OM ESS/41/2015)

La formación en alternancia es aquella que tiene por objeto contribuir a la adquisición de competencias profesionales de ocupación mediante un **proceso mixto de empleo y formación** que permita al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo. Tienen esta consideración los programas públicos de formación y empleo (**escuelas taller y casas de oficios y talleres de empleo**). Los alumnos de estos programas están exentos del módulo de formación práctica en centro de trabajo.

8795 Nuevo modelo de planificación y financiación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral

En aras a afrontar todas las deficiencias detectadas, el Gobierno ha presentado a través del RDL 4/2015 las **doce claves** del nuevo modelo de formación profesional, a saber:

1. El nuevo modelo de formación profesional para el empleo es de aplicación a todas las Administraciones Públicas, quedando al servicio de empresas y trabajadores de cualquier parte del territorio.

2. Los agentes sociales, incluidas las asociaciones de autónomos y de la Economía Social y la negociación colectiva, deben liderar el diseño estratégico de una formación que responda de manera eficaz a las necesidades reales de empresas y trabajadores.

3. Por primera vez se desarrolla un sistema eficiente de observación y prospección del mercado de trabajo, basado en la coordinación de todos los actores que puedan aportar su conocimiento al sistema: Administraciones Públicas, agentes sociales, expertos en la materia, etc.

4. Una planificación estratégica plurianual recoge las tendencias de la economía que exigen la adaptación o actualización de los trabajadores, los sectores con potencial de crecimiento o las competencias transversales al alza, al objeto de diseñar una formación profesional coherente con las necesidades actuales y futuras del tejido productivo y de los trabajadores.

5. Se implanta la cuenta-formación que acompaña al trabajador a lo largo de su carrera profesional al objeto de acreditar su historial formativo y de orientar la oferta formativa al incremento de su empleabilidad.

6. Como alternativa a los sistemas presenciales de formación se implanta ahora el sistema de tele-formación. Con ello se pretende dotar de mayor eficacia y flexibilidad al sistema, al permitir superar las limitaciones del calendario formativo condicionado por la tramitación administrativa.

7. La formación en el seno de la empresa es clave y cuenta con la máxima flexibilidad en la gestión, abriéndose incluso la posibilidad de impartición en la propia empresa cuando dispongan de los medios necesarios para ello, sean propios o contratados con entidades externas.

8. La oferta de formación se realizará en régimen de concurrencia competitiva y solo puede ser impartida la formación por entidades que cumplan con los requisitos establecidos de «registro y/o acreditación». Además, en lo que respecta a los desempleos, se pone en marcha el «cheque-formación» para que pueda ser el desempleado quien elija la entidad de la que recibe formación, sin perjuicio del asesoramiento previo y seguimiento previo por parte del SEPE.

9. Se apuesta por la evaluación permanente de la calidad, debiendo la formación contribuir a la mejora en el desempeño del puesto de trabajo; inserción y mantenimiento del puesto de trabajo y mejora de la competitividad de las empresas, a través de otras medidas, destinadas a la realización de auditorías de control.

10. Se pretende crear un principio de tolerancia cero contra el fraude, al dotar de mayor visibilidad y difusión las situaciones de malas prácticas e incumplimientos, gracias a la creación de la Unidad Especial (dentro de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) para el control de las actividades formación con capacidad efectiva de sanción por irregularidades.

11. Se establece un nuevo régimen de sanciones que incluye, entre otras cuestiones, la imposibilidad de los beneficiarios de volver a trabajar para la Administraciones Públicas en el ámbito de la formación durante 5 años, cuando hayan incumplido la legalidad.

12. Se desarrolla un sistema integrado de información que garantice la trazabilidad de las acciones formativas y la comparabilidad, la coherencia y la actualización permanente de toda la información sobre la FP para el empleo.

8797 Mediante este RDL 4/2015 se le concede un nuevo papel a los **agentes negociadores**, organizaciones empresariales y sindicales, quienes ya no actúan como gestores directos de la formación, sino que únicamente intervienen en lo que se refiere a su planificación estratégica.

Se transforma la **Fundación Tripartita para la Formación** en el empleo en la que los representantes de la Administración General del Estado representan a la mayoría de sus miembros.

Las **organizaciones de autónomos y de la economía social** tienen un papel determinante en la detección de necesidades, así como en el diseño, programación y difusión de la oferta formativa dirigida específicamente a trabajadores autónomos y de la economía social en el ámbito de la participación que se establezca. Se reconoce, además, un nuevo derecho a los trabajadores autónomos, el derecho a la formación profesional para el empleo.

3. Escuelas Taller y Casas de Oficios

(OM 14-11-2001)

8800 Las Escuelas Taller y las Casas de Oficios constituyen un programa público de **empleo-formación** que tiene como finalidad la inserción de desempleados **jóvenes menores de 25 años**, a través de su cualificación en alternancia con la práctica profesional, en ocupaciones relacionadas con la recuperación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, así como con la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente, la mejora de las condiciones de vida de las ciudades, así como cualquier otra actividad de utilidad pública o de interés general y social que permita la inserción a través de la profesionalización y experiencia de los participantes.

Pueden ser **entidades promotoras** de estos Programas: los órganos, organismos autónomos y otros entes públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas; entidades locales, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas entidades locales; consorcios y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro. Un requisito esencial para la concesión de estos programas es que estas entidades tengan capacidad técnica necesaria para la realización de la obra o servicio proyectado y para impartir la formación adecuada.

Los **Programas de las Escuelas taller** deben tener necesariamente una etapa inicial de formación y otra etapa de formación en alternancia con el trabajo. La duración de cada una de estas etapas no puede ser inferior a un año, ni superior a dos años (dividas en fases de 6 meses).

Los **Programas de las Casas de Oficios**, por su parte, constan también de dos etapas. En la primera etapa, los alumnos reciben formación profesional ocupacional. En esta fase inicial los alumnos que participen tienen derecho a una beca. La percepción de la beca es incompatible con la realización de trabajos por cuenta propia o ajena. Durante la segunda etapa los alumnos trabajadores complementan su formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional. En esta etapa los alumnos trabajadores son contratados por las entidades promotoras en la modalidad de contrato para la formación y el aprendizaje. Las retribuciones que estos reciban son las correspondientes conforme a lo establecido por la normativa vigente (habitualmente es el 75% del SMI establecido).

4. Talleres de empleo

8805 Se trata este de un programa mixto que combina acciones de **formación-empleo**, dirigidas a **desempleados de 25 o más años**, en actividades relacionadas con nuevos yacimientos de empleo de interés general y social, promovidos por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. Busca así facilitar la posterior integración de sus beneficiarios en el mercado de trabajo, tanto en el empleo por cuenta ajena como mediante la creación de proyectos empresariales o de economía social.

Los proyectos de Talleres de Empleo pueden ser **promovidos** por entidades sin ánimo de lucro, que deben ser competentes para la ejecución de las correspondientes obras o servicios y disponer de la capacidad técnica y de gestión suficientes: Órganos, organismos autónomos y otros entes públicos de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas; Entidades locales, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas entidades locales; Consorcios y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro.

Pueden ser **beneficiarios** de este programa aquellos colectivos prioritarios de las políticas de empleo que tengan especiales dificultades para la inserción en el mercado laboral, esto es: parados de larga duración, mayores de 45 años, mujeres, personas con discapacidad y perceptores de rentas de inserción. A este respecto, los solicitantes deberán tener una edad superior a los 25 años.

Este programa mantiene una serie de rasgos comunes con el programa previsto para las Casas Taller y Casa de Oficios. La **formación** se concreta en los siguientes puntos:

1. Durante el desarrollo del Taller de Empleo los trabajadores participantes reciben formación profesional ocupacional adecuada a la ocupación a desempeñar, según el plan formativo incluido en la memoria del proyecto, en alternancia con el trabajo y la práctica profesional.

2. Cuando los trabajadores participantes en Talleres de Empleo no hayan alcanzado los objetivos de la educación secundaria obligatoria, se organizan programas específicos con el fin de proporcionarles una formación básica y profesional que les permita incorporarse a la vida activa o proseguir sus estudios en las distintas enseñanzas.

3. Al término de su participación en un Taller de Empleo, los trabajadores participantes recibirán un certificado, expedido por la entidad promotora, en el que constará la duración en horas de su participación en el programa, así como el nivel de formación teórico-práctica adquirida y los módulos formativos cursados.

4. Para permitir el acceso de los alumnos trabajadores a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, en todos los proyectos se impartirá un módulo de alfabetización informática, con una duración de, al menos, 30 horas.

5. La cualificación o competencia profesional adquirida es objeto de acreditación de acuerdo con la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad, en los términos establecidos en la LO 5/2002, el RD 395/2007 y el RD 34/2008, por el que regulan los certificados de profesionalidad.

Finalmente, se establecen **limitaciones temporales** con el objeto de impedir el mantenimiento indefinido de esta situación de aprendizaje en una profesión. De forma que la duración de los proyectos de Talleres de Empleo vendrá determinada en la correspondiente resolución aprobatoria de cada proyecto, y estará comprendida entre un mínimo de seis meses y un máximo de un año.

5. Empresas de inserción

(L 44/2007)

8810 Son consideradas empresas de inserción aquellas **sociedades mercantiles o sociedades cooperativas** legalmente constituidas que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de **personas en situación de exclusión social** como tránsito al empleo ordinario.

A estos efectos deben estas proporcionar a los trabajadores, como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deben tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario.

La **calificación de una empresa** como de inserción le corresponde determinarlo al Órgano Administrativo competente de la Comunidad autónoma en donde se encuentre su centro de trabajo. La empresa que solicite la calificación

como empresa de inserción debe previamente estar inscrita en el Registro Mercantil o en el Registro de Sociedades Cooperativas.

Los **sujetos beneficiarios** de las medidas de mejora de la calidad de vida e inserción profesional de personas con riesgo de exclusión social pueden ser:

- perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas;
- jóvenes mayores de 18 años y menores de 30, procedentes de Instituciones de Protección de Menores;
- personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social;
- internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial;
- menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la LO 5/2000 , Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial;
- personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla y personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

En todos estos casos la situación de exclusión social debe ser **acreditada** por los Servicios Sociales Públicos competentes.

Por último, estas empresas deben presentar en cada ejercicio un **balance social** de su actividad en la que deben realizar una memoria económica y social, en la que den cuenta del grado de inserción en el mercado laboral ordinario durante el año, así como de la composición de la plantilla, las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.

IV. Salario y tiempo de trabajo

8875	A. Salario	8880
	1. Planteamiento general y régimen jurídico	8880
	2. Concepto legal de salario	8883
	a. Percepciones económicas no salariales	8885
	b. Modalidades de salario	8888
	c. Estructura y cuantía del salario	8892
	d. Determinación de la cuantía del salario	8895
	3. Mecanismos de protección jurídica del salario	8902
	a. Reglas de inembargabilidad relativa del salario	8905
	b. Crédito salarial preferente	8908
	c. Fondo de Garantía Salarial	8910
	B. Tiempo de trabajo	8915
	1. La determinación temporal del trabajo	8915
	a. Jornada máxima ordinaria	8918
	b. Jornada máxima extraordinaria	8922
	c. Descanso semanal	8925
	d. Descanso anual	8928
	e. Festivos	8929
	2. Horario de trabajo: trabajo nocturno y a turnos	8930
	a. Trabajo nocturno	8932
	b. Trabajo a turnos	8934

A. Salario

1. Planteamiento general y régimen jurídico

(Const art.35; ET art.1.1 y 26.1)

8880 El salario es la cantidad de dinero que el empleador abona al trabajador por el **servicio prestado**. En consecuencia, el salario, en sentido genérico, debe ser entendido como la **cantidad económica** que tiene derecho a recibir el trabajador por la prestación del trabajo convenio en virtud de lo acordado en el contrato de trabajo, de ahí su caracterización como trabajadores asalariados.

Este concepto se representa en el Estatuto de los Trabajadores con distintas **terminologías**, a saber: retribución, haberes, remuneración, crédito salarial... etcétera. Por lo que dependiendo del ámbito en el que se mueva y el sector normativo al que haga referencia (social, fiscal, Seguridad Social...) hay que emplear uno u otro término.

El salario puede y debe entenderse desde distintos **puntos de vista**:

a) **Económico**: el salario es el coste del factor trabajo y, al mismo tiempo, una variable fundamental de la política de rentas. En sendos casos se ha de hablar de costes salariales de la producción. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los costes salariales no solo provienen de la producción que realicen los trabajadores, sino que a estos se les incorporan las cotizaciones sociales (que no son entendido como salario en sentido jurídico).

b) **Político-social**: el salario es el medio de vida fundamental de los trabajadores por cuenta ajena y sus familiares (salario como sustento). Es por ello que las normas laborales traten de dar cumplimiento a esa función social y constitucional con vistas a garantizar una vida digna (Const art.35 ; Convenios de la OIT y Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

c) **Perspectiva jurídica**: el salario es la contraprestación que recibe el trabajador por la prestación de servicios laborales, constituyendo su pago la obligación principal para el empleador derivada del contrato de trabajo.

En la actualidad, en el **régimen jurídico** del salario cabe distinguir tres aspectos fundamentales:

- el concepto legal de referencia del salario (el cual está determinado por las categorías jurídicas provenientes del derecho de obligaciones);
- la cuantía del salario (esto es, el establecimiento de unas garantías que aseguran la obtención de un salario digno, suficiente y justo);
- y el establecimiento de un régimen jurídico protector que garantice el cumplimiento de su función económico-social.

En el ordenamiento jurídico español, el vigente sistema normativo regulador del salario se basa en el juego de tres mecanismos de regulación: la heteronomía (ET art.26 a 33); la autonomía colectiva y, finalmente, la autonomía individual (contrato de trabajo).

2. Concepto legal de salario

(ET art.26)

8883 El Estatuto de los Trabajadores delimita qué se entiende por salario y qué conceptos no tienen en ningún caso la consideración de salario.

Se considera **salario** la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como el trabajo. De acuerdo con esta definición, toda percepción económica que reciba el trabajador de su empresario en **contraprestación**, esto es, a cambio del trabajo para otro es salario (presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario) (TS 25-10-88, EDJ 8401).

No tienen la consideración de salario aquellas cantidades que, por ejemplo, provengan de la liberalidad de un tercero, como es el caso de las propinas. Ahora bien, si ese dinero es destinado a cubrir gastos de la empresa (a saber: Casinos y los Bingos), entre los cuales está la remuneración del personal, entonces sí se considera como salario (TS 23-5-96).

Se asimila al concepto de salario la retribución por los períodos donde no hay ocupación efectiva por estar el trabajador en **situación legal de descanso** (por ejemplo, en el caso de las vacaciones anuales, fiestas y descansos semanales).

a. Percepciones económicas no salariales

8885 De manera negativa, no es salario:

1. Las cantidades económicas percibidas en concepto de indemnización o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, pues tienen **causa compensatoria** (por ejemplo, como dietas que cubren la manutención y alojamiento cuando se trabaja fuera del lugar de residencia y del centro previsto en el contrato, o los pluses como el de transporte o vestuario, etc.).

2. Las prestaciones e indemnizaciones de la **Seguridad Social**.

3. Indemnización por **traslados, suspensiones o despidos** (TS 16-2-15, EDJ 31728).

No se considera tampoco salario los denominados legalmente como **salarios de tramitación** que son abonados en caso de despido improcedente con readmisión o nulo. La jurisprudencia considera que tienen naturaleza indemnizatoria, sustentando que con ellos se pretende, cualquiera que sea el despido, nulo o improcedente, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido y en concreto del lucro cesante derivado de la carencia de la retribución desde la fecha del despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente (TS 10-7-00, EDJ 24239 ; 2-10-00, EDJ 36275 ; 26-12-00, EDJ 55715 ; 1-3-04, EDJ 31837 ; 18-4-07, EDJ 36199).

b. Modalidades de salario

(ET art.26.1 y 29.2 y 4; CC art.1170)

8888 La determinación de la modalidad salarial (cualquiera que sea la forma de remuneración) queda remitida a la **autonomía privada**, aunque normalmente esa opción viene ya establecida por **convenio colectivo** en función del tipo de trabajo, sector de actividad, características de la empresa, usos y prácticas.

Pueden establecerse diferentes **criterios** para el establecimiento de las modalidades salariales:

1. Atendiendo al **medio de pago** distinguimos entre:

a) **En metálico**: es el abonado en la moneda de curso legal en España o procedimientos equivalentes (cheques, talonarios, etc.).

b) **En especie**: es el abonado a través de un bien diferente del dinero, pero susceptible de valoración económica y útil para el consumo directo por el trabajador o para su tramitación a terceros a cambio de un precio (por ejemplo: cesión de viviendas, pago de alquiler, manutención, etc.). Ahora bien, existen unos **límites**: en ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial, el salario en especie puede superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

2. En función del **módulo de fijación de su cuantía**, el salario puede ser de dos tipos:

a) **Por unidad de tiempo**: en donde se atiende exclusivamente a la duración del servicio (hora, jornada laboral...), sin consideración alguna a los concretos resultados alcanzados.

b) **Por unidad de obra**: atiende a criterios de resultado o producto, sin especificar las unidades de tiempo. El salario se calcula aquí teniendo en cuenta las piezas, mediciones, trozos o conjuntos determinados independientemente del tiempo invertido.

3. Frente a estas modalidades puras (poco frecuentes), la práctica actual sigue las siguientes modalidades **salariales mixtas**:

a) **Salario a rendimiento**: en donde se mezcla unidad de tiempo y unidad de obra.

b) **Salario por tarea**: el trabajo consiste aquí en la obligación del obrero de realizar una determinada cantidad de obra o trabajo, entendiéndose cumplida en cuanto se haya ultimado el trabajo fijado en la tarea. Finalizada la tarea, el trabajador puede emplear a su favor el tiempo en descanso.

c) **Salario a comisión**: el trabajador percibe una cantidad por las operaciones que haya realizado (vendedores, transportistas, publicidad...) al margen del salario pactado. El salario debe liquidarse en el momento mismo de la venta, salvo que se pacte hacerlo al final del ejercicio.

d) **Salario a la parte**: se asigna previamente al trabajador una fracción determinada del producto o del importe obtenido (ejemplo: en la agricultura, pesca...). En todo caso, debe garantizarse al trabajador el salario convenido.

8889

1) Aunque la **retribución por unidad de tiempo** queda delimitada a la **jornada laboral ordinaria**, la jurisprudencia ha entendido que todas aquellas prolongaciones de esa unidad de tiempo (como son, por ejemplo, las realizadas por horas extraordinarias o incluso por períodos de disponibilidad) son consideradas también salario (TS 29-11-94, EDJ 9513).

2) La **comisión** viene a ser en la práctica una forma específica de salario a rendimiento, singularizado porque la medida de la productividad no radica solo en la actividad del trabajador, sino en el resultado final del negocio de que aquella deriva. La retribución que se abona en concepto de comisión tiene y ha tenido desde antiguo la consideración de salario, bajo la específica variedad de medición por unidad de tarea, en lugar de por unidad de obra (TS 26-1-90, EDJ 657). El derecho de comisión pervive aun cuando se frustre el negocio por culpa del empleador y también cuando se ejecuta la operación antes de darse por extinguida la relación laboral (TS 6-4-90, EDJ 3899).

c. Estructura y cuantía del salario

(ET art.26.3)

8892 El ET diferencia entre el **salario base** y los **complementos salariales**, integrando ambos en lo que denomina estructura salarial. A este respecto, se define a esa estructura retributiva como el sistema integrado que fija y ordena las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de servicios por cuenta y bajo dependencia ajena, retribuyendo el tiempo de trabajo efectivo y los períodos de descanso computables como de trabajo.

Se establecen una serie de **criterios** para la determinación de la estructura salarial, remitiendo así su regulación a lo previsto por la autonomía colectiva y, en su defecto, a la autonomía individual, al disponerse que mediante la **negociación colectiva** o, en su defecto, el **contrato individual**, se determina la estructura del salario, que debe comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, y que se calculan conforme a los criterios que a tal efecto se pacten.

8893 Por **salario base** se entiende la parte de la retribución del trabajador fijada para cada grupo profesional por unidad de tiempo o unidad de obra, la cual viene determinada en el contrato de trabajo. Por tanto, el salario base representa la retribución fija-básica considerada por las normas convencionales como retribución suficiente, lo que lo diferencia del salario mínimo legal, general e interprofesional, que constituye la suficiencia legal del salario como derecho social de prestación a cargo del empresario.

Los **complementos salariales** son entendidos como las partidas económicas que se adicionan al salario base atendiendo a las diferentes circunstancias cualificantes.

El Estatuto de los Trabajadores establece una clasificación general de los complementos salariales a la que debe remitirse la negociación colectiva o el contrato de trabajo en atención a alguna de las circunstancias siguientes:

1. Las **condiciones personales** del trabajador (antigüedad, títulos, idiomas...).
2. El **trabajo realizado** o complemento de puesto de trabajo.
3. La **situación y resultados de la empresa**, dentro del que se encuentra un sistema mixto o alternativo (trabajo realizado/resultados de la empresa) para la fijación del denominado bonus.

En el régimen jurídico de los complementos salariales destaca la nota de **consolidable o no** en función de los cambios que se produzcan en la empresa, esto es, que el complemento puede o no mantenerse independiente de las circunstancias del trabajo. En principio, es la autonomía colectiva o individual la que determina el carácter consolidable o no de los complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa (TS 27-7-93, EDJ 7694).

En cuanto a las gratificaciones o **pagas extraordinarias**, puede decirse que es imposible reconducirlas a ninguno de los tres grupos de complementos, ya que no se vinculan a la concurrencia de circunstancias concretas (ni personales ni del trabajo ni de la situación de la empresa).

Las gratificaciones extraordinarias son como mínimo **dos al año**: una ha de hacerse coincidir con las fiestas de Navidad, mientras que la otra puede devengarse en el mes que se determine por convenio colectivo o acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Muchos convenios colectivos añaden a las dos fijadas como mínimo por Ley otras pagas extraordinarias en distintos meses del año, pudiendo los trabajadores recibir por ejemplo 16 o 18 pagas.

La **cuantía** de tales gratificaciones se fijará por convenio; así pues, por Ley no se establece una cuantía mínima, pero los convenios suelen fijarla en la misma cuantía que la retribución mensual.

Legalmente está previsto que los convenios puedan **prorratear** a lo largo de los 12 meses del año el importe total de las dos pagas extraordinarias, adicionándose así a cada mensualidad salarial la fracción de paga extraordinaria correspondiente. La jurisprudencia ha declarado que el prorrateo no puede efectuarse de forma unilateral por el empresario ni tampoco por pacto individual, debiendo estar la decisión de prorratear habilitada por un convenio colectivo (TS 14-6-02, EDJ 32016).

d. Determinación de la cuantía del salario

(Const art.35 y 40)

8895 No existe un criterio universal para la cuantificación exacta del salario. La Constitución Española establece solo el derecho a una **remuneración suficiente** para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia, debiendo conjugarse con lo previsto sobre la **defensa de la productividad** empresarial.

Ahora bien, el salario fijado conforme a las normas legales puede ser mejorado a través de la **negociación colectiva** y la **autonomía individual**. De este modo, los salarios se fijan por acuerdo entre empresario y trabajador, según el grupo profesional y con respeto a lo previsto en el convenio colectivo y a los mínimos fijados en la Ley.

La **absorción y compensación** es una técnica neutralizadora de los incrementos salariales que se produzcan, bien por nuevo SMI anual, bien por la negociación colectiva, cuando los trabajadores ya vinieran percibiendo salarios superiores, en su conjunto y cómputo anual, a los mínimos fijados en convenio o, en su defecto, al SMI, quedando la subida salarial absorbida o compensada.

La **aplicación de la regla** legal de compensación y absorción de salarios se efectúa en los términos que se indican a continuación:

- la compensación y absorción opera así cuando se aprueba **un nuevo SMI** o se produce la aplicación de un **nuevo convenio colectivo** que sustituye al anteriormente aplicado. Por el contrario, no opera entre conceptos salariales previstos en la misma norma reguladora, ni tampoco cuando el incremento salarial depende de la aplicación de los propios mandatos del convenio colectivo o contrato individual (TS 9-7-01, EDJ 27619 ; 18-9-01, EDJ 35726 ; 29-10-12, EDJ 295682);
- la comparación entre los salarios realmente abonados y los fijados en el nuevo orden normativo o convencional de referencia debe efectuarse tomando en consideración el **salario en su conjunto y en cómputo anual**;
- opera entre las **partidas salariales** pero no respecto de las percepciones extrasalariales;
- solo puede llevarse a cabo respecto de **conceptos** que obedezcan a la misma razón de ser u **homogéneos**, y por lo tanto no puede serlo entre el salario base y complementos o entre complementos de distinta naturaleza (TS 12-4-11, EDJ 60896); no obstante, aun tratándose de conceptos no homogéneos, el acuerdo expreso de posibilidad de absorción y compensación entre las partes, la permite, sin que dicho acuerdo vulnere el principio de indisponibilidad (TS 8-5-15, EDJ 105768 ; 10-1-17, EDJ 2165 ; 10-1-17, EDJ 2167);
- **no** ha de existir un **pacto** en contrario de carácter colectivo o individual **que excluya** la operatividad de la compensación y absorción (TS 3-2-15, EDJ 10231) y, por consiguiente, la intangibilidad de las condiciones más beneficiosas adquiridas (garantía *ad personam*).

8896 Fijación de los topes mínimos

(ET art.27)

Se entiende por **Salario Mínimo Interprofesional (SMI)** el salario fijado anualmente como suelo irreductible de la contratación laboral. Es, por tanto, el umbral mínimo necesario por debajo del cual no debe fijarse ninguna retribución salarial, cumpliendo así una función de garantía para la subsistencia digna del trabajador. Asimismo, el SMI cumple una función de garantía para aquellos sectores más débiles de trabajadores no cubiertos por la negociación colectiva, evitando así que se produzca cualquier tipo de abuso.

El **fundamento** normativo del SMI viene recogido en un elenco muy amplio de normas comunitarias e internacionales (Carta Social Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Carta Comunitaria, etc.). En España su base legal se encuentra reconocida en el ET art.27 , el cual configura a esta disposición como una norma de orden público socio-económico y, por consiguiente, indisponible. Mediante la autonomía colectiva e individual únicamente puede mejorarse este mínimo legal.

Los **criterios legales para la fijación** del SMI son: Índices de Precios de Consumo; productividad media nacional alcanzada; incremento de la participación del trabajo en la renta nacional; y la coyuntura económica general.

Igualmente se fija una **revisión** semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado. Ahora bien, esta revisión no afecta a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel.

El SMI es **inembargable** (para asegurar un sustento mínimo) salvo que por resolución judicial se determine la cantidad a embargar (por ejemplo, en caso de alimentos). La cantidad que supere el SMI puede ser embargada aplicándose una escala (nº 8905).

El **procedimiento para su determinación** viene atribuido al Gobierno, que lo aprueba anualmente mediante Decreto del Consejo de Ministros. Para la fijación del SMI, el Gobierno debe llevar a cabo, previamente, una consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Esta previa consulta es necesaria pero no vinculante.

Por su función básica como renta destinada a garantizar la subsistencia digna, el SMI debe establecer una cuantía mínima **igual** para todos los sectores, actividades y grupos profesionales. **Para 2018**, el importe del salario mínimo interprofesional queda fijado en 24,53 euros/día o 735,90 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses (RD 1077/2017 art.1). Se establecen normas especiales para trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar (RD 1077/2017 art.4).

8898 Fijación de los topes máximos

La determinación de la cuantía de los salarios en función de la economía del país hace plantear la cuestión de si es posible o no la fijación de unos topes máximos. En principio, el legislador podría imponer o en todo caso recomendar el establecimiento de unos topes máximos; sin embargo, esta medida no se ha adoptado, ya que ello podría suponer un **límite a la negociación colectiva**.

A día de hoy en España únicamente aparece un modelo de fijación unilateral de topes máximos en el ámbito del sector del **empleo público**, el cual es realizado a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

3. Mecanismos de protección jurídica del salario

8902 El salario goza de unas garantías jurídicas a fin de garantizar un sustento suficiente para el trabajador y su familia.

Este sistema de protección jurídica se articula en torno a **tres instituciones**, algunas de las cuales quedan fuera del ámbito jurídico laboral:

- a) Las reglas de inembargabilidad relativa del salario.
- b) La consideración del crédito salarial como crédito preferente.
- c) La protección que otorga el Fondo de Garantía Salarial.

a. Reglas de inembargabilidad del salario

(LEC art.607 y 608)

8905 Para evitar que el trabajador pueda ser privado de su fuente de sustento en caso de concurso de acreedores se establecen las siguientes **reglas básicas** a considerar:

1. La cuantía que no exceda del **SMI** es inembargable.
2. La cuantía **que supere el SMI** puede ser embargada parcialmente conforme a la siguiente escala:
 - para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30%;
 - para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50%;
 - para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60%;
 - para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75%;
 - para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90%.
3. La cuantía correspondiente al SMI solo puede ceder ante condena en ejecución de sentencia relativa al **pago de alimentos**, siempre que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fija la cantidad que puede ser embargada.

b. Crédito salarial preferente

8908 La **conurrencia con otros acreedores** del empresario puede originar distintas situaciones de riesgo para el trabajador, ya sea porque se adelanten en el cobro esos otros sujetos o bien porque los recursos empresariales sean insuficientes para hacer frente a todas las deudas pendientes. Es por ello que la legislación laboral ha concedido determinadas ventajas al trabajador a través del denominado crédito preferente o privilegiado.

Actualmente, cabe distinguir aquí dos **supuestos**:

1. Concurrencia de acreedores en el seno de un **procedimiento concursal**: rigen las reglas de la legislación concursal específica;

2. Concurrencia de acreedores fuera de este. Se aplican las siguientes **reglas de preferencias** para el cobro:

- los créditos por salarios correspondientes por los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del SMI gozan de **preferencia absoluta** sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca;

- los créditos salariales gozan de **preferencia** sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean de propiedad o estén en posesión del empresario. Se trata así de créditos con privilegio refaccionario (TS 17-11-97, EDJ 10597);

- los créditos por salarios no protegidos (según las anteriores reglas) tienen la condición de **singularmente privilegiados** en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que estos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. De igual modo, las **indemnizaciones por despido** tienen la misma consideración en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

Estas preferencias **se aplican** en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquel.

El **plazo para ejercitar** los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

c. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

(ET art.33)

8910 El Fondo de Garantía Salarial es un organismo dependiente del MESS con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Tiene legalmente asignada la **función** de abonar a los trabajadores el importe de las indemnizaciones por despido o extinción del contrato y los salarios pendientes de pago a causa de **insolvencia o concurso del empresario**.

Para llevar a cabo esta función necesita disponer de **recursos económicos** que no pueden ser destinados a fines distintos de los establecidos en el sistema legal. Estos recursos económicos son el resultado de las aportaciones obligatorias realizadas por todos los empresarios (públicos y privados) que contraten trabajadores asalariados.

La **protección** se extiende a todos los trabajadores asalariados (ya sean por relación común u ordinaria o por relación especial). Se **excluyen**:

1. Los trabajadores al servicio del **hogar familiar**.

2. Los **socios trabajadores** de cooperativas de trabajo asociado.

3. Los **consejeros y administradores** de las sociedades mercantiles y capitalistas cuya actividad se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento; que ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador y tengan el control, directo o indirecto, de la sociedad; o cuando, sin tener el control de la sociedad, el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad y sean retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma. En este supuesto, el sujeto queda encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, pero no tiene derecho a las prestaciones del FOGASA por disposición legal expresa

La situación de **insolvencia** ha de ser **declarada** por el Juez, previa audiencia del FOGASA.

Dentro del ámbito objetivo el FOGASA tiene encomendada una doble **responsabilidad**:

1. Responsabilidad **subsidiaria**: el FOGASA se subroga en la posición del acreedor (o sea, se pone en la posición del empresario) por ello el FOGASA responde tanto de:

- los salarios no abonados al trabajador;
- las indemnizaciones por despido pendientes de pago.

2. Responsabilidad directa: en caso de fuerza mayor motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, si así es aprobado por la autoridad laboral, quien acuerda, asimismo, si el FOGASA satisface la totalidad o parte de las indemnizaciones legales que correspondan a los trabajadores afectados.

El FOGASA debe ser **citado** desde el mismo momento en que se tenga en cuenta o se presuma la insolvencia de la empresa y se inicie el correspondiente procedimiento judicial.

El derecho a solicitar del FOGASA el pago de las percepciones o prestaciones económicas **prescribe** al año desde la fecha del acto de conciliación, sentencia judicial o auto o resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

Dicho plazo **se interrumpe** por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción.

B. Tiempo de trabajo

1. Determinación temporal del trabajo

(Const art.40.2)

8915 Se hace referencia aquí al tiempo de trabajo a fin de determinar el cómputo del **quantum de la prestación** de servicios, esto es, al periodo temporal que el trabajador a cambio de una retribución se pone a disposición del empleador. A este tiempo de trabajo claro está, hay que fijarle una serie de límites como forma de protección física y psíquica de la persona del trabajador.

Actualmente los **límites** de la jornada laboral están previstos por la Constitución, la cual hace referencia expresamente a un mandato a los poderes públicos para fijar una jornada de trabajo limitado por el reconocimiento del tiempo necesario para el **descanso**, incluido el derecho a unas vacaciones periódicas retribuidas.

El **régimen jurídico** de la jornada se articula en torno a los siguientes **bloques**:

- | | |
|--|----------------------|
| a. Jornada máxima ordinaria | Jornada máxima total |
| b. Jornada máxima extraordinaria | |
| c. Descansos semanales y días festivos | |
| d. Descanso anual: el derecho a las vacaciones | |
| e. Festivos | |

a. Jornada máxima ordinaria

(ET art.34; RD 1561/1995 art.1.2 y 15)

8918 La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de 40 **horas semanales** de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se puede establecer una **distribución irregular** de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo.

Debe respetarse, en todo caso, el **descanso entre jornadas** que ha de ser como mínimo de 12 horas entre el final de la jornada y el comienzo de la siguiente, debiendo el trabajador conocer con un preaviso mínimo de 5 días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular.

El número de **horas ordinarias de trabajo** efectivo no puede ser superior a 9 **diarias**, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas. Los trabajadores **menores de 18 años** no podrán realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.

Siempre que la **duración de la jornada diaria continuada exceda de 6 horas**, debe establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo. En el caso de los trabajadores menores de 18 años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de 30 minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media

Para el **cómputo** de la jornada de trabajo se tiene en cuenta el trabajo efectivo, no el tiempo de presencia, lo que significa que se computa desde la llegada hasta el abandono del puesto de trabajo -no de la empresa- por parte del trabajador.

Las empresas **no** están obligadas a llevar el **registro** de la jornada diaria de sus trabajadores para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados (TS 20-4-17, EDJ 58471 ; 23-3-17, EDJ 30702).

Asimismo, el trabajador tiene derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la **conciliación de la vida personal, familiar y laboral** en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. A tal fin, se ha de promover la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

Finalmente, quedan **excluidos** de esta regulación además de las relaciones laborales especiales, la jornada del capitán, piloto, patrón y otros cargos de trabajos marítimos, así como los médicos y personal de inspección en esos mismos trabajos.

8919

Precisiones

1) No se considera tiempo de trabajo efectivo:

- el mero **fichar**, el **cambio de ropa**, el **transporte**, lugar de recogida de instrumentos de trabajo (por ejemplo, donde se ubican coches-taller para dirigirse al centro de trabajo (TS 12-12-94, EDJ 9743).
- el tiempo en la pausa para el **bocadillo**, si no se pacta expresamente (TS 6-3-00, EDJ 2805), porque del hecho de que la empresa venga retribuyéndolo no se infiere, sin más, que es tiempo de trabajo efectivo (TS 21-10-94, EDJ 8252).
- los denominados **tiempos de disponibilidad**, es decir, aquellos tiempos en los que no se trabaja pero se está localizable (por ejemplo: plus de retén - TS 2-6-89-). Respecto a los tiempos de disponibilidad, suelen regularse a través de los convenios colectivos (TS 29-11-94, EDJ 9513) y reglamentos previstos para ciertas actividades (a saber: transporte, trabajos en el mar) y relaciones especiales (empleadas del hogar, deportistas profesionales...).

2) Es tiempo de trabajo, entre otros:

- el invertido en los **desplazamientos** entre el depósito de armas y el centro donde presta sus servicios (TS 18-9-00, EDJ 44485);
- el tiempo empleado en **limpieza** o actividades similares, para los trabajadores expuestos a determinados riesgos derivados de la especial insalubridad de la actividad a manipular (TS 15-11-91, EDJ 10870);
- el tiempo de desplazamiento que los trabajadores, que **carecen de centro de trabajo fijo** o habitual, dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna el empresario (TJUE 10-9-15, C-266/14).
- los servicios de **guardias médicas** que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral, independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por el interesado durante esas guardias (TJUE 234/2000, 3-10; 272/2004, 5-10 y 361/2005).

b. Jornada máxima extraordinaria

(ET art.35 y 36.1; RD 1561/1995)

8922 Son horas extraordinarias aquellas **que sobrepasan** la duración de la jornada ordinaria de trabajo, ya sea la legal o convencionalmente fijada (TS 18-9-00, EDJ 44485). En la práctica, no es fácil delimitar correctamente las horas extraordinarias, dadas las posibilidades concedidas por la ley de ampliar la jornada diaria o semanal mediante específicos acuerdos de distribución irregular (TS 22-12-92, EDJ 12733 ; 27-2-95, EDJ 1344).

El **número de horas** extraordinarias no puede ser superior a 80 al año. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una **jornada en cómputo anual inferior** a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

A estos efectos, no se computan las horas extraordinarias que hayan sido **compensadas mediante descanso** dentro de los 4 meses siguientes a su realización.

No se tienen en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para **prevenir o reparar siniestros** y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

Se distinguen **dos tipos de horas extraordinarias**:

1. Por necesidades **anómalas** de la empresa (situaciones de necesidad objetiva): pedidos imprevistos, plantillas mermadas por bajas imprevistas, los períodos punta de producción o picos, ausencias imprevistas, etc. Estas sí están admitidas como tales siempre que no puedan atenderse razonablemente mediante el recurso a las modalidades de contratación previstas a tal fin, esto es, el contrato eventual o incluso el contrato a tiempo parcial.

2. Las **habituales** que se aproximan al abuso y al fraude: se utilizan a los propios trabajadores de la empresa para no contratar a más trabajadores.

8923 Las horas extraordinarias se han de **registrar** día a día y se totalizan en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se debe **optar** entre:

- **abonar** las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o;

- **compensarlas** por tiempos equivalentes de descanso retribuido.

En ausencia de pacto al respecto, decidirá el empresario.

Finalmente, la prestación de trabajo en horas extraordinarias es **voluntaria**, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo.

No pueden realizar horas extraordinarias ni los trabajadores **nocturnos**, ni los **menores** de edad (ET art.36 ; RD 1561/1995 art.35.2).

Precisiones

En caso de silencio se aplica el **descanso compensatorio** (TSJ Málaga 24-3-00, EDJ 11342). La doctrina judicial ha matizado la preferencia por la **retribución** en tiempo de descanso atendiendo al buen funcionamiento del proceso productivo (TSJ Cataluña 23-3-00, EDJ 13388).

c. Descanso semanal

(Const art.40.2; ET art.37.1)

8925 A fin de hacer cumplir con el mandato constitucional se establece que el trabajador tiene derecho a un descanso **mínimo** semanal **ininterrumpido**, acumulable por períodos de hasta 14 días, de día y medio. Para los menores de 18 años ese descanso ha de ser de 2 días ininterrumpidos.

Se trata este de un derecho **retribuido** -en la parte proporcional a los salarios devengados- e **irrenunciable** por parte del trabajador.

Por regla general, el **período de disfrute** coincide con la tarde del sábado y todo el domingo, si bien también es posible que en vez del sábado el descanso se disfrute en domingo y parte del lunes.

Precisiones

La regla general del ET- entendida como orientación legal, aunque reproducida con mucha frecuencia en la negociación colectiva que vertebrada alrededor del **domingo** el descanso semanal-, admite modificación a través de numerosos cauces: disposición legal, convenio o pacto colectivo, contrato de trabajo, o costumbre, por más que el artículo solo abra la vía reglamentaria.

La **regulación del período de disfrute** del descanso semanal pertenece al ámbito de lo dispositivo puesto que la voluntad de las partes no se limita en la Ley, ni en cuando al contenido del acuerdo ni en cuanto a su causa justificadora. El Estatuto otorga carácter dispositivo a la determinación del día de descanso, que es, por tanto, indiferente para el legislador. Como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. El TC ha considerado que el hecho de que el legislador establezca como día "preferente" del disfrute del descanso semanal el domingo, en la actualidad **no** tiene ninguna **connotación religiosa**. (TCo 19/1985).

d. Descanso anual

(Const art.40.2; Convenio OIT núm 132; ET art.38)

8928 Los trabajadores tienen derecho a un descanso anual de duración no inferior a **30 días naturales**, el cual puede ser mejorado por negociación colectiva o contrato individual de trabajo.

Estas vacaciones son **retribuidas**.

El periodo o periodos de su disfrute se fija de común acuerdo entre el empleador y el trabajador. El trabajador ha de **conocer las fechas** que le correspondan 2 meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la coincida en el tiempo con una **incapacidad temporal** derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de **suspensión del contrato de trabajo** por maternidad o paternidad, se tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador puede hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Precisiones

1) La duración de las vacaciones es **proporcional** al tiempo de servicios prestados en el año en curso, sin que sea posible exigir un período mínimo de empleo ininterrumpido con el mismo empleador para tener derecho a vacaciones (TJUE 24-1-2012, asunto C-282/2010). Determinadas ausencias **computan como de trabajo efectivo** a estos efectos: enfermedad, accidente, maternidad/paternidad, huelga legal, permisos retribuidos, el tiempo de tramitación de un proceso por despido (posteriormente declarado nulo o improcedente). Por el contrario, **no computan** a estos efectos: ERTE, suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios. En suma, para determinar si generan o no vacaciones habrá de atenderse a la voluntariedad o no de la ausencia.

Si el convenio colectivo fija un mes de vacaciones **por cada año completo** de servicios, ese período ha de computarse de fecha a fecha, y el trabajador disfruta de 30 o 31 días vacaciones, según los casos (TS 18-1-00, EDJ 537). Nuestros tribunales no son proclives al reconocimiento de condición más beneficiosa respecto a la duración vacacional, en particular en el **sector de la enseñanza** (TS 20-12-93, EDJ 11685).

2) La retribución ordinaria del trabajador es la que se debe mantener durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas (TJUE 20-1-2009, asuntos acumulados 350/06 y C501/06; TS 8-6-16, EDJ 82418).

En relación a la retribución vacacional, existe una zona de certeza, en sentido positivo, que lleva a **incluir** conceptos que integran la retribución ordinaria del trabajador individualizado (por ejemplo, el salario base, los complementos debidos a circunstancias personales del trabajador o a la actividad empresarial) y en sentido negativo, lleva a **excluir** los conceptos retributivos extraordinarios (con carácter general, y sin perjuicio de su excepción en circunstancias singulares, los bonus, determinados incentivos, horas extraordinarias, etc). Y una zona de incertidumbre, integrada por **complementos** atribuibles a circunstancias relativas al concreto trabajo realizado (esporádica nocturnidad, aislada turnicidad, horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración, etc.) y cuya calificación como retribución ordinaria o extraordinaria dependerá de las circunstancias concurrentes (TS 8-6-2016, EDJ 83009).

3) El momento del pago de la vacación ha de guardar inmediatez con el de su disfrute y no puede prorratearse a lo largo del año (TJUE 16-3-2006, asunto C-131/04).

e. Festivos

(ET art.37.2)

8929 Las fiestas laborales, que tienen carácter **retribuido y no recuperable**, no pueden exceder de **14 al año**, de las cuales 2 son locales.

Cuando excepcionalmente, por razones técnicas u organizativas, **no puede disfrutarse** el día de fiesta correspondiente, la empresa debe alternativamente:

- permitir un **descanso compensatorio**;
- **abonar**, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo incrementadas en un 75%.

Los **festivos de ámbito nacional** son los siguientes:

- 25 de diciembre, Natividad del Señor;
- 1 de enero, Año Nuevo;
- 1º de mayo, Fiesta del Trabajo;
- 12 de octubre, Fiesta Nacional de España.

Respetando las señaladas, el Gobierno puede trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo en todo caso, objeto de **traslado al lunes** inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan en domingo.

2. Horario de trabajo: trabajo nocturno y a turnos

8930 La **ejecución de la jornada** de trabajo se realiza a través del correspondiente horario de trabajo (TS 22-7-95, EDJ 4436).

El horario de trabajo -al igual que la distribución anual de los días laborales y festivos, así como los descansos semanales o entre jornadas- deben estar formalmente recogidos en el **calendario laboral** de la empresa, el cual es de elaboración anual (TSJ Málaga 28-4-00, EDJ 117363). Dicho calendario ha de exponerse en un lugar bien visible del centro de trabajo, de modo que si no se observa tal exigencia se incurre en una infracción administrativa de carácter leve (ET art.34.6 ; RDLeg 5/2000 art.6.1).

a. Trabajo nocturno

(ET art.36.1 y 2; L 31/1995 art.25)

8932 Se distingue entre el **trabajo** nocturno y trabajador nocturno. El primero de ellos es el que se realiza entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana; mientras que es **trabajador** nocturno el que realiza normalmente en período nocturno una parte no inferior a 3 horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a 1/3 de su jornada de trabajo anual.

Dada esta forma particular de cumplir con la jornada laboral se establecen aquí ciertas **cautelos**:

- el empresario debe **notificar a la Administración** tal horario cuando este se preste de manera habitual (control público);
- prohibición de exceder de **8 horas de promedio** en un período de 15 días y prohibición de realizar **horas extraordinarias**, si bien se admite el que realicen horas ampliadas en determinados supuestos (técnica de prohibición);
- protección en materia de **salud y seguridad** adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa (técnica de protección especial e igualdad de trato).

El trabajo nocturno ha de ser compensado de manera particular (TS 1-12-97, EDJ 9899), así pues, el trabajo nocturno tiene una **retribución específica** que se determina en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos

De conformidad con el principio ergonómico de adaptación del puesto del trabajo a la persona del trabajador, se puede proceder a la modificación del puesto de trabajo para su realización en **horario diurno**, siempre que:

- se constate la existencia de un problema de salud vinculado al trabajo nocturno (sobre el síndrome de apnea el TSJ Castilla-La Mancha 1-7-99, EDJ 20027);
- cuando la empresa haya previsto esa posibilidad y;
- sea profesionalmente apto para su realización.

Precisiones

Aquí no se contienen mínimos retributivos, por lo que el **plus de nocturnidad** (TS 25-2-94, EDJ 1703) debe ser fijado en el convenio de aplicación, salvo que la retribución pactada en el contrato atienda ya a esta singularidad (TS 25-2-94, EDJ 1703), o bien se haya acordado una compensación no monetaria, sino en tiempo libre (TS 4-3-92, EDJ 2109).

b. Trabajo a turnos

(ET art.36.3 a 5)

8934 La organización del trabajo a través del sistema a turnos admite, básicamente, dos **modalidades**, de un lado, la de turnos fijos y, de otro lado, la de turnos rotatorios. El ET únicamente contempla esta última posibilidad.

Por **sistema de trabajo por turno** se entiende toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

Esta regulación supone la **facultad del empresario** de establecer esta forma de realización del trabajo atendiendo a las características de su actividad y de la empresa. Ahora bien, se establece un **límite** y es que en las empresas con procesos productivos continuos durante las 24 horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tiene en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador ha de estar en el de noche más de 2 semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Las empresas que, por la naturaleza de su actividad, tengan implantado un régimen de trabajo a turnos que incluya **domingos** y demás días **festivos**, pueden efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

Al igual que ocurre con el trabajo nocturno, el empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de **adaptación del trabajo a la persona**, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deben ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los períodos de descanso durante la jornada de trabajo.

V. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo

8960	A. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo	8963
	1. Modificación subjetiva en el contrato de trabajo	8966
	2. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus tipologías	8969
	B. Suspensión del contrato de trabajo	8985
	1. Concepto y efectos	8985
	2. Interrupciones no periódicas de la relación laboral	8990
	3. Causas de suspensión del contrato de trabajo	8997
	C. Extinción del contrato de trabajo	9040
	1. Configuración técnica del fenómeno extintivo	9040
	2. Clasificación de los supuestos extintivos	9043
	a. Mutuo acuerdo	9045
	b. Causas de extinción vinculadas con el cumplimiento de las condiciones pactadas (condición resolutoria)	9047
	c. Despido colectivo	9050
	d. Despidos colectivos por fuerza mayor	9055
	e. Despido disciplinario	9058
	f. Extinción por causas objetivas	9087
	g. Extinción del contrato por voluntad del trabajador	9112
	h. Desaparición de las partes: incapacidad permanente y jubilación	9130

A. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

8963 En el ámbito civil o mercantil las contrataciones que se llevan a cabo suelen ser de tracto único. En sentido contrario, en el ámbito laboral estamos ante un contrato de tracto sucesivo donde la relación de trabajo se concibe para prolongarse en el tiempo. Ello es así porque el factor trabajo se erige en el modo y medio de vida -a cambio de la contraprestación salarial- de un amplio y mayoritario porcentaje de población. Lo expuesto implica que para adaptarse a los cambios que pueden experimentar los derechos y obligaciones de las partes sea necesario prever la posibilidad de **adaptación a las circunstancias cambiantes** de la organización productiva. En el contexto descrito se enfrentan dos principios jurídicos relevantes: el de estabilidad en el empleo, expresivo de la protección del trabajador; y el de rendimiento empresarial garante de la productividad empresarial y del sistema económico. De la confluencia de los principios expresados se deducen las medidas de **flexibilidad laboral** que permiten al empresario, en el uso de su facultad organizativa, modificar unilateralmente determinadas condiciones pactadas. Ello no permite, como aclara la jurisprudencia, que esa facultad sea ilimitada, excluyéndose la validez del pacto individual impuesto por el empresario

consistente en una autorización incondicionada a la empresa para introducir las modificaciones que estime oportunas, dado que suponen una renuncia de derechos indisponibles (TS 7-11-08, EDJ 305153). En lo que se refiere al **trabajador** este carece de la facultad unilateral de imponer cambios al empresario en las condiciones de trabajo con la excepción de aquellos supuestos en que por vía legal o convencional se le reconozcan derechos en tal sentido.

1. Modificación subjetiva en el contrato de trabajo

(ET art.44)

8966 La prestación de servicios por parte del **trabajador** es personalísima no siendo factible por tal motivo la **sustitución** del mismo, de modo que un cambio en este sentido determina la extinción del contrato de trabajo preexistente.

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de los **cambios de titularidad en la empresa**. En este caso, en aplicación de los principios de estabilidad en el empleo y racionalidad organizativa, el ET recoge el derecho al mantenimiento de los derechos del trabajador, expresando que no se extingue la relación laboral en los supuestos de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad autónoma de la misma. Los **requisitos** que se exigen para la finalidad expuesta han de contemplar una condición subjetiva, que implica que se produzca un cambio efectivo o real en la titularidad empresarial, y otro de carácter objetivo en el sentido de que lo cedido o transmitido tenga suficiente autonomía económico-organizativa. Se incorporan dentro de los supuestos indicados los supuestos de **sucesión inter vivos** en los que el cambio de titularidad opera bien a título particular (supuestos de venta, cesión, arrendamiento, constitución de una sociedad) o a título universal (a través de una fusión de tipo societario). También caben las modalidades **mortis causa**, y asimiladas por la ley, las cuales operan cuando se produce una incapacidad impositiva en la figura del empresario o bien su jubilación, siempre y cuando se dé la circunstancia concurrente de la continuidad en el ejercicio empresarial, sin que se produzca la extinción ex ET art.49.1.g (nº 9136).

Para que opere el cambio de titularidad es preciso cumplir con los requisitos legales de carácter procedimental. A tal efecto, el empresario cedente y el cesionario deben **informar** a los **representantes legales** de los trabajadores de las respectivas empresas acerca de:

- la fecha de la transmisión;
- los motivos de la misma;
- las consecuencias de orden jurídico, económico y social que afecten a los trabajadores y;
- las medidas previstas en relación a los trabajadores.

La principal garantía que se desprende del cambio de titularidad empresarial reside en la **subsistencia de la relación laboral** (TS 24-7-95, EDJ 3985), de modo que el nuevo empleador ocupa la posición del anterior manteniéndose tanto las obligaciones contractuales de las partes como los derechos convencionales derivados del convenio colectivo aplicable con carácter previo a la transmisión.

Además, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, **responden solidariamente** durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

También responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito (CP art.311).

2. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus tipologías

(ET art.41)

8969 Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se pueden producir a través de diferentes **fórmulas**. En primer término se ha de advertir que el **trabajador** no puede imponer de forma unilateral modificaciones en las condiciones de trabajo, salvo cuando las mismas deriven del reconocimiento de un derecho de carácter legal o convencional. En tales supuestos se encuentran la reducción de jornada por motivo de lactancia, cuidado de hijos o adoptados, o por causa de violencia de género (ET art.37.4 a 8). En segundo lugar la modificación aludida, siempre que no comporte una situación de abuso de derecho, ni renuncia de derechos de los trabajadores, puede derivarse de un **acuerdo o pacto de carácter individual**. En tercer lugar hay que remitirse a la fórmula típica que se desprende del ET art.41 donde se contemplan las modificaciones unilaterales introducidas por la **dirección de la empresa**. Debe apreciarse al respecto que no se trata de hacer uso de las facultades disciplinarias propias de la empresa, sino de un cambio sustancial de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo.

Véase, desde el punto de vista de la teoría del derecho, que se trata de un criterio contrario al contenido en el **Derecho Civil**, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes (CC art.1256 en relación con el CC art.1091, 1115, 1124, 1449, 1594 y 1773).

8972 Motivación

La empresa dispone de la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo previamente establecidas con sus trabajadores como consecuencia de la facultad contemplada en el ET art.41 . La opción que se plantea no puede ser arbitraria sino que exige la **conurrencia de razones probadas** de carácter económico, técnico, organizativas o de producción. Se consideran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

La interpretación que se ofrece al precepto es pues finalista debiendo ponderarse los intereses en juego, ya se trate de una medida de flexibilidad externa (adaptación de la plantilla) o interna (adaptación de las condiciones de trabajo), buscándose en cualquier caso una situación de equilibrio entre libertad de empresa y derecho al trabajo, correspondiendo al juez la fijación de un **control de razonabilidad** de la causalidad alegada por la empresa para justificar la modificación acordada (TS 27-1-14, EDJ 17352).

8974 Concepto

La modificación sustancial incorpora un criterio de transformación o modificación de la relación laboral y, en modo añadido, el carácter de relevante o significativo que incorpora la misma. La **valoración** consecuente ha de tener en consideración la condición afectada, la entidad del cambio, su prolongación en el tiempo y el eventual perjuicio que se pueda producir al trabajador.

8976 Condiciones de trabajo

(ET art.41.1)

El ET incorpora las condiciones laborales susceptibles de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Pueden **afectar** a:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando las mismas excedan de los límites que para la movilidad funcional establece el ET art.39 .

Se debe tener en cuenta respecto a las condiciones relacionadas que cualquier tipo de afectación en las mismas no lleva a la aplicación del precepto indicado dado que para ello no pueden apartarse de la condición de **sustancial**.

Además **no** puede considerarse **exhaustiva** la relación aludida dado que se utiliza una fórmula abierta a través de la expresión «entre otras». No cabe, por el contrario, imponer una modificación de modalidad contractual o convertir una relación laboral a tiempo completo en otra a tiempo parcial. Esta última apreciación deriva de la prohibición expresa que se contempla legalmente (ET art.12.4.e), siendo una pretensión tan recurrente como insostenible en tiempos de crisis pues resulta inviable la aplicación en este caso del ET art.41.1.a .

Las condiciones que pueden ser **objeto de modificación** pueden ser las que deriven del contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos, así como de las decisiones de los empresarios de efectos colectivos. Como excepción cuando se trata de convenios colectivos estatutarios se establecen cauces procedimentales específicos (ET art.82.3).

8978 Modificaciones individuales y colectivas

(ET art.41.2)

La norma contempla dos tipos de modificaciones en función de su carácter individual o colectivo. Cuando se trata de una modificación individual el procedimiento es más sencillo y ágil. La **línea divisoria** viene determinada por el número de trabajadores afectados por la medida de modo que alcanza el carácter de colectiva cuando afecte a un número que alcance:

- a 10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores;
- al 10% en empresas que empleen entre 100 y 300 trabajadores;

- a 30 trabajadores para las que ocupen a más de 300 trabajadores.

Se establece la prevención legal de declarar la existencia de **fraude de ley**, y la consecuente nulidad, de las modificaciones sustanciales acordadas cuando en periodos sucesivos de 90 días se acuerden modificaciones de condiciones con el fin de eludir las previsiones establecidas para las modificaciones colectivas.

8980 Procedimiento de modificación individual

(ET art.41.3)

La modificación sustancial de carácter individual se debe **comunicar** por la empresa al trabajador y a los representantes de los trabajadores con una antelación de 15 días a su fecha de efecto. La decisión adoptada no comporta ningún trámite adicional mostrando carácter ejecutivo.

El trabajador **disconforme** con la decisión empresarial puede optar por:

1. Extinguir el del contrato en los siguientes supuestos:

- **rescisión** del contrato de trabajo, con derecho percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de 9 mensualidades, cuando resulte perjudicado por la decisión empresarial, siempre que la modificación afecte a alguna de las siguientes materias: jornada de trabajo, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, cuantía salarial o funciones;

- **resolución** del contrato, cuando la modificación cause menoscabo de la dignidad del trabajador y no se hayan seguido las formalidades estatutarias, cualquiera que sea la materia afectada por la modificación.

2. Impugnar judicialmente la decisión adoptada si entiende que la misma no es ajustada a derecho (LRJS art.138), en cuyo caso la sentencia debe pronunciarse acerca de la eventual justificación de la medida adoptada, de modo que en caso de no serlo el trabajador ha de ser repuesto en las anteriores condiciones previas a la modificación.

8982 Procedimiento para las modificaciones colectivas

(ET art.41.4 y 5)

Cuando la modificación sustancial tenga naturaleza colectiva es preciso previamente llevar a cabo un **período de consultas** con los representantes de los trabajadores, al objeto de debatir las causas motivadoras de la decisión empresarial, acerca de la posibilidad de evitar o reducir los efectos de la misma y de la adopción de las medidas necesarias para atenuar las consecuencias que se puedan derivar para los trabajadores afectados.

Para la **constitución de la comisión negociadora** se concede un plazo de 7 días -que son 15 para el supuesto de que alguno de los centros de trabajo afectados no cuente con representantes-. Esta comisión está integrada por un máximo de 13 componentes.

La **duración máxima** para el desarrollo del período de consultas se fija en 15 días, si bien cabe una prórroga del plazo de producirse acuerdo al respecto. La empresa tiene la obligación de informar en términos de razonabilidad acerca de las medidas propuestas y las causas que las justifican (ET art.64.6). Asimismo tiene la obligación de **negociar de buena fe** permitiendo que se planteen valoraciones y contrapropuestas que se deben evacuar de forma razonable (TS 30-6-11, EDJ 198200).

Las consultas pueden o no finalizar con **acuerdo**. De producirse debe precisar la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. En tal caso, la modificación sustancial se lleva a cabo en virtud de lo acordado.

Verificado el acuerdo se presume que concurren las causas justificativas legales de modo que este solo puede ser **impugnado** ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Para el supuesto de que **no se produzca el acuerdo** el empresario mantiene la facultad de adoptar la decisión de modificación sustancial a los trabajadores afectados, de modo que surte efecto en el plazo de 7 días siguientes a la notificación.

Es de notar que respecto del **procedimiento colectivo la impugnación judicial** tiene carácter preferente, extendiéndose la capacidad para accionar a cada uno de los trabajadores afectados -quienes también conservan el derecho a rescindir su contrato de trabajo con abono de la indemnización señalada-, en tanto que también cabe la reclamación en conflicto colectivo siguiendo el cauce procesal al efecto (LRJS art.153 s.).

B. Suspensión del contrato de trabajo

1. Concepto y efectos

8985 Concepto

La suspensión del contrato de trabajo comporta una interrupción de la prestación de servicios junto con el cese de las obligaciones principales derivadas del contrato (de forma referente, la contraprestación determinada por el pago del salario), si bien se mantiene el vínculo entre las partes (TS 25-6-01, EDJ 27606). Contempla el **principio de estabilidad en el empleo** ya que, a pesar de que aparecen obstáculos temporalmente impeditivos de la prestación laboral, no se produce la extinción del contrato de trabajo sino la paralización de sus efectos. Por lo anterior, no cabe confundirla con la **interrupción de la prestación de servicios** en aquellos supuestos legalmente definidos en que se mantiene la obligación de pagar salarios -significativamente en vacaciones, días festivos o permisos-, en tanto que se entiende que no concurre una alteración significativa de la relación laboral. También debe diferenciarse de la **extinción del contrato de trabajo** al implicar esta una ruptura definitiva de la relación laboral, o de algunos tipos de excedencias que pueden incorporar determinadas garantías respecto a la reserva del puesto de trabajo.

8987 Efectos

(ET art.45.2)

La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, lo que implica que los **deberes básicos** de la relación laboral (prestación de servicios y pago de salarios) quedan en suspenso, manteniéndose en vigor el resto de efectos del contrato. Entre ellos, de forma significativa, se mantiene el **deber de buena fe contractual** entre las partes a tenor del cual no cabe que el trabajador incurra en competencia desleal (TS 11-12-89, EDJ 11093). En relación a otras circunstancias, como la obligación de alta y de cotización a la Seguridad Social, los efectos son distintos según la causa suspensiva de que se trate.

El derecho a la **reserva del puesto de trabajo** es el principal efecto que se produce. A tenor del mismo, cuando se produzca el cese de la causa de suspensión se mantiene el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado (ET art.48.1). Para que este derecho sea efectivo es preciso que el trabajador solicite la **reincorporación** en el momento en que desaparezca la causa que justificó la suspensión (TS 15-4-95, EDJ 3281). Para el supuesto de que, frente a tal solicitud, el empresario rechace la readmisión el trabajador puede accionar por despido (TS 7-3-90, EDJ 2571). De otro lado, si se produce alguna irregularidad destacada en la readmisión, la acción de que dispone el trabajador para el caso de concurrencia de un incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, sería la de extinción del contrato de trabajo ex ET art.50 (TS 8-11-93, EDJ 10022). La consecuencia, no obstante, de que el trabajador no solicite de forma temporánea su readmisión puede entenderse como una dimisión tácita, pudiéndose considerar en tal caso que se ha producido una extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (TS 15-4-94, EDJ 3281). El mantenimiento del vínculo laboral deja vía libre para que el empresario pueda ejercitar la acción de resolución del contrato laboral justificado en causas legales, debiéndose tener en consideración a estos trabajadores en los expedientes de regulación de empleo que se puedan producir (TS 19-7-88).

2. Interrupciones no periódicas de la relación laboral

8990 En este marginal se **diferencian** las causas de suspensión que aparecen propiamente como tales en el ET (nº 8997) de otros supuestos asimilables (nº 8992 y nº 8994) en los que se produce una interrupción del trabajo, o suspensión impropia, por causas imputables bien al trabajador, bien a la empresa. Son dos supuestos que, de una forma un tanto asistemática, contempla el ET relativos a la interrupción de las prestaciones características del contrato de trabajo. Se trata de supuestos en los que, persistiendo la continuidad del vínculo, la prestación no se cumple pero el trabajador mantiene su derecho al salario.

8992 Interrupción del trabajo por causas imputables al empleador

(ET art.30)

Ante una situación de imposibilidad de la prestación por motivos imputables al empresario, y no al trabajador, este conserva el **derecho a percibir su salario** sin que pueda entrar en juego ningún tipo de compensación. Se ha de apreciar, en este caso, que se trata de una relevante excepción del principio consagrado en el CC, a tenor del cual la imposibilidad de la prestación libera al deudor del pago en las obligaciones de hacer (CC art.1184), incluyendo los supuestos de pago de los servicios (CC art.568 y 1590), obviando en consecuencia la reciprocidad de las prestaciones (CC art.1124). Se aprecia como el precepto implica la no aplicación de la consecuencia fundamental asociada al fenómeno suspensivo que se traduce en la obligación de trabajar y de retribuir el trabajo. De este modo,

el trabajador es ajeno a los riesgos de la actividad productiva y dependiente del empresario de modo que no ha de cargar con las consecuencias derivadas de que la contraprestación devenga imposible.

8994 Interrupciones no periódicas por parte del trabajador

(ET art.37.3, 4, 5, 7 y 8)

El trabajador puede ausentarse del trabajo manteniendo el derecho a la remuneración por alguno de los motivos que se relacionan -contemplados como permisos retribuidos- y por el tiempo que se señala.

1. Matrimonio. En este caso se dispone de 15 días naturales.

2. Nacimiento de hijo y fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de **parientes** hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. En este supuesto se dispone de dos días, si bien cuando a tenor de los motivos indicados el trabajador precise realizar un desplazamiento al efecto, el plazo se amplía a cuatro días.

Deben incluirse como afines de 1^{er} grado los **hijos del cónyuge** (hijastros) y el **cónyuge del padre/madre** (madrastra/padastro), sin que sea necesario que el hijo o hija previamente sea huérfano, ni siquiera que exista un verdadero lazo afectivo (AN 2-2-15, EDJ 180095). En relación con la base imponible del impuesto sobre sucesiones, los tribunales han considerado que el parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo (porque se anula o disuelve), se extingue cualquier relación parental y el parentesco por afinidad desaparece.

3. Traslado del domicilio habitual. En este caso se dispone de un día.

4. Desplazamiento por el tiempo indispensable para el **cumplimiento de un deber inexcusable** de carácter público y personal, incluyendo el ejercicio del sufragio activo.

5. Tiempo empleado para la realización de **funciones de carácter sindical o de representación del personal** en los términos establecidos legal o convencionalmente.

6. Tiempo indispensable para que la trabajadora embarazada pueda realizarse **exámenes prenatales** y acudir a la **realización de técnicas de preparación al parto** que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo. La facultad se amplía en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las sesiones que resulten preceptivas de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales que preceden a la declaración de idoneidad siempre y cuando los mismos deban realizarse dentro de la jornada laboral.

7. Lactancia del menor. Hasta que el menor cumpla nueve meses en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (ET art.45.1.d), el trabajador tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo, tiempo que se puede dividir en dos fracciones y que se incrementa de forma proporcional en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. De otro lado, quien ejercite este derecho puede optar por reducir su jornada en media hora o acumularlo en jornadas completas a tenor de lo que pueda prever la negociación colectiva o el pacto que se establezca con el empresario; en todo caso, la acumulación irá referida a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción (TS 19-4-18, EDJ 59017). El derecho citado es de carácter individual, corresponde a hombres o mujeres, pero solo puede ejercitarse por uno de los progenitores en el supuesto de que ambos trabajen. De otro lado, los convenios colectivos pueden establecer criterios que conjuguen el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades organizativas y productivas que presenten las empresas. Debe realizar un preaviso, que solo se excepciona si concurre fuerza mayor, con una antelación de 15 días debiéndose precisar la fecha de inicio o fin del permiso de lactancia o de reducción de jornada.

8. Hijos prematuros u hospitalizados tras el parto. En este caso bien la madre o el padre tienen derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, pueden ejercitar la facultad de reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, si bien en este caso se aplicaría una disminución proporcional del salario.

9. Guarda legal. Aquel que tuviera a su cuidado directo a un menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no lleve a cabo una actividad retribuida tiene la facultad de reducir la jornada diaria de trabajo con la disminución proporcional de salario entre un octavo y la mitad de la duración de aquella. Este derecho se extiende a quien precise el cuidado directo de un familiar -hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad- que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, ni prestar servicios de forma retribuida. También se aplica cuando se trate de hijos o adoptados por parte del trabajador, hasta el límite de edad de 18 años, que padezcan cáncer u otra enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y precise de su cuidado directo, continuo y permanente, debiendo acreditarse esta circunstancia de modo fehaciente.

10. Víctimas de violencia de género o terrorismo. Los trabajadores víctimas de violencia de género o de violencia terrorista pueden reducir la jornada con reducción proporcional del sueldo y acudir a la reordenación del tiempo de trabajo, adaptando el horario o aplicando horario flexible.

En todos estos supuestos el **procedimiento** a seguir obliga a dar aviso previo a la empresa debiendo justificarse adecuadamente la razón que acredite el permiso interesado y que dependerá de la causa alegada. En cuanto a los efectos que derivan de las interrupciones relacionadas hay que destacar que en nada alteran el contrato de trabajo, incluyendo el derecho al salario devengado sin que quepa realizar descuentos.

3. Causas de suspensión del contrato de trabajo

(ET art.45)

8997 Las causas de suspensión del contrato de trabajo que se relacionan en el ET son las siguientes:

9000 Mutuo acuerdo y causas válidamente consignadas en el contrato

(ET art.45.1.a y b)

En este caso, las partes contratantes en la relación laboral, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, ante una concreta eventualidad pueden pactar de mutuo acuerdo y en cualquier momento que se produzca la suspensión del contrato de trabajo con el régimen que específicamente se pacte. También cabe la suspensión cuando se verifique una determinada condición de alguna de las causas consignadas válidamente en el contrato quedando garantizada la reserva del puesto de trabajo.

9002 Incapacidad temporal

(ET art.45.1.c)

En este supuesto el Estatuto se remite a la normativa de Seguridad Social debiendo concurrir para los efectos suspensivos consecuentes el doble **requisito** que allí se contempla (LGSS art.169). En efecto, el trabajador que padezca enfermedad común o profesional o bien haya sufrido un accidente, sea o no de trabajo, ha de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social y debe estar impedido para el trabajo. Una vez verificada esta situación por los facultativos de la sanidad pública mediante la expedición de los partes médicos de baja y confirmación, la entrega de los mismos a la empresa provoca un periodo suspensivo del contrato de trabajo comprendido entre la baja y el alta médica, siempre que la duración se encuentre dentro del tiempo máximo establecido.

Respecto de la **duración** de la capacidad suspensiva de la IT se ha de considerar que coincide con los plazos legalmente previstos para la misma, esto es: 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante los mismos se puede producir el alta por curación, computando a tales efectos los periodos de recaída y de observación (LGSS art.169.1.a).

En cuanto a las **acciones judiciales** que cabe instar por el trabajador **frente al alta médica**, es relevante indicar que la impugnación, por sí misma, no prorroga la situación suspensiva hasta que se produzca la sentencia, toda vez que se trata de un acto administrativo que goza de presunción de validez hasta en tanto pueda ser revisado por los órganos jurisdiccionales. Por su parte, la demora en la reincorporación podría provocar la reacción de la empresa recurriendo al despido disciplinario basado en ausencias injustificadas al trabajo.

La situación suspensiva varía en función de que el **alta médica** declare la plena capacidad para el trabajo (curación), mejoría que permita la realización del trabajo, o bien proponga una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados. Si esta propuesta se produce en el grado de **incapacidad permanente parcial** -la cual ocasiona una disminución de la capacidad laboral no inferior al 33% del rendimiento normal de la profesión habitual- se mantiene el derecho a la reincorporación. En forma complementaria se ha de considerar que, una vez expirada la situación de incapacidad temporal por alta con declaración de **incapacidad permanente** en los grados de **total, absoluta o gran invalidez**, de considerarse que existe posibilidad de revisión por mejoría en el corto plazo, la resolución que la contemple puede acordar que se mantenga la suspensión durante el plazo de dos años más (ET art.48.2).

9004 Supuestos relacionados con la maternidad y paternidad

(ET art.45.1.d y e)

Se regulan diferentes supuestos relacionados con la situación de maternidad y paternidad que han de analizarse por separado.

9006 Maternidad

(ET art.48.4)

El supuesto básico contemplado en el precepto tiene que ver con la situación del proceso normal de **maternidad biológica**. En tal caso, se establece que la suspensión del contrato de trabajo tiene una **duración** de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables para el supuesto de parto múltiple, en 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo.

La distribución de este periodo se produce al ejercitar su derecho de opción la titular -la trabajadora- con la limitación de que 6 semanas han de disfrutarse de modo obligado después del parto y exclusivamente por la madre.

Debe tenerse en cuenta que en el **supuesto de riesgo para la salud de la madre o del feto**, lo que procede es recurrir a la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo (nº 9012) o bien por incapacidad temporal (nº 9002), cuya duración no se puede descontar de la maternidad.

En el caso de incapacidad de carácter temporal, la madre puede optar de forma voluntaria por el descanso maternal antes del parto, aunque le resulta más favorable mantenerse en esa situación hasta el parto, en cuya fecha ha de pasar de forma necesaria a la suspensión por maternidad. Si al finalizar el periodo de maternidad la trabajadora **no pudiera** por motivo de enfermedad **reincorporarse** a su puesto de trabajo se reanuda el cómputo interrumpido (RD 295/2009 art.10.2) aún en el supuesto de que se hubiera extinguido el contrato.

La norma no exige que el hijo nazca vivo, al referir exclusivamente la existencia del parto. De **fallecer el hijo**, el periodo de suspensión no se ve minorado salvo que, una vez finalizado el período obligatorio de descanso de 6 semanas, la madre solicitara la reincorporación a su puesto de trabajo. Para el supuesto de fallecimiento del feto el período de suspensión se ajusta a las 6 semanas posteriores al parto, aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas para adquirir la personalidad (CC art.30), siempre que en tal caso hubiera permanecido en el seno materno durante al menos 180 días (RD 295/2009 art.8.4).

Si bien la **titular del derecho originario** es la madre, el otro progenitor puede ser titular derivado en dos supuestos (ET art.48.4 ; RD 295/2009 art.3.2).

a) Fallecimiento de la madre durante el parto o en momento posterior y dentro del período de descanso previsto legalmente, y ello incluso en el supuesto de que la madre no hubiera estado incluida en el sistema de Seguridad Social. En tal caso, el otro progenitor puede hacer uso bien de la totalidad o, en su caso, del tiempo que reste del periodo de descanso computado desde la fecha del parto sin que se descuente el tiempo que la madre pudiera haber disfrutado con anterioridad al parto.

b) Opción llevada a cabo por la **propia madre** quien voluntariamente así debe expresarlo al iniciarse el período de descanso por maternidad, justificándose que esa opción sea conocida a tiempo por la empresa por motivos de carácter organizativo. Esta opción a favor del padre solo resulta admisible cuando no suponga un riesgo para la salud de la madre, siendo necesario que ambos progenitores trabajen.

En lo que respecta al uso normativo del **término progenitor** se ha de llamar la atención acerca de que permite la realización de una interpretación amplia por la que se puede entender como titular de los derechos reconocidos a quien ostente tal condición pese a que no exista vínculo matrimonial reconocido. Tampoco excluye el supuesto del matrimonio de dos mujeres a raíz de la opción que permite la concepción a través de la inseminación artificial (L 14/2006 art.7.3) pues en tal supuesto la mujer cónyuge se convierte automáticamente en progenitor si consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

9008 Paternidad

(ET art.45.1.d y disp.trans.7ª)

Esta causa, prevista en la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007) con la finalidad de fomentar la corresponsabilidad entre los progenitores en el cuidado de los hijos, es independiente de la posibilidad de disfrute compartido del período de descanso por maternidad. En el **supuesto de parto**, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor; si se trata de **adopción o acogimiento**, solo uno de los progenitores, a elección de los interesados, salvo que el período de descanso por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, en cuyo caso solo puede ser el otro.

La **duración** es de 5 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. (La duración se ha ampliado de 4 a 5 semanas a partir del 5 de julio de 2018, L6/2018 disp.final 38).

El progenitor que reúna los requisitos para ello (LGSS art.352), tiene derecho a percibir un subsidio (LGSS art.357) durante la suspensión del contrato.

9010 Adopción o acogimiento

(ET art.45.1.d)

Es causa de suspensión del contrato de trabajo la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. En estos casos, al igual que en la maternidad, se mantiene el derecho a percibir prestaciones de Seguridad Social que compensan la pérdida del salario.

La aplicación de las expresadas situaciones jurídicas nos llevan a la normativa civil donde la **adopción** (CC art.178.1) produce la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia anterior constituyéndose judicialmente, en tanto

que el **acogimiento familiar** mantiene los vínculos previos de parentesco pero produce la plena participación del menor en la vida de la familia. En tales supuestos la regulación se lleva a cabo conforme a lo previsto en el Código Civil (CC art.173) o las leyes de las Comunidades Autónomas que la regulen cuando su duración no sea inferior a un año en los supuestos de:

- menores de seis años;

- menores de edad que sean mayores de seis años bien discapacitados o bien cuando sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, ofrezcan especiales dificultades de reinserción social y familiar, debiéndose acreditar estas circunstancias por los servicios sociales competentes.

En cuanto a la **duración de la suspensión**, esta depende de la edad del adoptado aunque grosso modo se puede afirmar que los plazos son equiparables a los propios de la maternidad. Para el caso de los **menores de 6 años** el plazo es de 16 semanas, ampliables para los supuestos de adopción o acogimiento múltiple a dos semanas por cada hijo, a partir del segundo. En relación a los **menores con más de 6 años** la duración también equivale a 16 semanas, si bien éstas no son ampliables en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples. En estos dos supuestos, si el menor sufre una discapacidad el derecho a la suspensión se amplía en dos semanas.

9012 Riesgo durante el embarazo

(LPRL art.26; ET art.48.8; RD 295/2009 disp.adic.2ª)

La aprobación de la LPRL y de la L 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, han traído consigo nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo vinculadas a la situación de embarazo. La situación de riesgo durante el embarazo constituye una **medida de seguridad y salud en el trabajo** y de ahí su regulación en la LPRL. Viene a cubrir situaciones de riesgo en el trabajo a las que se encuentran expuestas las mujeres trabajadoras embarazadas. No se trata de una situación de incapacidad temporal dado que la trabajadora no padece una enfermedad, sino de que las exigencias del puesto de trabajo desempeñado generan una situación de riesgo en la realización de la actividad laboral que conviene corregir. Remitiéndonos a la norma de aplicación se hace preciso que las condiciones del puesto de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Verificada esta situación descrita la empresa tiene la obligación de **cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo** o bien llevar a cabo las medidas de adaptación que eliminen la situación de riesgo.

La situación de riesgo debe quedar refrendada por una **certificación** de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas colaboradoras, previo informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora. Debe distinguirse con claridad la situación de riesgo que deriva de la realización del trabajo de aquella que deriva de las **complicaciones que puedan surgir del embarazo**, caso este último que debe derivar en una situación de incapacidad temporal, distinta a la situación de riesgo por embarazo.

En el punto descrito, debe verificarse la **imposibilidad de cambiar de puesto de trabajo** o función a la trabajadora al objeto de que pueda desempeñar su actividad laboral en puestos compatibles con su estado. En este caso, el empresario debe justificar de forma adecuada la inviabilidad del cambio de puesto de trabajo a efectos de la evitación del riesgo. A estos efectos debe concurrir una imposibilidad técnica u objetiva, bien por inexistencia de puestos de trabajo exentos de riesgo o bien porque la trabajadora carece de la aptitud precisa para la realización de los que existen. La imposibilidad también puede calificarse como relativa si el cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. El efecto de la suspensión se traduce en el derecho a la percepción de una prestación de Seguridad Social que se mantiene durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud, mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. La **suspensión se mantiene** hasta que la trabajadora pase a situación de suspensión por maternidad o bien desaparezcan los riesgos que afectaban al puesto de trabajo.

9014 Riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses

(LPRL art.26; ET art.45.1.e y 48.8)

Para que la suspensión pueda plantearse, la evaluación de riesgos laborales (LPRL art.16) ha de detectar que las condiciones en que se desempeña la prestación de servicios por la trabajadora pueden influir de forma negativa bien en la salud de la mujer, bien en la del hijo en razón a la naturaleza, grado y exposición a agentes, procedimientos o condiciones laborales que no sea posible evitar de forma razonable, sin que sea factible de otro lado, cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo. Para la **acreditación de la situación protegida** es precisa la certificación médica por parte del médico que asista facultativamente a la trabajadora.

La eventual **beneficiaria** solo puede ser la mujer trabajadora, quien percibe una prestación económica de la Seguridad Social (LGSS art.188 s.). La suspensión derivada de esta causa **finaliza** bien a los nueve meses o bien en el momento en que desaparezca la imposibilidad de reincorporarse al puesto de trabajo o a otro compatible con el estado de la trabajadora.

9017 Ejercicio de cargo público representativo

(ET art.45.1.f y 46.1)

El régimen de esta causa suspensiva del contrato aparece concretado y desarrollado por el ET que contempla la **excedencia forzosa** por designación o elección para un cargo público que no haga posible la asistencia al trabajo (nº 9027). La identificación del supuesto lleva a la situación del elegido democráticamente a través de unas elecciones para el desempeño de un cargo. El objetivo finalista reside en facilitar el acceso de los ciudadanos a cargos políticos representativos, sin que ese derecho deba verse limitado para quienes ejercen un trabajo por cuenta ajena.

9019 Privación de libertad del trabajador

(ET art.45.1.g)

Es causa de suspensión del contrato de trabajo la privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria. El **fundamento jurídico de la medida** reside en la presunción de inocencia (Const art.24) de modo que queda justificada la inasistencia al trabajo hasta que se produzca una sentencia penal condenatoria que imposibilite el cumplimiento de la prestación laboral como consecuencia de la condena de privación de libertad. Para que opere la suspensión se precisa la **comunicación al empresario** salvo que concurra imposibilidad manifiesta, finalizando el término suspensivo a través de la sentencia penal o la concesión de la libertad provisional. La situación se mantiene si la situación de libertad queda pendiente de recurso (TS 13-12-83, EDJ 6692) de modo que para que deje de operar el efecto suspensivo de la causa de suspensión, la sentencia condenatoria ha de ser firme.

9021 Suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias

(ET art.45.1.h)

Una vez que el ET ha procedido a prohibir las multas de haber (ET art.58.3) persiste la posibilidad de interrumpir los efectos del contrato de forma temporal atendiendo a una medida disciplinaria que suele aparecer regulada en el régimen disciplinario de los **convenios colectivos**.

9023 Fuerza mayor temporal

(ET art.45.1.i)

La situación de fuerza mayor viene vinculada a una situación de temporalidad, de modo que sus **efectos** han de estimarse **transitorios**. Pese a que no se encuentra definida legalmente aparece descrita en la jurisprudencia como aquella situación externa imprevisible e inevitable que impide el desarrollo de la actividad empresarial (TS cont-adm 8-3-02, EDJ 6309) determinándose así el criterio que podemos tener en cuenta para la aplicación de este motivo de suspensión del contrato de trabajo.

Entre las **causas** que la provocan se ha distinguido entre la fuerza mayor **propia** (asociada a hechos de carácter catastrófico como inundaciones, incendios, plagas, etc.) o **impropia** cuando la imposibilidad deriva de decisiones de la Administración de carácter imprevisible o inevitable que no permiten la continuidad de la actividad laboral (TS 5-7-00, EDJ 21783). En este último caso citado se alude a la revocación del resultado de un concurso oposición por sentencia firme. No cabría considerar fuerza mayor una decisión de los poderes públicos apoyada en un criterio de ilicitud dado que en este supuesto faltaría la condición de la involuntariedad.

La fuerza mayor, de otro lado, puede justificar la **reducción temporal de la jornada de trabajo** con un criterio paralelo al producido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a través de un procedimiento similar (ET art.51.7 ; RD 1483/2012 art.31, 32 y 33). De lo expuesto se infiere que la empresa habría, en tal caso, de iniciar un procedimiento a través de solicitud acompañada de la prueba oportuna que acredite la situación, comunicando simultáneamente a los representantes de los trabajadores que pueden intervenir como parte interesada. La autoridad laboral en este caso recaba informe de la Inspección de Trabajo y tras la tramitación del expediente administrativo y con audiencia de partes dicta la resolución correspondiente (RD 1483/2012 art.33) en el término de cinco días constatando la existencia de fuerza mayor y desplegando efectos retroactivos desde la producción del hecho causante. Para el caso de acordarse la suspensión por fuerza mayor los trabajadores pueden acceder a la protección por desempleo pudiendo también, alternativamente, trabajar en otras empresas durante el tiempo de la suspensión. Es de notar, por otra parte, que en los **expedientes de regulación de empleo** autorizados como consecuencia de **catástrofes naturales** suelen venir acompañados de medidas adicionales a favor de trabajadores y empresas entre las que puede encontrarse la exoneración de cuotas de seguridad social (RDL 16/2014 disp.adic.4ª), prestaciones por desempleo complementarias, etc. Para acceder a la exoneración total o parcial de las cuotas en un plazo máximo de 12 meses, a tenor del porcentaje que fije la TGSS se ha de constatar la destrucción total o parcial de las instalaciones por causas imputables a hechos catastróficos, dándose como condición que los bienes hubieran estado asegurados y concurra un compromiso de reinversión para restablecer la actividad interrumpida.

9025 Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Las causas expresadas comprenden situaciones en las que resulta conveniente paralizar o reducir el trabajo, si bien las previsiones deben apuntar a una recuperación de la actividad empresarial tras el transcurso de un cierto tiempo. Las **características** que se describen -carácter temporal y paralización o reducción de la actividad laboral- identifican estas medidas frente a otras en las que puede concurrir la misma justificación causal como pueda ser la extinción de la relación laboral, la movilidad geográfica o las modificaciones sustanciales de las relaciones de trabajo. Por otra parte, deben matizarse las trascendentes **diferencias** que existen entre **suspensión del contrato de trabajo y reducción temporal de la jornada**. La concreción precisa la realiza el ET según el cual la reducción de jornada consiste en 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 (ET art.47.2). Debe advertirse, en este caso, que si la declaración de concurso se produce con anterioridad a la comunicación empresarial que incorpore la decisión de suspensión o reducción la competencia corresponde al Juez de lo Mercantil (RD 1483/2012 art.20.6). También debe tenerse en cuenta que las prevenciones comentadas no son de aplicación a las **Administraciones públicas**, ni a las entidades de derecho público que dependan de las mismas o de organismos públicos, con la salvedad de aquellos supuestos en que los ingresos mayoritariamente obtenidos procedan de operaciones realizadas en el mercado (ET disp.adic.17ª).

A la hora de evaluar las **causas justificativas** de la suspensión de la relación laboral o la reducción de jornada, se ha de verificar que no resulten más apropiadas otras decisiones de ajuste interno -menos agresivas- como puedan ser la modificación de las condiciones de trabajo o incluso la movilidad. La norma concibe estas causas con criterio paralelo a los despidos colectivos (ET art.51), contemplándose la suspensión o la reducción de la jornada como medidas a adoptar frente a situaciones temporales de crisis empresarial que no se entiendan como definitivas. Ante estas consideraciones se entiende que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. Al objeto de considerar la aludida disminución, se considera que existe la requerida persistencia cuando afecte a dos trimestres consecutivos respecto de esos mismos trimestres del año precedente. Las causas son de carácter **técnico** cuando se produzcan cambios en los medios o instrumentos de producción; **organizativas** cuando los cambios se refieran a los sistemas y métodos de trabajo, o modo de organizar la producción; **o de producción** cuando los cambios se asocien a la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado. Se debe tener presente que en la relación de causas que cita el precepto legal no hay una lista cerrada como se desprende de la reiterada expresión «entre otros». El precepto descrito vincula las causas alegables con la introducción de cambios en la empresa que pueden resultar adecuados para la buena marcha de la misma o convenientes desde la perspectiva comercial.

9026 El procedimiento es de aplicación independientemente de cual sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados. La existencia de causa motivadora de la extinción o suspensión de los contratos de trabajo o bien de la reducción de la jornada debe ser constatada por la autoridad laboral. El procedimiento se aplica mediante **comunicación** a la autoridad laboral y con la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores cuya duración no debe ser superior a quince días. La empresa debe advertir a la representación de los trabajadores a través de notificación fehaciente de su propósito. La comunicación inicial debe contener la concreción detallada relativa a las medidas de suspensión o reducción de jornada que se planteen. Es preciso incorporar una **memoria explicativa** donde se justifique el carácter coyuntural de la situación por la que pasa la empresa. En cuanto a las exigencias documentales se hace precisa la aportación de las **cuentas de un ejercicio** y justificar la eventual disminución de ingresos o ventas de dos trimestres, en los casos en que se aleguen causas económicas. La aludida documentación también se remite a la autoridad laboral que a su vez da traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Inspección de Trabajo. De finalizar el periodo de consultas con **acuerdo**, en cuyo caso se produciría con la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores, se presume que concurren las causas justificativas, de modo que solo cabe su **impugnación** por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

El empresario dispone de un **plazo** de caducidad de 15 días **para comunicar** su decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. Tras esta comunicación se debe proceder a la notificación individualizada a los trabajadores afectados por las medidas adoptadas, que surten efecto desde la fecha de comunicación a la autoridad laboral, salvo que prevea una posterior. Esta notificación debe concretar los días afectados por la suspensión pudiendo tener carácter sucesivo o alterno. En cualquier caso, la **duración de las medidas** de suspensión se ha de ajustar a la situación coyuntural de la empresa sin que deba extenderse más allá del momento en que la empresa hubiera recuperado su situación ordinaria.

Frente a la decisión empresarial cabe la interposición de **recurso jurisdiccional** en virtud del cual se podrá declarar la medida justificada o no justificada, procediendo en este último caso la reanudación del contrato de trabajo en las condiciones previamente existentes con derecho al abono de las diferencias que pudiera haber a favor del trabajador.

9027 Excedencia forzosa

La excedencia forzosa, a diferencia de la voluntaria, es causa de suspensión del contrato de trabajo en la medida en que entre sus **efectos** se encuentra la conservación del puesto y cómputo de la antigüedad. El régimen jurídico diferencial de ambos tipos de excedencias viene marcado por esta característica esencial si bien es cierto que determinadas situaciones que surgen como excedencias voluntarias -como de forma significativa lo es el cuidado de hijos- acaban ofreciendo un perfil similar al de la excedencia forzosa.

La **duración** de la excedencia forzosa ha de coincidir con el tiempo de desempeño del cargo público o sindical de quien la disfruta.

Para que la excedencia forzosa se materialice, el trabajador debe realizar comunicación que recoja la **solicitud** acompañando la oportuna justificación, mientras que de forma paralela cuando finalice el desempeño del cargo debe solicitar asimismo la readmisión.

Las **causas** por las que se puede solicitar una situación de **excedencia forzosa** son las que se relacionan:

1. Designación o elección para un **cargo público** que imposibilite la asistencia al trabajo o bien el ejercicio de un cargo público representativo. En ambos casos se hace referencia explícita a un puesto en el que se lleve a cabo una **actividad política**, no equiparable por tanto a una puramente burocrática ni tampoco a una relación laboral de alta dirección en una empresa pública. Para este supuesto se articula una fórmula para garantizar el derecho de todos los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (Const art.23.1 y 2). El desempeño de las funciones del cargo debe imposibilitar la asistencia al trabajo, en función de que exija dedicación exclusiva o que a tenor de las condiciones de su desempeño (horario, lugar de prestación de servicios...) no sea posible su prestación simultánea con el trabajo. Ello propicia que el trabajador disfrute de permisos retribuidos cuando las obligaciones de su cargo se solapen de forma puntual con el horario de trabajo, circunstancia que favorece la actuación de los concejales en los municipios. No obstante, si en un trimestre el desempeño del cargo implica la imposibilidad de la prestación de trabajo debido en más del 20% de las horas laborales (ET art.37.3.d) el empresario puede pasar al trabajador a la situación de excedencia.

2. La designación para desempeñar **cargos electivos** a nivel provincial, autonómico o estatal, en las **organizaciones sindicales más representativas** (LOLS art.9.1.b), con apoyo en el derecho constitucional de libertad sindical (Const art.28.1 y LOLS art.2.1.d). El ET identifica el derecho a acceder a la situación de excedencia para aquellos trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior.

Junto a los efectos propios de la suspensión en la excedencia forzosa son de aplicación dos criterios específicos: de un lado, el cómputo de la antigüedad correspondiente al periodo de excedencia y de otro, el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

9029 Excedencia por cuidado de hijos y familiares

(ET art.46.3)

Aunque no se configura como una excedencia de carácter forzoso, en cuanto a los efectos existe una cierta similitud. Esta modalidad de excedencia **se prevé** en primer término para el **cuidado** de cada **hijo**, tanto cuando sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. En un segundo término también cabe para el **cuidado** de un **familiar** hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. La doctrina judicial ha señalado que una vez superada la edad de tres años por el hijo, "la excedencia para cuidado de familiar no procede cuando el causante es un hijo menor" porque la finalidad de ambas excedencias es distinta (AN 13-11-17, EDJ 253232).

La **duración** de la excedencia es distinta en ambos casos. Cuando se trata del **cuidado de hijos** tiene una duración no superior a tres años computados desde el momento del nacimiento, para el caso de maternidad/paternidad natural, o desde la fecha de la resolución administrativa o judicial para los supuestos de acogimiento o guarda con fines de adopción. Cuando el motivo es el **cuidado de familiares** la duración máxima es de dos años.

En estos casos el periodo de excedencia también se computa a efectos de **antigüedad**. En lo que se refiere al derecho a la **reincorporación** el trabajador mantiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año, en los mismos términos que la excedencia forzosa. Este plazo se extiende hasta un máximo de 15 o 18 meses, según se trate de familias numerosas de categoría general o especial. A partir del transcurso del primer año la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

9031 Excedencia voluntaria

Se configura por el ET como un derecho del trabajador que **puede ser ejercitado** sin concretar causa, dándose cumplimiento solo a un mínimo de antigüedad en la empresa. Se trata de un derecho a ocupar una vacante de igual o similar categoría. Se precisan dos **requisitos** para que el empresario pueda acceder a la misma:

- ostentar una antigüedad de al menos un año;
- transcurso de un plazo de 4 años desde la anterior solicitud de excedencia voluntaria.

No obstante, la jurisprudencia matiza la necesidad de presentar **solicitud** en la empresa y del consiguiente reconocimiento del derecho. De hecho se considera que ante el silencio o la negativa empresarial el trabajador debe instar judicialmente su derecho, pues la decisión unilateral se equipara al abandono del puesto de trabajo (TS 5-7-90, EDJ 7265). La excedencia voluntaria se concede por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años, si bien el convenio colectivo puede mejorar estos términos fijando un mínimo inferior o un máximo más amplio. Una vez fijada la **duración mínima y máxima** la duración concreta vincula a ambas partes no pudiendo ser modificada por el empresario (TS 22-9-87, EDJ 6583) ni por el trabajador (TS 18-7-86). Si una vez finalizado el periodo de excedencia se solicita el reingreso pero no existe vacante, no se extingue el contrato, sino que se prorroga la situación de excedencia (TS 17-9-13, EDJ 192580).

En cuanto a los **efectos** de la excedencia voluntaria se ha de considerar que:

- el periodo de excedencia **no** se computa ni a efectos de **antigüedad** (TS 30-10-85), **ni** como tiempo de prestación de servicios para el **cálculo de las indemnizaciones** por despido (TS 10-7-89, EDJ 7059);
- se mantiene un **derecho preferente al reingreso** en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa pero no la reserva del puesto de trabajo (ET art.46.5). Tras la solicitud de reingreso, a tenor de la buena fe contractual, el empresario debe informar al trabajador de las distintas vacantes que hayan surgido en la empresa (TS 2-7-85, EDJ 4017). En caso de **negativa empresarial** al reingreso, el trabajador puede ejercitar la acción por despido si el empresario tiene por extinguido el vínculo laboral (TS 19-12-11, EDJ 312158) o una acción declarativa ordinaria de reconocimiento de existencia de vacante para los supuestos en que indebidamente se rechaza la reincorporación oponiendo la inexistencia de vacante. Junto a esta acción cabe acumular la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, estimada en atención a los salarios dejados de percibir desde que se denegara indebidamente la solicitud de reincorporación en su momento oportuno (TS 15-6-04, EDJ 144037).

9033 Ejercicio del derecho de huelga

(ET art.45.1.1)

Se constata por esta vía el efecto típico descriptivo de este derecho de carácter constitucional (Const art.28) que, en ausencia de desarrollo normativo a través de Ley Orgánica, aún se encuentra regulado por el RDL 17/1977 art.6.2 . La suspensión de la relación laboral se produce de forma regular si la huelga es de carácter lícito; en otro caso, el empleador puede reaccionar disciplinariamente frente a las ausencias que se produzcan en el trabajo pudiendo incluso recurrir al despido. Respecto de los **efectos** típicos **de la suspensión** (cesación de servicios, interrupción de la prestación salarial) cabe concretar que el descuento ha de ser proporcional al tiempo de trabajo no ejecutado, alcanzando al salario base y parte proporcional de las pagas extraordinarias, descanso semanal y días festivos cuando queden comprendidos en el periodo de huelga (TS 11-10-94, EDJ 8400 ; 13-3-01, EDJ 2953). Sin embargo, en aplicación del principio de impermeabilidad de las vacaciones el disfrute de éstas no se ve afectado por la huelga.

9035 Cierre de empresa

(ET art.45.1.m; RDL 17/1977 art.12 a 14)

El cierre patronal que determina la suspensión es el que respeta los límites causales y procedimentales establecidos. Se ha de partir de una situación previa de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, situación junto a la que han de concurrir alguna de las tres **situaciones** que se describen:

- una situación de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas;
- una ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o;
- un volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción.

El cierre patronal ha de ser puesto en conocimiento de la **autoridad laboral** durante las 12 horas posteriores.

Respecto de su **duración**, la medida debe limitarse al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa o para la remoción de las causas que lo motivaron.

De otro lado, los **efectos** de la suspensión se dirigen hacia los trabajadores no huelguistas, toda vez que la relación laboral de los trabajadores en situación de huelga se encuentra previamente en esta situación.

9037 Por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género

(ET art.45.1.n y 48.10)

En este caso la suspensión tiene como **motivación** que la trabajadora se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo por ser víctima de violencia de género. El período de suspensión inicialmente no puede superar los seis meses, si bien el juez puede prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho. El juez a que se hace mención ha de ser el de Violencia sobre la Mujer. Para acreditar que la mujer trabajadora es acreedora de este derecho se precisa la obtención de una **orden de protección** (L 27/2003), si bien puede ser suficiente el informe del Ministerio Fiscal del que se desprenda la existencia de indicios de violencia de género en tanto se dicta la correspondiente orden de protección (LO 1/2004 art.23).

C. Extinción del contrato de trabajo

1. Configuración técnica del fenómeno extintivo

9040 La extinción del contrato de trabajo implica la ruptura total y definitiva del vínculo jurídico establecido entre empresa y trabajador, con el consecuente cese de los efectos que derivan del mismo. El interés del trabajador en el mantenimiento de su puesto de trabajo comporta una conexión patente con el derecho al trabajo constitucionalmente reconocido (Const art.35.1), tal y como se desprende de la doctrina constitucional (TCo 192/2003). Es por ello que la extinción del contrato de trabajo queda sujeta a requisitos causales y procedimentales que pueden clasificarse en las modalidades que seguidamente se exponen.

2. Clasificación de los supuestos extintivos

(ET art.49 a 57)

9043 El ET no contiene una definición del fenómeno extintivo pero sí incorpora un listado de las causas que tiene su desarrollo normativo para los supuestos más problemáticos. Pese a que el legislador no adopta un criterio clasificatorio preciso, las causas de extinción del contrato de trabajo se pueden ordenar desde varias perspectivas:

1. Causas de extinción relacionadas con la **voluntad acorde de las partes** del contrato de trabajo: mutuo acuerdo (nº 9045) y cumplimiento de las condiciones pactadas (nº 9047).
2. Causas de extinción por **decisión unilateral del empresario**: despido disciplinario (nº 9058), despido colectivo por causas empresariales (nº 9050) o por fuerza mayor (nº 9055) y despido por circunstancias objetivas independientes de la voluntad del trabajador (nº 9087).
3. Causas de extinción por **decisión unilateral del trabajador**: dimisión provocada (nº 9115), decisión de la trabajadora víctima de violencia de género y dimisión voluntaria preavisada y abandono (nº 9118).
4. Concurrencia de **situaciones personales de carácter impeditivo**: muerte, jubilación o incapacidad del trabajador (nº 9133), y muerte, jubilación o incapacidad del empresario (persona física) o extinción del empresario persona jurídica (nº 9136).

a. Mutuo acuerdo

(ET art.49.1.a)

9045 Constituye la primera causa extintiva del contrato de trabajo. En este caso, el **principio de autonomía privada** que dio lugar a la concertación del contrato de trabajo puede más adelante determinar su extinción. Ello no obsta a que la autonomía de la voluntad deba someterse a **límites** que se deducen de la normativa general aplicable, de modo que no debe concurrir el consentimiento viciado de las partes, ni el fraude de ley en tanto que procede tener en cuenta el principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos. Este último principio constituye un pilar sobre el que se construye el ordenamiento jurídico laboral y, en su aplicación, conviene diferenciar aquellas situaciones en las que efectivamente concurre una situación de extinción por mutuo acuerdo de aquellas otras en las que no existe otra cosa que la imposición unilateral por la empresa de un contrato extintivo de adhesión. En cualquier caso, nada impide que las partes lleguen a un acuerdo para dar por concluida la relación laboral.

En este caso, la voluntad extintiva se expresa a través del **recibo de finiquito**. En él se expresa la voluntad de las partes de dar por concluida la relación laboral y habitualmente incluye el abono de las cantidades económicas adeudadas a la fecha aludida. Es común, por tanto, que el finiquito contenga una alusión a la fecha concreta en que las partes dan por finalizada la relación laboral y a la cantidad económica con que la empresa liquida las cantidades adeudadas al trabajador. Para que alcance **efectos**, el documento extintivo ha de reflejar inequívocamente la voluntad

de resolver el contrato, sin que concurren vicios relevantes del consentimiento por parte del trabajador (TS 10-11-09, EDJ 300347). Ha de constituir la constatación de una **voluntad extintiva actual y libre**, de modo que debería resultar ineficaz la práctica fraudulenta que llevan a cabo determinadas empresas al utilizar como finiquito un documento en blanco firmado por el trabajador en el momento del inicio de la relación. La dificultad, con frecuencia insuperable, para el trabajador consiste en la prueba de este extremo ya que pese a que el documento en sí mismo es fraudulento la firma del trabajador no deja de ser auténtica, de modo que en sede judicial apenas quedan otras opciones probatorias que demostrar, a través de una prueba pericial compleja, que el documento firmado tiene varios años de antigüedad y no se corresponde con la fecha más actual que pueda figurar en el mismo. A la hora de interpretar el carácter liberatorio del documento se ha de estar a las reglas generales de interpretación de los contratos (CC art.1281 s.) y que precisan la ausencia en su redacción de error, violencia, intimidación o dolo (CC art.1266 a 1270). Una fórmula para evitar situaciones abusivas viene constituida por la posibilidad que tiene el trabajador de solicitar la **presencia de un representante legal** de los trabajadores en la firma del finiquito (ET art.49.2). A ello se une la opción adoptada por diversos convenios colectivos que exigen que el finiquito se redacte a través de un determinado modelo evitando así fórmulas confusas o fraudulentas como pueda ser la inclusión del texto del finiquito en letra pequeña en una nómina.

b. Causas de extinción vinculadas con el cumplimiento de las condiciones pactadas (condición resolutoria)

(ET art.49.1.b)

9047 La autonomía contractual de las partes también puede establecer las condiciones resolutorias que pongan fin a un contrato. Su establecimiento ha de venir explícitamente contemplado en el mismo, sin que quepa duda acerca del efecto resolutorio pactado. Del establecimiento de esta condición se deduce el **límite** de que la misma no puede constituir una situación de abuso de derecho por parte del empresario, circunstancia que queda vinculada a la posición jurídica de desigualdad que tiene el trabajador frente a este. En cualquier caso, la condición resolutoria no debe ser contraria a las leyes, a la moral ni al orden público, siendo este el límite que para el establecimiento de las cláusulas y condiciones contractuales exige el ordenamiento civil (CC art.1255). La consecuencia de incluir en el contrato **condiciones extintivas abusivas** se traduce en su consideración como nulas, teniéndose por no puestas (ET art.9.1). Como se puede apreciar la diferencia con las obligaciones de carácter civil resulta notoria pues en tal ámbito no solo resultaría nula la condición, sino la obligación principal de la que ella depende (CC art.1116).

c. Despido colectivo

(ET art.49.1.i y 51; RD 1483/2012 art.1)

9050 Se trata de un supuesto de resolución contractual del contrato de trabajo que se produce por la voluntad unilateral del empresario. La causa que la fundamenta reside en una situación objetiva sobrevenida derivada de la dinámica de funcionamiento de la empresa. El despido colectivo se aplica cuando concurren **causas** económicas, técnicas, organizativas o de producción y el empresario decide despedir a un número de trabajadores que alcanza los topes mínimos legalmente fijados. Estos mismos fundamentos se pueden utilizar en el mismo sentido cuando no se alcancen los topes legales para proceder al despido objetivo (ET art.52.c).

En la actualidad, los despidos por causas empresariales persiguen un equilibrio, de una parte, entre los principios de libertad y viabilidad de la empresa y, de otra, los de protección del trabajador y la estabilidad en el empleo. Concorre en su tramitación una exigencia de acreditación causal con una serie de controles de carácter social y la participación mediadora de la Administración. Para su constatación se exigen tres **requisitos** concurrentes:

1. En primer lugar, un **elemento causal** concretado por la acreditación de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
2. En segundo lugar, un **elemento cuantitativo** relativo al número de trabajadores afectados en el total de la plantilla (que ha de alcanzar a 10 en empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, al menos un 10% de trabajadores en aquellas empresas de entre 100 y 300 trabajadores, y al menos 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más).
3. Y en último término, un **requisito temporal**, en virtud del cual se han de contabilizar los despidos llevados a cabo dentro de los 90 días precedentes.

Respecto del carácter colectivo del despido de **no alcanzarse el umbral** preciso es considerado individual o plural si afecta a varios trabajadores.

También es despido colectivo el que afecta a la totalidad de la plantilla siendo el número de trabajadores afectados mayor de cinco.

En modo añadido, la concreción de cada una de las causas de despido colectivo alegables requiere la concurrencia de tres elementos: en primer término, la concurrencia de causa; en segundo lugar, la supresión o amortización de los puestos de trabajo y, en tercer lugar, se ha de establecer la conexión entre las extinciones decididas y la superación de falta de rentabilidad o de eficiencia que atraviesa la empresa.

9051 Definición de las causas

Se entiende que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, entendiéndose por tal situación la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. Debe advertirse que la disminución persistente de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos, en relación a cada uno de tales trimestres del año precedente, justifica -en su tenor literal- la extinción de los contratos. Se ha de precisar respecto de la interpretación que ofrece la jurisprudencia que la **situación económica negativa** debe valorarse atendiendo a la empresa en su conjunto o globalidad, no por centros o secciones (TS 23-1-07, EDJ 8713), interpretación que no se extiende al resto de causas en la medida en que éstas sí pueden afectar a una única unidad productiva o centro de trabajo, entendiéndose razonable permitir la solución del desequilibrio creado (TS 13-2-02, EDJ 13433).

El resto de causas se refiere a cambios introducidos en la organización empresarial que pueden resultar necesarios o aconsejables para mejorar perspectivas de la empresa. En particular, las **causas técnicas** suponen cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de trabajo, las causas **organizativas**, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la forma de organizar la producción, y las causas **productivas**, cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

La jurisprudencia (AN 15-10-12, EDJ 228307) exige que el empresario, aparte de la concurrencia de la causa alegada, justifique la proyección de sus efectos sobre la extinción de los contratos de trabajo. Se aprecia, por tanto, que no se produce una interpretación meramente literal de la norma sino que, al contrario, la concurrencia de las causas justificativa del despido obliga al juzgador a hacer un **juicio de adecuación, razonabilidad y proporcionalidad** (en términos de los sacrificios de las partes en presencia) de las concretas medidas extintivas adoptadas (TS 25-6-14, EDJ 138299).

9052 Procedimiento de despido colectivo

(ET art.51; RD 1483/2012 art.2, 3, 7 y 8; LRJS art.124)

Su **inicio** precisa de la **comunicación** fehaciente por parte del empresario a los trabajadores concediendo un plazo de 7 días -15 si no todos los centros afectados disponen de representantes de los trabajadores- para que procedan a designar representación (ET art.41.4). El inicio de las consultas comienza con una comunicación escrita dirigida a los representantes legales de los trabajadores, con copia a la autoridad laboral competente, debiendo asimismo emitirse informe por el comité de empresa (ET art.64.5). La comunicación debe acompañar la **documentación** acreditativa de las causas alegadas en los términos establecidos junto con una **memoria explicativa** de las causas concretas alegadas.

La finalidad del **periodo de consultas** es diversa pues debe incluir las causas motivadoras del expediente, así como la opción de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas que se puedan prever para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. Se persigue una solución consensuada, buscando la posibilidad de un acuerdo. La consulta-negociación incorpora la obligación de proporcionar toda la información que resulte pertinente no solo desde el punto de vista principal, sino de forma específica relacionada con la concreción de los motivos del despido, número y categoría de los trabajadores afectados, fecha de efectos de la decisión extintiva, etc., de modo que los trabajadores puedan formular propuestas constructivas durante el periodo de las consultas y en tiempo hábil (Dir 98/59 art.2.3). En cuanto al desarrollo del periodo de consultas las partes deben fijar un calendario, debiéndose levantar acta en cada una de las reuniones con firma de todos los asistentes. El periodo de consultas ha de llevarse a cabo dentro del plazo de 15 días si la empresa ocupa a menos de 50 trabajadores y de 30 días en el caso contrario.

La consulta debe llevarse a cabo en una única **comisión negociadora**, si bien para el caso de que existan varios centros queda circunscrita a aquellos que estén afectados por el procedimiento. La comisión negociadora está compuesta por 13 componentes en representación de cada una de las partes.

El papel de la **autoridad laboral** y de la **Inspección de Trabajo** incluye funciones de advertencia o recomendación, así como de mediación o asistencia. El informe a emitir por esta última debe verificar la corrección de los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados de modo que no concurren situaciones de discriminación, así como el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa y de medidas sociales de acompañamiento.

Es posible el **acuerdo** cuando se produzca la conformidad de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de miembros de la comisión representativa de los trabajadores, siempre que, en ambos supuestos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados. De **no** existir **acuerdo** final, el empleador debe adoptar de forma unilateral la decisión extintiva.

El empleador debe comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su **decisión final** en un plazo de 15 días fuera del cual operaría la caducidad del procedimiento. A partir de este momento el empresario puede comenzar a **notificar los despidos** a los trabajadores afectados, respetando la prioridad de permanencia de los colectivos que contempla la norma. A tal efecto, debe enviarles una notificación a tenor de lo previsto para

el despido objetivo (ET art.53.1) que contempla: comunicación escrita con indicación de la causa de despido, puesta a disposición de una indemnización de 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades (prorrrateándose por meses los periodos inferiores a un año), salvo que el acuerdo pactado incluyera una cuantía superior. Se contempla asimismo el transcurso de un plazo mínimo de 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

En cuanto a las **vías de impugnación** que se ofrecen en las situaciones descritas hay que precisar que la jurisdicción laboral es competente para declarar, eventualmente, que un determinado acuerdo pueda estar viciado a causa de dolo, coacción o abuso de derecho. Igualmente corresponde al juez laboral declarar la ilicitud del despido y cuantas acciones correspondan en materias de impugnación de acuerdos y decisiones.

d. Despidos colectivos por fuerza mayor

(ET art.49.1.h y 51.7; RD 1483/2012 art.31, 32 y 33)

9055 Cabe extinguir el contrato de trabajo por causa de fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo. Frente a la fuerza mayor tenida en cuenta para la suspensión de los contratos de trabajo (nº 9023) la peculiaridad en este caso radica en que la fuerza mayor extintiva ha de **imposibilitar de modo definitivo la prestación**.

El **procedimiento** es análogo al del despido colectivo (nº 9052) aunque con algunas peculiaridades. Las causas remiten a un hecho sobrevenido ajeno a la actividad empresarial que provoca una situación de imposibilidad sobrevenida en la prestación de los contratos de trabajo. Las normas que contemplan las medidas para paliar desastres naturales o ecológicos, con inclusión de aquellos que pueden haber sido provocados por la acción humana suelen reconducirse hacia ERE por fuerza mayor. En estos procedimientos no es relevante, al contrario que en los despidos colectivos ordinarios, el número de trabajadores afectados. En cuanto a las **especialidades** a tener en cuenta hay que considerar que se prescinde del periodo de consulta-negociación, que los efectos de la resolución que confirme la existencia de fuerza mayor se retrotraen a la fecha del hecho causante y, en último término, que la indemnización que han de recibir los trabajadores despedidos es equivalente a la que corresponde al despido colectivo, si bien la autoridad laboral podrá acordar que el FOGASA anticipe la totalidad o parte de la indemnización que pueda corresponder.

El procedimiento se inicia por una **solicitud** que la empresa dirige a la autoridad competente, acompañada de los medios probatorios oportunos y simultánea comunicación a los representantes de los trabajadores. Seguidamente, la autoridad laboral debe recabar informe preceptivo de la Inspección de Trabajo que ha de dictar **resolución** en el plazo de 5 días, así como pronunciarse sobre la extinción de los contratos. La empresa debe dar traslado de la resolución a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. En último término, de no constatarse la existencia de fuerza mayor, cabría iniciar los trámites del correspondiente procedimiento de despido colectivo.

e. Despido disciplinario

(ET art.49.1.k y 54 a 57; LRJS art.103 s.)

9058 El contrato se puede extinguir por despido del trabajador como el supuesto específico de resolución del contrato por **decisión unilateral del empresario** basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. El poder de desistimiento unilateral es un derecho potestativo que, ejercitado, actúa extrajudicialmente. Tiene carácter excepcional porque deroga el principio en virtud del cual el contrato no puede disolverse sino por la voluntad concordante de las partes. Nuestro sistema no parece admitir la legitimidad de un despido sin causa o despido ad nutum (desistimiento libre unilateral) por parte del empresario, lo cual solo sería posible durante el periodo de prueba, limitación justificada como plasmación de la garantía constitucional del derecho al trabajo, coherente con el Convenio OIT núm. 158 .

Desde el punto de vista causal, el despido es la **sanción máxima** que cabe imponer por un incumplimiento contractual cualificado. A tal fin, la norma exige una **conducta** incumplidora definida por su especial intensidad (grave) e imputabilidad (culpable). La **gravedad** que se exige del incumplimiento no es otra cosa que la aplicación del principio de proporcionalidad siempre exigible en el derecho sancionador y del que deriva una interpretación restrictiva que impone a los órganos judiciales un juicio de proporcionalidad entre el incumplimiento realizado y la sanción a imponer. Es por ello exigible (TS 2-4-92, EDJ 3195) un análisis individualizado de cada conducta del que se desprende que la sanción de despido ha alcanzado las cotas de gravedad y culpabilidad suficientes. El incumplimiento ha de ser grave, al entrañar un perjuicio significativo en la posición jurídica del empresario y ha de ser **culpable**, ya que ha de ser imputable al trabajador por dolo, culpa o negligencia (TS 28-6-88, EDJ 5662). Por otra parte, el **incumplimiento** ha de ser **contractual**, esto es, referido a alguna de las obligaciones de origen legal o pactado.

El despido produce **efectos extintivos** inmediatos, sin perjuicio de que el trabajador pueda recurrir la decisión ante la jurisdicción social.

En el ejercicio de la opción procesal siempre debe verificarse que las faltas imputadas no se encuentren prescritas (ET art.60).

En cuanto a la pluralidad de **supuestos** que se contemplan como causa el despido el ET establece una serie de incumplimientos que atienden a la combinación de tres **criterios**: contractualidad, gravedad y culpabilidad.

9060 Causas concretas de despido

Se ha de advertir que pese a que las causas de despido se encuentran relacionadas en el ET, ninguna de ellas opera de forma automática, sino que ha de ser analizada en su contexto, en el tiempo en que se ha producido y en las consecuencias que ha generado. Por ello, resulta obligado examinar individualmente cada supuesto concreto.

9062 Faltas de asistencia y puntualidad

(ET art.54.2.a)

El objeto concreto del trabajo implica la puesta a disposición del trabajador para prestar servicios a través de la jornada de trabajo (ET art.34.5) de modo que la ausencia impide la realización del objeto pactado. Constituyen pues causa de despido las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, las cuales incorporan tanto la **ausencia total** al trabajo como la **falta de puntualidad** que implica el incumplimiento del horario laboral, ya sea a la entrada o a la salida. Como criterio general, para sancionar resulta preciso que la falta de asistencia o puntualidad se reitere en el tiempo. El criterio dado para **determinar la gravedad** sancionadora que puede imputarse a la reiteración de faltas de asistencia y puntualidad suele venir reflejado en los convenios colectivos. A falta de estos, procede la aplicación de criterios de graduación y razonabilidad a tenor de las circunstancias concurrentes. Un supuesto recurrente en este tipo de sanciones viene determinado por las **ausencias debidas a enfermedad**. En tales supuestos podría considerarse justificada la falta al trabajo por una patología de carácter depresivo que se considere limitadora de la capacidad volitiva (TS 4-10-85, EDJ 5025 ; 11-11-86, EDJ 7226). Sin embargo, debe advertirse que la buena fe impone al trabajador la obligación de entregar en plazo los partes de baja por enfermedad, así como la oportuna comunicación, no siendo oportuna la aportación extemporánea (TS 21-1-88, EDJ 10265). También es problemática la situación en que se produce el alta médica y el trabajador la impugna por entender que la misma no ha recuperado la aptitud para el trabajo. En tal caso para conservar la suspensión del contrato tiene que acreditar que subsiste la situación de incapacidad impositiva de la vuelta al trabajo (TS 7-10-04, EDJ 160176).

9064 Indisciplina o desobediencia

(ET art.54.2.b)

Se trata de un incumplimiento contractual del **deber básico** del trabajador consistente en cumplir las órdenes e instrucciones dadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Asimismo el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto por los usos y costumbres (ET art.20.2), suponiendo también una infracción su contravención.

La **desobediencia** ha de ser **grave** y debe poner de manifiesto una actitud de resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes empresariales (TS 9-6-87, EDJ 4615). Se parte de la presunción de legitimidad y licitud de las órdenes empresariales que se enmarca dentro del derecho de libertad de empresa. Ello no obsta a que el trabajador pueda **impugnar la orden empresarial** (*solve et repete*). La jurisprudencia sí admite como lícita la negativa al cumplimiento de las órdenes empresariales manifiestamente ilegales, que infrinjan algún derecho fundamental, que supongan un riesgo grave e inminente para el trabajador o que impliquen infracción de normas de prevención de riesgos laborales.

9066 Ofensas verbales o físicas

(ET art.54.2.c)

Se trata de conductas de carácter verbal o físico que afectan tanto a la convivencia pacífica en la empresa como al mutuo respeto que ha de presidir la relación laboral. Justifican el despido las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos si el comportamiento descrito tiene la suficiente **entidad** (TS 2-4-92, EDJ 3195). Resulta preciso que las ofensas verbales o físicas impliquen un **ataque frontal al honor** de la persona ofendida o de su integridad física (presente o futura), de la suficiente entidad como para entender de forma razonable que la convivencia ha quedado rota (TS 28-11-88, EDJ 9395). Son **sujetos pasivos** de las ofensas descritas tanto el empresario como las personas que trabajan en la empresa y los familiares de unos y otros, extendiéndose en el caso de una persona jurídica a las personas que la representan.

Las **ofensas verbales** se pueden expresar por escrito o de palabra, debiendo constituir un ataque al honor o dignidad de la persona. Deben tener causa en la relación laboral debiendo quedar al margen las relaciones personales entre las partes y se deben valorar considerando las circunstancias concurrentes de lugar y tiempo. Se debe tener en cuenta que el carácter ofensivo de las palabras cambia en el tiempo y la conducta del trabajador se ha de valorar si contiene

el ánimo o intención de ofender, examinándose las circunstancias concurrentes (TS 28-2-90, EDJ 2278). También debe tenerse en cuenta que el ejercicio legítimo del derecho fundamental de libertad de expresión e información reconocido a toda persona (Const art.20) no puede acarrear la imposición de sanciones, si bien ello no legitima la emisión de expresiones de carácter vejatorio (TCo 105/1990).

9068 Transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo

(ET art.54.2.d)

Se trata de una causa abierta, típico cajón de sastre al que se recurre para caracterizar incumplimientos sancionables. El trabajador mantiene el **deber básico** de cumplir con las obligaciones vinculadas a su puesto de trabajo conforme a la diligencia y a la buena fe (ET art.5 y 20). Esta causa hace mención al **uso desviado de facultades** que se encuentran a disposición del trabajador en razón a su relación laboral (TS 11-9-86, EDJ 5468). La amplitud interpretativa de esta causa de despido permite relativizar el debate sobre el posible carácter cerrado de la lista de causas de despido. Se trata de una **causa genérica** que sanciona incumplimientos de los deberes de buena fe y fidelidad que deben caracterizar la relación de trabajo. Bajo esta modalidad tienen cabida **comportamientos muy variados** entre los que podríamos destacar: la apropiación indebida de dinero u otros bienes de la empresa siendo irrelevante que haya o no lucro para el trabajador, que se produzca o no perjuicio para la empresa o que lo defraudado tenga mayor o menor valor (TS 11-7-89, EDJ 7102); la utilización de bienes de la empresa en beneficio propio (TS 20-7-87, EDJ 5969); la concurrencia desleal, la cual infringe el deber básico del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa y trabajar encontrándose en situación de incapacidad temporal (TS 21-3-90, EDJ 3184).

9070 Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado

(ET art.54.2.e)

La dificultad inicial que se desprende de esta modalidad sancionadora deriva de la identificación del **rendimiento comparable** a que se refiere la norma. Cabe tener como referencia para cuantificar la pérdida de rendimiento del trabajador aquel que se hubiera pactado, el previsto por las normas sectoriales, aquel que se hubiera fijado por el empresario o el que se considere normal en el ámbito de que se trate. Conforme a la propia dicción de la norma, la disminución de rendimiento debe mostrarse de forma continuada no siendo válidos comportamientos aislados o puntuales (TS 14-12-11, EDJ 344352).

En la **carta de despido** debe concretarse de forma específica cuál es el rendimiento normal o pactado que el trabajador debe obtener, así como el rendimiento inferior que de forma continuada justifica la imposición de la sanción.

9072 Embriaguez habitual o toxicomanía

(ET art.54.2.f)

Es causa de despido disciplinario la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. El primer elemento que caracteriza el comportamiento sancionable es la **habitualidad** de modo que, según el TS, no es precisa la concreción de fechas cuando lo imputado es una conducta continuada (TS 21-5-08, EDJ 155869). Junto a la habitualidad se exige una **repercusión negativa en la prestación de trabajo**, la cual puede reflejarse en múltiples aspectos como pueda ser el incremento del riesgo en la seguridad en el trabajo, la afectación de la imagen de la empresa o del propio rendimiento en el trabajo.

9074 Acoso al empresario o a las personas que trabajan en la empresa

(ET art.54.2.g)

Es causa de despido disciplinario el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Esta causa de despido facilita una mayor tutela a ciertos derechos considerados básicos para el trabajador entre los que se encuentra la dignidad, integridad moral, intimidad, igualdad y **no discriminación**, que forman parte de su estatuto de derechos (ET art.4.2).

9080 Formalización de la carta de despido disciplinario: requisitos de la comunicación

(ET art.55.1)

El acto jurídico del despido es siempre unilateral y ha de incorporar una serie de garantías formales legalmente preestablecidas. La carta de despido es una comunicación escrita que ha de ser notificada al trabajador y que **debe contener** los hechos que lo motivan y la fecha en que va a tener efectos. Se perfecciona y produce **efectos** con la comunicación escrita y recibida por la contraparte -de ahí la irregularidad de los despidos verbales y los despidos tácitos-. La **notificación** debe realizarse de modo eficiente, de modo que si el trabajador rehúsa o se niega a recoger la carta de despido el empresario ha de probar que hizo todo lo razonablemente posible por notificarlo (TS 13-2-86, EDJ 1252). Puede utilizarse una carta corriente aunque también cualquier otra modalidad de comunicación escrita

(fax, telegrama, burofax, etc.) siempre que ofrezca seguridad sobre la autenticidad del contenido y autoría. Al tratarse de una declaración de voluntad recepticia se precisa el conocimiento efectivo por parte del trabajador.

La carta ha de ser **concreta, clara y precisa** (TS 26-12-84), debiéndose tener en cuenta que frente a una posible demanda de despido no se le admiten otros motivos de oposición que los contenidos en la comunicación escrita (LRJS art.105.2). La fecha de efectos del despido permite fijar el momento de la extinción del contrato y, por otra parte, delimitar el plazo de caducidad computable para ejercitar la acción de despido (ET art.59.3).

En lo que se refiere al **despido de los representantes legales de los trabajadores**, el empleador debe proceder a la apertura de expediente contradictorio (ET art.55.1 y 68.a), previsión que se mantiene respecto a los **delegados sindicales** (ET art.55.1 y LOLS art.10.3). También aparece como requisito particular el de audiencia previa al delegado sindical cuando el despido afecte a **trabajador afiliado a un sindicato** y al empresario le constare (ET art.55.1 en relación con LOLS art.10.3.3). Se trata de la manifestación de la tutela de la libertad sindical que pretende evitar actos de discriminación o perjuicios por el hecho de la afiliación sindical.

9083 Reclamación judicial, calificación y efectos del despido disciplinario

(ET art.59.3; LRJS art.103 s.)

El despido produce la extinción del contrato de trabajo en la fecha fijada en la carta de despido. No obstante el trabajador puede impugnar el despido ante la jurisdicción social, lo cual permite su valoración y su calificación formal, con los efectos consecuentes. El **ejercicio de la acción** de despido **caduca** a los 20 días hábiles, plazo que es de caducidad y que se interrumpe con la presentación de la papeleta de conciliación.

De no haber acuerdo en los trámites de conciliación previos tiene lugar la celebración de juicio con la correspondiente sentencia que debe declarar el despido procedente, improcedente o nulo.

Se declara **procedente** en aquellos casos en que quede plenamente acreditado el incumplimiento alegado en el escrito de comunicación así como la gravedad del mismo (ET art.55.4). El despido procedente convalida la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización alguna ni salarios de trámite (ET art.55.7). En este caso, la sentencia es meramente declarativa de una situación preexistente.

La **calificación de improcedencia** corresponde cuando no quedan acreditadas las causas alegadas para el despido (o son insuficientes para justificarlo), o cuando no se cumplen las exigencias legales o convencionales de forma y procedimiento (ET art.55.4 y LRJS art.108). En este caso el empresario debe optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión o el abono de la indemnización legalmente establecida, sin esperar, en su caso, a la firmeza de la sentencia (ET art.56.1 y LRJS art.110.1). La opción se documenta a través de escrito o comparecencia ante la oficina del juzgado competente entendiéndose, caso de no optar expresamente, que procede la readmisión (ET art.56.3). La calificación de improcedencia lleva consigo una condena opcional al empresario. Es este y no el trabajador (salvo que se trate de representantes unitarios de los trabajadores o delegados sindicales) quien puede **optar entre**:

1. La readmisión en las mismas condiciones previas al despido (ET art.56.1 y LRJS 110.1). Ejercitada esta primera opción, el empresario tiene que abonar los salarios de trámite, que son los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

2. Abonar una indemnización de 33 días por año de trabajo, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año y hasta un tope de 24 mensualidades (ET art.56.1.a). Para las extinciones de los contratos formalizados **con anterioridad al 12-2-2012**, la indemnización se calcula, hasta dicha fecha, a razón de 45 días de salario por año de servicio (L 3/2012 disp.trans.5ª). Cuando la indemnización calculada hasta esa fecha sea superior a 720 días de salario, dicha indemnización queda vinculada por ese **límite**, sin que el período que el trabajador siga trabajando con anterioridad a la reforma le genere más derechos indemnizatorios (TS 18-2-16, EDJ 15813).

El despido se califica como **nulo** cuando lesione derechos fundamentales y libertades públicas o sea discriminatorio (ET art.54.5 y LRJS art.108.3). También alcanza esta calificación cuando se realice en periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, enfermedad causada por el embarazo, parto o lactancia natural, o en el periodo posterior a los 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. También cuando se trate de trabajadoras víctimas de violencia de género. El efecto típico es la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios de trámite.

f. Extinción por causas objetivas

9087 Nuestro ordenamiento jurídico incluye la extinción contractual por causas objetivas. Estas causas, aunque inherentes al trabajador, son ajenas a cualquier actuación incumplidora voluntaria. La lógica protectora de la norma obliga a mantener una serie de límites (garantías) que aseguren la racionalidad de la extinción propuesta.

9090 Causas del despido objetivo

(ET art.52)

El contrato puede extinguirse por las siguientes causas: ineptitud sobrevenida (nº 9092); falta de adaptación a las modificaciones técnicas (nº 9094); causa técnicas, organizativas o de producción (nº 9096); faltas de asistencia al trabajo justificadas (nº 9098) o insuficiente consignación presupuestaria (nº 9100).

9092 Ineptitud del trabajador

(ET art.52.a)

La ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa es el primer motivo de extinción. Viene referida a una **inhabilidad o carencia de facultades profesionales** que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.- (TS 2-5-90, EDJ 4586). A los motivos estrictamente biológicos o fisiológicos, como la edad, la enfermedad o el accidente, hay que añadir motivos de carácter administrativo (ej. falta de titulación académica para el ejercicio de una actividad o su continuación, pérdida del carnet de conducir...) e incluso ideológicos (incompatibilidad sobrevenida de creencias). Por lo general ha de ser sobrevenida, aunque no se descarta la **originaria no conocida** por la empresa, si bien se exige que no medie un tiempo irrazonablemente amplio.

No cabe alegarla cuando es resultado del encargo de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional (ET art.39.3).

9094 Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo

(ET art.52.b)

Esta causa puede justificar el despido cuando los **cambios** realizados sean **razonables** y se haya dejado transcurrir el periodo de adaptación de dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que se dio fin a la formación dirigida a la adaptación. Requiere la concurrencia de cuatro **requisitos**:

1. Un **presupuesto objetivo** relacionado con el carácter técnico de la modificación en un puesto concreto.
2. Un **presupuesto sustancial o valorativo**, en virtud del cual la modificación se ha de entender razonable, excluyéndose toda arbitrariedad empresarial.
3. Un **presupuesto personal** del que se desprende una ineptitud sobrevenida con incompatibilidad objetiva entre el puesto y el trabajador, correspondiendo la carga de la prueba a la empresa.
4. Un **presupuesto temporal** del que deriva el sometimiento a un periodo mínimo de espera de 2 meses a contar desde la introducción del cambio para poder esgrimir esta causa extintiva.

Aunque la **casuística** resulta bastante variada resulta ejemplificador el supuesto del despido calificado como procedente del trabajador que no se adapta a los cambios informáticos introducidos en su puesto de trabajo (TS 21-6-88, EDJ 5409).

9096 Extinción contractual por despido económico individual o plural

(ET art.52.c)

Esta causa, permite reconducir los supuestos vinculados al interés económico de la empresa y que tienen un desarrollo exhaustivo en la regulación sobre despido colectivo (nº 9050). La diferencia básica respecto del despido colectivo radica en el **número de trabajadores** afectados, inferior al previsto en aquel despido. La consecuencia de la aplicación del trámite del despido individual o plural en lugar del despido colectivo también resulta muy relevante en cuanto que se omite el complejo procedimiento característico de su tramitación.

9098 Faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes

(ET art.52.d)

Cabe la extinción del contrato cuando el trabajador incurre en una serie de faltas de asistencia intermitentes, a pesar de que sean justificadas siempre que alcancen el **umbral** determinado por la norma. Se requiere que las faltas de asistencia alcancen el 20% al menos de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos y que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores -a contar la fecha del despido, que es la que determina la normativa de aplicación STS 316/2018, de 19 de marzo- alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o bien el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

No se contabilizan como faltas de asistencia a estos efectos las ausencias debidas a:

- huelga legal por el tiempo de duración de la misma;

- ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores;
- accidente de trabajo;
- maternidad y paternidad;
- riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural;
- enfermedades causadas por embarazo;
- parto o lactancia;
- licencias y vacaciones;
- enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja tenga carácter oficial y duración superior a 20 días consecutivos;
- situación física o psicológica derivada de violencia de género;
- ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

No se ha admitido la aplicación de la previsión normativa cuando las faltas de asistencia sean consecuencia de **una única ausencia continuada por IT** (TS 26-7-05, EDJ 157692) o cuando los diversos periodos de incapacidad deriven de la **misma enfermedad** (TS 24-10-06, EDJ 311901).

9100 Insuficiente consignación presupuestaria

(ET art.52.e)

Esta causa de extinción singular y privilegiada viene referida a las contrataciones realizadas por las **Administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro** que desarrollan programas públicos. Se trata de una causa próxima a la prevista en el nº 9096 , de modo que cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido para el despido colectivo (nº 9050) se debe seguir el procedimiento de despido colectivo. Permite extinguir la relación laboral de los empleados citados como consecuencia de la insuficiente consignación presupuestaria dispuesta para la ejecución de los planes y programas públicos.

9105 Forma del despido por causas objetivas: garantías del procedimiento

(ET art.53)

Los requisitos que exige el procedimiento son los que siguen:

1. Comunicación escrita al trabajador expresando la causa. Su finalidad reside en proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos en que se apoya el despido para que, a tal efecto, pueda articular sus medios de defensa (TS 28-4-97, EDJ 3195).

2. Simultánea puesta a disposición del trabajador de la **indemnización** legalmente establecida. Se trata de un ofrecimiento incondicionado e inmediato de pago (TS 17-7-98, EDJ 18431) que debe cubrir la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la causa objetiva sea de carácter económico la norma prevé la excepción de que el empresario pueda justificar en la comunicación de despido la dificultad de cumplir con tal requisito en razón a la situación económica que atraviesa. En tal caso no es exigible la simultánea puesta a disposición de la indemnización, sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir el abono de la misma cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

3. Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. Su finalidad es que el trabajador conozca con antelación la decisión extintiva y pueda proceder, en su caso, a la búsqueda de nuevo empleo para lo cual dispondrá de una licencia de 6 horas mensuales sin pérdida de retribución.

9108 Reclamación judicial, calificación y efectos de la extinción por causas objetivas

El trabajador puede impugnar la decisión empresarial de extinción del contrato lo cual permite valorar la corrección legal de sus fundamentos y calificar el despido llevado a cabo. El trabajador dispone, como en el despido disciplinario, de 20 días hábiles, pudiéndose dar lugar a la calificación del cese como procedente, improcedente o nulo.

Es **procedente** cuando se observen los requisitos formales y se acredite la causa alegada (ET art.53.4 y LRJS art.122.1). En este caso el trabajador consolida la indemnización recibida.

La decisión es declarada **improcedente** cuando:

1. No se acrediten las causas alegadas en cuyo caso la indemnización será la correspondiente a los despidos disciplinarios.

2. Cuando no se hubiesen cumplido los requisitos formales (nº 9105), si bien, la omisión de preaviso no impide la procedencia del despido, en cuyo caso el empresario queda obligado al abono de los salarios correspondientes a dicho período. Tampoco es causa de improcedencia el error excusable en el cálculo de la indemnización, que deberá ser subsanado en todo caso por el empresario (ET art.53.4 y LRJS art.122.3).

3. No se respete la prioridad de preferencia legalmente reconocida a favor de los representantes de los trabajadores. En el supuesto de que se declare la improcedencia y el trabajador opte por la readmisión debe proceder a la devolución de la indemnización percibida.

En último término cabe la calificación de **nulidad** del despido objetivo aplicándose idénticos criterios que en el despido disciplinario (ET art.53.5 y LRJS art.122.2). Básicamente, corresponde declarar la nulidad cuando exista móvil discriminatorio, lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, o afectación a las situaciones de embarazo, maternidad y de ejercicio de ciertos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

g. Extinción del contrato por voluntad del trabajador

9112 El trabajador puede extinguir de forma unilateral el contrato, en los supuestos de desistimiento o dimisión, bien como consecuencia, respectivamente, de un traslado o de una modificación sustancial (ET art.40 y 41) o bien con fundamento en un incumplimiento cualificado del empresario (ET art.49.1.j y 50).

9115 **Extinción por incumplimiento cualificado del empresario**
(ET art.50)

La norma detalla las siguientes **causas justificativas**:

1. **Modificación sustancial** en sus **condiciones de trabajo** llevadas a cabo sin respetar el procedimiento legal (nº 8980 y nº 8982) y que redunden en menoscabo de su dignidad. Se exige simultáneamente la concurrencia del doble requisito que se enuncia.

2. **Falta de pago o retrasos** continuados en el **abono del salario** pactado. Se refieren al salario pactado, siempre que este sea lícito. Respecto de la entidad del incumplimiento es causa extintiva el impago de carácter persistente (TS 9-12-10, EDJ 290700 ; 26-7-12, EDJ 233892), siendo suficiente el impago de 3 mensualidades. La causa extintiva opera de manera objetiva sin que pueda oponerse la situación de dificultad económica de la empresa.

3. Cualquier **otro incumplimiento grave de las obligaciones empresariales**, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, en los supuestos de movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados. Dentro de la casuística que cabe citar destaca la extinción por falta de ocupación efectiva (TS 8-11-93, EDJ 10022) o la falta de asignación de servicio o actividad. Debe advertirse que el trabajador no puede rescindir unilateralmente el contrato, sino que debe articular la resolución del mismo a través de una acción dirigida a la jurisdicción laboral interesando la fijación de la indemnización correspondiente y que sería la equivalente al despido improcedente.

9118 **Extinción del contrato por dimisión y abandono del trabajador**

Deben distinguirse los supuestos de dimisión del trabajador y de abandono del puesto de trabajo.

La extinción del contrato por dimisión o abandono **no** genera derecho a **indemnización** ni permite, al ser acto voluntario, percibir prestaciones por desempleo. Eventualmente podría ser el trabajador quien deba indemnizar al empresario cuando incumpla su obligación de preaviso y también en los supuestos en los que exista un pacto expreso de permanencia.

9121 **Dimisión del trabajador**
(ET art.49.1.d)

La regulación normativa implica que el trabajador no precisa alegar causa alguna que justifique su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, si bien mantiene el único **requisito** de realizar el preaviso al empresario en el plazo que fije el convenio colectivo de aplicación.

9123 **Abandono**

Cuando la **dimisión** del trabajador se lleva a cabo de forma **tácita** se entiende como abandono. Es un verdadero y propio incumplimiento contractual, no siendo causa legítima de ruptura del vínculo jurídico-laboral. No encaja con esta calificación ni el abandono momentáneo del puesto de trabajo, ni la ausencia sin más.

Puede generar derecho a **indemnización** por los daños causados, cuando resulten suficientemente acreditados y probados. La dimisión no se presume siendo precisa una voluntad clara y contundente dirigida a extinguir la relación laboral, lo que se ha de producir bien por una conducta concluyente o una manifestación de voluntad (TS 29-3-01,

EDJ 2964). Se ha de interpretar restrictivamente, considerándose algo excepcional en la dinámica de las relaciones laborales.

h. Desaparición de las partes: incapacidad permanente y jubilación

9130 El contrato de trabajo se extingue cuando se produzca el fallecimiento del trabajador, su incapacidad o jubilación y también por la muerte, jubilación o incapacidad del empresario.

9133 Circunstancias del trabajador

(ET art.49.1.e y f)

La **muerte** del trabajador produce automáticamente la extinción del contrato de trabajo. Al ser personalísima la relación laboral no cabe la sustitución del trabajador cuando fallece sin que quepa indemnización a su favor por este mero hecho.

La **incapacidad permanente** del trabajador también produce la extinción del contrato de trabajo, cuando se declara en los grados de total, absoluta o gran invalidez a través de una resolución firme. Se plantea como excepción el supuesto de incapacidad permanente en que sea previsible la revisión. En este caso subsiste la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución que declaró la incapacidad (ET art.48.2).

La **jubilación** del trabajador tiene carácter voluntario y se muestra como un derecho subjetivo. Todas las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se entienden nulas y sin efecto (ET disp.adic.10ª).

9136 Circunstancias del empresario

(ET art.49.1.g)

La **muerte** del empresario implica la extinción de la relación laboral bastando el requisito de que los herederos manifiesten la voluntad de no continuar con su negocio (TS 18-12-90, EDJ 11643), si bien si existe continuidad a través de cualquier título han de continuar también los contratos de trabajo (TS 25-4-00, EDJ 11415). Por tanto, para que el fallecimiento extinga el contrato, es necesario que no entre en juego el mecanismo de la subrogación empresarial (ex ET art.44). Para poner fin a los contratos es suficiente con la mera comunicación en la que se haga constar la muerte y la decisión adoptada por el sucesor de no continuar en la actividad empresarial.

La **jubilación** del empresario opera como causa extintiva cuando no se produzca subrogación de un tercero en la titularidad de la explotación.

La **incapacidad permanente** del empresario en los grados de total, absoluta o gran invalidez extingue el contrato de trabajo en tanto que implica una carencia de habilidad para regir el negocio; si bien ello es así siempre y cuando venga acompañado del cierre de la empresa.

En los tres supuestos citados basta que el empresario o sus herederos realicen la **comunicación extintiva**, limitándose el derecho del trabajador a una indemnización «equivalente a un mes de salario».

Por último, en los supuestos en que la empresa esté constituida por una **persona jurídica**, cualquiera que sea su forma, los contratos de trabajo se extinguen si esta pierde su personalidad jurídica por alguna de las causas legalmente previstas, si bien para ello resulta preciso seguir los trámites del despido colectivo (nº 9050).

VI. Faltas y sanciones

9160	A. Régimen de faltas y sanciones laborales	9163
	B. Infracciones y sanciones administrativas en el ámbito laboral	9180

A. Régimen de faltas y sanciones laborales

9163 El régimen general de faltas o infracciones y sanciones en el ámbito laboral se encuentra regulado en dos normativas básicas, el RDLeg 2/2015 , por el que se aprueba el nuevo texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y el RDLeg 5/2000 (LISOS), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social por otro.

En todo caso, el ámbito subjetivo y objetivo de las dos normas antedichas respecto a las faltas y sanciones en materia laboral es diverso: mientras el ET establece la denominada responsabilidad laboral de los trabajadores en el ámbito estrictamente contractual, es decir la asunción por aquellos de penalizaciones impuestas por el empresario ante el incumplimiento de sus deberes laborales, la LISOS enmarca la denominada responsabilidad administrativa en

materia laboral, de naturaleza pública e imputable de forma general al empleador a través de medidas sancionadoras específicas.

1. Régimen de faltas y sanciones laborales previsto en el ET

(ET art.58)

9165 Bajo el epígrafe «**Faltas y sanciones de los trabajadores**», el ET art.58 establece en su primer apartado que los trabajadores pueden ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

Lo primero que resalta el precepto estatuario es que el **sujeto pasivo** de la sanción es el trabajador mientras que el sujeto que la impone es la dirección de la empresa, es decir la parte empleadora o el organismo que disponga de tal competencia por delegación empresarial. La imposición de una sanción al trabajador se puede activar en razón de sus **incumplimientos laborales**, es decir de aquellos de sus deberes que vengan establecidos en la normativa laboral, en los convenios colectivos así como de las obligaciones que haya asumido en virtud de su contrato de trabajo. En todo caso, no solo resultan sancionables los incumplimientos a la **normativa laboral** que pueda llevar a cabo el trabajador sino también respecto de aquellas obligaciones que haya asumido en virtud de su propio **contrato de trabajo**, ya sea el pactado con un empresario del sector privado como también el realizado por el personal al servicio de las Administraciones públicas. Es en razón de que esta responsabilidad se activa en el ámbito exclusivamente contractual, entre empresario público o privado y trabajador, que el ET utiliza la expresión faltas o incumplimientos laborales más que «infracciones», que se ajusta mejor al ámbito de la exigencia de responsabilidades de naturaleza pública por contravención de la normativa.

Precisiones

1) Cómo mantiene la doctrina judicial laboral, el ET art.58.1 es el soporte legal del **poder disciplinario** en la empresa y que, como colorario del poder de dirección, constituye una forma de autotutela privada de carácter activo, puesto que, en su virtud, el empresario, sin necesidad de acudir a los Tribunales, puede imponer **unilateralmente**, sanciones disciplinarias, defendiendo un interés propio mediante un negocio jurídico unilateral (TSJ Sevilla 14-3-12, EDJ 74167).
2) Un ejemplo de deberes establecidos por la normativa laboral lo constituye la previsión de las **obligaciones** de los trabajadores sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo. Las faltas cometidas por aquellos en el cumplimiento de sus **deberes preventivos** tienen la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el ET art.58.1 (L 31/1995 art.29).

9167 Imposición de la sanción

Acontecida una falta laboral del trabajador en el cumplimiento de sus deberes contractuales, la imposición de la sanción depende de cómo quede definida tanto la falta como la propia sanción conforme a la disposición legal que pueda resultar aplicable o al convenio colectivo que esté en vigor para la empresa. De hecho, la **tipificación de faltas**, su **graduación** y la de las sanciones correspondientes es materia propia de los Convenios colectivos. En todo caso, uno de los **requisitos** para que el empresario pueda ejercer su poder sancionador es que la falta imputada al trabajador se encuentre tipificada en la norma legal o convencional de aplicación a la empresa, de manera que no se sancione por conductas que no estén descritas en tales normas (TSJ Madrid 3-6-11, EDJ 148262).

Es la empresa la que valora la adecuación del incumplimiento cometido por el trabajador con la graduación que la normativa o el convenio colectivo haya realizado de la falta y de la correspondiente sanción a ejecutar, cuya decisión es revisable en todo caso por los Juzgados y Tribunales del Orden Social a través de un proceso especial (LRJS art.114 y 115). En todo caso, la **graduación de la falta** se debe haber realizado atendiendo a principios de individualización y proporcionalidad, correspondiendo al Juez de lo Social examinar si la sanción impuesta es acorde a la gravedad de la conducta del trabajador, teniendo en cuenta la trayectoria profesional, la antigüedad, los hechos coetáneos y posteriores, o la mayor o menor responsabilidad; también que no se discrimine a los trabajadores en la imposición de la sanción cuando concurren los mismos hechos salvo circunstancias que justifiquen la imposición de sanciones diferentes, o que no se haya sancionado previamente por los mismos hechos o principio non bis in idem (TSJ Madrid 3-6-11, EDJ 148262).

9169 Formalidades

(ET art.58.2, 64.4.c y 68.a)

Para la imposición de la sanción de las faltas **graves y muy graves** han de cumplirse las siguientes formalidades:

1. Comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan, sin perjuicio de lo que los convenios colectivos puedan regular de forma suplementaria. La comunicación debe exponer aquella información

que sea necesaria para garantizar el adecuado conocimiento del trabajador de los motivos de su responsabilidad y para garantizar su defensa ante la justicia si así lo considerase oportuno. El **incumplimiento** de esta obligación formal conlleva la nulidad de la sanción (TSJ Madrid 5-11-10, EDJ 293112).

También debe constar la **fecha**. En este aspecto el ET art.58.2 es ambiguo sobre a qué fecha se está refiriendo, si a la de la propia comunicación o bien a la de los efectos de la sanción, aunque la doctrina judicial se decanta claramente por la segunda opción. Así por ejemplo, se establece que, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y acudiendo a lo que se establece para el despido, en virtud de los principios que sobre la interpretación de las normas jurídicas establece el CC art.3.1 , ha de entenderse que la fecha de que se trata es la de los efectos de la sanción, es decir, cuando ha de cumplirse pues la finalidad de la norma es la de proporcionar al trabajador certeza sobre la sanción que se le impone, lo que no puede decirse que se produzca cuando no se sabe cuál es la fecha en que ha de empezar a cumplirla y menos cuando se deja esa fecha a la voluntad del empresario, sujetándola a un concepto tan indeterminado como es la de tan pronto los requerimientos organizativos lo permitan, lo cual determinaría que el trabajador tuviera pendiente el cumplimiento mientras la empresa quisiera sin que, al contrario de lo que alega la empresa en su impugnación, se produzca certeza alguna (TSJ Extremadura 29-3-11, EDJ 69537).

2. En caso de que sean **sancionados representantes de los trabajadores**, éstos tienen derecho a la apertura de un expediente contradictorio en el que éstos sean debidamente oídos.

3. Si son **sancionados otros los trabajadores** responsables, el comité de empresa debe ser informado por el empresario si las sanciones impuestas derivan de la calificación de las faltas cometidas como muy graves. También la falta de estas obligaciones formales en la tramitación de la sanción conllevan su nulidad.

9171 Sanciones prohibidas

(ET art.58.3)

Las sanciones deben estar previstas legal o convencionalmente, si bien, en ningún caso, se pueden imponer sanciones que consistan en:

- reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador;
- multa de haber.

La **inobservancia** de esta prohibición llevaría a la nulidad de la sanción impuesta.

Precisiones

No se permite que mediante sanciones impuestas por el empresario se rebajen los derechos del trabajador en materia de descanso previstos en la legislación laboral o también los que derivados de su contrato mejoren los de carácter mínimo legal, así como tampoco la imposición de una multa o sanción económica. Mientras se permite como sanción la **suspensión de empleo y sueldo** por razones disciplinarias (ET art.45.1.h), se impide por ejemplo sancionar al trabajador con la suspensión de su retribución obligándole a que siga trabajando.

9173 Prescripción y caducidad

(ET art.59.3 y 60; LRJS art.114 y 103)

Se establece la regla general sobre **prescripción de las infracciones y faltas** de empresarios y trabajadores, es decir se regulan los plazos finalizados los cuales el incumplimiento laboral debe quedar impune o devenir inexigible la sanción impuesta:

1. De empresarios: las infracciones prescriben a los 3 años, salvo en materia de Seguridad Social. Debido a que la responsabilidad laboral prevista en el ET art.58 se atribuye al trabajador, y no al empresario, el régimen de prescripción del ET art.60 haría referencia a la comisión de **infracciones administrativas** de los empresarios a los efectos de que sean sancionados a través de la LISOS (nº 9180), en la cual, por cierto, también se fija dicho período de prescripción de 3 años para las infracciones que tipifica.

2. De trabajadores, se establece diferentes períodos de prescripción de las faltas laborales que cometan: así, para las de carácter leve se prevé una prescripción de 10 días; para las faltas graves de 20 días, y para las muy graves, 60 días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

El trabajador puede **impugnar la sanción** impuesta por el empresario en el plazo de caducidad de los 20 días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Para el **cómputo** de dicho período, se prevé que los días son hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos, y que el plazo de caducidad queda interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente.

En conclusión, el trabajador dispone de 20 días hábiles para impugnar judicialmente por su despido, constituyéndose en un período de caducidad, no de prescripción, pasados los cuales sin haber presentado adecuadamente su reclamación ante la jurisdicción social el trabajador decae en su derecho. En todo caso, ese período es de caducidad, es decir, una vez se presente el escrito de conciliación ante la autoridad administrativa competente como fase previa a la vía judicial se suspende el transcurso del período de los 20 días, que volverá a correr una vez se haya realizado este acto.

B. Infracciones y sanciones administrativas en el ámbito laboral

9180 El régimen de infracciones y sanciones de carácter administrativo en el ámbito laboral se encuentra establecido en la LISOS. La **potestad punitiva pública** parte de la premisa de que ante la resistencia por el empleador al cumplimiento del Derecho del Trabajo no basta la tutela judicial de los derechos laborales sino que es necesaria la previsión de sanciones especiales con capacidad disuasoria y rápida, por ejemplo, mediante la imposición de multas administrativas.

Los **principios** inspiradores **del orden penal** son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, también en materia laboral resultan de aplicación los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones, culpabilidad del sujeto infractor, proporcionalidad en la sanción impuesta, de *non bis in idem*, es decir la imposibilidad de sancionar los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, y finalmente el principio de prescripción de las infracciones (TCo 2/1981 ; 18/1981).

En cumplimiento de estos principios, la LISOS ya recoge en sus primeras disposiciones una cláusula general sobre su **ámbito subjetivo**, al definir como sujetos responsables a aquellas personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la ley, así como una referencia particularizada, a modo de declaración constitutiva y en forma de lista, de los sujetos pasivos que pueden ser objeto de sanciones administrativas, empezando por los empresarios y siguiendo con trabajadores por cuenta propia, mutuas, transportistas, etc.). El primer sujeto que aparece mencionado en el listado de responsables es el **empleador** en la relación laboral. En consecuencia, en este ámbito del contrato de trabajo formalizado empresario y trabajador, la potestad sancionadora de la Administración se centra únicamente en una de las partes de la relación contractual: la empresarial, y no la del trabajador. En este sentido, la ley mantiene la consideración histórica del empleador como posible y único infractor del régimen de derechos y deberes contractuales de carácter laboral, asentado en el fundamento de que es aquel, en cuanto titular y responsable de la empresa quién ha de velar por el cumplimiento de normativa laboral en los establecimientos sometidos a su control, así como por la idea de que el Derecho del trabajo es un ordenamiento básicamente instituido para la tutela del trabajador (la excepción a estas consideraciones lo constituiría la previsión de sanciones al trabajador extranjero que no disponga de las autorizaciones para trabajar impuestas por la normativa).

9182 **Infracciones laborales**
(RDLeg 5/2000 art.5.1, 39 y 40)

Una vez reconocido que la parte empresarial puede constituirse en sujeto infractor, las infracciones laborales **se definen como** aquellas acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional y de trabajo temporal, tipificadas y sancionadas al modo como lo hace la propia ley.

Las **conductas** quedan referidas, por tanto, a las acciones u omisiones contrarias a un orden normativo de referencia específico: las normas legales, las de carácter reglamentario y las cláusulas normativas de los convenios colectivos. Ahora bien, siguiendo el principio de legalidad y tipicidad, las actuaciones contrarias a la legislación o a los convenios colectivos son consideradas como infracciones laborales y por tanto solo puede imponerse la consiguiente sanción administrativa, si la conducta ilícita en cuestión está sancionada y tipificada de conformidad con la LISOS.

En relación a las **sanciones** previstas en la LISOS en materia de relaciones laborales que pueden ser decididas por la Autoridad laboral competente, la principal es la **multa**, cuyo importe varía en función del tipo de infracciones. Tratándose, por ejemplo, de infracciones **en materia de relaciones laborales y empleo**, las sanciones pueden ir:

- por las infracciones leves, desde los 60 € como mínimo hasta los 625 euros;
- por las infracciones graves, desde 626 € hasta los 6.250 €;
- y por las infracciones muy graves, desde 6.251 € hasta 187.515 € en su grado máximo.

Una vez calificada la infracción en leve, grave o muy grave, las sanciones económicas se imponen dentro de cada una de estas calificaciones en los grados mínimos, medio y máximo atendiendo a diversos criterios de **graduación**, como por ejemplo la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor (criterio derivado del principio de culpabilidad

en el ámbito administrativo sancionador), el fraude o connivencia, el incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la ITSS, la cifra de negocios de la empresa, el número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, el perjuicio causado o la cantidad defraudada.

En todo caso, determinadas **actitudes de la empresa** que podrían ser similares a alguna de las que sirven para la graduación de las sanciones se consideran, *per se*, infracción laboral sancionable, y por tanto desbordan sus efectos como motivos de modulación de las sanciones. Valga como **ejemplo** la conducta de la empresa consistente en obstruir la actividad inspectora.

Además de las sanciones económicas, la LISOS también contiene **otras sanciones** como suspensiones de actividades o cierres de los centros de trabajo y otras medidas accesorias a las multas como inhabilitaciones profesionales o limitaciones para la contratación de obras públicas.

Precisiones

La AN 18-4-16, EDJ 49301 entra a valorar la actitud de una empresa que no obedeció los **requerimientos de la Inspección de Trabajo** de que le remitiese información sobre la actividad realizada por unos trabajadores a su servicio durante una semana. La empresa reconoce en su recurso que no atendió dichas peticiones pero se excusa diciendo que tuvo poco tiempo para realizarlas; en todo caso, en el supuesto de que se le imponga la sanción, solicita que sea en grado mínimo dado el reducido tamaño de la empresa y la práctica ausencia de ánimo de lucro de la actividad que habían desempeñado sus trabajadores en el período demandado por la Inspección. La Audiencia Nacional no estima el recurso empresarial y recuerda que los empresarios deben colaborar con la actividad inspectora e identificar a las personas que se encuentren en los centros de trabajo. En este sentido, **confirma la sanción** impuesta por la Autoridad laboral por obstaculización a la labor inspectora por su actuación deliberada de omitir datos ante la Inspección, y no concede el grado mínimo en la sanción pedido por la empresa, sino que resuelve que la sanción que se le impone en concepto de multa y recaudación de cuotas es la equivalente a la que hubiera tenido que afrontar en caso de que hubiera llegado a buen fin la actividad inspectora.

VII. Negociación colectiva. Huelga y conflictos colectivos

9190	A. Negociación colectiva	9192
	1. Concepto y naturaleza. Convenios estatutarios y extraestatutarios	9192
	2. Eficacia de los convenios colectivos estatutarios	9200
	3. Partes del convenio colectivo	9204
	a. Introducción	9204
	b. Legitimación para negociar	9206
	c. Legitimación para constituir la comisión negociadora	9215
	d. Legitimación para adoptar el convenio	9219
	4. Unidades de negociación	9220
	a. Regla general y excepciones: prohibición de concurrencia de convenios colectivos	9220
	b. Supuestos especiales	9234
	5. Contenido de los convenios	9235
	a. Contenido normativo	9237
	b. Contenido obligacional	9239
	c. Contenido mínimo o cláusulas delimitadoras del contenido	9240
	6. Eficacia jurídica: territorial, funcional, personal y temporal	9242
	7. Procedimiento	9245
	8. Aplicación e interpretación del convenio colectivo	9247
	B. Conflictos colectivos	9250
	1. Huelga y los conflictos colectivos	9250
	a. Carácter y titularidad	9250
	b. Tipología	9260
	c. Procedimiento y límites	9266

d.	Otras modalidades de conflicto colectivo	9278
2.	Solución del conflicto colectivo	9285
a.	Medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Tipología	9285
b.	Arbitraje	9292
c.	Impugnación judicial	9300

A. Negociación colectiva

1. Concepto y naturaleza. Convenios estatutarios y extraestatutarios

(ET art.82)

9192 El convenio colectivo se define en el ET como aquel acuerdo, resultado de la negociación entre los representantes de los trabajadores y empresarios, adoptado libremente en virtud de la autonomía colectiva. Por tal razón **se excluye** del concepto y del régimen jurídico adscrito al mismo la llamada concertación social, como consecuencia de la intervención de un tercer sujeto, el Gobierno, excluyendo la estructura consistente en la autorregulación de sus relaciones de trabajo por parte de ambos sujetos protagonistas de la misma.

Sin embargo, esta definición, que parece acoger toda clase de convenios, debe interpretarse según el propio ET art.82.3, que precisa que la norma se está refiriendo únicamente a los convenios que regula «esta Ley», esto es a los llamados convenios «**estatutarios**». Como consecuencia de esta precisión, puede hablarse de una doble tipología basada en la regulación expresa o no del convenio en la ley que desarrolla el derecho de negociación colectiva, el ET, o, lo que es lo mismo, basada en el cumplimiento de los requisitos del Título III del ET: estatutarios frente a **extraestatutarios** o no estatutarios. Tipología nacida de la construcción doctrinal y jurisprudencial en torno a la admisión constitucional de ambas modalidades frente a la regulación exclusiva de uno solo de ellos en el marco legal del ET.

9193 La **configuración constitucional** de la negociación colectiva (Const art.37), sin embargo, admite toda forma de negociación colectiva que responda a sus rasgos esenciales definitorios, así como la eficacia jurídica de los convenios colectivos (la ley garantizará la fuerza vinculante de los convenios), lo cual implica que constitucionalmente todas las formas representativas de los trabajadores tienen garantizado este derecho. Como quiera que la Ley que desarrolló esta previsión optó por la eficacia *erga omnes* de los convenios y limitó la capacidad para negociar convenios colectivos a ciertos sujetos o instancias representativas, en el entendimiento de que solo éstas representan o pueden representar a todo el colectivo de los trabajadores afectados por el convenio colectivo, impuso en consecuencia un régimen de **exigencias** para negociar (aun en caso de ostentar la representación de los trabajadores) y unos requisitos más rígidos para la validez de los convenios.

9194 Aunque el **ejercicio del derecho** a la negociación colectiva (Const art.37.1) le ha sido atribuido también por la Const al sindicato, protagonista principal en la defensa de los intereses de los trabajadores (Const art.7) a través del ejercicio de la libertad sindical (Const art.28.1), no se ha hecho de forma exclusiva ni en modo que descarte a otros posibles representantes de los trabajadores, de manera que no cabe sino concluir que el derecho a la negociación colectiva está atribuido constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores (TCo 8/2015 ; 208/1993, FJ 4). De lo cual se infiere la validez de ambas opciones negociales, si bien solo una de ellas tiene garantizada la eficacia normativa.

En su vertiente de derecho con reconocimiento constitucional, no obstante, no constituye de por sí y aisladamente considerado un **derecho fundamental tutelable en amparo**, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en el Título I, Capítulo 2, Sección 1 (Const art.14 a 28) (TCo 118/1983 ; 45/1984 ; 98/1985 ; 208/1993). Sin embargo, esta conclusión resulta matizada cuando se trata del **derecho de negociación colectiva de los sindicatos**, en cuyo caso aquel sí se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente, pues así resulta de lo dispuesto en la Const art.7 y 28.1 y LOLS art.2.1.d; 2.2.d y 6.3.b y c) (TCo 4/1983 ; 118/1983 ; 73/1984 ; 184/1991 ; 173/1992 ; 105/1992 ; 208/1993 ; 80/2000). En su contenido, constituye algo más que el acuerdo final al que la negociación pueda conducir, consistiendo antes que en este, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va realizando (TCo 50/2000).

9195 A tenor de todo lo anterior, los **convenios estatutarios**, regulados por el ET Título III, se caracterizan por su eficacia personal general o *erga omnes* y por su eficacia normativa. Los denominados pactos «extraestatutarios», al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el ET Tít III, carecen de la eficacia general o *erga omnes* que caracteriza a los convenios «estatutarios» (esto es, los que se celebran conforme a la específica regulación de ese ET Tít III), gozando únicamente de una **eficacia personal limitada** o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación (TCo 8/2015). Se considera igualmente extraestatutario

aquel convenio que, negociado conforme a las normas del Título III del ET, no cumple los requisitos legales de **registro administrativo y publicación** en el boletín oficial. En estos casos cabe declarar la nulidad parcial del convenio respecto de las cuestiones únicamente regulables por convenio estatutario y de afectación general (AN 24-9-15, EDJ 175608).

9196 Las **consecuencias** de esta distinción son claras por lo que respecta a los llamados «**extraestatutarios**»:

a) Se **rigen** directamente por la Const art.37.1 y por las normas reguladoras de las obligaciones contractuales del CC (no por el ET). Por ello, **para su negociación** no es precisa legitimación singular, lo cual provoca que su eficacia personal sea limitada, siendo de aplicación a los sujetos representados por las partes firmantes, salvo que los firmantes hayan sido elegidos en asamblea (en cuyo caso quedarán afectados todos los trabajadores por lo acordado por los delegados así elegidos, que estén representados en el comité de empresa) y a quienes se adhieran al pacto (TS 12-12-08, EDJ 305158 ; 23-12-08, EDJ 314104 ; 25-2-09, EDJ 32343 ; 20-3-09, EDJ 50846).

b) **Carecen de eficacia normativa**, según ha afirmado el Tribunal Supremo, por lo que tienen naturaleza contractual y eficacia limitada (TS 25-1-99, EDJ 164). Su naturaleza no normativa sino contractual provoca que solo **genere derechos subjetivos** para las partes contratantes. Por tanto, no les son de aplicación el principio de publicidad (no exigen publicación oficial, aunque sí su depósito público y eventual publicación opcional por parte del SMAC - RDL 5/1979 -) ni de automaticidad en su aplicación, exigiendo incorporación expresa o tácita de sus cláusulas a los contratos individuales de trabajo como condiciones contractuales, convirtiéndose en consecuencia en condiciones más beneficiosas contractualizadas, de necesario respeto por normas posteriores mientras se mantenga vigente el convenio (solo alterables vía ET art.41 o novación individual).

c) **No son normas de derecho necesario** que deban respetarse por los contratos individuales, porque carecen precisamente de tal carácter normativo (su contenido se incorpora al contrato de trabajo), ni rige el principio de imperatividad e irrenunciabilidad de derechos: por el contrario, cabe la derogación «in peius» por el contrato de trabajo. Por la misma razón cabe su alteración por decisión unilateral del empresario tras la reforma operada por la L 3/2012 (TCo 8/2015), cuando concurren probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y no existe responsabilidad por su incumplimiento, más que de tipo contractual (indemnización de daños y perjuicios).

d) **No pueden fundar un recurso** de casación o suplicación por infracción de ley, como tampoco cabe su impugnación de oficio por la autoridad o administración laboral, pero sí cabe a través del proceso de conflicto colectivo.

9198 Frente a ellos, los **convenios estatutarios** presentan los rasgos contrarios:

a) Tienen carácter de norma laboral (ET art.3.3) y contenido normativo (ET art.86.3).

b) Exigen una **representación adecuada** para la validez y eficacia general del mismo, a lo que se denomina «legitimación para negociar». Dicha legitimación se exige en un triple momento: para poder negociar, es decir, para declarar la capacidad para negociar de un sujeto; para iniciar la negociación, es decir, para constituir la comisión negociadora (la «mesa negociadora»); y por último para adoptar o aprobar el convenio.

c) La negociación debe desarrollarse bajo el principio de la **buena fe**, que debe respetarse por ambas partes.

d) Su **eficacia** es general y *erga omnes*, y directa: no precisan de incorporación al contrato individual de trabajo para su aplicabilidad.

9199 Una tercera modalidad viene constituido por los llamados **acuerdos de empresa sustitutorios** de la negociación colectiva estatutaria, entendiéndose por tales aquellos acuerdos entre la empresa y la representación del personal a los que remite expresamente en muchas ocasiones el ET como criterio subsidiario de la negociación colectiva, esto es, en defecto de convenio colectivo: p.e., para el sistema de clasificación profesional (ET art.22.1), para la distribución irregular de la jornada (ET art.34.2), o para la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones de plantilla (ET art.67.1). Su **adopción** no se sujeta a procedimiento legal alguno, pero sí tienen eficacia general (y normativa), puesto que sus negociadores deben reunir los mismos requisitos de legitimación que se exigen para la negociación de un convenio. Su **impugnación** solo cabe a través de la vía del proceso especial de conflicto colectivo.

Constituye manifestación propia de la negociación colectiva la negociación durante el **periodo de consultas** para la adopción de medidas de modificación o de extinción de contratos (AN 21-7-15, EDJ 134340 y AN 23-11-15 EDJ 231505). De modo que constituye vulneración del derecho de libertad sindical, en su **vertiente funcional de negociación colectiva**, negociar una medida que incluye extinción de contratos al margen del procedimiento del ET art.51.2 .

9200 Los convenios colectivos estatutarios se regulan en el ET Título III, art.82 a 92 (de la negociación colectiva y de los convenios colectivos). Debe tenerse en cuenta asimismo tanto la interpretación derivada de las TCo 119/2014 , y TCo 8/2015 , como de la TS 22-12-14, EDJ 237224).

Siendo una norma jurídica, el convenio se sujeta al **principio de jerarquía normativa**, en la que no se sitúa en ningún orden específico o de inferioridad respecto a la ley, dado su carácter de «ley especial» y «peculiar» en el ámbito laboral, lo cual significa que se halla en **relación de complementariedad** con respecto a la ley. En efecto, la propia ley dispone que sea así en la regulación de numerosas materias, optando por la remisión de las mismas a su regulación por convenio colectivo o bien a su aclaración, concreción o desarrollo.

Todo ello dentro de un juego de complementariedad, pero también de **subordinación** a ciertas normas que tienen el carácter de indisponibles y por ello necesariamente inderogables o modificables a través de tal vía: las **normas de derecho necesario**, que imponen límites o niveles mínimos a mejorar (derecho necesario relativo) o, en otro caso (derecho necesario absoluto) a respetar por el convenio (TS 22-12-14, EDJ 237224).

Asimismo, debe tenerse presente que tal peculiaridad de este tipo de normas implica que las obligaciones de ellas nacidas **no pueden ser de aplicación** más allá del ámbito al que están destinadas en virtud de la unidad de negociación en la que se inscriben. De ahí la importancia de determinar este otro elemento clave de la negociación colectiva y básico del convenio colectivo: la unidad de negociación, que va a determinar su ámbito de aplicación personal y territorial, como se analizará más adelante.

9202 De este carácter normativo se derivan las siguientes **consecuencias**:

a) Aplicación directa e inmediata sobre las relaciones individuales comprendidas en su ámbito de aplicación, sin incorporación expresa al contrato de trabajo, e imponiendo con ello un nivel mínimo de condiciones que el contrato de trabajo no puede alterar *in peius* (con imposibilidad de renuncia de derechos por los trabajadores).

El convenio tiene **eficacia general** o *erga omnes* (ET art.82.3): obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su campo de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Ello implica que **quedan afectados** todos los trabajadores que se hallan ligados por un contrato de trabajo a una empresa comprendida en la unidad de negociación respectiva, que lo estén durante el periodo de vigencia del convenio, o, en el caso de los pasivos o inactivos (personal pasivo de la empresa), que lo estuvieron en el momento en el que se negoció el convenio y pasaron a la condición de inactivos o pasivos, respecto de los derechos económicos generados por el reconocimiento de una mejora de prestaciones de la Seguridad Social (singularmente, de la pensión de jubilación o invalidez), que también se ven sometidos a la evolución normativa que experimente el personal de la empresa (su condición es pasiva pero «dinámica»).

b) Aplicación del principio de modernidad en la sucesión de convenios colectivos, derogando el posterior al anterior, pudiendo aquel disponer sobre cualquier cuestión regulada en este.

c) Aplicación del principio de publicidad, siendo obligatoria su publicación en el correspondiente Boletín Oficial, con la consiguiente aplicación del principio *iura novit curia* de los tribunales correspondientes al ámbito territorial del convenio.

d) Alegabilidad de su infracción por los tribunales como **infracción de ley** en casación o suplicación. La lesión del derecho de negociación colectiva solo se ampara por el Tribunal Constitucional (sobre la base de la Const art.28) cuando se violente el derecho de libertad sindical.

3. Partes del convenio colectivo

a. Introducción

9204 La negociación de un convenio viene determinada por la **legitimación** para su negociación, a su vez condicionada por el ámbito aplicativo del mismo, denominado «unidad de negociación». Tal legitimación se predica de tres momentos diferenciados:

1. la que habilita para negociar (ET art.87) o legitimación inicial;
2. la que capacita para constituir la comisión negociadora (ET art.88);
3. la que se exige para dar validez a los acuerdos adoptados (ET art.89.3).

b. Legitimación para negociar

9206 La legitimación inicial o para negociar se vincula al ámbito funcional y territorial o **unidad de negociación**. En este caso resulta imprescindible distinguir entre convenios de ámbito aplicativo identificable con la empresa y aquellos que son de aplicación en ámbitos supraempresariales.

9207 Convenio supraempresarial (estatal o de sector)

Resultan legitimados para negociar los siguientes sujetos:

a) Del lado de los **trabajadores**:

- sindicatos más representativos de ámbito estatal y federados o confederados a ellos en los ámbitos respectivos;
- sindicatos más representativos en la comunidad autónoma (los que ostenten una «representatividad» del 15% y cuenten con 1.500 representantes) y los federados o confederados a ellos en los ámbitos respectivos (LOLS art.7);
- sindicatos que sin cumplir las condiciones anteriores cuenten con un mín. del 10% de los miembros de los comités o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional del convenio.

b) Del lado **empresarial**:

- asociaciones con un 10% de los empresarios que ocupen a igual número de trabajadores afectados;
- asociaciones autonómicas en convenios de ámbito estatal, que cuenten con un 15% de empresarios que ocupen a igual número de trabajadores afectados en dicha comunidad autónoma.
- en los convenios de ámbito estatal, las asociaciones empresariales de la comunidad autónoma que reúnan los requisitos señalados en la ET disp.adic.6ª .

9209 Convenio de empresa

Están legitimados para negociar los siguientes sujetos:

a) Del lado de los **trabajadores**: comité de empresa/delegados de personal o bien representaciones sindicales (secciones sindicales) que sumen a la mayoría de los miembros del comité o delegados de personal. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. De **no acreditarse estas mayorías**, el convenio sería nulo, por falta de legitimación.

b) Del lado **empresarial**: el empresario o su/s representante/s.

Precisiones

1) Son **nulos** los pactos colectivos de empresa de ámbito estatal, por no colmar el principio de correspondencia entre el **ámbito del convenio** y la **representación** de los interlocutores sociales cuando sean negociados por la representación unitaria de algún (o algunos) centros de trabajo existentes en ese momento (AN 20-5-16, EDJ 70455).

2) No es válido el convenio negociado por el comité de empresa de un centro de trabajo cuando ha de afectar a la totalidad de centros de la empresa (AN 4-5-15, EDJ 73610 ; 17-9-15, EDJ 175611 y 9-10-15 EDJ 180100 entre otras).

9212 Grupos de empresa

Están legitimados:

a) Del lado de los **trabajadores**: cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece para la negociación de los convenios sectoriales (ET art.87.1.2º).

b) Del lado **empresarial**: en los convenios de grupo de empresas, y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas.

9214 Convenios franja

En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta, expresada en el cumplimiento de los requisitos establecidos por el ET art.87.1 , es decir, adoptando un acuerdo expreso de designación de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito, conforme a las exigencias del ET art.60 , regulador del derecho de asamblea.

c. Legitimación para constituir la comisión negociadora

(ET art.88)

9215 Todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tiene derecho a formar parte de la comisión negociadora (ET art.87.5). La participación se realiza en proporción a la representatividad de cada uno de los legitimados. Éstos deberán sumar a la mayoría absoluta de los trabajadores y a la mayoría simple de los empresarios.

Si **no existieran órganos** de representación de los trabajadores o asociaciones empresariales con suficiente representatividad, dicho vacío se resuelve del modo siguiente (ET art.88.2):

a) En aquellos sectores en los que **no existan órganos de representación de los trabajadores**, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma.

b) En aquellos sectores en los que **no existan asociaciones empresariales** que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el ET art.87.3.c.2º (10% o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, y 15% en CCAA).

9217 La Comisión queda **válidamente constituida** si se cumplen las siguientes condiciones:

a) convenios de empresa: representantes de los trabajadores (ET art.87.1) y empresario, en un número máximo de trece por cada parte.

b) convenios supraempresariales o sectoriales:

1. Representantes de ambas partes, designados por éstas, en un número máximo de 15 por cada parte.

2. Sindicatos y asociaciones empresariales que representen a:

- del **lado de los trabajadores:** la mayoría absoluta de los miembros del comité de empresa o Delegados de Personal. La participación se mide a su vez en proporción a su representatividad.

- del lado **empresarial:** empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

En todos los casos, los miembros de la comisión así constituida podrán nombrar a un presidente, aunque no es obligatorio (ET art.88.5).

d. Legitimación para adoptar el convenio

(ET art.89.3)

9219 Se requiere el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.

4. Unidades de negociación

a. Regla general y excepciones: prohibición de concurrencia de convenios colectivos

(ET art.83)

9220 La **unidad de negociación** se identifica con el sector, la empresa o el centro de trabajo al que deba aplicarse el convenio, delimitado por los ámbitos de aplicación del mismo (territorial, funcional y personal). Es decir, el espacio geográfico y funcional de aplicación y, con ello, al ámbito personal comprendido en dichos ámbitos geográfico y funcional, ya sea en razón de una determinada profesión o en razón del sector de adscripción. El **tipo predominante** en nuestro país es el de sector o empresa.

El principio legal rector es el de **libertad de fijación** de las unidades de negociación, lo que implica que el ámbito de aplicación sea determinado por las partes. La libertad predicada de la fijación de unidades de negociación está condicionada en todo caso por los límites de la propia legitimación, que impiden negociar más allá del ámbito para el que las respectivas representaciones tienen legitimación negociadora (o lo que es lo mismo, capacidad de representar a todo el colectivo afectado, dada su amplia representatividad o implantación). Por ello, puede establecerse una identidad entre unidades de negociación y ámbitos funcional, territorial y personal de aplicación del convenio.

9222 Se establecen los siguientes **límites** a la libertad de fijación de la unidad de negociación.

a) Los derivados de la propia **legitimación para negociar** (ET art.89.1). No hay obligación de negociar si no existe tal legitimación. Por tanto, la parte que reciba la propuesta no está obligada a negociar si la otra parte carece de la legitimación suficiente.

b) Los derivados del **principio de igualdad** (y de «homogeneidad» de intereses).

c) El principio de **no concurrencia** o prohibición de concurrencia entre convenios colectivos (ET art.84), a tenor del cual un convenio colectivo, durante su vigencia, no puede ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. El principio significa la imposibilidad de afectación de unidad de negociación por otro nuevo convenio (es decir, si existe un convenio vigente, no cabe negociar otro convenio que pueda aplicarse a un ámbito similar). Las organizaciones más representativas pueden acordar la **distribución de ámbitos y materias**, que en buena parte evitarán este solapamiento, a través de las siguientes herramientas:

1. La distribución de materias y ámbitos de negociación puede ya estar previamente definido por un **acuerdo marco** suscrito por las organizaciones más representativas de ámbito nacional.

2. Mediante el establecimiento de **cláusulas sobre la negociación colectiva pactadas** en:

-**convenios o acuerdos colectivos sectoriales**, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria para negociar convenios colectivos.

-**acuerdos interprofesionales**, de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito (ET art.83.2);

9224 En resumen, la **prohibición de concurrencia** entre convenios se delimita como sigue (ET art.84):

a) Prohibición de negociar en convenio de **ámbito inferior** lo que ya esté negociado en otro de ámbito superior (se entiende durante la misma vigencia temporal).

b) Afecta a los convenios **estatutarios** (los extraestatutarios, al no regirse por la Ley, no están sujetos a esta prohibición porque no están sujetos a norma alguna al margen de la Const art.37 y el CC).

c) Requisitos: el convenio debe estar vigente y ha de tratarse de las mismas materias, ya que sí cabe la negociación sobre materias no reguladas en el convenio vigente (y consiguiente pluralidad de convenios aplicables a un mismo ámbito personal).

Precisiones

Se ha entendido que están **vigentes** a efectos de la prohibición de concurrencia de convenios tanto el convenio colectivo de eficacia prorrogada por inexistencia de denuncia de las partes (ET art.86.2). como el que se encuentra en situación de ultraactividad por haber sido denunciado (AN 24-4-17, EDJ 53050).

9225 Se establecen **excepciones** a la prohibición de concurrencia:

a) Admite el **pacto en contrario** (en acuerdos marco, estatal o autonómico, ET art.83.2), que permita la concurrencia según los criterios en él fijados para resolver los conflictos de normas.

b) Supuesto de **concurrencia de convenios colectivos supraempresariales**: los sindicatos y asociaciones con la legitimación exigida en el ET art.87 y 88 pueden negociar acuerdos o convenios supraempresariales que afecten a lo dispuesto en convenio de ámbito superior, si cuentan con la mayoría suficiente para constituir la comisión negociadora en la unidad de negociación correspondiente (o sea, mayoría absoluta). Sin embargo, **no puede negociarse** en el ámbito de una Comunidad Autónoma (salvo que lo permita un convenio estatal, acuerdo marco) sobre las **siguientes materias**: periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, jornada máxima anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene y movilidad geográfica. Por tanto, no caben los convenios colectivos autonómicos sobre tales materias, que se declaran no negociables, si ya existe convenio aplicable. Pero sí se admitirían sobre otras materias.

c) En todo caso, la regulación de las condiciones establecidas en un **convenio de empresa** (o de grupo de empresas) tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (que podrán ser ampliadas en convenio colectivo estatal o sectorial estatal o autonómico, aunque este no puede disponer de esta posibilidad, es decir, no podrá prohibirla):

- la cuantía del **salario** base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa;

- el abono o la compensación de las **horas extraordinarias** y la retribución específica del **trabajo a turnos**;

- el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones;
- la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de **clasificación profesional** de los trabajadores;
- la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por ET a los convenios de empresa;
- las medidas para **favorecer la conciliación** entre la vida laboral, familiar y personal;
- aquellas **otras** dispuestas por los acuerdos/convenios colectivos ex ET art.83.2 .

Precisiones

El legislador ha optado por la **prioridad aplicativa del convenio de empresa** sobre los de ámbito superior, atribuyéndole un plus de eficacia, como una medida de flexibilidad interna, alternativa a la destrucción de empleo, a través de la cual pueden adaptarse las condiciones de trabajo que se identifican como más cercanas a la realidad de la empresa a las circunstancias concretas por las que esta atraviesa (determinados aspectos, ya mencionados, y ligados a la retribución, tiempo de trabajo y vacaciones, sistema de clasificación profesional, modalidades de contratación o conciliación de la vida laboral, familiar y personal), prioridad indisponible por acuerdos interprofesionales o convenios colectivos sectoriales. Esta opción es respetuosa con la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante de los convenios, también con la libertad sindical (TCo 119/2014), porque aunque prima la negociación no sindical (de empresa) sobre la sindical (de sector), tan legítima es una como otra (TCo 8/2015).

9226 d) Descuelgue o inaplicación de convenios (ET art.82.3): pueden no aplicarse ciertas condiciones de trabajo establecidas en el convenio (mientras dure la vigencia de este) cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sea cual sea el tipo de convenio donde estuviesen previstas (de sector o de empresa) (L 1/2014 ; TCo 119/2014 ; 8/2015). Sin convenio, lógicamente, no puede haber descuelgue (AN 22-12-15, EDJ 257061).

En relación al descuelgue hay que tener en consideración las siguientes cuestiones:

1. Las materias susceptibles de descuelgue son: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, si exceden de los límites previstos para la movilidad funcional (ET art.39), y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

2. Respecto a las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción:

- se entiende que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior;

- se entiende que concurren **causas técnicas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; **causas organizativas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y **causas productivas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

3. Condiciones para el descuelgue:

- debe existir acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores legitimados para negociar convenios colectivos;

- debe respetarse un periodo de consultas tramitado del mismo modo que para modificar condiciones de trabajo (ver nº 8992).

4. El periodo de consultas puede finalizar:

a) Con acuerdo:

- se presume que concurren las causas justificativas, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión;

- el acuerdo debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa;

- el acuerdo de inaplicación no puede dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa;

- el acuerdo debe ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes puede someter las **discrepancias** a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada.

Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deben **recurrir a los procedimientos** que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el ET art.83 , para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. En este caso el **laudo arbitral** tiene la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y por los motivos establecidos en el art.91.

b) Sin acuerdo:

- si no fueran aplicables los **procedimientos para solventar** desacuerdos durante el periodo de consultas o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes puede someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

- la **decisión** de estos órganos, que puede ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en **plazo** no superior a 25 días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la **eficacia** de los acuerdos alcanzados en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y por los motivos establecidos en el ET art.91 (según entiende la TCo 119/2014 , ello significa el sometimiento de la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos CCNCC o del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales, sino también a aspectos de fondo, por lo que en realidad se trata de un control pleno, pues solo así resulta compatible con el principio de tutela judicial efectiva de la Const art.24.1). Se trata de una **solución subsidiaria** condicionada al fracaso de todas las vías previas de negociación de buena fe (TS 15-9-15, EDJ 177360). La decisión sobre la imposibilidad de pronunciamiento por **falta de consenso** equivale a la desestimación tácita del descuelgue y a su vez impide su nuevo planteamiento por la empresa al amparo de la misma causa y bajo idénticas circunstancias, por lo que en tal caso la decisión adoptada sería nula (TS 15-9-15, EDJ 177360), del mismo modo que si el acuerdo no pudiera adoptarse por **falta de quorum**, si bien en este caso cabe una nueva negociación, a la que en cualquier caso no estaría obligada la representación de los trabajadores si no se ofrece por parte de la empresa nuevos términos negociables (AN 9-12-13, EDJ 241049).

b. Supuestos especiales

9234 Algunos supuestos especiales escapan de las reglas anteriormente citadas, por su particularidad:

1. Convenios franja (ET art.87.1): se trata de convenios referidos solo a un grupo de trabajadores dentro de una unidad funcional y territorial, que por tanto conforman una unidad de negociación específica. Los trabajadores incluidos en su ámbito deben haber adoptado un acuerdo expreso de designación de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito, conforme a las exigencias del ET art.80 (asamblea).

2. Acuerdos marco (ET art.83.2): se trata de acuerdos negociados por las organizaciones sindicales y patronales más representativas de carácter estatal o autonómico cuyo objetivo es fijar las reglas de regulación de la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Dicha finalidad se logra a través de convenios de distinto ámbito: bien acuerdos interprofesionales aplicables a una pluralidad de sectores, bien convenios colectivos marco: de sector. Territorialmente, no obstante, solo se admiten los de ámbito estatal o autonómico.

3. Acuerdos «sobre materias concretas» (ET art.83.3): en este caso estamos ante la regulación individualizada o singularizada de condiciones de trabajo que solo se refieren a materias concretas. Los requisitos de legitimación y sus ámbitos de negociación son idénticos a los de los acuerdos estatutarios. Cabe la **adopción** de este tipo de acuerdos incluso durante la tramitación de un convenio colectivo (AN 23-11-15, EDJ 231505).

5. Contenido de los convenios

9235 En este plano la distinción doctrinal clásica pasa por separar la vertiente normativa de la obligacional. Así, mientras el contenido normativo (ET art.85) implica las cláusulas reguladoras de condiciones de trabajo, así como las relaciones colectivas, el contenido obligacional (ET art.82) viene referido a las cláusulas dirigidas a garantizar la eficacia del convenio, imponiendo obligaciones a las partes o la creación de órganos de interpretación de su contenido.

a. Contenido normativo

(ET art.85.1)

9237 Las partes son libres de regular cualquier materia de índole laboral, con respeto a las leyes (y con los límites de derecho necesario indisponible que éstas marquen), pudiendo alcanzar también, por su contenido laboral, a las cuestiones sindicales, así como a la Seguridad Social voluntaria (mejoras de la acción protectora).

Debe tenerse en cuenta también la existencia de **condiciones más beneficiosas** de origen contractual, indisponibles por las partes negociadoras.

Por último, el contenido resulta también **limitado por el principio de igualdad** y no discriminación, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional (ponderando también el principio de autonomía de la voluntad, que hace admisibles regulaciones o cláusulas que introducen desigualdades, siempre y cuando estén razonadamente justificadas).

b. Contenido obligacional

(ET art.82.2)

9239 La negociación plasmada en el acuerdo denominado convenio genera un deber de paz relativo, consistente en la prohibición de convocatoria de huelga durante su vigencia con el propósito de alterar lo acordado y regulado en el mismo. La cuestión está directamente regulada por el RDL 17/1977 art.11.c) , que la prohíbe en tales circunstancias (su constitucionalidad está declarada por la TCo 11/1981).

c. Contenido mínimo o cláusulas delimitadoras del contenido

9240 Sin perjuicio de los contenidos concretos determinados por las partes negociadoras, todo convenio debe responder a unas cláusulas mínimas obligatorias, que permiten delimitar su ámbito negociador y aplicativo (ET art.85.2):

a) **Partes negociadoras** (las legitimadas).

b) **Ámbito de aplicación** (personal, funcional, geográfico y temporal), que determina la unidad de negociación.

c) **Procedimientos** para solventar de manera efectiva las **discrepancias** que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el ET art.82.3 , adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal precepto.

d) **Denuncia** del convenio (procedimiento, condiciones y plazos, y plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia).

e) **Comisión paritaria** (designación) y procedimiento de solución de discrepancias (incluidas las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el ET art.83).

6. Eficacia jurídica: territorial, funcional, personal y temporal

9242 Los parámetros delimitadores del ámbito al que se dirige el convenio o ámbito de aplicación del convenio no vienen expresamente definidos como tales en la ley, que sin embargo sí los delimita y regula por separado (ET art.87):

a) Territorial: espacio geográfico al que se aplicará el convenio: Estado, Comunidad autónoma, provincia, o incluso comarca, municipio..., determinado por las partes en virtud del principio de libertad de fijación de las unidades de negociación y condicionado por la extensión de su propia legitimación para negociar.

b) Funcional: sector económico de aplicación, o empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, bien sea vertical (departamento o sección) u horizontal (convenios franja, por grupos profesionales). Se refiere, pues, al ámbito de la empresa (o infraempresarial) o a ámbitos supraempresariales.

c) Personal: ámbito subjetivo afectado por el convenio. Los convenios estatutarios son de aplicación general; por tanto, todos los trabajadores y empresarios comprendidos en su ámbito de aplicación o unidad de negociación quedarán afectados, participen o no de su negociación.

d) Temporal: se refiere a la duración temporal del convenio o vigencia del mismo, cuya fecha de entrada en vigor deciden las partes (ET art.90). En este apartado las singularidades que pueden plantearse son diversas:

1. Cabe el pacto de **vigencia por materias**, de suerte que el convenio puede componerse de distintas partes con diferentes vigencias.

2. Puede asimismo pactarse la **retroacción de sus efectos** a la fecha prevista de finalización de la vigencia del convenio anterior, lo cual determinará su aplicación a los trabajadores que, estando contratados en dicha fecha, no lo estuvieran ya en la de suscripción del nuevo convenio. Distinto caso es el de la **sucesión de convenios** en caso de **subrogación empresarial**, pues en este supuesto debe aplicarse el mismo convenio colectivo que resultase de aplicación con anterioridad hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio o la expiración de la vigencia del anterior. Por tanto, no cabe sustituir el convenio aplicable por **acuerdo** entre la **empresa cedente** y los **representantes** de los trabajadores con el fin de obtener, fraudulentamente, por tanto, la aplicación de condiciones menos favorables a los trabajadores subrogados (AN 14-7-14, EDJ 112351).

3. **Prórroga y ultraactividad:** salvo pacto en contrario, los convenios se prorrogan de año en año, si no media denuncia expresa de alguna de las partes (ET art.86.2). Una vez denunciado, transcurrido un año desde la denuncia sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Este último supuesto es el denominado ultraactividad de los convenios colectivos (ET art.86.3).

Precisiones

1) El «**pacto en contra**» al que se refiere el ET art.86.2 ha sido interpretado por el TS 17-3-15, EDJ 92162 ; 2-7-15, EDJ 168195 ; 7-7-15, EDJ 173719 ; AN 23-7-13, EDJ 139089 ; 19-11-13, EDJ 227834 y distintos TSJ admitiendo la validez de los pactos expresos introducidos en el texto de los convenios con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la negociación colectiva de julio de 2012.

2) Sin embargo, la TS 22-12-14, EDJ 237224 entiende que la drástica solución consistente en la inaplicación de convenio alguno con remisión directa a la nuda ley (el ET) no es el objetivo perseguido por la norma, por lo que, concluye, la norma **no permite**, en caso de no existir convenio de ámbito superior, dejar simplemente de aplicar convenio alguno, para regirse las condiciones de trabajo únicamente por la ley. Por tanto, deberá seguir aplicándose el convenio denunciado, cuyos contenidos han sido incorporados al contenido del contrato de trabajo (lo que significa entender que el convenio ha perdido vigencia, pero sus contenidos han pasado a integrarse en el contrato de trabajo, y que, como en el caso de los convenios extraestatutarios, se han contractualizado). Considera que las condiciones pactadas en el contrato de trabajo desde el momento mismo de su constitución, sea directamente o por remisión a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación, tienen **naturaleza jurídica contractual** y por ello siguen siendo exigibles entre empresa y trabajador por el contrato de trabajo que les vincula, aunque haya expirado la vigencia del convenio colectivo de referencia, pudiendo en su caso ser modificadas si concurren circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas según el ET art.41 , sin perjuicio de que continúe la obligación de negociar un nuevo convenio (ET art.89).

Literalmente afirma que la **tesis «rupturista»**, según la cual la reforma de 2012 supone dejar sin convenio colectivo aquellos ámbitos donde no exista convenio supraempresarial a partir del transcurso de un año desde la denuncia del convenio terminada su vigencia, **provocaría indeseables consecuencias** para ambas partes como, entre otras: que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc.

3) El TS 23-9-15, EDJ 253735 , se pronunció acerca de la aplicabilidad de un convenio colectivo que había **perdido vigencia**, en la línea del TS 22-12-14, EDJ 237224 , si bien el asunto contenía una peculiaridad relevante, de forma que el convenio colectivo de ámbito superior no regulaba las condiciones laborales habituales sino que se limitaba a regular materias para el sector y distribuir competencias entre los distintos niveles negociables.

4) El TS 5-6-18, EDJ 109162 , declara sin ambages que si existe un convenio colectivo de ámbito superior de aplicación, las **condiciones laborales** no se contractualizan al finalizar la ultraactividad del convenio colectivo.

7. Procedimiento

9245 La tramitación de la negociación de los convenios colectivos es la siguiente:

1. En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación para el inicio de las negociaciones, se procederá a **constituir la comisión negociadora**. La parte receptora de la comunicación debe responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación.
2. Durante la negociación del convenio colectivo se producirá la ya mencionada **ultraactividad** del convenio colectivo denunciado durante un año, salvo que se pacte un período distinto (TS 22-12-14, EDJ 237224).

8. Aplicación e interpretación del convenio colectivo

(ET art.91)

9247 La aplicación e interpretación del convenio colectivo se reserva a la **comisión paritaria** del convenio. A través de convenios colectivos interprofesionales o acuerdos marco se pueden establecer medios de solución de conflictos colectivos, como la mediación o el arbitraje, para la resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (conflicto interpretativo o aplicativo), otorgando a la solución adoptada por los órganos nombrados a tal efecto eficacia de convenio colectivo.

Precisiones

Confluyendo con esta solución interpretativa de convenios colectivos, el procedimiento de negociación de convenios colectivos incluye asimismo entre los contenidos de los mismos precisamente un sistema para **dirimir conflictos interpretativos** del mismo: la comisión paritaria (ET art.85.2.e), con funciones de interpretación y aplicación del convenio, por lo tanto, inclusive la facultad para dirimir los conflictos jurídicos que este plantee y sin perjuicio de que, conforme al ET art.91 , adicionalmente, se le atribuyan otras funciones en materia de mediación o conciliación con carácter previo -e incluso obligatorio- al juicio. La solución dada por algunos **acuerdos autonómicos** incluye asimismo la posibilidad de que estas funciones vengan atribuidas a su propio Servicio (el SERCLA andaluz) o Tribunal Laboral (p.e. el catalán o el navarro) en su vertiente de órgano con competencias sobre conflictos de interpretación y aplicación (que comparte con la competencia sobre conflictos de intereses). Todo ello sin perjuicio de la **impugnabilidad del convenio** colectivo por el procedimiento especial de impugnación de convenios colectivos, al que puede acumularse la reclamación de tutela del derecho de libertad sindical (AN 13-3-15, EDJ 28401).

9248 La **impugnación** de los acuerdos y laudos se rige por las **siguientes reglas**:

- estos acuerdos y laudos son susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos;
- en los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales o ante el órgano judicial competente;
- los procedimientos de solución de conflictos son, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

B. Conflictos colectivos

1. Huelga y los conflictos colectivos

a. Carácter y titularidad

9250 La Const art.28.1 integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos -huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos- que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical (TCo 132/2000). Junto a los anteriores, los **sindicatos** pueden ostentar también derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que se añadan a aquel núcleo esencial. Así el derecho fundamental se integra no solo por su contenido esencial sino también por esos derechos o facultades adicionales, de modo que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir dicha

Const art.28.1 (TCo 39/1986 ; 104/1987 ; 184/1987 ; 9/1988 ; 51/1988 ; 61/1989 ; 127/1989 ; 30/1992 ; 173/1992 ; 164/1993 ; 1/1994 ; 263/1994 ; 67/1995 ; 188/1995 ; 95/1996 ; 145/1999 ; 201/1999 ; 70/2000).

- 9251 Los diversos modos de **exteriorización del conflicto laboral** constituyen derechos constitucionalmente reconocidos en la Const art.37.2 , si bien solo el de los trabajadores, por ser persona física, está dotado de especiales garantías, al regularse en el art.28 entre los derechos fundamentales de la persona (Secc.1ª Cap.II Tít.I, Const). Se trata del derecho de huelga, amparada singularmente por la Const art.28.2 (con exclusión, por tanto, del cierre patronal), y desarrollada por preceptos preconstitucionales (RDL 17/1977), y reinterpretada por la sentencia del TCo 11/1981 (por lo obsoleto de su contenido, y ante la falta de una Ley Orgánica que regule el derecho de huelga, viene siendo reiteradamente interpretado por el propio Tribunal Constitucional, para adecuar sus prescripciones a la problemática que el ejercicio de dicho derecho plantea en una realidad social tan cambiante como la actual, TS 5-12-12, EDJ 327373).
- 9252 La **huelga** se define como la suspensión colectiva y concertada en la prestación de trabajo por iniciativa de los trabajadores. Paralización parcial o total del proceso productivo que constituye instrumento de presión respecto de la empresa para equilibrar, en situaciones límite, las fuerzas en oposición cuya desigualdad real es notoria (TCo 123/1992). A tenor de la TCo 40/1995 , se trata de un derecho subjetivo y de carácter fundamental cuyo contenido esencial consiste en la cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Y se consagra como un **derecho constitucional** (fundamental), «lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Const art.1.1 , que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales (TCo 33/2011). Su **carácter fundamental** lo sitúa por encima de otros derechos igualmente consagrados constitucionalmente de adopción de medidas de conflicto colectivo (Const art.37.2) tanto a trabajadores como a empresarios (TS 5-12-12, EDJ 327373).
- 9253 Se trata de un derecho de **titularidad individual de los trabajadores**, no de sus representantes sean éstos sindicales o unitarios, pero de ejercicio colectivo (en cuanto este es conducido por la representación de los trabajadores) (TCo 197/1990). La titularidad del derecho a ejercer aquellas actividades encaminadas a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores corresponde tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales (TCo 30/1992). Aunque los sindicatos no son las únicas instituciones que pueden representar a los trabajadores y defender sus intereses, y el texto constitucional no reserva en exclusiva el derecho a adoptar los medios de acción pertinentes para ello, «no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en la Const art.28.1 (TCo 134/1994). La libertad sindical no ampara la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la práctica o la legalidad vigente atribuyen funciones sindicales, como es el caso de los comités de empresa (en el mismo sentido, TCo 74/1996).

En cuanto a su **ejercicio**, la doctrina constitucional se condensa en la TCo 37/1998 , conforme a la cual existe una íntima conexión entre el derecho de huelga y el derecho de libertad sindical, que determina el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal en acciones conjuntas dirigidas a tal fin (TCo 254/1988 ; 17/1995) o dirigidas a recabar la solidaridad de terceros (TCo 123/1983), y, por tanto, incluye, a tenor del RDL 17/1977 art.6.6 , requerimiento pacífico a seguir la huelga, traducido en el derecho de difusión e información sobre la misma (TCo 332/1994 ; 333/1994 ; 40/1995) integrándose, en el contenido esencial de dicho derecho de huelga, el derecho a difundirla y a hacer publicidad de la misma de manera pacífica (TCo auto 158/1994), sin que en modo alguno pueda incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase (TCo 332/1994 ; 137/1997). Resulta, por lo tanto, obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga (TCo auto 158/1994), libertad que les reconoce expresamente el RDL 17/1977 art.6.4 .

- 9255 Su carácter irrenunciable no excluye la autolimitación del derecho en que consiste la suscripción de la **cláusula de paz** en el marco de la negociación colectiva, por la que los firmantes del mismo renuncian al derecho de convocatoria de huelga que tenga por finalidad alterar lo pactado en el convenio colectivo, no así al ejercicio individual del derecho por parte del trabajador afectado por el convenio en virtud de su eficacia *erga omnes*, no comprometido por tal renuncia colectiva. El **ejercicio individual** del derecho, por otra parte, no requiere de comunicación, sino que basta con la adhesión a la misma (por lo que será su convocatoria, colectiva, lo que deba ser preavisado al empresario) para admitir su validez y al mismo tiempo para tener efectos suspensivos de la prestación laboral, determinando la obligación empresarial de realizar una mínima tarea indagatoria (TS 1-10-92). En todo caso su ejercicio legítimo no puede ser objeto de **sanción**, bajo calificación de nulidad «radical» por discriminatoria (TCo 11/1981 ; 90/1997 ; 75/2010 ; TS 20-4-15, EDJ 68327), responsabilidad indemnizatoria incluida (TCo 75/2010), siendo por consiguiente nulo el despido, individual o colectivo, que constituya reacción directa a su ejercicio. Y puede ser coetánea e instrumento de presión en el proceso de negociación de una medida empresarial, como es el caso de un despido colectivo (TS 18-7-14, EDJ 143936 ; 23-2-15, EDJ 51862 ; 24-2-15, EDJ 51848 , en este caso en un supuesto de grupo de empresas).

9257 El **sujeto pasivo** de su ejercicio es el empresario, cuya libertad de empresa (derecho reconocido en la Const art.38) cede ante la prevalencia del derecho fundamental de huelga (TS 5-12-12, EDJ 327373). Dicho ámbito subjetivo alcanza, según entiende la TCo 75/2010 , también a la empresa principal en caso de **subcontratación**, pues es sobre quien han de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla y solo así queda plenamente tutelado el derecho de garantía de indemnidad.

b. Tipología

9260 La clasificación de las distintas modalidades de huelga atiende a diversos elementos tipificadores, no todas ellas legítimas (el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los trabajadores - AN 15-7-10, EDJ 155704 -):

1. Por su **forma** de ejercerse cabe citar la siguiente tipología: rotatoria (declarada abusiva por la TCo 24/1983 , pues en el caso analizado consistió en realizar dos horas en cada turno de trabajo), tapón, intermitente (expresamente admitida por la TS 23-12-03, EDJ 209461), de celo o reglamento, de brazos caídos, política, de solidaridad, salvaje o sorpresa.

2. En virtud de su **cumplimiento o no** de las condiciones legales de su ejercicio, cabe distinguir entre huelgas legales y huelgas ilegales. Así, se han de entender **ilegales** (RDL 17/1977 art.11):

- las huelgas basadas en motivos políticos ajenos a intereses profesionales;

- las huelgas de solidaridad o apoyo ajeno a intereses profesionales;

- las huelgas que tengan por finalidad alterar lo pactado en convenio vigente (deber de paz laboral) o huelgas **novatorias** (fin ilícito, AN 14-5-15, EDJ 72687 , al que no se contrapone que se planteen reivindicaciones no incluidas en la negociación del convenio o en el acuerdo final adoptado, supuesto sí admitido por el RDL 17/1977 art.11.c) , TS 14-2-90, EDJ 1516 ; 30-6-90, EDJ 7019 ; 6-7-90);

- las que contravengan el procedimiento regulado en el RDL 17/1977 o huelgas **abusivas** o contrarias a la buena fe que debe presidir su ejercicio, que justifican la sanción disciplinaria al trabajador que hubiera tenido participación activa y demostrada en la misma, (ex RDL 17/1977 art.16.1) (e incluso la **responsabilidad extracontractual** del causante del daño sobre condena a líder de piquete informativo a indemnizar por agresiones, por omisión, al no constar su participación activa y directa, pues se trata de acto propio no amparado en el derecho fundamental de huelga (TCo 69/2016).

Precisiones

No se consideran **ilícitas**, las huelgas que, aún de carácter general, tuvieran por objeto manifestar oposición a una reforma legislativa de contenido laboral (TCo 183/2006 ; 184/2006 ; 191/2006 , sobre huelga general, concretamente la de 20-6-2002, contra reforma laboral).

9262 El **procedimiento** adecuado **para la declaración de ilegalidad** de una huelga es el de proceso de conflicto colectivo, que debe interponer la asociación empresarial o la empresa según el ámbito de afectación de la huelga (TS 24-6-09, EDJ 190340 ; 17-12-99, EDJ 48904 ; 22-11-00, EDJ 55663 ; 10-10-06, EDJ 358976), pudiendo en la misma solicitar como **medida cautelar** la suspensión de la convocatoria de huelga.

El procedimiento es admisible con fines declarativos (declaración de ilegalidad de la huelga) aunque esta finalmente haya sido desconvocada (TS 14-5-09, EDJ 134911).

Precisiones

Se consideró procedente la medida cautelar de **suspensión de la huelga** de futbolistas atendiendo a la necesidad de garantizar la debida tutela judicial. Denegando la medida pudiera producirse un grave desorden organizativo, en el caso enjuiciado consistente en la imposibilidad de concluir el campeonato, de muy difícil resolución atendidos los compromisos internacionales de España y de los propios clubes, así como por las propias fechas de vacaciones de los futbolistas AN 14-5-15, EDJ 72687).

9264 En todo caso forma parte del núcleo esencial del derecho, la **elección de la modalidad** que considera más idónea para su ejercicio, dentro de los tipos aceptados legalmente (TCo 123/1992).

La huelga puede ser coetánea e instrumento de presión en el proceso de negociación de una medida empresarial, como es el caso de un **despido colectivo**.

Precisiones

Se ha declarado nulo el despido colectivo de una empresa por entender que la medida constituyó **reacción directa a las movilizaciones** de los trabajadores en el periodo de consultas, al constituir una medida empresarial que afectada en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (TS 20-4-15, EDJ 68327).

c. Procedimiento y límites

(RDL 17/1977 art.3 y 4)

9266 La convocatoria de la huelga debe realizarse por **acuerdo expreso**, sea por decisión mayoritaria de la representación del personal o directamente por los trabajadores reunidos en asamblea, que requiere la **notificación por escrito** al empresario y a la autoridad laboral (RDL 17/1977 art.3), con una antelación de 5 días naturales, o 10 en caso de tratarse de prestación de servicios públicos, debiéndose en tal caso darse publicidad a la misma para su conocimiento previo por los usuarios del servicio. En dicha notificación debe informarse de los objetivos de la huelga, de las gestiones realizadas para resolver las diferencias, de la fecha de su inicio y de la composición del comité de huelga, formado por un máximo de doce representantes de los centros de trabajo afectados (que debe garantizar la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga).

9268 El derecho de huelga **incluye** el derecho de difusión e información pacífica sobre la misma (RDL 17/1977 art.6.6), incluso por piquetes informativos. **No tutela**, por el contrario:

- el derecho de **coaccionar**, amenazar o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, ni violentar el derecho de los trabajadores no huelguistas a no unirse a la huelga, como se estableció en un caso sobre coacción a titulares de otros establecimientos abiertos al público con ocasión de una huelga general (TCo 69/2016);

- la intromisión ilegítima en el **derecho al honor**, si bien el contexto exige una mayor tolerancia, en caso de posible relevancia pública o interés general del tema, que determinan la prevalencia de la libertad de expresión (TS Civil 21-10-14, EDJ 193261). No obstante, no puede limitarse el ejercicio del derecho a la huelga amparándose en el **prestigio de la empresa**, lo que ocurre en caso de remisión de **comunicado empresarial** previo a la huelga con contenido coercitivo (TS 12-2-13, EDJ 18827);

- la **ocupación** coactiva o abusiva (o no pacífica) de los **locales de la empresa** o de sus dependencias (RDL 17/1977 art.7.1) En tal caso, se autoriza el cierre patronal o lock-out al amparo de la Const art.37 ;

- contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa.

Por otra parte, el **carácter presuntamente abusivo** de la huelga permite al empresario oponerse legítimamente a la misma, siempre que ello se produzca en tiempo y forma y no extemporáneamente, como sería el caso de hacerlo judicialmente si previamente la consintió (TS 23-12-03, EDJ 209461).

9270 Los **límites legales** se proyectan asimismo sobre la **empresa** afectada por la huelga. Su principal restricción es el sometimiento a la **prohibición de sustituir a los trabajadores huelguistas** por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de su convocatoria salvo que se produzcan incumplimiento de las obligaciones analizadas en nº 9273 (RDL 17/1977 art.6.5). Esta prohibición se refiere al denominado «**esquirolaje externo**» (TCo 123/1992), así como por trabajadores de la misma empresa (**esquirolaje interno** no prohibido expresamente por el RDL 17/1977 art.6.5 , pero inferible de la norma, según declaran las TCo 123/1992 ; 33/2011 ; TS 23-10-89, EDJ 9350 ; 24-10-89, EDJ 9417) o «**esquirolaje impropio**» (TCo 33/2011), limitando así las facultades organizativas empresariales, pues la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial (TCo 33/2011) y produce durante su legítimo ejercicio el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial (TS 20-4-15, EDJ 68327). Así, **ni el empresario puede imponer** a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros (TS 20-4-15, EDJ 68327). Del mismo modo, la utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores recurriendo a la movilidad funcional temporal, o incluso el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse es constitutivo de **vulneración del derecho**, al privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva (TCo 123/1992). Idéntica solución resulta aplicable cuando la sustitución se efectúa con trabajadores de otros centros de trabajo es indiferente que se realice con o sin traslado de estos trabajadores al centro en huelga, es decir, si se recurre

al aumento de la producción de otros centros de trabajo de la misma empresa con el fin de compensar su interrupción en el que se encuentra en huelga (TSJ Cataluña 24-4-15, EDJ 82941).

Y el esquirolaje se produce tanto si la sustitución de los huelguistas tiene lugar por otros trabajadores como si se realiza recurriendo a medios técnicos, mecánicos o tecnológicos **-esquirolaje tecnológico-** pues en todos los casos se desvirtúa la finalidad de su ejercicio como medio de presión (TS 5-12-12, EDJ 327373). No obstante, el TCo ha señalado que no se vulnera el derecho de huelga por la utilización de medios tecnológicos de que dispone la empresa cuando los empleados que acuden a trabajar realizan sus funciones habituales sin sustituir a los huelguistas (TCo 17/2017).

Precisiones

Se lesiona el derecho de huelga en un medio televisivo o de difusión sonora cuando la empresa emite publicidad o programación por **medios automáticos**, privando materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. No cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro (TS 5-12-12, EDJ 327373).

9273 Se exceptúan de esta prohibición los supuestos de **incumplimiento de la prestación de servicios esenciales** para la comunidad (RDL 17/1977 art.10), o para la seguridad de personas y cosas (RDL 17/1977 art.6.7). En este caso, la empresa puede elegir los trabajadores prestadores de estos servicios junto con el comité de huelga (TCo 11/1981; TS 8-6-11, EDJ 155641 ; 5-12-12, EDJ 327373 ; 20-4-15, EDJ 68327).

9274 El mandato constitucional de la Const art.28 ordena que la ley que regule el ejercicio de este derecho establezca las garantías precisas para asegurar el **mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad**. Esta previsión ya venía fijada en RDL 17/1977 cuyo art.10.2 dispone la necesidad de cumplimiento de **servicios mínimos** en servicios esenciales para la comunidad, lógicamente no identificables con la prestación regular del servicio, sino con aquellos que garanticen una continuidad esencial, autorizando su incumplimiento, cuando no se garantice lo dispuesto en la Const art.28.2 y 37.2 y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en la LO 4/1981 art.4.c), la declaración de estado de alarma, situación acontecida con ocasión de la **huelga «salvaje»** de controladores aéreos del año 2010 que ocasionó el cierre del espacio aéreo (y la cadena de huelgas de apoyo que han seguido en los cinco años posteriores tras la sanción a los trabajadores participantes en aquella y apertura de diligencias penales por sedición).

9275 En el caso de los servicios esenciales para la comunidad, el **establecimiento de los servicios mínimos** es competencia gubernativa debiendo estar debidamente motivado y respetar el contenido esencial del derecho de huelga. Es esta una cuestión no pacífica. Respecto de las **televisiones públicas**, se ha entendido que respeta el contenido esencial del derecho de huelga, la emisión de programas de contenido informativo, excluyendo la emisión de otros programas cuyo contenido exceda de la autorización de la resolución gubernativa. En otros casos, se incluyeron, además, la emisión dentro de los horarios habituales de difusión de una programación previamente grabada TCo 183/2006 ; 184/2006 ; 191/2006 . Para la TS 5-12-12, EDJ 327373 , resulta indiferente si tal programación se regula en el decreto que acuerda los servicios mínimos o simplemente se pacta durante el transcurso de la huelga como manifestación del derecho de libertad de empresa, pues en ambos casos se trata de sustraer virtualidad a la huelga como medio de presión. En el caso de la **liga de fútbol** profesional enjuiciado por la AN 15-7-10, EDJ 155704 se considera esencial la conclusión del campeonato de liga de primera y segunda división B en las fechas previstas y un grave desorden organizativo el que pudiera derivar de la celebración de la huelga y consiguiente imposibilidad de concluir el campeonato.

El incumplimiento de los servicios mínimos por parte del trabajador justifica la **sanción disciplinaria** (RDL 17/1977 art.6.7 y 16.2).

d. Otras modalidades de conflicto colectivo

9278 Ambas partes del conflicto laboral tienen el derecho a adoptar otras medidas de conflicto colectivo - Const art.37.2 -, igualmente reguladas por el RDL 17/1977 , reinterpretado por la TCo 11/1981 , aunque en este caso ni unos ni otros cuentan con las garantías propias de los derechos fundamentales.

En el **caso de los trabajadores**, son válidas formas de presión que respeten en su ejecución idénticos límites a los aplicables al derecho de huelga, enfrentándose a una ponderación que no se beneficia de las garantías del derecho de huelga y que por tanto *per se* no son prevalentes sobre el derecho de libertad de empresa, lo que obliga a entrar en cada caso en el examen de sus circunstancias particulares a la luz de la Const art.37.2 . Así, el **bloqueo de actividades** a un prestador de servicios extranjero (TJUE 18-12-07, C-438/05 , caso Laval, asunto C-341/05 , limita

la posibilidad de recurrir al bloqueo de actividades a un prestador de servicios extranjero, mientras que la TJUE 11-12-07, caso Viking , admite la medida, en este caso consistente en huelga, contra una empresa privada con el fin de conseguir que esta celebre un convenio colectivo).

9280 En el **caso de las empresas**, el derecho clásico es el llamado **cierre patronal**, que se define (TS 31-3-00, EDJ 27653) como simple **derecho cívico**, incardinable dentro del más amplio que la Const art.37.2 reconoce a los empresarios para adoptar medidas de conflicto colectivo. Por tal razón, se supedita al derecho de huelga, de suerte que en todos aquellos casos en que el «lock-out» o cierre patronal vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide, el «lock-out» no puede considerarse como lícito, porque un simple derecho cívico impide un derecho fundamental (TCo 11/1981). De ahí que deba distinguirse (TS 31-3-00, EDJ 27653), entre el cierre ofensivo o de agresión (el que se lleva a cabo como medida para impedir la huelga, presionar para que se ponga fin a la misma, o sancionar a los huelguistas) y el **defensivo o de respuesta** (el que se realiza sin ánimo de impedir, interferir o sancionar el desarrollo del derecho fundamental de huelga, y con la exclusiva finalidad de preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio de aquel derecho), para admitir únicamente el segundo de ellos.

Conforme a esta definición, es **cierre ofensivo** el que se lleva a cabo anticipándose a la huelga anunciada para hacer fracasar la decisión de los trabajadores de ejercer ese derecho constitucional; o el que se adopta durante la misma, sin razón o causa legal que lo justifique, bien para privar del salario a los trabajadores que continúan en su puesto y presionar con ello a los huelguistas para que desistan de la misma, bien para hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga y volver al trabajo (fundamento citado); o, finalmente, el que se mantiene, o se inicia, **una vez finalizada la huelga**, como retorsión, para impedir a los que participaron en ella su incorporación al trabajo, privándoles, a modo de sanción, de los salarios que pudieran devengar con su trabajo. Todas estas modalidades de cierre patronal deben calificarse de **ilegales**, al constituir un atentado directo contra el derecho de huelga, de superior rango constitucional.

9282 El **cierre defensivo o de respuesta** está, por el contrario, admitido y regulado en el RDL 17/1977 art.12 y 13 , conforme a la interpretación dada por la TCo 11/1981 (la potestad de cierre de los empresarios reconocida en el RDL 17/1977 art.12 no es inconstitucional si se entiende como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido exclusivamente a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad (RD 17/1977 art.13), y es legítimamente ejercitable en caso de inexistencia o incumplimiento de servicios mínimos y en el supuesto de impedimento grave del proceso normal de producción, siempre que se cumplan dos **condiciones**:

a) Que se base en causas o circunstancias reales o de entidad suficiente para justificarlo (rechazándose por tanto en caso contrario su legitimidad y, en consecuencia, no sería admisible si se amparase en una supuesta negativa del Comité a negociar determinados servicios de seguridad y mantenimiento, sino solo en el supuesto de que tal negativa hubiera implicado un notorio peligro para personas o cosas plenamente demostrado).

b) Que se limiten al tiempo indispensable hasta la reanudación de las actividades normales (TS 31-3-00, EDJ 27653).

Su **licitud** no se vincula en ningún caso a la ilegalidad de la huelga, sino a su adopción con carácter puramente defensivo o de mera reacción y concurriendo alguna de las circunstancias del RDL 17/1977 art.12.1 .

2. Solución del conflicto colectivo

a. Medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Tipología

9285 A través de convenios colectivos interprofesionales o acuerdos marco, pueden establecerse medios de solución de conflictos colectivos (ASEC, Acuerdos de Solución Extrajudicial de Conflictos), como la mediación o el arbitraje, para la resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (conflicto interpretativo o aplicativo), otorgando a la solución adoptada por los órganos nombrados a tal efecto eficacia de convenio colectivo (ET art.91).

Así pues, los **medios de solución pacífica** de conflictos pueden tener carácter privado, cuando no interviene ningún órgano administrativo o judicial, o naturaleza pública cuando la solución nace de la intervención bien de la Administración pública bien de los Juzgados de lo Social.

9287 Por otra parte, puede hablarse de medios con naturaleza mixta, pues cabe su carácter privado como público (en virtud de la intervención de la Administración laboral): es el caso de la **conciliación y de la mediación**, caracterizadas por la intervención de un tercero, que cumple funciones de mediador entre ambas partes, sin mayores atribuciones. Frente a ellas, el **arbitraje** se erige como un medio paralelo a los sistemas jurisdiccionales públicos de solución de conflictos, con la diferencia de que el recurso al árbitro o árbitros -así como sus atribuciones- dependen de la autonomía de la

voluntad de las partes en conflicto (a diferencia de los procesos jurisdiccionales, que pueden iniciarse por la voluntad de una sola de las partes y en los cuales las normas de procedimiento son indisponibles por las partes).

9288 En el **ámbito autonómico**, los sistemas de solución de conflictos colectivos de trabajo se encauzan a través de dos vías:

1. La **Administración laboral descentralizada**, a través del Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, dependiente de las Direcciones Provinciales del Ministerio -y de las Delegaciones Territoriales del órgano autonómico de trabajo, Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación-, que tiene encomendada:

a) La **conciliación obligatoria** -en conflictos individuales y colectivos- previa a la iniciación de un proceso ante los juzgados de lo social: su desarrollo, en el caso de que se trate de un conflicto colectivo, se ajusta a un procedimiento expresamente regulado en la Ley: **el procedimiento de conflicto colectivo**. No obstante, la necesaria conciliación previa puede realizarse ante los órganos que a tal efecto sean creados por acuerdos interprofesionales y convenios colectivos, que de este modo sustituyan a la conciliación preceptiva previa prevista en la LRJS art.63 (ET art.83), como de hecho se establece en el ASEC (art.8 y 10.3), y en algunos acuerdos autonómicos, como el PRECO o el Acuerdo catalán, que han reorientado estas competencias a sus respectivos organismos de conciliación, mediación y arbitraje y sustituido por tanto al órgano administrativo (no así en otros, donde se configura en todo caso como voluntario, bien sea ad hoc o por haberse dispuesto así en convenio colectivo, como sería el caso de Navarra).

b) La función de **mediación voluntaria**: en tal caso, el recurso a la Administración es puramente voluntario por las partes en conflicto, y tiene lugar generalmente en el curso de negociaciones colectivas.

c) El **arbitraje voluntario** de los conflictos, individuales o colectivos, que las partes le sometan.

2. Los **organismos públicos autonómicos de mediación y arbitraje**: los Consejos de Relaciones Laborales constituidos en las Comunidades Autónomas (v.g. el Consejo Andaluz, el Consejo Catalán, el Consejo murciano...), de naturaleza tripartita, en los que participan las organizaciones profesionales de trabajadores y de empresarios, a los que ya se ha hecho referencia anteriormente.

b. Arbitraje

9292 El arbitraje **se caracteriza** por la intervención en la solución del conflicto de un tercero cuyas funciones van más allá de la conciliatoria o mediadora, ya que aquel tiene capacidad dirimente, potestad para dictar un **laudo**, que tiene eficacia obligatoria, es decir, es de obligado cumplimiento. Resulta por ello **equiparable a una sentencia** judicial, hasta el punto de que impide a las partes afectadas por su contenido acudir a los tribunales: la demanda sobre una cuestión ya resuelta por un laudo será rechazada a trámite, por tratarse de un asunto ya juzgado, salvo por las causas de la LRJS art.67 (en algún acuerdo autonómico, como es el caso del murciano, se abre la impugnación cuando el árbitro o árbitros se hayan excedido de sus competencias resolviendo cuestiones ajenas al compromiso arbitral, hayan vulnerado notoriamente los principios que han de animar el procedimiento arbitral, rebasen el plazo establecido para dictar resolución o esta contradiga normas constitucionales o legales, art.11.2).

9293 El régimen del sistema arbitral de solución de conflictos comparte los siguientes **principios básicos**:

1. El árbitro puede ser **unipersonal o pluripersonal**, formando en este último caso un tribunal arbitral.

2. Su **designación** puede realizarse por las partes en conflicto con carácter previo -en convenio colectivo- o posteriormente, una vez surgido el conflicto. En el primer caso, el árbitro o árbitros estarán preestablecidos o institucionalizados, mientras que en el segundo es posible que el árbitro haya sido designado ad hoc y, por consiguiente, sus funciones se agotarán una vez solucionado el conflicto.

3. La designación de los árbitros puede realizarse directamente por las partes en conflicto, pero es posible que éstas **acudan voluntariamente** al servicio, órgano o Tribunal Laboral (o incluso a la Administración laboral) para que sean éstos quienes efectúen el nombramiento.

4. Sus **poderes o competencias** pueden estar preestablecidos -cuando el tribunal arbitral ya haya sido constituido con carácter previo, a través de convenio colectivo, que también regulará su procedimiento de actuación- u otorgarse y regularse por acuerdo de las partes en el momento de su designación al surgir el conflicto.

5. El recurso al arbitraje es **voluntario para las partes**, que pueden crear un tribunal arbitral u otro órgano con funciones dirimentes con carácter general, para someter al mismo cualquier conflicto colectivo que se plantee. Existe, sin embargo un **supuesto excepcional** en el que el arbitraje es obligatorio. Es el previsto en el RDL 17/1977 art.10 , para los casos de huelga de efectos especialmente perjudiciales para la economía nacional. Ello implica que las partes no podrán designar a los árbitros ni establecer sus competencias ni, evidentemente, decidir cuándo recurrir a él. Al contrario, el procedimiento está fijado legalmente, completamente al margen de la voluntad de las partes, y atribuido a la Administración laboral. En este sentido ver el asunto relativo a un **laudo dictado en arbitraje obligatorio** (en el caso de la huelga de pilotos de Iberia), impugnado a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios

colectivos, al tratarse de laudo de sustitución de convenio colectivo (AN 2-11-13, EDJ 228402). En concreto el laudo es **impugnabile** por vicios del procedimiento (no dar audiencia a empresa afectada por el contenido del laudo) y vulneración de normas de derecho necesario por parte de la empresa, y por lesividad por parte de terceros, sin que la nulidad del laudo suponga la del propio arbitraje.

6. Para dirimir el conflicto, el árbitro o árbitros pueden aplicar normas ya existentes -en cuyo caso hablaremos de **arbitraje de Derecho**- o pueden guiarse por criterios de equidad o de conveniencia, en función de la cuestión de que se trate -es decir, sin necesidad de resolver en Derecho por aplicación de una norma concreta-. En tal caso, estaremos ante un **arbitraje de equidad**.

Precisiones

1) Implantado en **diversas CCAA**, como Cataluña, Baleares, Comunidad Valenciana, Aragón, La Rioja o Navarra, lo cierto es que estos sistemas son en realidad mixtos y no puramente tribunales arbitrales. De facto, sus funciones arbitrales han sido las menos demandadas, siendo solo el Tribunal Laboral de Cataluña el que, aún con una repercusión no muy significativa, ha despuntado en los últimos años en número de asuntos que le han sido sometidos. Ello significa que el recurso a los tribunales arbitrales lo ha sido en su faceta de conciliadores-mediadores, y que, en aquellas comunidades donde el tribunal tiene atribuidas funciones de conciliación administrativa previa en conflictos individuales (Aragón, Baleares, Cantabria, Navarra), el número de asuntos conocidos haya sido también mayor.

2) Los llamados **Tribunales Laborales** han asumido competencias no meramente arbitrales, aun cuando incluyan indistintamente entre las que se les atribuyen las de carácter arbitral, así como las de conciliación y mediación. Otras opciones, no acogidas a la figura del Tribunal Laboral, incluyen igualmente el triple sistema de la conciliación, mediación y arbitraje. Es el caso del SERCLA andaluz, que opera a través de un órgano colegiado, la Comisión de conciliación-mediación, para actuar en funciones de conciliación y mediación, pero que además cuenta con un sistema arbitral, que no se incardina en la figura de ningún tribunal, sino en un Colegio de Árbitros, que no necesariamente actuarán colegiadamente, pues cabe el nombramiento de un solo árbitro.

c. Impugnación judicial

9300 El recurso a medios extrajudiciales de solución de conflictos no impide acudir a la vía judicial bajo ciertas condiciones establecidas en la LRJS:

a) La LRJS art.63 exige el **agotamiento del trámite previo** al judicial con carácter general y salvo las excepciones de la propia LRJS art.64). Este trámite puede cumplirse tanto recurriendo a la conciliación como a la mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el ET art.83 , así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refiere la L 20/2007 art.13 y 18.1 .

b) La LRJS art.65.3 dispone la **suspensión de los plazos** de caducidad e interrupción de los de prescripción cuando se suscriba un compromiso arbitral amparado en tales acuerdos.

c) **Cabe la impugnación** del acuerdo de conciliación o de mediación por vicios de nulidad que invaliden los contratos o por ilegalidad o lesividad (LRJS art.67), así como de los laudos arbitrales por las mismas razones.

d) El acuerdo de conciliación o de mediación y los laudos arbitrales firmes gozan de **directa ejecutividad**, constituyendo título suficiente para solicitar la ejecución de lo en ellos acordado por la misma vía que las sentencias firmes en sus pronunciamientos de condena (LRJS art.68).

VIII. Representación colectiva y proceso electoral

9305	A. Órganos de representación	9307
	1. Delegados de personal	9307
	2. Comité de empresa	9308
	3. Representación en materia de salud laboral	9309
	B. Competencias	9310
	1. Derechos de información	9311
	2. Derecho a emitir informe	9314
	3. Derechos de consulta	9315
	4. Derechos de vigilancia y control	9316

5.	Derechos de participación	9317
6.	Negociación colectiva y derecho de huelga	9320
C.	Garantías	9323
1.	Apertura de expediente contradictorio	9323
2.	Prioridad de permanencia	9324
3.	Despido o sanción	9325
4.	No discriminación	9326
5.	Libertad de expresión	9327
6.	Crédito horario retribuido	9328
D.	Proceso electoral	9330
1.	Promoción de las elecciones	9330
a.	Sujetos legitimados	9330
b.	Momento de la promoción	9331
c.	Preaviso	9332
2.	Proceso electoral	9333
a.	Mesa electoral: funciones	9333
b.	Presentación de candidaturas	9336
c.	Votaciones	9337
d.	Escrutinio y atribución de resultados	9338
3.	Reclamación en materia electoral	9339

9306 La **representación unitaria** se encuentra regulada en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo Título II se dedica al derecho de representación colectiva de los trabajadores en la empresa. De acuerdo con esta norma, la representación colectiva de los trabajadores, sin perjuicio de otras formas de participación de los mismos en la empresa, recae en los órganos de representación unitaria. Por tanto, la representación colectiva de los trabajadores se realiza por delegados de personal y comités de empresa, de forma que el legislador estatutario se ha decantado por un sistema en el que los órganos de representación se ordenan en función del número de trabajadores existentes en la unidad electoral (TS 19-3-01, EDJ 3112).

A. Órganos de representación

1. Delegados de personal

(ET art.62.1)

9307 Los delegados de personal representan a los trabajadores en las empresas o centros de trabajo que tengan **menos de 50 y más de 10 trabajadores**. Igualmente, si lo deciden los trabajadores por mayoría, también podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que ocupen entre 6 y 10 trabajadores.

En las empresas que emplean hasta 30 trabajadores se nombrará a un delegado de personal, y en las empresas que tienen de 31 a 49 a tres de delegados de personal.

2. Comité de empresa

(ET art.63.1)

9308 El comité de empresa asume la representación de los trabajadores en las empresas o centros con una **plantilla de 50 o más trabajadores**.

El número de **miembros del comité de empresa** se determina en función de la plantilla, de acuerdo con la siguiente escala (ET art.66):

- de 50 a 100 trabajadores: 5;
- de 101 a 250 trabajadores: 9;
- de 251 a 500 trabajadores: 13;

- de 501 a 750 trabajadores: 17;
- de 751 a 1.000 trabajadores: 21;
- de 1.000 en adelante: 2 por cada 1.000 o fracción, con el máximo de 75.

El **cómputo de trabajadores** se hace a partir del censo laboral existente en la fecha del preaviso electoral. El censo electoral debe configurarse teniendo en consideración los trabajadores temporales que han prestado servicios en la empresa en el año anterior al preaviso electoral, computando un trabajador más por cada 200 días trabajados o fracción (ET art.71 y 72) (TSJ Galicia 11-3-09, EDJ 74918).

Se pueden promover **elecciones parciales** para adecuar el número de representantes a la situación real de la plantilla, cuando se produzcan variaciones por dimisiones, revocaciones o incremento de personal (ET art.67.1).

Al margen del comité de empresa de centro al que se acaba de hacer alusión, este órgano de representación del personal presenta otras dos manifestaciones como son el comité conjunto y el comité intercentros.

9308.1 Comité conjunto

(ET art.63.2)

El comité de empresa conjunto **se forma** en aquellas empresas que tengan en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen. Si algunos centros ocupan a 50 trabajadores y otros no, en cada uno de los primeros se constituye un comité de empresa y con el resto de centros, si alcanzan o superan los 50 trabajadores, se constituye un comité conjunto.

A la hora de agrupar centros de trabajo, **no se computan** aquellos centros que no superen los 10 trabajadores. En estos centros se podrá elegir a un delegado de personal si ocupan de 6 a 10 trabajadores pero no estarán representados por el comité conjunto (TS 7-2-12, EDJ 19270).

9308.2 Comité intercentros

(ET art.63.3)

El comité intercentros **se constituye** en las empresas que tengan diferentes centros de trabajo que cuenten con comités de centro propios, siempre que así se haya establecido por convenio colectivo. El comité intercentros está formado por un máximo de 13 miembros, que son designados de entre los miembros de los distintos comités de centro (TS 11-4-06, EDJ 59641).

La **composición** del comité intercentros debe guardar la proporcionalidad de los resultados obtenidos en las elecciones sindicales (TS 3-11-15, EDJ 253743). El convenio colectivo que ordene la constitución de este órgano debe determinar su **régimen de funcionamiento y sus competencias**.

No se contempla la posibilidad de elegir un **comité de grupo de empresas** pero la negociación colectiva puede disponer la constitución, composición y competencias de dicha instancia (ET art.87.1.3º).

3. Representación en materia de salud laboral

(LPRL art.34.1)

9309 Partiendo del sistema de representación colectiva general, la L 31/1995 , de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), atribuye la representación específica en materia de salud laboral a los delegados de prevención y al comité de seguridad y salud.

9309.1 Delegados de prevención

(LPRL art.35.1, 2 y 4)

Los delegados de prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales.

Son **designados** por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación unitaria. No obstante, los convenios colectivos pueden establecer otros sistemas de designación, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los trabajadores. De tal modo, los convenios colectivos pueden determinar que el nombramiento recaiga sobre cualquier trabajador de la empresa, u ordenar órganos específicos de representación que actúen en ámbitos concretos.

El **número** de delegados de prevención oscila entre uno y ocho, según la siguiente escala:

- de 6 a 49 trabajadores: 1 delegado de prevención.
- de 50 a 100 trabajadores: 2 delegados de prevención.

- de 101 a 500 trabajadores: 3 delegados de prevención.
- de 501 a 1.000 trabajadores: 4 delegados de prevención.
- de 1.001 a 2.000 trabajadores: 5 delegados de prevención.
- de 2.001 a 3.000 trabajadores: 6 delegados de prevención.
- de 3.001 a 4.000 trabajadores: 7 delegados de prevención.
- de 4.001 en adelante: 8 delegados de prevención.

Para la designación de los delegados de prevención no es necesario observar el criterio de proporcionalidad sino que su nombramiento podrá llevarse a cabo atendiendo a **criterios mayoritarios** (TS 30-4-01, EDJ 10564).

9309.2 Comité de seguridad y salud

(LPRL art.38)

El comité de seguridad y salud es un **órgano de consulta** que se constituye en los centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores. Se trata de un órgano **colegiado y paritario** que está compuesto por los delegados de prevención y en igual número por representantes designados por el empresario. Su **composición** no está sujeta al criterio de proporcionalidad (TS 31-3-09, EDJ 72879).

Es un órgano consultivo, de diálogo, de ahí que carezca de facultades decisorias, salvo que por negociación colectiva se hubiesen adoptado acuerdos de otra naturaleza.

En las empresas que cuenten con varios centros de trabajo que tengan comité de seguridad y salud se puede acordar la creación de un **comité intercentros de seguridad salud**, con las funciones que estipule el acuerdo de constitución de tal órgano.

B. Competencias

9310 Para hacer efectivo el mandato representativo, la representación de los trabajadores cuenta con derechos de información, consulta, vigilancia, o control.

1. Derechos de información

9311 Información en materia de empleo y contratación

(ET art.8.4 y 15.4)

En el plazo de diez días desde la firma del contrato, el empresario debe entregar a la representación de los trabajadores una **copia básica** de los contratos que se celebren por escrito. Se trata de una copia completa del contrato (TS 11-12-03, EDJ 220188), **excluyendo** DNI, domicilio, estado civil y cualquier dato que pudiera afectar a la intimidad personal del trabajador (LO 1/1982 , sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). La información sobre el salario del trabajador no forma parte del derecho a la intimidad (TS 3-5-11, EDJ 99979).

De igual modo, en el caso de **empresas de trabajo temporal**, la empresa usuaria debe entregar a los representantes de los trabajadores una copia básica del contrato de trabajo del trabajador puesto a disposición, que le debe haber facilitado la empresa de trabajo temporal (LETT art.9).

Si el contrato no requiere la forma escrita, la empresa debe **notificar** la realización de tales contratos a la representación del personal. También deben notificarse los contratos de **alta dirección** ya que no existe deber de entregar copia básica de los mismos.

Unido a esto, la representación del personal tiene los siguientes **derechos en materia de contratación**:

- conocer trimestralmente las decisiones que afecten a la celebración de nuevos contratos, con indicación del número y modalidades de contratación previstas, incluyendo los contratos a tiempo parcial (ET art.64.2.c);
- conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa y los modelos de finiquito (ET art.64.4.b);
- recibir notificación de las prórrogas y denuncias de los contratos (ET art.64.4 pfo. final);
- conocer la identidad de los trabajadores económicamente dependientes (TRADE) con los que haya contratado la empresa, así como el objeto, lugar de ejecución y fecha de comienzo y duración del contrato (RD 197/2009 art.7).

La empresa debe informar trimestralmente a la representación del personal de los supuestos de **subcontratación** (ET art.64.2.c). En los supuestos de **contratas**, la empresa debe facilitar el nombre de la empresa contratista o subcontratista, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución y número de trabajadores empleados (ET art.42.4). La misma obligación recae sobre la empresa contratista o subcontratista respecto de sus trabajadores, señalando los datos de la empresa principal (ET art.42.5). Dicha información comprende el número de trabajadores ocupados en la empresa que corresponden a la contratista o subcontratista, así como las asistencias técnicas y encomiendas de gestión, pero no comprende la información relativa a la identidad de los trabajadores, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato y categoría (TS 20-6-12, EDJ 192062). Los representantes de los trabajadores de la empresa principal pueden solicitar información sobre las condiciones de ejecución de la prestación laboral de los trabajadores que procedan de contratas o subcontratas cuando éstos carezcan de representación y siempre que compartan centro de trabajo (ET art.42.6).

Trimestralmente, los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados acerca de la **evolución probable del empleo** en la empresa (ET art.64.1.1).

9311.1 Información sobre cambios en las condiciones de trabajo y en la titularidad de la empresa

La empresa debe informar a la representación de los trabajadores de cualquier decisión de **movilidad funcional** para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, que implique la asignación de tareas no correspondientes al grupo profesional (ET art.39.2).

Los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados acerca de los **traslados individuales** (ET art.40.1) y **desplazamientos temporales** cuya duración exceda de doce meses en un período de tres años (ET art.40.6), con una antelación mínima de 30 días a la fecha de efectividad de dichas medidas. Idéntico derecho de información se contempla para los supuestos de **modificación sustancial de las condiciones de trabajo** de carácter individual (ET art.41.3).

En los casos de **sucesión de empresas**, la empresa cedente y la cesionaria deben informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, con la antelación suficiente, de estas materias (ET art.44.6):

- fecha prevista de la transmisión;
- motivos de la transmisión;
- consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores;
- medidas previstas respecto de los trabajadores.

No se vulnera el **derecho** de la representación unitaria **a ser informado** acerca de las condiciones laborales de la plantilla, cuando se pone a disposición de la misma la documentación que corresponda justo antes de la presentación de la demanda (TSJ Asturias 12-2-16, EDJ 12096).

9311.2 Información sobre tiempo de trabajo: realización de horas complementarias y extraordinarias

(ET art.64.2.c)

Las empresas están obligadas a informar a los representantes de los trabajadores de las **horas complementarias** realizadas por las personas contratadas a tiempo parcial. Además, los representantes del personal también deben tener conocimiento de las **horas extraordinarias** que se hagan en la empresa, recibiendo copia de los resúmenes que se entregan a los trabajadores (ET art.35.5). El incumplimiento de dicha obligación constituye **infracción grave** (TSJ Madrid 10-10-05, Rec 1526/05).

9312 Información en materia salarial

(ET art.29.4)

Además de la información que se recoge en la copia básica (ET art.8.3.a), los representantes de los trabajadores tienen derecho a conocer el abono de salarios por sistema **diferente al de pago efectivo**. También tiene derecho a que se les comuniquen las partes de los libros de la empresa en los que consten los devengos de **salarios a comisión** (ET art.29.2).

9312.1 Información sobre extinciones de contrato de trabajo por causas objetivas

En los procesos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ET art.52.c), el empresario debe conceder un plazo de preaviso al trabajador de 15 días de duración, debiendo dar **copia del preaviso** a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento (ET art.53.1.c). La empresa debe entregar a los representantes de los trabajadores una copia de la carta de despido, no del preaviso (TS 18-4-02, EDJ 70512), si bien la omisión de dicha obligación no implica la declaración de nulidad sino la improcedencia de la orden de extinción (TS 10-2-16, EDJ 26630).

9312.2 Información en materia de salud laboral y medioambiente

(ET art.64.2.b y d y.7.c)

Los representantes de los trabajadores deben ser informados, trimestralmente, sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen en la empresa. Todo ello sin perjuicio de los derechos que se reconocen a los delegados de prevención y al comité de seguridad y salud (LPRL art.18, 20, 25, 36, 39).

También con carácter trimestral la representación de la plantilla tiene derecho a recibir información respecto de **actuaciones medioambientales** que tengan repercusión sobre el empleo. En relación con esta materia, se prevé también el derecho a colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos.

9313 Información en materia de igualdad

(ET art.64.3)

Al menos anualmente, los representantes de los trabajadores tendrán derecho a recibir información acerca de la aplicación en la empresa del derecho de **igualdad de trato** y de oportunidades entre mujeres y hombres. Esta información incluirá datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, y, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

9313.1 Información económica

(ET art.64.2.a y b y 4.a)

La empresa debe informar, como mínimo trimestralmente, a los representantes de los trabajadores sobre la **evolución general del sector económico** al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas y sobre su programa de producción.

De igual modo, los representantes de los trabajadores tienen derecho a conocer la documentación contable de la empresa: el balance, la cuenta de resultados y la memoria, y en caso que de la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, de los demás documentos que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a éstos.

Los representantes de los trabajadores tienen derecho a recibir información sobre la **venta de los bienes de la empresa**, excepto de los que constituyen el tráfico normal de la misma, en los casos de expedientes de regulación de empleo de carácter colectivo que afecten a más del 50% de los trabajadores (ET art.51.3).

9313.2 Información sobre imposición de sanciones

(ET art.64.4.c)

La empresa está obligada a informar a los representantes de la plantilla sobre todas las sanciones que se impongan a los trabajadores por **faltas muy graves**. El incumplimiento de este deber de información puede originar una sanción administrativa a la empresa, si bien ello no afecta a la validez de la sanción impuesta (TS 12-7-88; 26-10-82).

Se trata de **trabajadores que no ostentan la condición de representante del personal**, ya que en tales supuestos está prevista la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos los representantes unitarios o sindicales (ET art.55.1 y 68.a).

2. Derecho a emitir informe

(ET art.64.5)

9314 El comité de empresa tiene derecho a **emitir informe con carácter previo** a la ejecución por parte del empresario de ciertas decisiones. Este informe debe presentarse en el plazo máximo de 15 días desde la recepción de la información remitida por el empresa, de modo que hasta que no transcurra dicho plazo la empresa no puede llevar a cabo la decisión oportuna. Las situaciones en las que se estipula la emisión de informe son las siguientes:

- reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella. Si la reestructuración supone despido colectivo o modificación sustancial de condiciones de trabajo deberá llevarse a cabo un período de consultas (ET art.51.2 y 41.4);
- reducciones de jornada;
- traslado total o parcial de las instalaciones. Si el traslado implica cambio de residencia deben seguirse los trámites del ET art.40 ;

- fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo;
- planes de formación profesional en la empresa;
- implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo. Si esta medida comporta una modificación sustancial de condiciones de trabajo deberá seguirse el procedimiento del ET art.41 .

3. Derechos de consulta

(ET art.64.5 y 6)

9315 El comité de empresa tiene derecho a ser informado y consultado sobre la **situación y estructura del empleo** en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. También debe ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la **organización del trabajo** y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tiene derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales **medidas preventivas**, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

La consulta debe realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un **momento y con un contenido** apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo. En todo caso, la consulta debe permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

Unido a esto, en determinados supuestos se ordena un **período de consultas** específico con los representantes legales de los trabajadores. Se trata de:

- procedimientos de regulación de empleo como extinción, suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (ET art.47.1 y 51.2 y RD 1483/2012);
- traslados colectivos (ET art.40.2);
- modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo (ET art.41.4);
- sucesión de empresas (ET art.44.9).

Precisiones

Si en el **período de consultas** que acompaña a los procesos de **modificación sustancial** de condiciones de trabajo la empresa no aporta la documentación económica necesaria para que los representantes de los trabajadores puedan afrontar las consultas con plenas garantías y con total conocimiento de las circunstancias concurrentes el procedimiento de modificación sustancial se considera nulo (TS 3-10-15, EDJ 221034).

4. Derechos de vigilancia y control

(ET art.64.7.a y d)

9316 El comité de empresa ejerce una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en **materia laboral, de seguridad social y de empleo**, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

También puede intervenir en la vigilancia y control de las condiciones de **seguridad y salud** en el desarrollo del trabajo en la empresa. Entre otros, los representantes de los trabajadores pueden acordar la paralización de las actividades de la empresa en caso de riesgo grave e inminente para la salud de las personas (ET art.19.5 y LPRL art.21).

Tiene también competencia de vigilancia del respeto y aplicación del principio de **igualdad de trato y de oportunidades** entre mujeres y hombres. Sobre este particular, entre otros, la representación de los trabajadores puede colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.

5. Derechos de participación

9317 El ordenamiento jurídico atribuye a los representantes de los trabajadores el derecho a participar, en los términos que se estipule por convenio colectivo, en la **gestión de obras sociales** establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares. Estas son cuestiones tales como: ayudas a estudios, guarderías, comedores, préstamos o seguros, etc.

6. Negociación colectiva y derecho de huelga

(ET art.87.1 y 88.3)

9320 Los representantes de la plantilla están legitimados para negociar, en representación de los trabajadores, en los **convenios de empresa y de ámbito inferior**. En este caso, dado que la comisión negociadora del convenio de empresa debe contar con un máximo de trece miembros por parte de los trabajadores, cuando el comité de empresa o el comité intercentros tengan un número de miembros superior a esta cifra, deben elegir de entre sus componentes a las personas que vayan a formar parte de la comisión negociadora, respetando la proporcionalidad de las candidaturas representadas en los comités.

Respecto de la **huelga**, los representantes de los trabajadores pueden acordar por mayoría su declaración (RDL 17/1977 art.3.2.a).

C. Garantías

(ET art.68.a)

1. Apertura de expediente contradictorio

9323 Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal tienen derecho a la apertura de un expediente contradictorio en el supuesto de **sanciones** por faltas graves o muy graves. En él, han de ser oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.

El expediente contradictorio garantiza una mejor **comprobación de los hechos** que se imputan al representante del personal. Esta garantía se extiende a los representantes **electos** y a los **candidatos** proclamados miembros durante el proceso electoral y se activa durante el período de mandato y en el año siguiente a la terminación del mismo, salvo dimisión o cese.

Precisiones

En la tramitación del expediente no es obligatorio nombrar **instructor y secretario** (TS 3-6-88, EDJ 4788), ni tampoco abrir un período de práctica de prueba (TS 11-2-16, EDJ 58371).

2. Prioridad de permanencia

(ET art.68.b)

9324 Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal gozan de prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de **suspensión o extinción** por causas tecnológicas o económicas. Esta garantía solo es efectiva durante la vigencia del mandato y no se extiende al año siguiente (TS 16-9-13, EDJ 189098 ; TSJ Galicia 22-9-14, EDJ 178725).

También tiene prioridad de permanencia en la empresa los representantes de los trabajadores en los supuestos de movilidad geográfica (ET art.40.7).

Precisiones

1) La prioridad de permanencia en la empresa se da cuando hay **varios trabajadores afectados**, pero no cuando se amortiza un único puesto de trabajo, pues en este caso puede autorizarse la extinción por causa económica, técnica, organizativa o de producción (TSJ Cantabria 18-7-13, EDJ 233385).

2) La garantía de permanencia actúa en el marco de la representación, de **empresa o centro**. Si el representante ha sido elegido en un centro el derecho de permanencia afecta a dicho centro, si el ámbito representativo afecta a varios centros de trabajo la garantía actúa en relación con los trabajadores de los centros (TSJ Madrid 13-2-12, EDJ 32476).

3. Despido o sanción

(ET art.56.4 y 68.c)

9325 Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal no pueden ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del **trabajador en el ejercicio de su representación**.

En caso de que el despido del representante de los trabajadores se declare improcedente, corresponde a este el **derecho de opción** entre la indemnización y la readmisión, cualquiera que hubiera sido la causa del cese.

Precisiones

El derecho se atribuye a los **candidatos** e incluso a quién no tenga la condición de candidato, cuando a la empresa le conste que fuera a presentarse, siempre que el proceso se haya iniciado y que el trabajador resulte elegido (TS 28-12-10, EDJ 298257).

4. No discriminación

(ET art.68.c)

9326 Los representantes no pueden ser discriminados en su **promoción económica o profesional** en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

Precisiones

Lesiona el **derecho de libertad sindical** cualquier actuación empresarial que consista en impedir la promoción profesional de los representantes de los trabajadores (TCo 217/1988) así como también **cambiar de puesto de trabajo** con reducción de salario a un representante de los trabajadores, o, entre otros, no reconocer a éstos los mismos aumentos salariales que a otros trabajadores de su escala profesional.

5. Libertad de expresión

(ET art.64.7.e y 68.d)

9327 Expresar, **colegiadamente** si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa

Los representantes de los trabajadores pueden expresar libremente sus opiniones en relación con las materias propias de su cargo, y también pueden **informar a sus representados** sobre cualquier cuestión en cuanto directa o indirectamente tenga o pueda tener repercusión en las relaciones laborales.

6. Crédito horario retribuido

(ET art.68.e)

9328 Cada una de las personas que integra la representación del personal dispone de un crédito de horas mensuales retribuidas cuya finalidad es facilitar el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala:

- hasta 100 trabajadores: 15 horas;
- de 101 a 250 trabajadores: 20 horas;
- de 251 a 500 trabajadores: 30 horas;
- de 501 a 750 trabajadores: 35 horas;

- de 751 en adelante: 40 horas.

Precisiones

- 1) El representante de los trabajadores tiene derecho a disfrutar el crédito horario completo, incluso cuando esté vinculado a la empresa por un **contrato a tiempo parcial** (TS 15-7-14, EDJ 147564).
- 2) El crédito horario va **ligado a la jornada** del representante de los trabajadores de ahí que solo computan las horas que coincidan con la misma, excepto si en la empresa se trabaja a turnos, pues en tales casos puede imputar a su crédito horario las horas que realice fuera de su jornada laboral (TSJ Baleares 16-5-13, EDJ 112419).
- 3) Puede pactarse en convenio colectivo la **acumulación de horas** de los distintos representantes de los trabajadores, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración. También puede pactarse la acumulación de horas entre comité de empresa y sección sindical (TSJ Asturias 26-4-16, EDJ 65068).

D. Proceso electoral

1. Promoción de las elecciones

a. Sujetos legitimados

(ET art.67; LO 11/1985 art.6; RD 1844/1994)

9330 Las elecciones sindicales tienen una **doble finalidad**: la elección de la representación unitaria de los trabajadores y la constatación de la representatividad de los sindicatos (TCo 208/1989).

Están **legitimados** para promoverlas: y

1. Las **organizaciones sindicales más representativas** tanto a nivel estatal como de Comunidad Autónoma. En estos casos se requiere que concurra, además, el requisito de la implantación en la empresa mediante la afiliación de trabajadores de la misma al sindicato promotor (TS 8-10-97, EDJ 9870).

En empresas o centros de trabajo con plantillas inferiores a 11 trabajadores, los sindicatos más representativos están facultados para promover las elecciones, si bien para ello se exige la decisión mayoritaria de los trabajadores que puede producirse bien antes de la promoción bien después. La decisión mayoritaria no está sujeta a formalidades específicas, pudiendo ser expresa o tácita, constituyendo un claro supuesto de decisión tácita el de la participación de la mayoría de los trabajadores en la votación (TCo 71/2006).

2. Las organizaciones sindicales que cuenten con un mínimo de un 10% de representantes en la empresa.

3. Los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario y en asamblea convocada al efecto.

Por lo tanto, a salvo los señalados, ningún otro sujeto (representantes unitarios u otros sindicatos minoritarios) tiene legitimación para iniciar el proceso electoral (TCo 57/1989), y ello so pena de nulidad del proceso electoral (TSJ Navarra 26-11-12, EDJ 356777).

Todo **impedimento u obstaculización** al ejercicio de este derecho por las organizaciones sindicales constituye vulneración de la libertad sindical, tutelable en amparo (TCo 125/2006 ; 60/2005).

Precisiones

En el caso de **conurrencia de promotores**, prevalece la convocatoria de elecciones de aquel sujeto que primero la haya registrado ante la oficina pública correspondiente. Ello, salvo en el caso de que se trate de las convocatorias de elecciones efectuadas por los sindicatos con mayoría en el comité de empresa, ya que, en este caso, se da preferencia a estas últimas (TS 2-6-08, EDJ 111749).

b. Momento de la promoción

(ET art.67.4; RD 1844/1994 art.1.1)

9331 La promoción de **elecciones totales** puede producirse por:

- finalización del mandato de los anteriores representantes (siendo nula la convocatoria de elecciones en caso contrario, TSJ Cataluña 10-5-12, EDJ 136512);
- nulidad del proceso electoral;
- revocación del mandato de los representantes;
- a partir de los 6 meses de la iniciación de actividades en un centro de trabajo.

La promoción de **elecciones parciales** puede realizarse cuando existan vacantes producidas por dimisiones, revocaciones parciales, puestos sin cubrir, fallecimiento o cualquier otra causa, siempre que no hayan podido ser cubiertas por los trámites de sustitución automática.

Precisiones

En todo caso, el empresario no puede **unilateralmente** proceder a la **revocación** de los representantes a efectos de adecuar su número a la menor plantilla existente (TS 5-12-13, EDJ 280897).

c. Preaviso

(ET art.67.1; RD 1844/1994 art.2 y 4.2)

9332 Los **promotores** deben comunicar a la oficina pública correspondiente y a la empresa (o persona en quien delegue, no a cualquier otra persona, TSJ Málaga 17-7-08, EDJ 300797) su propósito de celebrar elecciones con un **plazo** mínimo de, al menos, un mes de antelación al inicio del proceso electoral (este se inicia en los 3 meses siguientes). En la comunicación se debe identificar la empresa y el centro de trabajo de esta en que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de este.

La normativa aplicable prevé ciertas **exigencias formales y procedimentales** que deben cumplirse, como que:

- cuando la promoción de elecciones se efectúe por los trabajadores del centro de trabajo debe hacerse por acuerdo mayoritario de la plantilla;
- los diferentes acuerdos a los que lleguen los trabajadores o sindicatos que promueven las elecciones sean acreditados mediante la correspondiente acta de la reunión celebrada al efecto, que se ha de adjuntar al preaviso y en la que ha de constar necesariamente una serie de datos como la plantilla del centro de trabajo, número de convocados, número de asistentes y el resultado de la votación o la firma de un representante de cada uno de los sindicatos promotores. Todo ello bajo sanción de **nulidad** del proceso electoral por incumplimiento de las reglas contenidas en la normativa vigente (TSJ Cataluña 7-3-12, EDJ 77776), aunque se ha admitido, en determinados casos y bajo determinadas circunstancias, la **subsanción** (TSJ La Rioja 7-3-07, EDJ 112025).

Precisiones

1) El preaviso es **irrevocable**, aunque, bajo determinadas circunstancias, es posible su paralización provisional (TS 25-9-12, EDJ 225307).

2) El preaviso va ligado a un **centro de trabajo** en concreto de la empresa, entendiéndose por tal aquel que exige una organización específica, con autonomía susceptible para poder funcionar como una empresa independiente, aunque no tenga una autonomía económica o administrativa (TSJ Madrid 14-10-13, EDJ 226350). No obstante ello, es posible la **agrupación de todos los centros** de trabajos en una única unidad electoral siempre que existan dos centros de trabajo en la misma provincia cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en conjunto los sumen (TSJ Cantabria 13-5-10, EDJ 210585) o, incluso, que se promueva la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales, previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos, más representativos o suficientemente representativos, y cuya representatividad conjunta sea superior al 50% de los representantes elegidos (TSJ Castilla-La Mancha 23-9-10, EDJ 233581).

3) El preaviso puede ser **impugnado judicialmente** a través del proceso ordinario, no a través del especial referente a la materia electoral, por ser esta una cuestión previa al proceso electoral y, por lo tanto, no incluye propiamente en la denominación «materia electoral» (TS 3-2-00, EDJ 2594).

2. Proceso electoral

a. Mesa electoral: funciones

9333 Una vez recibida por la empresa la convocatoria de elecciones, aquella, en el plazo de 7 días, debe dar **traslado** a los **trabajadores** que hayan de constituir la mesa electoral, así como a los representantes de los trabajadores, de nuevo; todo ello, so pena de nulidad del procedimiento y, en su caso, de vulneración de la libertad sindical (TS 20-5-08, EDJ 111770).

En **cada empresa o centro de trabajo** se constituye una mesa por cada colegio de 250 trabajadores electores o fracción y ha de estar **formada** por el presidente (trabajador de más antigüedad) y dos vocales (electores de mayor y menor de edad). Ninguno de los componentes puede ser candidato, y de serlo, sería sustituido por su suplente. El cargo irrenunciable salvo que sea candidato, en cuyo caso la renuncia debe producirse antes de la presentación de candidaturas y durante todo el tiempo legalmente establecido para dicha presentación, TCo 48/2001).

A la mesa se le asignan numerosas **funciones**:

- **en general**: la vigilancia de todo el proceso electoral, la presidencia de la votación, la realización del escrutinio, el levantamiento del acta correspondiente y la resolución de cualquier cuestión que se presente;

- **en particular**: la publicación del censo electoral con indicación de quienes son electores y elegibles (nº 9334), la fijación del número de representantes (nº 9335) y de la fecha de tope de presentación de candidaturas, señalar la fecha de la votación y el recibimiento y la proclamación de las candidaturas.

Precisiones

Constituida la mesa en la fecha fijada por los promotores, se **inicia el proceso** electoral, aun cuando no se persone el representante del sindicato promotor (TSJ Cataluña 2-12-04, EDJ 226407).

9334 Elaboración del censo

(ET art.69.2; RD 1844/1994 art.6)

Se elabora tomando como referencia la fecha de preaviso de elecciones y no la de constitución de la mesa (TSJ Cantabria 13-5-10, EDJ 210585).

Comunicado a la empresa el propósito de celebrar elecciones por sus promotores, esta, en el término de siete días, debe remitir a los componentes de la mesa electoral el censo laboral. La **negativa** de la empresa a **facilitar el censo** electoral impide la celebración de elecciones, y es constitutiva de la lesión de la libertad sindical (TS 17-12-13, EDJ 273974). Si así lo prevé la negociación colectiva, podría entregarse a terceros (TS 27-9-07, EDJ 184492).

El censo **contiene** la relación de trabajadores con derecho al voto. Reúnen la condición de **electores**, los trabajadores de la empresa (con independencia de su tipo de contrato, tipo de relación -exceptuando al personal directivo, RD 1382/1985 art.16 - o jornada y nacionalidad siempre que cuenten con residencia legal en España) mayores de 16 años con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes (requisitos todos ellos que deben cumplirse el día de la votación).

En las **elecciones** a miembros del **comité de empresa**, el censo se distribuye en **dos colegios**, el de técnicos y administrativos y el de especialistas y no cualificados, pudiendo ampliarse a un tercero por convenio colectivo, siempre que no sea un convenio franja (TS 17-5-04, EDJ 63859).

9335 Representantes a elegir

(ET art.69 y 72; RD 1844/1994 art.9.4)

Son trabajadores **elegibles**, los trabajadores de la empresa mayores de 18 años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, 6 meses. Estos requisitos deben cumplirse en el momento de la presentación de la candidatura).

La **determinación del número de representantes** a elegir se realiza en función del número de trabajadores en la empresa computados en el censo. Debe tenerse en cuenta que los trabajadores fijos discontinuos y los vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computan como trabajadores fijos de plantilla y que los contratados por término de hasta un año con contrato en vigor o ya extinguido (TSJ C.Valenciana 15-4-03, EDJ 257234) entran en una media según el número de días trabajados (incluidos los de interrupción) en el año anterior a la convocatoria de la elección (cada 200 días trabajados o fracción se computará como un trabajador más). Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el período de un año anterior a la iniciación del proceso electoral sea superior al número de trabajadores que se computan, se tiene en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicio en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral.

b. Presentación de candidaturas

9336 Pueden presentar candidatos los sindicatos legalmente constituidos o las coaliciones formadas por dos o más de ellas con una denominación concreta. También pueden presentar candidatos los propios trabajadores avalando su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir.

Cuando se trate de elecciones a delegados de personal, la mesa electoral fija la fecha tope para la presentación de candidaturas y recibe y proclama las candidaturas que se presenten en los plazos que señale con criterios de razonabilidad y según lo aconsejen las circunstancias. En todo caso, entre la constitución de la mesa y la fecha de las elecciones no deben mediar más de 10 días.

Cuando se trate de elecciones a **miembros del comité de empresa**, las candidaturas **se presentan** durante los 9 días siguientes a la publicación de la lista definitiva de electores. La **proclamación** se hace en los 2 días hábiles después de concluido dicho plazo, publicándose en los tabloneros de anuncios, e iniciándose, a partir de ese momento, la campaña electoral. Entre la proclamación de candidatos y la votación deben mediar, al menos, 5 días.

Precisiones

1) No es necesario ningún **requisito de representatividad** pues el derecho a presentar candidaturas es propio de todo sindicato (TCo 104/1987).

2) En caso de presentación de candidaturas por **coaliciones** de sindicatos, los resultados se atribuyen a la coalición (TS 6-6-12, EDJ 124068).

c. Votaciones

(ET art.69.1, 70, 71 y 75; RD 1844/1994 art.10)

9337 El voto es libre, secreto, personal y directo, siendo válido el voto por correo.

El **acto de la votación** se efectúa en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral de los electores. Es deber del empresario facilitar los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral.

En las votaciones para **delegados**, cada elector da su voto a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos a cubrir entre los candidatos proclamados.

En las votaciones para **miembros del comité**, cada elector da su voto a una sola de las listas (cerradas) presentadas. Cada **lista** ha de ser completa, debiendo contener tantos nombres como puestos a cubrir (lográndose que exista una presencia mínima de representantes en el ámbito de la elección (TCo 51/1988 ; 200/2006).

Precisiones

Cabe que se produzca la **renuncia** de cualquier **candidato** antes de la fecha de la votación, lo cual no implica la suspensión del procedimiento ni la anulación de la candidatura, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de candidatos, al menos, del 60% de los puestos a cubrir (TCo 185/1992).

d. Escrutinio y atribución de resultados

(ET art.70, 71.2 y 75; RD 1844/1994 art.12)

9338 Es función de la mesa escrutar los resultados de las votaciones, mediante el **recuento** en voz alta **de los votos emitidos**, levantando acta normalizada del resultado, de las incidencias y de las protestas habidas en su caso. De ese **acta**, se remite copia al empresario, a los interventores si los hubiere y a los representantes electos. El resultado de la votación se publica en los tabloneros de anuncios, remitiéndose el original a la oficina pública correspondiente a efectos de registro. No se remiten, por el contrario, otros datos como los de la abstención (TCo 23/1983).

En la **votación para delegados**, son elegidos los que obtengan el mayor número de votos y, en caso de empate, prima el criterio de la antigüedad.

En la **votación para miembros del comité**, mediante el sistema de representación proporcional se atribuye a cada lista el número de puestos que le corresponda, de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos (no los nulos) por el de puestos a cubrir. Si hubiese puesto o puestos sobrantes se atribuyen a la lista o listas que tengan un mayor resto de votos. Dentro de cada lista resultan elegidos los candidatos por el orden en que figuren en la candidatura. No tienen derecho a la atribución de representantes en el comité de empresa aquellas

listas que no hayan obtenido como mínimo el 5% de los votos por cada colegio, primándose, de esta forma, a los sindicatos mayoritarios.

Precisiones

Cuando una organización sindical se **afilie a otra de ámbito superior** se vincularán todos resultados electorales anteriores a los de la federación o confederación a la que se haya afiliado. Igualmente cuando una organización sindical se **desvincule de otra de ámbito superior** dejarán de computarse en esta última los resultados electorales correspondientes a la organización que se separa (RD 1844/1994 art.12.5).

3. Reclamaciones en materia electoral

(ET art.76)

9339 Salvo las denegaciones de inscripción de las actas, el resto de impugnaciones en materia electoral se tramitan conforme al **procedimiento arbitral** que interrumpe los plazos de prescripción.

Son **legitimados activos** todos aquellos que tengan un interés legítimo, incluida la empresa. Son motivo, siendo motivo de impugnación: la existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado; la falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos; la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos (no, por tanto, la impugnación de actos previos -promoción o convocatoria- al inicio del proceso electoral propiamente dicho, TSJ Cataluña 26-5-04, EDJ 93103).

El procedimiento arbitral **se inicia** mediante escrito motivado dirigido a la oficina pública correspondiente, a quien promovió las elecciones y, en su caso, a quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de impugnación (siendo innecesario demandar al candidato electo cuando pertenezca a la organización sindical demandada, JS Castellón núm 65/02, 29-1-02, proc 1088/01).

El **árbitro** es designado, salvo que otra cosa acuerden las partes, por los sindicatos más representativos estatales o autonómicos y por los que ostenten el 10% o más de delegados o de los miembros de los comités de empresa en el ámbito provincial, funcional o de empresa correspondiente por acuerdo unánime de todos ellos (TS 17-6-02, EDJ 26668). El árbitro convoca a las partes a una **comparecencia** ante él semejante a una intervención oral bajo el principio de inmediatez. Una vez practicadas todas las pruebas oportunas (TSJ Madrid 19-12-00, EDJ 62550), dicta laudo escrito y razonado, resolviendo sobre la impugnación del proceso electoral y, en su caso, sobre el registro del acta. El laudo se notifica a los interesados y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Si se hubiese impugnado la votación, la oficina procede al registro del acta o a su denegación, según el contenido del laudo.

El **laudo arbitral** puede **impugnarse** ante el orden jurisdiccional social a través de la modalidad procesal correspondiente (LRJS art.127 a 136).

IX. Accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Incapacidad temporal y permanente. Recargo de prestaciones

9345	A. Accidente de trabajo y enfermedades profesionales	9346
	1. Accidente de trabajo	9348
	2. Enfermedades profesionales	9358
	B. Incapacidad temporal	9365
	1. Normativa básica reguladora	9365
	2. Concepto y elementos que caracterizan dicha situación	9368
	3. Sujetos	9371
	a. Causante y beneficiario	9371
	b. Obligado y responsable	9375
	4. Prestación	9378
	a. Cuantía	9380
	b. Dinámica de la prestación	9385
	c. Situaciones singulares	9394

5.	Gestión y control	9400
C.	Incapacidad permanente	9410
1.	Normativa básica reguladora	9410
2.	Concepto	9415
3.	Sujetos	9420
	a. Causante y beneficiario	9420
	b. Sujeto obligado y responsable	9423
4.	Grados de incapacidad permanente	9425
	a. Calificación	9428
	b. Revisión	9430
5.	Prestaciones	9433
	a. Incapacidad permanente parcial	9435
	b. Incapacidad permanente total	9437
	c. Incapacidad permanente absoluta	9442
	d. Gran invalidez	9444
6.	Dinámica de la prestación	9446
	a. Nacimiento	9446
	b. Compatibilidades	9448
	c. Suspensión y extinción	9450
D.	Lesiones permanentes no invalidantes	9455
E.	Recargo de prestaciones	9460

A. Accidente de trabajo y enfermedades profesionales

9346 El sistema de Seguridad Social cubre tanto el riesgo profesional (accidente de trabajo y enfermedad profesional) como el riesgo común (accidente no laboral y enfermedad común). La distinción no es baladí, pues el **nivel de protección** que otorga el sistema de Seguridad Social a unas y otras contingencias es distinto, siendo más intenso en las contingencias que traen su causa de riesgos profesionales.

Con carácter general, a las contingencias profesionales les resultan de aplicación las **siguientes reglas**:

- a) Opera el principio de automaticidad de las prestaciones y se presume el alta de pleno derecho, aunque el empresario hay incumplido las obligaciones de afiliación y alta.
- b) Reglas particulares en la cotización, que se ven incrementadas al incluir las horas extraordinarias, y su influencia en la base reguladora de las prestaciones.
- c) La no exigencia de períodos de carencia para tener derecho a las prestaciones.
- d) Posible establecimiento del recargo de prestaciones por incumplimiento de las normas de seguridad y salud laborales.
- e) Colaboración en la gestión a través de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- f) Responsabilidad por falta de reconocimientos médicos.

1. Accidente de trabajo

(LGSS art.156.1)

9348 La **definición legal** de accidente de trabajo es: toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

De este concepto se pueden extraer tres **elementos** configuradores:

1. La **lesión corporal**: incluye el daño o perjuicio, no solo físico, sino también psíquico. Además, se considera lesión constitutiva de accidente no solo la que deriva de la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo de una persona, sino también el daño que proviene de determinadas enfermedades, como procesos de actuación interna, súbita o lenta, que se produzcan o tengan su origen en el trabajo y siempre y cuando esto quede demostrado.

2. Trabajo por cuenta ajena: el sistema de Seguridad Social ha extendido su inicial protección limitada al trabajo **por cuenta ajena** a otros regímenes de la Seguridad Social.

3. Relación de causalidad: entre la lesión sufrida y el trabajo que se ejecuta, puede ser:

- por consecuencia del trabajo, es decir cuando la lesión tiene como causa directa o inmediata el trabajo;
- o con ocasión del trabajo, esto es, como causa indirecta o mediata, cuando sin el desarrollo del trabajo, la lesión no se hubiera producido o no hubiera tenido la gravedad que presenta.

La relación causal como conexión entre trabajo y lesión opera en sentido amplio, al comprender tanto aquellos supuestos en que el trabajo es causa única o concurrente de la lesión, como aquellos otros en que actúa como condición, sin cuyo concurso no se hubiera producido dicho efecto o este no hubiera adquirido una determinada gravedad. La **ruptura del nexo causal** se produce cuando exista prueba cierta y convincente de una causa que excluya la relación entre la lesión sufrida por el trabajador y el trabajo en sí desempeñado por él mismo.

9350 Presunción de accidente de trabajo

(LGSS art.156.3)

El diseño legal parte de una conceptualización del accidente de trabajo para posteriormente incorporar una presunción de existencia de accidente de trabajo y reconocer la calificación de laboral de ciertos accidentes así como negarla respecto de otros.

Se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

Esta presunción no debe confundirse en ningún caso con las situaciones a las que se otorga la consideración de accidente de trabajo (nº 9352), pues en estos casos la relación de causalidad se establece con el trabajo, mientras que la presunción señalada se establece entre la lesión y la tarea desempeñada por el trabajador (TS 20-3-97, EDJ 3117 ; 18-3-99, EDJ 6334 ; 30-5-00, EDJ 15781).

Además cabe señalar que la presunción de laboralidad se mantiene aun cuando se aprecie la existencia de **imprudencia profesional** por parte del trabajador, así como cuando concurra la **culpa civil o criminal** del propio empresario, o bien de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero ajeno a la relación laboral, salvo que se acredite que dicha actuación llevada a cabo por los mismos, no guarda ninguna relación con el trabajo.

9352 Supuestos expresamente incluidos

(LGSS art.156.2)

En cuanto a los supuestos que tienen la consideración ex lege de accidente de trabajo cabe señalar los siguientes:

1. Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. Es el llamado **accidente in itinere**. La jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de cuatro **elementos**:

a) Elemento teleológico: el motivo o la causa del desplazamiento ha de ser iniciar o finalizar la jornada laboral o bien salir o regresar al domicilio después de haber desempeñado el trabajo. No debe existir en dichos desplazamientos ninguna interrupción prolongada, pues en caso de ser así, se rompería el nexo causal y ya no podría hablarse de accidente laboral. Se entiende por domicilio del trabajador, a estos efectos, no solo el legal, sino el real y hasta el habitual y, en general, el punto normal de llegada y partida del trabajo (TS 29-9-97, EDJ 6428).

b) Elemento cronológico: el accidente, ha de ocurrir en tiempo inmediato o razonablemente próximo a la hora de entrada o salida del trabajo.

c) Elemento geográfico: que el accidente se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa. No obstante, el accidente se sigue considerando laboral aunque el trayecto incluya un pequeño desvío para dejar a dos compañeros (TS 14-2-17, EDJ 15517).

d) Elemento modal o mecánico: se exige que el medio de transporte utilizado por el trabajador en el cual se produce el accidente in itinere, sea racional y adecuado (TS 26-12-13, EDJ 271702).

Hay que diferenciar el accidente in itinere del accidente de trabajo **en misión**. El accidente de trabajo en misión se configura por la jurisprudencia como un accidente de trabajo puro y simple consecuencia del trabajo que realiza el trabajador durante todo el tiempo en que este aparece sometido a las decisiones de la empresa; tiempo en el que entienden los Tribunales se está en momento y lugar de trabajo, y por ello, salvo prueba en contrario, cabe aplicar la presunción de laboralidad.

2. Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de **cargos electivos de carácter sindical**, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos (TSJ Valladolid 16-11-98, EDJ 36029).

3. Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en **interés del buen funcionamiento** de la empresa.

4. Los acaecidos en **actos de salvamento** y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. La intervención en los actos de salvamento debe estar conectada con el trabajo para que el accidente que sufra el trabajador pueda calificarse como laboral (TSJ Sevilla 12-7-02, EDJ 62176).

5. Las **enfermedades** no incluidas entre las enfermedades profesionales que contraiga el trabajador con motivo de **la realización de su trabajo**, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Son enfermedades relacionadas con el trabajo, debiendo existir una relación causa-efecto entre la realización del trabajo y lógicamente la aparición de la enfermedad.

6. Las **enfermedades o defectos** padecidos con anterioridad por el trabajador, **que se agraven** como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Para que estas enfermedades tengan la consideración de accidente laboral tienen que concurrir los siguientes **requisitos**: existencia de una enfermedad o defecto previo; acaecimiento posterior de un accidente; y que la lesión causada por el accidente de trabajo agrave la anterior sufrida por el trabajador (TSJ Cataluña 25-5-05, EDJ 109995).

7. Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por **enfermedades intercurrentes**, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

9354 Supuestos expresamente excluidos (LGSS art.156.4)

No tienen la consideración de accidentes de trabajo:

1. Los que sean debidos a **fuerza mayor** extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. La fuerza mayor extraña al trabajo es aquella que se produce por acontecimientos que no pueden ser previstos, y por tanto evitados o aminorados en sus consecuencias por parte del empresario; es por ello, que en caso de que el accidente se deba a fuerza mayor que nada tenga que ver con el trabajo, al romperse el nexo causal necesario, no cabe decir que el accidente sea derivado de contingencia profesional. En ningún caso se considera fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza (TSJ Aragón 9-4-08, EDJ 165604).

2. Los que sean debidos a **dolo o a imprudencia temeraria del trabajador** accidentado. Respecto a la imprudencia, debe distinguirse la imprudencia profesional -aquella que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo-, que no impide la calificación de accidente de trabajo (TSJ Aragón 13-5-11, EDJ 124866) y la imprudencia temeraria, que excluye de la consideración del accidente como laboral.

Precisiones

Un supuesto especial lo constituye la concurrencia de **culpabilidad civil o criminal** en orden a la calificación de accidente de trabajo. Al igual que ocurre con la imprudencia profesional del trabajador, que no es suficiente para excluir la calificación del accidente como laboral, hay accidentes que se producen por la culpa civil o criminal de persona distinta a la del trabajador accidentado. A pesar de lo taxativo de los términos legales, el TS ha expresado que no puede concluirse que cuando la agresión externa que sufra el trabajador no guarde relación alguna con el trabajo, deba excluirse de manera inmediata la calificación del accidente como laboral, por ejemplo, cuando el accidente se produzca por caso fortuito (TS 14-10-14, EDJ 222836).

2. Enfermedades profesionales

(LGSS art.157; RD 1299/2006; RD 1273/2003 art.3.5)

9358 La enfermedad profesional es aquella contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las **actividades** que se especifican en el **cuadro** -lista cerrada- aprobado por las disposiciones de aplicación y desarrollo de la LGSS, y que está provocada por la acción de los **elementos o sustancias** que en dicho cuadro se indican para cada enfermedad profesional.

Para que pueda considerarse una enfermedad como profesional, la jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de tres **elementos**:

- que la enfermedad se haya contraído a consecuencia de la actividad profesional realizada por cuenta ajena o propia;

- que se trata de alguna de las actividades que reglamentariamente se determine;
- y que la enfermedad esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad (TS 13-11-06, EDJ 353380).

Al contrario de lo que se predicaba respecto al accidente de trabajo, la enfermedad profesional exige una relación de **causalidad directa** con el trabajo.

En la actualidad, el cuadro de enfermedades profesionales contiene **6 grupos de enfermedades profesionales** según estén causadas por agentes químicos, físicos, biológicos, inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados, de la piel, causada por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados y carcinogénicos. Este cuadro es susceptible de actualización y modificación

Las **enfermedades contraídas a consecuencia del trabajo** y que no estén incluidas en aquella relación, se someten al régimen genérico de los accidentes de trabajo.

9360 Acción protectora

(LGSS art.169.1.b, 173.1 y 243; L 31/1995 art.25.1; L 3/2017 disp.adic. 108ª; OM 9-5-1962 art.45)

Las enfermedades profesionales cuentan con un régimen peculiar, que se caracteriza por una especial acción protectora:

a) Existencia de un **período de observación**, si tras el reconocimiento médico el trabajador manifestara algún síntoma de enfermedad profesional, de duración máxima de un año, que se asimila a la IT.

b) Obligación empresarial de **trasladar**, ante un diagnóstico de enfermedad profesional, al trabajador del puesto de trabajo a otro en el que no exista el riesgo que le causa la enfermedad, con las compensaciones que correspondan. La misma obligación de traslado dentro de la misma empresa se exige cuando, como consecuencia de los reconocimientos médicos, se descubre algún síntoma de enfermedad profesional que, aunque no dé lugar a una incapacidad temporal, podría progresar de continuar en el puesto de trabajo. Lo cierto es que esta misma previsión se contiene en regulación de prevención de riesgos, al prohibirse la asignación de puestos de trabajo incompatibles con la situación del trabajador. En caso de que no sea posible el cambio de puesto de trabajo conforme al grupo profesional del trabajador, se posibilita la baja en la empresa. El traslado de puesto de trabajo por esta razón genera una **bonificación** del 50% de la cotización empresarial por contingencias comunes.

B. Incapacidad temporal (IT)

1. Normativa básica reguladora

9365 La normativa básica reguladora de esta prestación se encuentra en:

- LGSS art.169 a 176, 321 ;
- D 3158/1966 , que aprueba el reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social;
- OM 13-10-1967, reglamento de la prestación de incapacidad laboral transitoria;
- D 1646/1972 , para la aplicación de la L 24/1972 en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social;
- RD 1430/2009 , de desarrollo reglamentario de la L 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal;
- RD 625/2014 , regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración;
- OM ESS/1187/2015 , por la que se desarrolla el RD 625/2014 .

2. Concepto y elementos que caracterizan dicha situación

(LGSS art.169)

9368 La LGSS no define el concepto de incapacidad temporal, sino que describe sino que describe aquellas **situaciones** que pueden determinar una situación de incapacidad temporal, a saber:

1. Las debidas a **enfermedad**, común o profesional, y a **accidente**, sea o no de trabajo, mientras el trabajador esté impedido para el trabajo y reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Las **notas** que parecen delimitar dicha situación son: la necesidad de estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la imposibilidad temporal de prestar servicios (TS 19-7-11, EDJ 222594 ; 14-3-07, EDJ 70501).

2. Los **períodos de observación** por enfermedad profesional, en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos. Se trata de una situación peculiar ya que no requiere que concurren las notas anteriores, pero se considera oportuno someter a estudio al trabajador y que mientras dure el mismo no se trabaje.

La **contingencia protegida** en la IT es la pérdida de salud que impide temporalmente el trabajo. Ello conlleva una situación de necesidad caracterizada por la pérdida de ingresos mientras el trabajador no pueda prestar servicios. El **hecho causante** es la pérdida de salud que impide trabajar e incide en una persona que reúne los requisitos necesarios para ser sujeto causante.

Precisiones

No procede cuando la trabajadora se somete voluntariamente a **cirugía estética**, sin que guarde relación alguna con patología o accidente (TS 21-2-12, EDJ 153985).

3. Sujetos

a. Causante y beneficiario

(LGSS art.166 y 172; OM 13-10-1967 art.4)

9371 En esta prestación ambos coinciden. Son quienes reúnan los siguientes **requisitos**:

a) Estar afiliadas y en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante.

Se consideran situaciones **asimiladas a la de alta**:

- la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo;
- el traslado por la empresa fuera del territorio nacional;
- el convenio especial de diputados y senadores de las Cortes Generales y el de gobernantes y parlamentarios de las Comunidades Autónomas.

Cuando la IT derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores se consideran afiliados y en **alta de pleno derecho**, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

Se considera situación de **alta especial** la huelga legal o cierre patronal.

b) Recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

c) Estar impedidas para el trabajo.

d) Tener cubierto un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, en caso de enfermedad común. No se exige período previo de cotización en caso de **accidente**, sea o no de trabajo, y de **enfermedad profesional**.

Precisiones

1) En caso de **recaídas** hay que determinar cuándo hay que fijar la fecha del hecho causante de la prestación de incapacidad temporal, en cuyo momento habrán de reunirse los requisitos para alcanzar derecho a tal prestación. Y se considera que se tiene derecho a la prestación de IT aunque en la primera baja no se reunieran los requisitos, si se reúnen cuando tiene lugar la segunda baja, reconociéndose a partir de la fecha de esta (TS 6-11-00, EDJ 44316).

2) Los colectivos integrados en un régimen especial o en el general que sean sujetos **obligados y responsables de su cotización** deben además acreditar estar al corriente en el pago de sus cuotas al momento del hecho causante.

3) En el caso de trabajadores **contratados a tiempo parcial** se aplican las reglas de cálculo del coeficiente global de parcialidad sobre los últimos 5 años (LGSS art.247).

4) Son computables para alcanzar el período mínimo de cotización los días **cotizados por pagas extras** (TS 20-6-02, EDJ 37408).

5) No resulta aplicable la denominada **doctrina del paréntesis** para el cómputo de cotizaciones (TS 11-3-02, EDJ 10296).

b. Obligado y responsable

(LGSS art.102.1.c; OM 13-10-1967 art.5 y 6; OM 25-11-1966)

9375 En el caso de que haya una correcta cobertura (tanto de los actos instrumentales de afiliación y alta, como de cotización), en esta prestación nos encontramos con las siguientes **particularidades** en relación con la **empresa**:

a) Tiene la obligación de abonar la prestación económica en régimen de **colaboración obligatoria** -o pago delegado- durante los primeros 365 días (sin perjuicio de que en determinadas situaciones se le pueda dispensar de ello), resarcándose luego de lo abonado vía compensación en sus cotizaciones. En caso de contingencia común, el subsidio económico durante los días 4 a 15 de la baja corresponde en exclusiva al empresario.

Con independencia del pago delegado a que viene obligada la empresa con carácter general hay supuestos en que la entidad gestora o colaboradora asume directamente el pago, como en los casos de:

- extinción del contrato;
- tener la empresa menos de 10 trabajadores y llevar más de 6 meses en su abono;
- haber obtenido la empresa un aplazamiento en el pago de sus cuotas;
- incumplir la empresa el pago delegado, etc.

b) Puede asumir **de forma voluntaria** la gestión de la prestación y entonces se convierte también en sujeto responsable de ella.

Por su parte la **responsabilidad de la prestación** recae en el INSS (o ISM) o bien en la mutua colaboradora con la Seguridad Social, (en este último caso, cuando la contingencia causante de la IT sea profesional y la empresa esté asociada a una mutua; o también cuando sea común pero la empresa haya optado por encomendar la cobertura de la IT por contingencias comunes a la mutua).

En caso de **defectos del aseguramiento** se ponen en marcha los mecanismos de responsabilidad empresarial previstos en la LGSS art.167 y 168 .

4. Prestación

(LGSS art.171; D 1646/1972 art.13; OM 13-10-1967 art.2).

9378 Es un **subsidio económico** de cuantía variable en atención a la causa provocadora de la IT, calculada por la aplicación de un porcentaje sobre la base reguladora.

a. Cuantía

9380 Base reguladora

Su cálculo difiere según la contingencia causante:

a) Contingencias comunes Es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el **mes anterior** al de la fecha de iniciación de la incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiera (el divisor es 30, si el trabajador tiene salario mensual; 30, 31 o 28, 29, si tiene salario diario).

Si el trabajador ingresa en la empresa en el **mismo mes** en que se inicia la incapacidad, se utiliza como base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se toma como divisor los días efectivamente cotizados, cuando el trabajador no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

b) Contingencias Profesionales La base reguladora se obtiene por adición de dos sumandos:

- la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior, sin horas extraordinarias, dividida por el número de días a que corresponda dicha cotización; y
- la cotización por horas extraordinarias del año natural anterior, dividida entre 365 días (si las hubiere).

En caso de **pluriempleo**, se calcula computando todas las bases de cotización en las distintas empresas con aplicación del tope máximo vigente a efectos de cotización.

En el caso de los trabajadores **contratados a tiempo parcial**, cualquiera que sea la duración de la prestación de servicios, la base reguladora diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de 3 meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el periodo.

9382 Porcentaje

El porcentaje aplicable varía también según la contingencia de la que derive la IT:

1. En caso de **enfermedad común y accidente no laboral**: es del 60% desde el día 4º hasta el 20º ambos inclusive; y del 75% desde el día 21º en adelante.
2. En caso de **accidente de trabajo y enfermedad profesional**: 75% desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho. Todo ello sin perjuicio de los complementos que por mejoras voluntarias a cargo de la empresa pudiere haber.

b. Dinámica de la prestación

(LGSS art.169, 173, 174 y 175; D 3158/1966 art.9; OM 13-10-1967 art.8 a 11; RD 625/2014)

9385 Nacimiento

De nuevo difiere según la contingencia causante:

- en caso enfermedad común y accidente no laboral: desde el 4º día de la fecha de baja en el trabajo;
- en caso de enfermedad profesional y accidente de trabajo: desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

El abono de la prestación económica correspondiente a la situación de IT no está condicionado a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo directo y automático conforme al **principio de oficialidad**, una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación (TS 4-7-00, EDJ 16094).

El derecho al subsidio no nace durante las situaciones de **huelga o cierre patronal**.

9387 Duración

El subsidio se abona mientras el beneficiario se encuentre en situación de IT y tiene la siguiente duración:

- en caso de **accidente o enfermedad**, cualquiera que sea su causa: 365 días prorrogables por otros 180 días naturales cuando se presuma que, durante ellos, el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación.
- en caso de **períodos de observación** por enfermedad profesional, 6 meses prorrogables por otros 6 cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

A efectos del período máximo de duración y de su posible prórroga, se computan los de **recaída y de observación**. Se considera que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

Agotados los primeros 365 días naturales, el trabajador pasa a control del **INSS**. Este puede acordar:

- su alta médica (una nueva baja en los 180 días siguientes por la misma o similar enfermedad solo puede ser acordada por el INSS);
- la prórroga la IT durante 180 días más como máximo, si cree que durante la misma puede curarse;
- o iniciar un expediente de valoración de incapacidad.

Alcanzados los 545 días naturales, se debe de examinar el estado del trabajador en un plazo máximo de 3 meses a los efectos de su calificación de IP; excepcionalmente puede demorar tal valoración otros 180 días como máximo (sin que se rebasen los 730 días desde que se inició la baja). Durante esta situación de IT se prorroga el subsidio y no hay obligación de cotizar.

Si se deniega el derecho a la IP, solo puede generarse una nueva baja por la misma o similar enfermedad si media un período superior a 180 días naturales a contar desde la resolución administrativa. Es necesario que el trabajador reúna nuevamente los requisitos para ser beneficiario de IT por contingencias comunes. Excepcionalmente el INSS puede acordar -sin que se reúnan los requisitos- por una sola vez el abono del subsidio económico.

9389 Pérdida o suspensión

El derecho al subsidio por IT puede ser denegado, anulado o suspendido por:

- la actuación fraudulenta del beneficiario para obtener o conservar el subsidio;
- trabajar por cuenta propia o ajena;
- rechazar o abandonar el tratamiento sin causa razonable;

- la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS y a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico produce la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada.

Precisiones

El ingreso en **prisión** del beneficiario no impide la percepción de la prestación económica (TS 19-7-11, EDJ 222594).

9391 Extinción

El derecho al subsidio se extingue por alguna de las siguientes **causas**:

- por el transcurso del **plazo máximo** de 545 días naturales desde la baja médica;
- por alta médica por **curación o mejoría** que permita al trabajador realizar su trabajo habitual;
- por ser dado de **alta** el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente;
- por el reconocimiento de la pensión de **jubilación**;
- por la **incomparecencia injustificada** del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua;
- por **fallecimiento**.

c. Situaciones singulares

(LGSS art.283 y 284)

9394 Concurrencia de IT y situación de desempleo

Se pueden plantear dos situaciones:

1. IT y Desempleo. Si el trabajador se encuentra en IT hay que distinguir:

a) Si deriva de **contingencias comunes** y se extingue el contrato de trabajo, continúa en dicha situación de IT, si bien:

- el subsidio se abona en la cuantía que le correspondiese por prestación de desempleo;
- y cada día en esta situación es día consumido de la futura prestación por desempleo que procediese.

b) En el caso de que la IT derive de **contingencias profesionales** y se extinguiera el contrato:

- sigue percibiendo la prestación por IT, en la misma cuantía, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir la correspondiente prestación por desempleo si reúne los requisitos necesarios;

- en este caso no procede descontar del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de IT tras la extinción del contrato o el subsidio por desempleo.

2. Desempleo e IT. Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de IT, hay que distinguir:

a) IT **recaída** de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo:

- percibe la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo;
- agotado el período de desempleo si se continua en IT, sigue percibiendo la prestación por dicha contingencia en la cuantía de la prestación por desempleo que venía percibiendo.

b) En los casos en que la IT **no constituya recaída** de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo sino un nuevo proceso:

- percibe la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo;
- y en el supuesto de que continuase en situación de IT una vez finalizado el período de desempleo, sigue percibiendo la prestación por IT en cuantía igual al 80% del IPREM mensual.

9396 Concurrencia de IT/Maternidad/Paternidad

A diferencia de las situaciones anteriores, las prestaciones por maternidad y paternidad tienen preferencia sobre IT y se inicia la situación de maternidad o paternidad con las prestaciones económicas inherentes a ella. Una vez agotada, si el trabajador se encuentra impedido para el trabajo, se inicia un período de IT o se continua el que se hubiere iniciado anteriormente.

9400 La regulación de la gestión y control de la IT en los primeros 365 días se caracteriza por las siguientes **notas**:

a) Se vincula expresamente la baja con la ocupación del trabajador a través de **protocolos de temporalidad**, que se materializan en tablas de duración media óptima según diagnóstico, ocupación y edad del trabajador.

b) La **tramitación** se caracteriza por el envío por vía telemática al INSS, por parte del servicio público de salud, la empresa colaboradora o la mutua, de los datos personales del trabajador, etc. El INSS centraliza los datos de todos los procesos de IT que remite a las mutuas y al ISM para sus trabajadores protegidos.

c) Un sistema de **partes médicos** basado en cuatro grupos de procesos de IT derivados de cualquier contingencia según la duración:

- procesos de duración estimada muy corta: inferior a 5 días naturales;
- procesos de duración estimada corta: de 5 a 30 días naturales;
- procesos de duración estimada media: de 31 a 60 días naturales;
- procesos de duración estimada larga: de 61 o más días naturales.

d) Es el facultativo que emite el parte de baja el que determina, al inicio del proceso, la **duración estimada** (sin perjuicio de que en un momento posterior pueda modificarla) y fija la fecha de la próxima revisión. Y en función de ello se establece la periodicidad en que deben ser emitidos los oportunos partes de confirmación.

e) La **competencia** para acordar el **alta médica** corresponde:

- contingencias comunes: médico de atención primaria, inspección médica del servicio de salud, e inspección médica adscrita a la correspondiente entidad gestora;
- contingencias profesionales: médico de la empresa colaboradora o de la mutua, médico de atención primaria, inspección médica del servicio de salud o inspección médica adscrita a la correspondiente entidad gestora (la que cubra la contingencia).

f) Otros medios de control se llevan a cabo por medio de **informes médicos complementarios** a emitir por el médico del servicio público de salud e informes médicos de control por los servicios médicos de inspección de dicho servicio público de salud.

g) Son **obligaciones formales de trabajadores y las empresas** las siguientes:

- el trabajador dispone de 3 días hábiles para presentar en la empresa el parte de baja y de confirmación y el de alta en las 24 horas siguientes;
- la empresa debe remitir al INSS el parte entregado por el trabajador debidamente cumplimentado en los 3 días hábiles siguientes vía RED.

h) La **mutua** puede formular **propuestas de alta médica** en procesos de IT por contingencias comunes, a través de sus servicios médicos, ante la Inspección médica de los Servicios de Salud. Estos, las han de remitir a los facultativos o servicios médicos a los que corresponda la emisión de los partes de alta, comunicándoselas al trabajador. El facultativo del servicio público de salud tiene 5 días hábiles para contestar, a contar desde la fecha en que la propuesta tuvo entrada en la Inspección. La respuesta puede ser confirmatoria de la baja o admisión de la misma, emitiendo entonces el alta médica. También la Inspección Médica puede acordar el mantenimiento de la baja o acordar el alta médica. Transcurrido el plazo para contestar sin respuesta, la mutua puede instar a la Inspección Médica del INSS el alta médica. Esta dispone de 4 días hábiles para contestar.

9403 **Requerimientos de reconocimientos médicos**

Son competentes para requerir al trabajador a someterse a un reconocimiento médico:

- el INSS/ISM a través de sus inspectores médicos;
- las mutuas respecto a IT por contingencias comunes cuya prestación económica gestionen a través de sus médicos.

Las **citaciones** se han de comunicar al trabajador con una antelación mínima de 4 días hábiles, con información sobre la posible suspensión cautelar de la prestación económica en caso de incomparecencia, así como que de no justificarse en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

Si hay **incomparecencia**, la entidad gestora o la mutua dicta resolución o acuerdo, respectivamente según quien haya realizado la citación, disponiendo la suspensión cautelar de la prestación desde el día siguiente al que se hubiere

señalado para la citación e indicándole que dispone de 10 días para justificar la incomparecencia. Si se justifica, se dicta en el plazo de 15 días hábiles, resolución indicándose la fecha a partir de la cual se reanuda el pago de la prestación.

Se considera **justificada la incomparecencia**:

- si el trabajador aporta informe médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, señalando que la personación era desaconsejable por la situación clínica del paciente;
- no se hubieran respetado el plazo de 4 días hábiles para la citación;
- o se acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

Transcurridos los 10 días hábiles sin que se aporte justificación de la incomparecencia, el INSS/ISM o la mutua dictan resolución o acuerdo declarando la extinción del derecho a la prestación, que se notifica al interesado, al servicio público de salud, a la empresa y a la TGSS, pudiendo los inspectores de las entidades gestoras expedir alta médica.

9405 Divergencias en la determinación de la contingencia determinante de la baja

(RD 1430/2009 art.6)

El **procedimiento** para dirimir las divergencias que puedan surgir sobre la contingencia causante de la IT se puede iniciar:

- de oficio a iniciativa del INSS, o bien a propuesta de la ITSS, del servicio público de salud o del ISM;
- a instancia del trabajador;
- a instancia de la mutua o empresa colaboradora.

La iniciación del procedimiento se comunica a los interesados que no hubieren sido propulsores de esta iniciativa, abriéndose un plazo de **alegaciones** de 4 días para mutua o empresa y 10 días para el trabajador.

Posteriormente el EVI emite un **informe** que es preceptivo y el INSS emite **resolución** en el plazo de 15 días. La resolución determina: la contingencia, si el proceso es o no recaída de otro anterior, los efectos que correspondan y la entidad responsable de las prestaciones económicas y sanitarias.

Para el caso de que una **mutua** colaboradora considere inicialmente que la patología examinada no es contingencia profesional, sino que tiene naturaleza común, debe, tras el reconocimiento médico preciso y la práctica de las pruebas oportunas, remitir al trabajador al servicio público de salud. Debe entregar al trabajador informe médico sobre la patología y su diagnóstico, tratamiento dispensado y motivos que justifican la determinación de la contingencia como común. El informe ha de acompañarse de la documentación relativa a las pruebas practicadas. Ante la actuación de la mutua el **trabajador** puede:

- acudir al centro de salud y el médico emite la baja por enfermedad común;
- o bien, acudir para la revisión de la contingencia al procedimiento anteriormente recogido para dichas divergencias.

Por su parte el **facultativo** que emita la baja puede formular su discrepancia también conforme al procedimiento señalado, sin perjuicio de que el parte médico de baja produzca sus efectos.

La resolución del **INSS** determina el carácter común o profesional y el obligado a la prestación económica y sanitaria.

9407 Impugnación de altas médicas

Las altas médicas se pueden impugnar administrativa o judicialmente.

9408 Vía administrativa

(LRJS art.71; LGSS art.170; RD 1430/2009 art.3 y 4)

La altas médicas se pueden impugnar:

1. Si se trata de altas médicas que no tienen un procedimiento especial (por ejemplo alta por curación en los **primeros 365 días**): se interpone una reclamación en los 11 días siguientes a su notificación que debe de ser resuelta en el plazo de los 7 días siguientes (el silencio administrativo es negativo). Haya resolución negativa o no la demanda debe de interponerse en el plazo de 20 días siguientes.

2. Altas médicas emitida por el INSS **al agotarse los primeros 365 días**: se interponen en el plazo máximo de 4 días siguientes presentándose ante la Inspección médica del servicio público de salud.

Si la Inspección médica discrepa del criterio de la entidad gestora, tiene la facultad de proponerle, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de su decisión, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. La entidad gestora se pronuncia expresamente en los 7 días naturales siguientes, notificando al interesado la correspondiente resolución, que es también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función

de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconoce al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aporta las pruebas complementarias que la fundamenten, solo se prorroga la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en los 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, la mencionada alta médica adquiere plenos efectos. Durante el período de tiempo transcurrido, entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos, se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal.

La decisión se comunica a la empresa el mismo día o el siguiente hábil y el INSS y el servicio público de salud deben comunicarse entre sí el inicio y decisiones que adopten (también a la empresa).

3. Impugnación de alta médica expedida por las mutuas o empresas colaboradoras, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional: se interpone en el plazo de 10 días hábiles a contar desde la notificación. Se presenta ante la entidad gestora indicando los motivos de disconformidad y se acompaña historial médico o la solicitud del mismo a entidad colaboradora. La iniciación de este procedimiento especial de revisión implica la suspensión de los efectos del alta, prorrogándose el abono del subsidio (caso de que luego fuera conforme las prestaciones percibidas se pueden considerar indebidas). La entidad gestora comunica a la mutua el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, aporte los antecedentes del proceso de IT e informe de las causas del alta. La mutua puede reconocer la improcedencia del alta, procediéndose entonces al archivo de la reclamación. A la empresa también se le comunica el inicio del procedimiento en el plazo de dos días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación.

9409 Vía judicial

(L 36/2011 art.140)

La impugnación del alta médica puede hacerse directamente, sin necesidad de **agotamiento de la vía administrativa previa**, en los siguientes casos:

- altas emitidas por el Director Provincial del INSS en procesos de IT al agotarse el plazo de 365 días;
- resoluciones emitidas a consecuencia de discrepancias de los servicios públicos de salud en procesos de IT de duración superior a 365 días.
- resoluciones en las que se ratifica el alta emitida.

En los demás casos es preceptivo el agotamiento de la vía administrativa previa.

El proceso presenta las siguientes **singularidades**:

- a) La **legitimación pasiva** corresponde a la entidad gestora o colaboradora; también al servicio público de salud si se impugna el alta emitida por sus servicios médicos, y a la empresa si se cuestiona la contingencia.
- b) Tiene una **tramitación urgente y preferente**: se señala juicio dentro de los 5 días siguientes a su admisión a trámite y la sentencia, contra la que no cabe recurso, se ha de dictar en los 3 días siguientes.

C. Incapacidad Permanente (IP)

1. Normativa básica reguladora

9410 La normativa básica reguladora de la incapacidad permanente en su modalidad contributiva se encuentra en:

- LGSS art.193 a 203 ;
- D 3158/1966 art.12 a 26 , reglamento general de prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, parcialmente en vigor;
- D 1646/1972 , de desarrollo de la L 24/1972 ;
- OM 15-4-1969, de prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, parcialmente en vigor;
- RD 1799/1985 , desarrollo de la L 26/1985 , parcialmente en vigor;
- RD 1647/1997 , desarrollo de la L 24/1997 , parcialmente en vigor;
- RD 1300/1995 , desarrollo de la L 42/1994 ;
- OM 18-1-1996, desarrollo del RD 1300/1995 .

2. Concepto

(LGSS art.193)

9415 En su **modalidad contributiva** es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta **reducciones anatómicas o funcionales graves**, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su **capacidad laboral**.

No obsta a tal calificación la posibilidad de **recuperación** de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Las **reducciones** anatómicas o funcionales existentes **en la fecha de la afiliación** del interesado en la Seguridad Social no impiden la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y que con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

La IP ha de derivarse de la situación de **incapacidad temporal**, salvo que afecte a quienes carezcan de tal protección, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia, o bien en los casos de acceso a la IP desde la situación de no alta.

Son pues **notas características** de la IP:

- una alteración grave en la salud de una persona;
 - que está objetivada;
 - que reviste la nota de definitiva (al menos previsiblemente); y
 - que incide en su capacidad laboral disminuyéndola o anulándola.
- como regla general no se toman en consideración dolencias previas a la incorporación al sistema, salvo que estas se hayan agravado o bien concurren con otras posteriores;
- se parte que con carácter general a la situación de IP le ha precedido una previa de IT, salvo en determinadas situaciones.

La **contingencia protegida** es la pérdida de la salud de carácter permanente que incide de forma definitiva en la capacidad laboral de una persona.

La **situación de necesidad** es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de que el trabajador ya no podrá trabajar o bien por la disminución de su capacidad laboral.

El **hecho causante** es la pérdida de la salud que impide trabajar total o parcialmente e incide en una persona que reúne los requisitos necesarios para ser sujeto causante.

Junto a la pensión contributiva, que es la que se desarrolla a continuación, el sistema de Seguridad Social incluye la pensión de **invalidez no contributiva**, que se configura como una prestación de carácter asistencial, cuyo reconocimiento no está supeditado a las cotizaciones previamente realizadas, ni tampoco a la incidencia que las lesiones padecidas puedan causar sobre la capacidad laboral del sujeto afectado (LGSS art.363 a 368 ; RD 357/1991).

3. Sujetos

a. Causante y beneficiario

(LGSS art.195)

9420 Los **requisitos** para ser sujeto **beneficiario** están en función de varios factores:

- estar o no en alta o situación asimilada;
- contingencia profesional o común;
- y grado de incapacidad reconocido.

1. Trabajador afiliado pero que no está en alta o situación asimilada:

- solo puede acceder a los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez;

- se le exige entonces un período mínimo de cotización de 15 años (incluso aunque provenga de accidente).
- no debe haber cumplido la edad de acceso exigible a la jubilación contributiva.

2. Trabajador **afiliado y en alta** o situación asimilada

a) En caso de derivar de **enfermedad común**: tener cubierto un período mínimo de cotización cuando la IP deriva de enfermedad común de:

- incapacidad permanente parcial: 1800 días en los 10 años anteriores a la extinción de la IT de procedencia;
- incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez: depende de la edad del beneficiario a la fecha del hecho causante: si es **menor de 31 años** de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante; si tiene **31 o más años** de edad un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años, además de un período específico de cotización (carencia específica) consistente en que un quinto del período de cotización exigible que debe estar comprendido en los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada, sin obligación de cotizar. No se tienen en cuenta, a estos efectos, las fracciones de edad inferiores a 6 meses, si son superiores, se consideran equivalentes a medio año. Los períodos de cotización resultantes son objeto de redondeo, despreciándose, en su caso, las fracciones de mes.

b) Si proviene de **accidente, laboral o no, o enfermedad profesional**: no se exige período mínimo de cotización.

3. Y, en cualquier caso, se requiere que el beneficiario no haya cumplido la **edad de acceso a la jubilación** contributiva ordinaria (salvo que actualizado el riesgo protegido no pudiera acceder a ella o bien cuando se prosiga la actividad tras cumplir la edad ordinaria y la IP se deba a una accidente de trabajo o enfermedad profesional).

9421

Precisiones

1) Son **situaciones asimiladas al alta** aptas para acceder a las prestaciones de IP (LGSS art.166 ; OM 15-4-1969 art.20), por ejemplo: desempleo total y subsidiado y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que se mantenga la inscripción como demandante de empleo; excedencia forzosa; excedencia con reserva de puesto de trabajo; etc.

2) Cuando se acredita una voluntad de acceder al trabajo puesta de manifiesto por la inscripción en la oficina de empleo, ese periodo de ausencia de cotización debe configurarse como un **paréntesis**, y ese paréntesis obliga a retrotraer el momento a partir del cual se ha de computar el periodo de **carencia específica** a la fecha en la que efectivamente, cesó el trabajo efectivo y cotizado (TS 13-6-06, EDJ 103072).

3) Sobre cómputo de cotizaciones de los **trabajadores a tiempo parcial** véase la LGSS art.245 .

4) Es constitucional la imposibilidad de acceder a la IP derivada de contingencias comunes si se reúnen los requisitos de **acceso a la jubilación** (TCo 149/2004).

b. Obligado y responsable

9423 En el caso de que haya una **correcta cobertura** (relativa a la afiliación, alta y cotización) el obligado y responsable de la prestación es la entidad gestora (INSS/ISM) o mutua de la Seguridad Social que cubra el riesgo.

En casos de **defectos de aseguramiento** se ponen en marcha los mecanismos de responsabilidad empresarial previstos en la LGSS art.167 y 168 .

4. Grados de incapacidad permanente

(LGSS art.194 y disp.trans.26°)

9425 La IP cualquiera que sea su causa se clasifica en unos grados en función de la reducción de la capacidad para el trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el trabajador o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante. La lista de enfermedades, su valoración, la determinación de los grados y el régimen de incompatibilidades debe ser objeto de **desarrollo reglamentario**. A falta del mismo se siguen utilizándose los antiguos conceptos de grado de incapacidad. Estos grados son:

a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

b) **Incapacidad permanente total** para la profesión habitual: la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

c) **Incapacidad permanente absoluta** para todo trabajo: la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

d) **Gran invalidez**: la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Para la determinación de cuál es el grado que corresponde hay que tener en cuenta una serie de **circunstancias** interrelacionadas:

- los efectos sobre el trabajo desarrollado por el trabajador;
- el conjunto de dolencias;
- la posibilidad de corrección de las dolencias;
- otros criterios orientativos.

a. Calificación

(RD 1300/1995 art.3, 4, 5 y 6; OM 18-1-1996 art.4, 5 y 6)

9428 Es el Equipo de Valoración de Incapacidades, órgano adscrito al INSS e integrado por: el Subdirector del INSS (que lo preside), un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Médico del INSS; un Inspector Médico del SPS y un funcionario del INSS (que actúa como secretario con voz pero sin voto) quienes evalúan el grado de incapacidad permanente.

El **procedimiento** se inicia:

- de oficio: a iniciativa de la entidad gestora, petición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio Público de Salud;
- a petición del interesado;
- a instancia de mutua colaboradora con la Seguridad Social.

Todos los **trámites** se llevan a cabo de oficio por el INSS.

Deben realizarse o constar en el expediente administrativo los siguientes **actos o informes**:

a) Alta médica e historial médico (o informe Inspección Médica).

b) Informe médico de síntesis (recoge el historial médico del servicio público de salud y de los informes que haya aportado el interesado, y del resultado de pruebas complementarias practicadas).

c) Informe de antecedentes profesionales (su finalidad es conocer la profesión desempeñada por el trabajador en el momento en que se efectúa la evaluación).

d) Informe de alta y cotización (permite conocer si reúne o no los requisitos para causar derecho a la protección).

e) Dictamen propuesta, que tiene el siguiente contenido: si hay o no anulación o disminución de la capacidad laboral; calificación en grados y contingencia; plazo a partir del cual se puede revisar; procedencia de revisión por posible mejoría (en dos años); existencia de lesiones permanentes no invalidantes; y en su caso existencia de falta de medidas de seguridad y en su caso del porcentaje de recargo en la prestación que puede oscilar entre el 30% al 50% de la misma.

Del dictamen de la EVI se da traslado al interesado para que pueda formular **alegaciones** (no resulta necesario si solo han sido tomados en consideración los hechos y documentos aportados por el trabajador).

Transcurrido el plazo de alegaciones resuelve el Director del INSS que no está vinculado a seguir lo dictaminado por el EVI. El plazo de **resolución** no debe superar el máximo de 135 días. Si reconoce el derecho a las prestaciones en cualquiera de sus grados se hace constar necesariamente el plazo a partir del cual se puede instar **revisión** por agravación o mejoría. Si no procede la protección por ausencia de algún requisito no se efectúa calificación alguna. La resolución es **recurrible** ante la Jurisdicción Social previa reclamación administrativa previa.

b. Revisión

(RD 1300/1995 art.3 y 6.2; OM 18-1-1996 art.17, 18 y 19; D 3158/1966 art.21; OM 5-4-1969 art.40)

9430 Están **legitimados**, además de los que están para la declaración inicial, también el empresario si hubiera sido declarado responsable.

Es **condición** indispensable no haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación.

Las **causas** pueden ser: agravación, mejoría, error en el diagnóstico y realización de trabajos por cuenta ajena o propia.

El **procedimiento** es similar al de la valoración inicial de la incapacidad permanente. El **plazo para la solicitud** está vinculado al indicado en la resolución inicial de declaración de incapacidad. Son excepciones a este plazo: las revisiones fundadas en error en el diagnóstico; la concurrencia de nuevas dolencias; o la realización de trabajos por cuenta ajena o propia del beneficiario.

En la revisión hay que tener en cuenta los siguientes **aspectos**:

- no se revisa la base reguladora de la prestación ya reconocida;
- no se trata de valorar nuevamente la situación del trabajador;
- la agravación o la mejoría tiene que tener una entidad relevante para variar el grado ya reconocido.

El proceso de revisión puede finalizar **confirmando o modificando** el grado. Las **consecuencias** de la revisión varían en función del resultado de la misma:

- a) Si se reconoce **incapacidad distinta** con derecho a distinta pensión: la nueva pensión se cobra desde el día siguiente a la fecha de la resolución definitiva.
- b) Si se reconoce derecho a **cantidad a tanto alzado** y se tenía reconocido **derecho a pensión**: recibe la cantidad que exceda de lo percibido y deja de percibir la pensión anterior desde la fecha de la resolución definitiva.
- c) Si se reconoce derecho a cantidad a tanto alzado de **cuantía diferente a** la que tenía **reconocida**: se cobra el exceso y si hay defecto no tiene que devolverlo.
- d) Si se tiene **cantidad a tanto alzado** y se le **reconoce derecho a pensión**: la pensión se devenga desde el día siguiente al de la resolución definitiva, pero no comienza a percibirse hasta que se deduzcan las cantidades a tanto alzado percibidas con anterioridad y que excedan de las mensualidades transcurridas desde que se reconoció el derecho a pensión;
- e) Si no se reconoce **ninguna incapacidad**: deja de cobrar pensión desde el día siguiente al de la resolución definitiva.
- f) Si **no** se reconocen **grados de incapacidad** y se tenía reconocido derecho a cantidad a tanto alzado: no se tiene que devolver cantidad alguna.
- g) Si, como consecuencia de la revisión, el trabajador es declarado **plenamente capaz** o parcial, puede ser beneficiario del subsidio de desempleo.

5. Prestaciones

(LGSS art.196 y 197; D 3158/1966 art.12; D 1646/1972 art.3, 9 a 12; RD 1799/1985 art.3 a 6; OM 18-1-1996 art.15)

9433 La prestación depende del **grado** de incapacidad reconocido y de la **contingencia** de la que derive.

a. Incapacidad permanente parcial

(LGSS art.196.1; D 1646/1972 art.9)

9435 La prestación consiste en una indemnización especial a tanto alzado, cualquiera que sea la contingencia de la que se derive. Su cuantía es 24 mensualidades de la base reguladora del subsidio de IT del que deriva la incapacidad permanente. Se abona en un pago único.

b. Incapacidad permanente total

(LGSS art.196.2; OM 31-7-1972 art.5 y 6)

9437 La prestación es una pensión vitalicia en cuantía del 55% de la base reguladora que puede incrementarse un 20% para los mayores de 55 años que no realicen trabajos por cuenta propia o ajena. Se calcula de la siguiente forma:

1. IPT derivada de enfermedad común. Hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) **Trabajador mayor de 52 años y menor de 65** en la fecha del hecho causante:

1º. Se halla el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas:

- Las bases de los 24 meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computan en su valor nominal.
- Las restantes bases se actualizarán de acuerdo con la evolución del IPC, desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere el párrafo anterior.

2º. Al resultado obtenido, se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para las pensiones de jubilación, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le falten al trabajador, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento. En caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable es del 50%.

b) **Trabajador menor de 52 años** en la fecha del hecho causante: la base reguladora se obtiene, de forma análoga al supuesto anterior, pero el cociente se halla dividiendo la suma de las bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo de cotización exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, por el número de meses a que dichas bases se refieran, multiplicando este divisor por el coeficiente 1,1666, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquel en que se produzca el hecho causante.

El importe resultante de las reglas anteriores constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el porcentaje del 55%.

c) **Trabajador con 65 o más años** en la fecha del hecho causante, que no reúne los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contributiva: la base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, conforme a lo indicado en el supuesto de trabajador de trabajador mayor de 52 años y menor de 65 años. A ello se le aplica el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido en cada momento para la pensión de jubilación (actualmente el 50%).

Si en el período que debe tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento y el resto de mensualidades con el 50% de dicha base mínima. En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mes, procede la integración señalada por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanza hasta esta última cuantía.

9438 2. IPT derivada de accidente no laboral. La base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses. Dicho período es elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

El importe resultante de aplicar las reglas anteriores constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, ha de aplicarse el porcentaje del 55% (también cabe la posibilidad de ver incrementada la pensión en un 20% más en caso de mayores de 55 años que no trabajen por cuenta propia o ajena).

Si en la fecha del hecho causante el interesado no hubiera completado el período de 24 mensualidades ininterrumpidas de cotización, la BR se determinará utilizando la fórmula más beneficiosa de las dos siguientes: la prevista en el primer párrafo (de este apartado) o la que resulte de dividir entre 28 la suma de las bases mínimas de cotización vigentes en los 24 meses inmediatamente anteriores al hecho causante de la incapacidad, tomadas éstas en la cuantía correspondiente a la jornada laboral contratada en último término por el causante.

9439 3. IPT derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La base reguladora se calcula sobre salarios reales, teniendo en cuenta que no pueden exceder del tope máximo de cotización ni ser inferiores al tope mínimo, vigentes al sobrevenir la incapacidad. Será el cociente de dividir por 12 los siguientes sumandos:

- sueldo y antigüedad diarios del trabajador en la fecha del accidente o de la baja por enfermedad por 365 días;
- pagas extraordinarias, beneficios o participación, por su importe total en el año anterior al accidente;
- el cociente de dividir los pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias percibidas en el año anterior al accidente, por el número de días efectivamente trabajados en dicho período. El resultado se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda.

El importe resultante de las reglas anteriores constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el **porcentaje** del 55%.

9440 Indemnización sustitutoria

La pensión puede ser sustituida -a petición del interesado- por una **indemnización especial** a tanto alzado siempre que:

- el trabajador sea menor de 60 años;
- se presuma que las lesiones sean definitivas y no puedan dar lugar a una revisión de la incapacidad declarada;
- se acredite que el beneficiario está trabajando por cuenta propia o ajena o que la indemnización se dedicará al autoempleo; y
- se solicite dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se le reconozca la incapacidad.

La **cuantía** de la indemnización se determina en función de la edad del beneficiario, y puede llegar a alcanzar un máximo de 84 mensualidades de la pensión para los menores de 54 años y un mínimo de 12 mensualidades a los 59 años.

c. Incapacidad permanente absoluta

(LGSS art.194.1.c, 195 y 196)

9442 La prestación por IPA consiste en una pensión cuya **base reguladora** se determina de igual forma que la de IPT y a la que se le aplica un **porcentaje** del 100%.

d. Gran invalidez

(LGSS art.194.1.d y 196.4)

9444 La prestación por gran invalidez consiste en adicionar a la **pensión** de incapacidad permanente de procedencia (IPT o IPA) un **complemento** que tiene como finalidad la de remunerar o atender los gastos que supone precisar la ayuda de una tercera persona para las actividades básicas de la vida diaria.

El **importe** de dicho complemento es el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el Régimen General en el momento del hecho causante, y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. El complemento no puede ser inferior al 45% de la pensión percibida -sin el complemento- por el trabajador.

6. Dinámica de la prestación

a. Nacimiento

(LGSS art.174.5; RD 1300/1995 art.6.3; OM 18-1-1966 art.13.2 y 15)

9446 El nacimiento de la situación de IP depende del momento del **hecho causante**. Este a su vez depende de:

- si se procede o no de IT;
- si está se había extinguido o no;
- y si se está en alta o no al momento en que se solicita.

Distinto de lo anterior es la fecha de los **efectos económicos** de la prestación que puede o no coincidir con la del hecho causante.

Las **situaciones** en las que podemos encontrarnos pueden ser las siguientes:

a) **Situación de no alta**. En este caso hecho causante y efectos económicos coinciden: la solicitud de IP.

b) **IT que la precede extinguida**: el hecho causante es la fecha de la extinción de la misma y los efectos económicos dependen del importe de la pensión a percibir:

- si está es mayor que el subsidio de IT, los efectos son desde el día siguiente a la fecha de extinción de la IT;
- si es menor serán desde el día siguiente a la fecha de la resolución administrativa que reconoce la IP.

c) **No se procede de IT o esta no se ha extinguido**: el hecho causante es la fecha del dictamen del EVI y los efectos económicos son desde el día siguiente a la fecha del dictamen del EVI.

La **duración** es indefinida salvo que sea objeto de revisión en cuyo caso hay que estar a los resultados de esta.

b. Compatibilidades

9448 Según el grado de incapacidad declarado:

1. **IPP**. Es compatible con el desarrollo de cualquier actividad laboral, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia. Así como con el mantenimiento del trabajo que se viniera desarrollando.

2. **IPT**. En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

El percibo del incremento del 20% en caso de **incapacidad permanente total cualificada** es incompatible: con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia; y con las prestaciones de Seguridad Social que puedan derivarse de dichos trabajos, como son el subsidio de incapacidad temporal o de maternidad que persiste más allá de la relación laboral o la actividad profesional, o las prestaciones de desempleo que pudieran corresponder por los mismos

3. **IPA y GI**. La pensión no impide el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Si se realizan trabajos susceptibles de inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, existe la obligación de cursar la correspondiente alta y cotizar, debiendo comunicar el pensionista a la entidad gestora el inicio de la actividad, ya sea por cuenta ajena o propia. El cumplimiento de estas obligaciones se entiende sin perjuicio de las facultades de revisión de la incapacidad permanente que asisten a la Entidad gestora que ha reconocido la pensión (Sobre el derecho al trabajo de los pensionistas de incapacidad permanente, incluidos los que se encuentre en el grado de IPA véase TS 30-1-08, EDJ 56644).

El percibo de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la **edad de acceso a la pensión de jubilación** es incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social. en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en la LGSS art.213.1 .

c. Suspensión y extinción

(OM 15-4-1969 art.22.3, 23 y 40)

9450 Se **suspende** la prestación de IP:

- cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el derecho a las prestaciones;
- cuando la incapacidad permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario;
- cuando la incapacidad permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de haber rechazado o abandonado, sin causa razonable, el tratamiento sanitario prescrito durante la situación de incapacidad temporal;
- cuando el beneficiario, sin causa razonable, rechace o abandone los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación procedentes.

Y se **extingue** por:

- revisión con resultado de curación;
- fallecimiento del beneficiario;
- reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, cuando se opte por esta pensión.

D. Lesiones permanentes no invalidantes

(LGSS art.201 y 202; OM ESS/66/2013 anexo)

9455 Se trata de lesiones, mutilaciones, deformidades que provengan de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que no constituyan una IP y estén recogidas en un baremo.

La prestación consiste en una **indemnización** a tanto alzado.

Es **compatible** con las prestaciones de IP si las lesiones son independientes de las que dieron lugar a la IP.

E. Recargo de prestaciones

9460 El recargo de prestaciones supone, a modo de refuerzo de la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales, un aumento de la cuantía de todas las prestaciones económicas ordinarias derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en **determinadas circunstancias**: cuando se produzcan por máquinas, artefactos o instalaciones, centro o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tenga inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

Se puede aplicar, por tanto, a **todas las prestaciones** económicas del sistema de Seguridad Social que tengan causa en una contingencia profesional: incapacidad temporal, indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o muerte y supervivencia (TSJ Cataluña 4-3-99, EDJ 11795).

El **aumento en la cuantía** de las prestaciones -entre un 30 y un 50%, depende de la gravedad de la falta cometida por el empresario en la omisión de las medidas de seguridad- recae **directamente sobre el empresario** sin posibilidad de seguro, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto que pretenda cubrir la responsabilidad empresarial. Además es una **responsabilidad** con las de todo orden, incluso penal que puedan derivarse de la infracción (dadas las circunstancias en las que opera el recargo de prestaciones, no es extraño que se reitere esta compatibilidad la L 31/1995 art.42.3).

Para determinar esta peculiar responsabilidad se sustancia un **procedimiento** (RD 1300/1995) que se inicia a instancias del beneficiario o tras la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Inspección emite un informe-propuesta en la que se señalan los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, causas del recargo y porcentaje procedente. Posteriormente, la Dirección provincial del INSS resuelve el procedimiento imponiendo o no el recargo de prestaciones económicas.

El **plazo de prescripción** para reclamar el recargo de prestaciones es de 5 años (LGSS art.53.1), a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones (TS 9-2-06, EDJ 37433).

Precisiones

1) Sin entrar en la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de la **naturaleza jurídica** del recargo (sancionadora o indemnizatoria), el TS unificó doctrina declarando el carácter sancionador del recargo; naturaleza sancionadora, de donde deriva la aplicación de las garantías inherentes a ellas, entre otras, que su interpretación ha de ser restrictiva o que no puede ser objeto de seguro alguno (TS 2-10-00, EDJ 44303).

2) Asimismo es consolidada la doctrina jurisprudencial que exige, para la aplicación del recargo, la concurrencia de tres **requisitos**: que se haya reconocido al trabajador una prestación económica de Seguridad Social por haber sufrido un daño por una contingencia profesional; que el empresario hay incumplido alguna norma de seguridad; y que ese incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión (TS 30-6-08, EDJ 155871).

SECCIÓN 2

Proceso Laboral

9500	I.	Jurisdicción y competencia en el orden jurisdiccional social	9500
	II.	Partes en el procedimiento laboral	9565
	III.	Acumulación de actuaciones procesales	9600
	IV.	Actuaciones y resoluciones procesales	9620
	V.	Evitación del proceso: conciliación o mediación previas	9630
	VI.	Agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial	9670
	VII.	Proceso ordinario. Proceso monitorio	9695
	VIII.	Proceso de despido y de impugnación de sanciones	9730
	IX.	Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social	9760
	X.	Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y derechos reconocidos legal o convencionalmente	9795
	XI.	Procesos de conflictos colectivos	9820
	XII.	Tipos y medios de impugnación de las resoluciones procesales	9850

I. Jurisdicción y competencia en el orden social

A. Ámbito sustantivo del orden social de la jurisdicción

9501	A. Ámbito sustantivo del orden social de la jurisdicción	9502
	1. Conflictos derivados del contrato de trabajo y de otros vínculos asimilados	9505
	2. Conflictos en materia de prevención de riesgos laborales	9512
	3. Relaciones laborales colectivas	9515
	4. Tutela de derechos fundamentales	9522
	5. Impugnación de actos administrativos de contenido laboral	9525
	6. Reclamaciones de Seguridad Social y materias conexas	9527
	7. Intermediación laboral	9535
	8. Cuestiones previas y prejudiciales	9537
	B. Competencia internacional	9540
	C. Competencia territorial y funcional de los órganos del orden social	9542
	1. Juzgados de lo social	9545
	2. Salas de lo social de los TSJ	9547
	3. Sala de lo social de la Audiencia Nacional	9555
	4. Sala de lo social del Tribunal Supremo	9557
	D. Tratamiento procesal de la falta de jurisdicción o de competencia	9560

9502 La Jurisdicción o **potestad jurisdiccional** se ejerce por los juzgados y tribunales juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en virtud de las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan (Const art.117.3).

La Ley Fundamental establece una **reserva de Ley orgánica** para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales (Const art.122.1) y otra reserva de Ley ordinaria para el resto de normas que determinen su competencia (Const art.24.2 y 117.3). El reparto de materias entre los cuatro órdenes de la Jurisdicción se contiene en la LOPJ en sus aspectos esenciales, y en disposiciones con rango de Ley ordinaria en cuanto a los concretos asuntos litigiosos que se les asignan.

En su distribución básica de materias, la LOPJ encomienda al **orden social** las pretensiones que se promuevan en la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (LOPJ art.9.5).

La LRJS describe las contiendas que conforman la **competencia sustantiva** del orden jurisdiccional social (LRJS art.2). Se trata de un listado muy prolijo y detallado que puede ampliarse mediante Ley (LRJS art.2.t). Aunque carecen de sistematización alguna en el texto legal, las diversas cuestiones incluidas pueden agruparse para su estudio como sigue.

1. Conflictos derivados del contrato de trabajo y de otros vínculos asimilados

9505 El orden social es el competente cuando el conflicto haya surgido a consecuencia del contrato de trabajo, lo que presupone una relación en la que concurren las notas de laboralidad (LRJS art.2 a ; ET art.1.1). Dentro de esa figura se sitúa no sólo el **contrato común**, sino también las **relaciones laborales de carácter especial** al no establecerse diferenciación alguna por razón del empleador, la competencia incluye las reclamaciones de los empleados públicos laborales contra las Administraciones públicas para las que prestan servicios (ET art.2 ; TS 25-11-91, EDJ 11180).

A menudo, es preciso establecer el **alcance** de los términos como consecuencia del contrato de trabajo, para distinguir los casos en los que una demanda deriva efectivamente del contrato de trabajo de aquellos otros en que, pese a la existencia de una relación laboral entre las partes, el pleito no guarda relación directa con ella. Así por ejemplo, si al trabajador de una entidad bancaria se le concedió un préstamo hipotecario en condiciones ventajosas debido a su condición de empleado, el orden social considera la cuestión de su competencia (TSJ Granada 24-1-13, EDJ 81789).

Pese a que la ley sólo alude a las contiendas entre empresarios y trabajadores, pueden darse conflictos en los que un trabajador demande a otros, conjuntamente con el empresario (según se prevé expresamente por ejemplo en la

LRJS art.125.d y 138.2); o a varios empresarios, como sucede en los supuestos de **responsabilidad empresarial solidaria** (ET art.42, 43 y 44).

Asimismo, existen pleitos derivados del contrato de trabajo que no se inician mediante demanda de un trabajador, sino a raíz de una resolución de la autoridad laboral; son los **procedimientos de oficio** (LRJS art.148). También puede tratarse de la reclamación de daños y perjuicios de un empresario contra su empleado, por ejemplo por **competencia desleal** (TS 12-5-17, EDJ 96470).

La competencia del orden social se extiende a las incidencias que se produzcan cuando la **relación laboral no está vigente**: así,

- las que surjan durante las fases preparatorias de la misma, como el **precontrato**; o los tratos preliminares (nº 8520) (TS civil 21-5-09, EDJ 101655);

- o una vez extinguido el contrato, el **pacto de no competencia** post-contractual (nº 8756) (TS 10-2-09, EDJ 19203).

9507 Conflictos excluidos

(L 22/2003 art.8.2º, 64, 65 y 66; LRJS art.2.a y 3.h)

Como exclusión, se sitúan extramuros del ámbito del orden social: los litigios entre empresarios y trabajadores **atribuidos a los jueces de lo mercantil**. Pero solo en la instancia, ya que el orden jurisdiccional de trabajo resuelve los recursos de suplicación y de otro tipo frente a los autos de los jueces de lo mercantil atinentes a medidas de carácter laboral.

Tampoco competen al orden laboral las cuestiones de **naturaleza claramente extralaboral**, como son los litigios sobre retenciones salariales a cuenta del IRPF, en cuanto pretensiones que no se promueven dentro de la rama social del Derecho (TS 4-5-00, EDJ 9111).

9510 Vínculos asimilados

A los meros efectos de la competencia jurisdiccional, se asimilan a las relaciones laborales algunos **vínculos de otro tipo**, como:

1. Los pleitos entre los **trabajadores de ETT y las empresa usuarias** para las que prestan servicios (LRJS art.2.a). Son resueltos por el orden social pese a no existir entre ambos sujetos un contrato de trabajo, sino una mera relación de facto que deriva del contrato de puesta a disposición celebrado entre la ETT y la empresa usuaria, y que es objeto de regulación en la LETT. Por el contrario, las contiendas entre las ETT y las empresas usuarias serán resueltas por el orden civil, dado que se someten a la legislación civil y mercantil (LETT disp.adic.1ª).

2. Las cuestiones litigiosas relativas al régimen profesional de los **TRADE**: se resuelven por los juzgados y tribunales de lo social (LRJS art.2.d). Y ello pese a no ser laboral, sino civil o mercantil, la relación que existe entre el TRADE y su cliente principal, del que recibe al menos el 75% de sus ingresos (L 20/2007 art.3.1.b y 11.1).

3. Los conflictos surgidos entre las conocidas como **empresas de economía social** y sus socios trabajadores. Se trata de las Cooperativas de Trabajo Asociado y las Sociedades Laborales, que aunque presentan notables diferencias entre sí tienen en común el hecho de que la propiedad de la empresa pertenece en su mayoría a quienes desarrollan en ella su prestación laboral, recibiendo la calificación de socios trabajadores. Pero no se incluyen en la esfera competencial de lo social todos los pleitos que puedan mantener estos socios trabajadores con sus empresas sino únicamente los que deriven de la prestación de servicios, correspondiendo el resto al orden civil de la Jurisdicción (LRJS art.2.c).

2. Conflictos en materia de prevención de riesgos laborales

(LRJS art.2.b y e)

9512 Se atribuyen al orden social las reclamaciones de los trabajadores (o sus causahabientes) contra sus empleadores u otros posibles responsables, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en **accidentes de trabajo o enfermedades profesionales**. La competencia del orden de trabajo alcanza incluso a las acciones directas planteadas contra las compañías aseguradoras, sin perjuicio de la acción de repetición que éstas puedan ejercer frente a los culpables ante el orden competente, que será el civil.

Asimismo, se sitúan dentro del ámbito del **orden social** las demandas interpuestas en materia de prevención de riesgos laborales frente al empresario y otros posibles sujetos responsables, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales de este tipo. Se trata de acciones en las que se solicita al juez que imponga al demandado el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, o bien que le prohíba el desarrollo de trabajos sin las debidas medidas de seguridad o, en fin, que lo condene a indemnizar los daños y perjuicios causados por el

incumplimiento de dichas medidas. El conocimiento del orden social se extiende incluso a las reclamaciones de este tipo planteadas contra las **Administraciones públicas** por los funcionarios a su servicio.

Sin embargo es competente el **orden civil** cuando el conflicto no se plantee entre empresarios y trabajadores sino entre el empresario y los sujetos obligados a coordinar con éste las actividades preventivas (contratistas, subcontratistas), o entre cualquiera de los anteriores y quienes hayan asumido frente a ellos la responsabilidad de organizar los servicios de prevención (servicios de prevención ajenos) (LRJS art.3.b).

3. Relaciones laborales colectivas

9515 Según se ha puesto de manifiesto anteriormente, los juzgados y tribunales laborales conocen de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su **vertiente** individual como colectiva (nº 9502).

Bajo la rúbrica relaciones laborales colectivas cabe agrupar **cuestiones muy diversas** referidas, básicamente, a las instituciones de representación de los trabajadores, tanto sindicales como unitarias, a las asociaciones empresariales que son sus interlocutoras, al ejercicio de la libertad sindical y del derecho huelga, a los conflictos colectivos jurídicos, y a la impugnación de convenios colectivos.

9517 Representación de los trabajadores y de los empresarios

En lo atinente a las **organizaciones sindicales**, los órganos jurisdiccionales del orden social resuelven:

1. Los conflictos en torno a su **creación** (incluyendo las impugnaciones de sus estatutos y de las resoluciones administrativas que rechacen el depósito de sus estatutos), así como los que versen sobre la modificación de sus estatutos y sobre la suspensión y disolución de sindicatos (LRJS art.2.j).

2. Los litigios sobre su **régimen jurídico** específico, funcionamiento interno y relaciones con sus afiliados (LRJS art.2.k).

3. Las reclamaciones acerca de su **responsabilidad** por infracción de normas de la rama social del Derecho, por ejemplo, las derivadas de la ruptura del compromiso de renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio (LRJS art.2.m).

También conoce el orden social los litigios en torno a las **asociaciones empresariales** referentes a su creación, impugnación y modificación de sus estatutos y su responsabilidad por infracción de normas de la rama social del Derecho (LRJS art.2.l y m).

Aclárese que si el pleito versa sobre cuestiones que son competencia del orden social, éste resuelve aunque la **controversia** se produzca entre **dos o más sindicatos** o entre éstos y las asociaciones empresariales (LRJS art.2.f).

También corresponden a la jurisdicción social los litigios en torno a los procedimientos de **elección de órganos de representación unitaria** (LRJS art.2.i). Ello es así tanto si el proceso electoral conflictivo se desarrolla en una empresa privada, como si tiene lugar en una Administración pública; y en este último caso ya se trate de personal laboral (representado mediante Comités de empresa y Delegados de personal) o de personal funcional (Juntas de Personal y Delegados de Personal). De todos modos conviene recordar que en esta materia existe la obligación de acudir previamente al **procedimiento de arbitraje** previsto legalmente (ET art.76). En consecuencia, la **intervención judicial** se limita a las impugnaciones de:

- los laudos arbitrales (LRJS art.127);
- las resoluciones administrativas que deniegan el registro de actas electorales (LRJS art.133);
- las certificaciones de los resultados electorales y de la representatividad sindical (LRJS art.136).

9520 Conflictos colectivos

(LRJS art.2.g)

El orden jurisdiccional social también resuelve los procesos de conflictos colectivos. Esta mención debe entenderse referida solamente a los de **carácter jurídico** y no a los de intereses, cuya resolución no compete en ningún caso a los órganos jurisdiccionales. Los conflictos colectivos jurídicos son los que afectan a un grupo genérico de trabajadores y versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, pactos o acuerdos de empresa, o decisión empresarial de carácter colectivo (LRJS art.153).

Por lo que respecta a la **impugnación de convenios colectivos**, la atribución de estas pretensiones a la Jurisdicción social no distingue entre convenios estatutarios o extraestatutarios, al incluir el inciso cualquiera que sea su eficacia (LRJS art.2.h).

En cuanto a la negociación colectiva que tiene lugar en el seno de las **Administraciones públicas**, el orden social dirime las impugnaciones de convenios colectivos cuando sean de aplicación exclusiva al personal laboral, pero no

cuando se trate de pactos y acuerdos de funcionarios o de acuerdos mixtos (LRJS art.3.e). El mismo criterio se aplica a los litigios sobre la **composición** de las **mesas de negociación** de las condiciones de trabajo en el sector público (TSJ Madrid 20-1-09, EDJ 39922).

Coherentemente con esta exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios, tampoco pertenecen al ámbito competencial social, sino al contencioso-administrativo, las reclamaciones sobre **libertad sindical y derecho de huelga** de los funcionarios y personal estatutario (LRJS art.3.c). Al igual que sucede con carácter general con todas las reclamaciones relativas a su **relación de servicios** para la Administración, al no derivar de un contrato de trabajo (TS 21-12-05, EDJ 278802 ; 20-6-06, EDJ 98904).

En relación con la **huelga** existe también otro tipo de asuntos cuya impugnación se atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa: los actos gubernativos que determinen los servicios esenciales de la comunidad así como, en relación con ellos, los concretos servicios o dependencias afectados o los porcentajes de personal que debe cubrirlos. Sin embargo, corresponde al orden social resolver sobre la designación concreta del personal laboral incluido en los servicios mínimos; lo anterior resulta lógico porque no se trata de una decisión de la autoridad gubernativa sino del empresario. Y competen igualmente al orden contencioso-administrativo los demás actos que la autoridad laboral está facultada para llevar a cabo en caso de huelga: convocatoria de las partes en conflicto, intento de avenencia y remisión de actuaciones a la Jurisdicción social (RDL 17/1977 art.23, 24 y 25).

4. Tutela de derechos fundamentales

(LRJS art.2.f y 177)

9522 Los órganos juzgadores de lo social resuelven las pretensiones que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas a su conocimiento, cuando se reclame la tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga, derechos fundamentales específicamente **laborales**, o de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, **no específicamente laborales**.

La **demanda** por vulneración de derechos fundamentales ante el orden social puede incluir también la reclamación de una indemnización, que está en función del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental y de los daños y perjuicios adicionales derivados (LRJS art.183.1).

Las reclamaciones sobre libertad sindical y derecho de huelga del personal de las **Administraciones públicas** se resuelven por el orden social si se trata de personal laboral, pero no si se plantean por funcionarios, según se ha indicado ya (nº 9520).

La exigencia constitucional de que cualquier ciudadano pueda recabar la tutela de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad (Const art.53.2) se da cumplimiento mediante la regulación de una **modalidad específica** de proceso laboral, que cumple tales requisitos (LRJS art.177 a 184).

En cualquier caso, determinadas reclamaciones ante el orden social deben ventilarse a través de su modalidad procesal específica aun cuando se invoque lesión de derechos fundamentales, si bien el órgano jurisdiccional les da **carácter preferente** (LRJS art.184). Así ocurre con las demandas por despido, modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica, entre otras.

5. Impugnación de actos administrativos de contenido laboral

(LOPJ art.9.4 y 5)

9525 En su diseño básico del reparto de materias, la LOPJ asigna al **orden contencioso-administrativo** las pretensiones relativas a la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, mientras que declara la competencia del **orden social** sobre las reclamaciones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, como ya se puso de relieve con anterioridad. Se desprende de ello que los actos que las **Administraciones públicas** lleven a cabo en materia laboral y de Seguridad Social se sitúan en la intersección que forman las respectivas esferas de actuación de los dos órdenes jurisdiccionales.

En todo caso las posibles **dudas competenciales** son resueltas en la legislación ordinaria a favor del orden social, con carácter general, al encomendarle la LRJS las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las materias laborales y de Seguridad Social (LRJS art.1).

Se trata de asuntos litigiosos como la impugnación de las **resoluciones administrativas de la Autoridad laboral** sobre extinción y suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor; las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa en materia laboral y de Seguridad Social, excepto en materia de recaudación y actos de encuadramiento (LRJS art.3.f); y otros actos, como por ejemplo las resoluciones recaídas en los conflictos sobre

cesión de locales y tablones de anuncios (ET art.81), siempre y cuando su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional (LRJS art.2.n y s).

Ocurre igual respecto de las reclamaciones contra el **Fondo de Garantía Salarial** -incluyendo la reclamación a éste de intereses legales por demora en el pago- (TS 29-9-16, EDJ 178676) y otras interpuestas contra las Administraciones públicas cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral (LRJS art.2.ñ), como sucede en las reclamaciones sobre el pago de los salarios de tramitación a cargo del Estado (ET art.56.5).

La competencia del orden social no alcanza a las cuestiones litigiosas derivadas del cumplimiento de los **Convenios de Colaboración entre Administraciones públicas**, aun cuando afecten a la obligación que tiene una Administración de transferir a otra la cantidad suficiente para que satisfaga a su personal laboral determinadas partidas salariales (TS 14-9-16, EDJ 163359).

Se sitúa en el ámbito del orden contencioso-administrativo la **impugnación directa de disposiciones de rango inferior a la Ley** (y de los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación), aun cuando versen sobre cuestiones laborales (LRJS art.3.a).

6. Reclamaciones de Seguridad Social y materias conexas

9527 En lo relativo a la Seguridad Social, la regulación vigente mantiene la tradicional **división de la materia** entre dos órdenes jurisdiccionales:

- orden **social** para la actividad prestacional;

- orden **contencioso-administrativo** para los actos de carácter recaudatorio y de encuadramiento, así como los demás conexos con los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social. La atribución de los pleitos sobre actos de encuadramiento a la Jurisdicción contencioso-administrativa fue declarada constitucional por el TCo 121/2011 .

9530 Orden jurisdiccional social

(LRJS art.2.o)

Son **competencia** del orden social:

a) Las reclamaciones sobre responsabilidad en orden a las **prestaciones** a las que tengan que hacer frente los empresarios como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta o cotización, ya que se considera materia prestacional (LGSS art.167 y 168).

b) Las prestaciones relativas al sistema de **protección de la dependencia** se incluyen expresamente por la LRJS en el ámbito competencial de lo social. Dado que no se establece diferencia alguna, habrá que entender que el precepto no se refiere solo a las prestaciones de carácter económico, sino también a los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia tales como servicios de prevención, teleasistencia, ayuda a domicilio, centros de día y de noche y atención residencial, que son también prestaciones de atención a la dependencia (L 39/2006 art.14 y 15). Pero ocurre que esta regla competencial no está vigente todavía ya que la LRJS disp.final 7ª demoraba su entrada en vigor hasta que fuera fijada en una ulterior Ley (cuyo Proyecto debía remitir el Gobierno a las Cortes en un plazo de 3 años), la cual todavía no ha sido aprobada, de tal manera que aún sigue conociendo de la cuestión el orden contencioso-administrativo (TS auto 6-3-17, EDJ 17097).

c) Los pleitos sobre la aplicación de los **sistemas de mejora**, así como 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 (LRJS art.2.q). La inclusión de este último inciso se explica por haberse producido algunas dudas competenciales en los años anteriores a la aprobación de la LRJS, a raíz de que una Administración pública concertase con una compañía de seguros la cobertura de determinados riesgos (como la invalidez y el fallecimiento por AT y EP), para un colectivo de beneficiarios, como los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (TS 27-1-05, EDJ 13099 ; 10-7-06, EDJ 109963 , que sin embargo declaraban la incompetencia del orden social).

d) En relación también con los sistemas de previsión social voluntaria, se asignan a la Jurisdicción laboral, los conflictos surgidos en torno a las **Mutualidades de Previsión Social** (LRJS art.2.r). Su acción protectora es complementaria respecto de la que proporciona el sistema de Seguridad Social, pero también pueden actuar como alternativa al sistema público en las funciones de previsión, en determinados casos, para los ciudadanos que voluntariamente opten por incorporarse a ellas en lugar de al RETA. En todo caso es imprescindible precisar que la Ley no atribuye al orden social todas las cuestiones litigiosas en las que intervengan las Mutualidades de Previsión Social, ni siquiera todas las que puedan surgir entre ellas y sus asociados. Los juzgados y tribunales laborales solamente entrarán en juego cuando se trate de un litigio surgido entre los asociados y sus Mutualidades que esté relacionado

con los fines y obligaciones propios de estas entidades, y siempre que la Mutualidad no haya sido establecida por un Colegio Profesional.

e) Los contenciosos entre las **Fundaciones Laborales** y sus beneficiarios, o entre varias de éstas. Se trata de organizaciones sin ánimo de lucro que tienen su patrimonio afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general, y que han sido creadas mediante un pacto entre las empresas y sus trabajadores, o bien por un acto unilateral de una o varias empresas (o de terceras personas) a favor de sus trabajadores y los familiares de éstos (RD 1337/2005 disp.adic.1ª).

9532 Orden jurisdiccional contencioso-administrativo (LRJS art.3.f)

Las impugnaciones de los **actos de carácter recaudatorio** y de encuadramiento se encomiendan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Integran la materia recaudatoria tanto la recaudación de las cuotas de Seguridad Social en sentido propio (y de las de recaudación conjunta), como las aportaciones de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y la constitución por éstas de capitales coste de renta, el reintegro de cuotas indebidamente percibidas, las aportaciones por reaseguro, etc.

Corresponde asimismo al orden contencioso-administrativo resolver la impugnación de **actas de infracción** vinculadas con las de liquidación de cuotas. Sin embargo, cuando se impugna una sanción impuesta por impago de cuotas que no esté vinculada a acta de liquidación debe resolver el orden jurisdiccional social, que tiene la competencia sobre el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral (LRJS, art.2.n ; TS auto 24-9-14, EDJ 176752 ; TS 23-5-17, EDJ 72733).

Además, permanecen **excluidas** del conocimiento de la **jurisdicción laboral** y son competencia del orden contencioso-administrativo:

- las demandas relativas a los Regímenes Especiales y de **Clases Pasivas de los funcionarios públicos** pues así lo disponen sus distintas Leyes ordenadoras, aun cuando se trate de aspectos prestacionales (RDLeg 670/1987 art.14 ; RDLeg 1/2000 art.31 ; RD 1026/2011 art.134 ; RDLeg 4/2000 art.37);

- los actos administrativos en materia de **asistencia social ajena al sistema de Seguridad Social** (LRJS art.3.f). Por esta razón, son los órganos de lo contencioso-administrativo los que resuelven las demandas sobre rentas de inserción dispensadas por las comunidades autónomas (TSJ Madrid 30-6-10, EDJ 293263 ; 29-3-12, EDJ 108731);

- las reclamaciones sobre **responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes** de la Seguridad Social y de las demás entidades del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por la asistencia sanitaria pública, aun cuando en la producción del daño hayan podido concurrir particulares (LRJS art.3.g).

7. Intermediación laboral

(LRJS art.2.p)

9535 El orden social tiene asignados los conflictos que enfrentan a **trabajadores** (aquí utilizado el término en una muy amplia acepción), de una parte, y **servicios públicos de empleo, agencias de colocación** (incluyendo a las ETT autorizadas para actuar como agencias de colocación), y demás entidades colaboradoras con aquéllos, así como los que puedan surgir entre estas entidades y los servicios públicos de empleo.

8. Cuestiones previas y prejudiciales

(LRJS art.4.2; LOPJ art.10.1; LEC art.42, 43 y 387 s.)

9537 La competencia de los jueces y tribunales del orden social incluye el conocimiento de las cuestiones previas y prejudiciales que puedan plantearse, las cuales serán resueltas en la misma decisión judicial que ponga fin al proceso si bien no surtirán efectos fuera de éste.

También los **jueces de lo mercantil**, por su parte, dirimen las cuestiones prejudiciales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, incluidas las sociales (LCon art.9.1 ; LRJS art.4.1).

La atribución de la facultad de resolver sobre **materias ajenas** a la competencia sustantiva del orden social encuentra su fundamento en la LOPJ, y responde a la **finalidad** de evitar la interrupción de los actos procesales y la consiguiente dilatación del proceso, en consonancia con los principios de celeridad y concentración que inspiran el procedimiento laboral. Así, es frecuente el planteamiento de cuestiones prejudiciales de carácter administrativo, por ejemplo, en el caso en el que el Tribunal conoce, con carácter previo a la decisión sobre el pago al trabajador de una comunidad

autónoma de un determinado complemento salarial, la cuestión de si dicho complemento estaba incluido en la relación de puestos de trabajo (TS 15-1-09, EDJ 42673).

Es importante distinguir, no obstante, entre **prejudicialidad y litispendencia**. Esta última supone la existencia de dos procesos planteados ante el mismo o distintos órdenes jurisdiccionales, entre las mismas partes y con la misma causa de pedir (aun cuando se ejercitaran acciones diferentes), y obliga a dejar impreguido el fondo del asunto declarando la excepción de litispendencia, de oficio o a instancia de parte. En otros términos, concurriendo litispendencia resulta forzoso esperar el fallo del primer proceso para resolver el segundo, teniendo en cuenta lo decidido en aquél (TS civil 25-11-93, EDJ 10682).

Como excepción, suspende el plazo para la adopción del fallo la **cuestión prejudicial penal** basada en falsedad documental de cuya solución dependa éste, hasta que la cuestión se haya resuelto por el órgano penal competente (LRJS art.4.3). En cuanto a la ejecución de sentencia, la falsedad documental solo determina su suspensión si se hubiese producido después de constituido el título ejecutivo (LRJS art.4.4 en relación con LEC art.569).

B. Competencia internacional

9540 Las reglas que delimitan la competencia internacional de los juzgados y tribunales españoles se encuentran en las siguientes **normas**:

1. En el **Derecho de la Unión Europea**, concretamente en el Reglamento Bruselas I, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Rgto UE/1215/2012 , también llamado Reglamento de Bruselas I, que sustituyó al anterior Rgto CE/44/2001).

2. En la **LOPJ** art.25.

3. Respecto de algunos Estados, en los **tratados y convenios internacionales** de los que España es parte (determinados territorios de ultramar de la República Francesa y del Reino de Holanda, Islandia, Noruega, Suiza y El Salvador).

Teniendo en cuenta todo ello cabe afirmar, de entrada, que los juzgados y tribunales españoles son competentes, en los pleitos derivados del contrato de trabajo, siempre que se encuentre en España el **domicilio del demandado**, o bien el lugar habitual de trabajo, o bien el último lugar de trabajo (Reglamento Bruselas I art.21).

Pero esta disposición no resulta aplicable en aquellos casos en que el **demandado no estuviera domiciliado en un Estado de la UE** (Rgto UE/1215/2012 art.6); por lo que en tal caso entra en juego la norma española. En su virtud, los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para resolver siempre que los servicios se hayan prestado en España, o el contrato se haya celebrado en territorio español, o el demandado tenga su domicilio en España, o el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española (LOPJ art.25).

Aclárese que cuando el empresario laboral no tenga su domicilio en un Estado miembro de la UE, pero posea una **sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento** en uno de ellos, se considerará que cumple la expresada condición para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento (Rgto UE/1215/2012 art.20.2).

Tampoco resulta aplicable el Reglamento Bruselas I en materia de **Seguridad Social y de relaciones laborales colectivas** (pues nada dispone al respecto), por lo que en estas materias ha de acudir directamente a la **norma nacional**:

1. En materia de Seguridad Social, son competentes los tribunales españoles para resolver demandas interpuestas frente a entidades españolas (o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España).

2. Y en el ámbito de las relaciones laborales colectivas, cuando se trate de la impugnación de convenios colectivos celebrados en España, o de conflictos colectivos promovidos en territorio español. Aunque como excepción, existen reglas específicas de competencia internacional respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (L 10/1997 art.36) y en cuanto a la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (L 31/2006 art.34).

C. Competencia territorial y funcional de los órganos del orden social

9542 Los órganos que **conforman el orden social** son: los juzgados de lo social y las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

1. Juzgados de lo social

9545 Los juzgados de lo social, **constituidos en** todas las capitales de provincia, tienen asignado el conocimiento en única instancia de todos los procesos que componen la rama social del Derecho, con excepción de los que se confían en única instancia a los TSJ, a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo, de los que se tratará a continuación. Existen, además, en algunas provincias juzgados de lo social comarcales o con sede en otras provincias.

En cuanto a la **competencia territorial**, que traza las fronteras entre órganos de igual rango atendiendo a su espacio geográfico de actuación, los juzgados de lo social se rigen por las siguientes normas:

1. Con carácter general es juzgado competente, a elección del demandante:

- el del lugar de prestación de servicios;
- el del domicilio del demandado.

Esta **regla se completa** con otras para los supuestos específicos de que los servicios se prestasen en distintos lugares, que fueran varios los demandados, o de que la empleadora fuera una Administración pública.

- si los servicios se prestan en **distintos lugares**, el trabajador puede elegir entre aquél de ellos en el que tenga su domicilio, el del contrato (si hallándose en él el demandado pudiera ser citado), o el del domicilio del demandado;

- en caso de que sean **varios los demandados**, y se optase por el fuero del domicilio, el actor puede elegir el de cualquiera de los demandados;

- en las demandas **contra las Administraciones públicas** el juzgado competente es el del lugar de prestación de servicios o el del domicilio del demandante, a elección de éste.

2. En los pleitos de Seguridad Social debe resolver el juzgado del lugar donde se produjo la resolución impugnada o bien el del domicilio del demandante, a elección de este último.

La norma contiene además prolijas y detalladas reglas relativas a la competencia territorial respecto de los distintos asuntos litigiosos anteriormente enumerados.

2. Salas de lo social de los TSJ

(LRJS art.7 y 11)

9547 La determinación de la **competencia funcional** de estas salas resulta ciertamente particular, dado que conocen de determinados asuntos en instancia única y de otros en vía de recurso.

9550 En única instancia

Compete a las salas de lo social de los TSJ resolver en la instancia, en primer lugar, un extenso grupo de materias litigiosas que tienen en común su **naturaleza sindical o colectiva**, siempre que su ámbito exceda de la circunscripción de un juzgado de lo social sin desbordar el de la correspondiente comunidad autónoma.

El requisito de exceder del ámbito del juzgado de lo social se traduce, por ejemplo, en que si un conflicto colectivo se ciñe al territorio de una provincia en la que solo existen juzgados en la capital, debe resolverlo el juzgado de lo social y no el TSJ ni la AN, aunque la empresa posea ámbito estatal (TSJ País Vasco 6-10-09, EDJ 403835). Lo relevante es la afectación del conflicto, que no ha de coincidir necesariamente con el área de la norma aplicable (TS 20-6-08, EDJ 155922). Tampoco cabe extender el ámbito de un conflicto colectivo basándose en una potencial afectación, o en puras conjeturas o hipótesis de futuro (TS 4-4-02, EDJ 27098 ; 25-10-04, EDJ 160155 ; 21-7-09, EDJ 205407).

Las salas de lo social de los TSJ, siempre que los despidos, el acuerdo o el acto impugnado no extiendan sus efectos a un ámbito superior al de la comunidad autónoma (supuesto que corresponde a la Audiencia Nacional) **resuelven** en la instancia:

- los procesos de impugnación de **despido colectivo** (LRJS art.124);
- las impugnaciones de resoluciones administrativas en los despidos por **fuerza mayor**;
- los **procesos de oficio** iniciados por apreciar la autoridad laboral fraude, dolo, coacción o abuso de derecho;
- los acuerdos de suspensión, reducción de jornada o extinción de contratos de trabajo, o por apreciar el SEPE **fraude** en la extinción del contrato de trabajo.

Las salas de lo social de los TSJ también conocen de los procesos de impugnación de actos de las **Administraciones públicas** atribuidos al orden social en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, siempre que hayan sido dictados por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma o por órganos de la Administración General del Estado con

nivel orgánico de Ministro o de letrado de la Administración de Justicia del Estado (en este último caso, cuando el acto haya confirmado otro dictado por órganos con competencia en todo el territorio nacional).

Sobre la **competencia territorial** de las salas de lo social de los TSJ cuando conozcan en única instancia, se establecen unas minuciosas reglas en función de la concreta materia sobre la que verse el litigio (LRJS art.11).

9552 En vía de recurso

Las salas de lo social de los TSJ también tienen atribuidos los recursos de **suplicación** contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo social situados en su comunidad autónoma.

Además, tienen asignado el conocimiento de las **cuestiones de competencia** que se susciten entre los juzgados de lo social de sus respectivas circunscripciones, en cuanto que son el órgano superior jerárquico común a dichos juzgados (LRJS art.13.2).

Por último, son competentes para resolver los recursos de **reposición, revisión y queja** (LRJS art.186 a 189).

3. Sala de lo social de la Audiencia Nacional

(LRJS art.8)

9555 Se atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento en **única instancia** de las mismas materias que son competencia de las salas de lo social de los TSJ cuando sus efectos se extiendan a un ámbito superior al de la comunidad autónoma.

En cuanto a los **procesos de impugnación** de actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, resuelve la sala de lo social de la Audiencia Nacional cuando hayan sido dictados por órganos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella cuyo nivel orgánico sea de ministro o letrado de la Administración de Justicia del Estado.

4. Sala de lo social del Tribunal Supremo

(LRJS art.9)

9557 La competencia funcional de la sala en la que culmina el orden social de la jurisdicción se concreta en la resolución de los **recursos** de casación, casación para la unificación de doctrina y revisión de sentencias y de laudos arbitrales firmes, así como las demandas de **error judicial** en el orden social y el recurso de queja (LRJS art.189).

También tiene asignados los procesos de impugnación de actos de las **Administraciones públicas** atribuidos al orden social en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros.

Finalmente, le competen las **cuestiones de competencia** que se susciten entre órganos que no tengan otro superior jerárquico, es decir entre salas de lo social de distintos TSJ o entre éstas y la de la Audiencia Nacional.

D. Tratamiento procesal de la falta de jurisdicción o de competencia

(LRJS art.5; LEC art.39, 49 y 59)

9560 Si el órgano jurisdiccional aprecia su falta de jurisdicción o de competencia sustantiva, internacional, funcional o territorial debe declararse incompetente.

El juez o tribunal puede declararse incompetente en cualquier momento del proceso, incluido el de dictar sentencia. La declaración de incompetencia en la sentencia puede producirse, a su vez, bien **de oficio** o bien como respuesta a una **excepción alegada** por el demandado durante el juicio. En todo caso la sentencia se limitará a reconocer su falta de jurisdicción o competencia, no entrando a conocer el fondo del asunto y reenviando a los litigantes al órgano y vía procedimental pertinentes.

Si la falta de jurisdicción o competencia se aprecia **con anterioridad a la celebración del juicio**, deberá formularse a través de auto.

La declaración de incompetencia exige como requisito previo dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal (en el plazo común de tres días). Pero adviértase que este requerimiento no opera cuando ha sido alegada por el demandado en el juicio y el demandante ha tenido entonces la oportunidad de oponerse (TSJ Murcia 24-3-09, EDJ 69596).

II. Partes en el procedimiento laboral

9562 A. Cualidad de parte procesal

9565

B. Capacidad	9567
C. Legitimación	9570
1. Reglas especiales sobre legitimación activa	9572
2. Reglas especiales sobre legitimación pasiva	9575
D. Representación	9580
1. Regla general	9580
2. Demandas conjuntas de más de diez actores	9582
3. Acumulación de varias demandas de actores distintos contra un mismo demandado	9585
4. Demandas contra más de diez demandados	9587
5. Representación sindical voluntaria	9590
E. Defensa	9592

A. Cualidad de parte procesal

9565 Además de la parte **demandante**, que pide el reconocimiento de un derecho o interés y de la **demandada**, frente a la cual aquél se reclama, en ocasiones el Estado está presente en el proceso para velar por la efectividad de derechos e intereses que estima dignos de su tutela; en tales casos, actúa también como parte el **Ministerio Fiscal**.

Sucede así en los procesos de **impugnación de convenios colectivos** (LRJS art.164.6), de impugnación de resoluciones denegatorias del depósito de estatutos sindicales y de asociaciones empresariales (LRJS art.167.2 y 176), de impugnación de estatutos de sindicatos y de asociaciones empresariales (LRJS art.173.3 y 176), y de tutela de derechos fundamentales (LRJS art.177.3).

Por su parte el **Fondo de Garantía Salarial**, cuya misión consiste en abonar a los trabajadores salarios e indemnizaciones pendientes de pago en caso de insolvencia empresarial, comparece también en el proceso en calidad de parte, cuando resulte necesario en defensa de los intereses públicos que gestiona. Su intervención puede producirse en cualquier fase de la tramitación del proceso, siempre que puedan derivarse del mismo prestaciones de garantía salarial (LRJS art.23.1).

Las partes demandante y demandada pueden ser a su vez partes singulares o plurales, fenómeno este último que se conoce como **litisconsorcio** activo si es de demandantes o pasivo si es de demandados. A su vez puede ser voluntario, o necesario cuando viene impuesto por la Ley (LRJS art.124.13.2^a, 125.d, 130 y 138.2); o por una regla de formación jurisprudencial, según la cual es necesario extender la demanda a todas aquellas personas o entidades a las que pueda afectar lo decidido en el proceso (TS 17-2-00, EDJ 4721).

Los órganos jurisdiccionales deben vigilar de oficio que la relación jurídico-procesal se configure correctamente, evitando que se tramite el proceso sin la presencia de todos los que tienen que ser parte en el mismo. La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otro términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al **orden público** queda bajo la vigilancia de los Tribunales (TS 16-7-04, EDJ 160216). No se trata de una mera facultad sino de una auténtica obligación del órgano judicial, por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva de quienes deben ser llamados al proceso (entre otras muchas, TCo 87/2003).

Distinta del litisconsorcio es la llamada **intervención adhesiva**, consistente en que junto a la parte principal se sitúa otra que coopera con ella como coadyuvante o auxiliar. Un ejemplo de intervención adhesiva es, cuando se impugna la resolución administrativa denegatoria del depósito de la modificación de estatutos sindicales, la del afiliado sindical respecto de la parte principal que es el representante del sindicato (LRJS art.172.2). También puede actuar como **coadyuvante** el sindicato respecto del trabajador que haya demandado la tutela de su libertad sindical u otro derecho fundamental (LRJS art.177.2).

B. Capacidad

(LRJS art.16)

9567 El concepto de capacidad para ser parte o **capacidad jurídica procesal** alude a quiénes pueden ser parte en un proceso con carácter general, ya sea por sí mismos o a través de representación. La tienen todas las personas físicas y jurídicas, así como las entidades sin personalidad jurídica a las que una ley reconozca expresamente la capacidad para ser parte, y otros sujetos enumerados en la Ley como el Ministerio Fiscal (LEC art.6).

Sin embargo, la capacidad procesal o **capacidad de obrar procesal** determina quiénes pueden actuar válidamente en el proceso. Pueden hacerlo:

1. Los trabajadores que estén en pleno **uso de sus derechos civiles**, o que siendo mayores de 16 años y menores de 18 hayan obtenido autorización para celebrar el contrato de trabajo de sus padres o tutores (ET art.7.b). Quienes no se encuentren en estas situaciones (por ejemplo, trabajadores menores de 16 años en espectáculos públicos) habrán de comparecer en el proceso debidamente representados.

Esta ordenación de la capacidad procesal del trabajador no se aplica solo al ejercicio de los derechos derivados del contrato de trabajo, sino que alcanza también al resto de materias que conforman la competencia sustantiva del orden social (Seguridad Social, derechos sindicales, impugnación de actos administrativos en materia laboral, etc.).

2. De otro lado, la Ley declara la capacidad procesal de los **TRADE** mayores de 16 años (LRJS art.16.2). No obstante, hasta los 18 años y salvo que estén emancipados son menores de edad, por lo que deben entrar en juego las reglas que exigen su representación por sus padres o tutores (CC art.154.2º, 162 y 267 ; L 20/2007 art.3.1.b).

3. Tiene también capacidad procesal el **empresario persona física**; si es menor de edad no emancipado, deberá actuar a través de sus representantes legítimos (CC art.154.2º, 162 y 267).

4. Las **personas jurídicas** deben actuar en el proceso a través de sus representantes legales (LRJS art.16.5). Si se trata de personas jurídicas públicas, se aplicará lo dispuesto en sus normas reguladoras (CC art.37).

5. También deberán comparecer a través de sus representantes las **entidades sin personalidad jurídica** a las que una ley reconozca la capacidad para ser parte. Específicamente, las comunidades de bienes deberán actuar a través de quienes aparezcan como sus organizadores, directores o gestores de hecho o de derecho; o en su defecto, a través de sus socios o partícipes. Los comités de empresa o delegados de personal deben comparecer previa adopción de acuerdo expreso por mayoría de sus componentes.

6. Los **sindicatos y asociaciones empresariales**, por último, han de comparecer en juicio a través de sus representantes legales (LEC art.7.4).

Tanto la falta de capacidad para ser parte como la falta de capacidad procesal son apreciables de oficio en cualquier momento del proceso (LEC art.9).

C. Legitimación

(LRJS art.17.1; LEC art.10)

9570 Son partes legitimadas las que actúan en el proceso como titulares de la **relación jurídica u objeto litigioso**, es decir quienes tienen una determinada relación con el objeto del pleito.

En los términos de la **legislación social**, la legitimación remite a un derecho subjetivo o interés legítimo que permite ejercitar acciones ante el orden social.

El demandante ha de poseer la **legitimación activa** que le habilite para reclamar en el concreto pleito de que se trate, y el demandado ha de tener **legitimación pasiva**, lo que significa que ha de ser el destinatario pertinente de esa concreta petición.

Un ejemplo de **falta de legitimación pasiva** sería cuando la demanda por despido se haya interpuesto erróneamente contra quien no tiene la cualidad de empresario laboral. En tal supuesto se permite ampliar la demanda inicial o promover una nueva contra el verdadero empleador, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea (LRJS art.103.2).

Téngase en cuenta además que, dada la importancia de la **correcta configuración** de la **parte demandada**, quien pretenda demandar podrá solicitar del órgano judicial que aquél contra quien se proponga dirigir la demanda que preste declaración o aporte algún documento acerca de hechos relativo a la personalidad, capacidad, representación o legitimación de éste. Igualmente puede solicitar la determinación de quiénes son los socios, partícipes, miembros o gestores de una entidad sin personalidad, así como las diligencias necesarias para la determinación del empresario y los integrantes del grupo o unidad empresarial (LRJS art.76.1).

1. Reglas especiales sobre legitimación activa

(LRJS art.17)

9572 Los **sindicatos** tienen legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios y podrán accionar en cualquier proceso en que entren en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto, requisito que la jurisprudencia hace corresponder al de acreditar un nivel de afiliación relevante en dicho ámbito (TS 6-6-11, EDJ 131425). En particular, estarán legitimados para actuar a través del procedimiento de conflicto colectivo los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (LRJS art.154.a); así como para impugnar convenios colectivos (LRJS art.165.1).

Por su parte, las **asociaciones empresariales** se encuentran legitimadas para interponer conflictos colectivos de ámbito superior a la empresa cuando su ámbito de actuación sea al menos igual que el del conflicto (LRJS art.154.b).

En los procedimientos de conflicto colectivo también tienen legitimación los órganos de **representación legal o sindical de los trabajadores**, cuando se trate de conflictos de empresa o ámbito inferior (LRJS art.154.c).

Las asociaciones representativas de los **TRADE** están legitimadas para la defensa de los acuerdos de interés profesional suscritos por ellas (LRJS art.17.3), así como para el ejercicio de acciones colectivas relativas al régimen profesional de dichos trabajadores (LRJS art.154.e). Este precepto reconoce asimismo legitimación en los conflictos colectivos a las empresas que contraten TRADE y a sus asociaciones empresariales.

2. Reglas especiales sobre legitimación pasiva

9575 En las reclamaciones sobre fijación de la fecha de **vacaciones** están legitimados pasivamente, junto con el empresario, los otros empleados a los que se hubiera atribuido preferencia para su disfrute (LRJS art.125.d).

En los procesos sobre **materia electoral**, la demanda debe dirigirse contra las personas y sindicatos que fueron parte en el procedimiento arbitral previo (ET art.76) y cualesquiera otros afectados por el laudo impugnado; pero en ningún caso contra los comités de empresa, delegados de personal y mesas electorales (LRJS art.129).

Finalmente, en cuanto a las impugnaciones de **convenios colectivos**, tienen legitimación pasiva todas las representaciones que hayan formado parte de la mesa negociadora del convenio (LRJS art.165.2).

D. Representación

1. Regla general

(LRJS art.18.1)

9580 En el proceso laboral la representación de las partes responde a criterios muy distintos del **proceso civil**, en el que la regla general es la comparecencia a través de procurador provisto de poder suficiente (LEC art.23.1) y la excepción es la comparecencia de los interesados por sí mismos (LEC art.23.2). La característica sencillez del **procedimiento** ante el orden **social** se manifiesta, como en otros muchos campos, en que las partes pueden comparecer por sí mismas o bien conferir su representación a otro que a su vez podrá ser abogado, procurador, graduado social o cualquier persona que se encuentre en pleno ejercicio de sus facultades civiles.

En caso de optarse por actuar mediante representación, ésta **puede formalizarse** de varias maneras:

- a través de **autorización ante notario** mediante escritura pública (LRJS art.18.1 ; LEC 24.1);
- a través de un **poder** otorgado por comparecencia personal ante un letrado de la Administración de Justicia (el cual puede ser el de cualquier oficina judicial y no necesariamente el del órgano jurisdiccional al que corresponda conocer del asunto);
- por **comparecencia electrónica** en la correspondiente sede judicial (LEC art.24.1).

Con todo, existen supuestos específicos en que resulta obligatoria la representación procesal. Seguidamente se exponen.

2. Demandas conjuntas de más de diez actores

(LRJS art.19.2)

9582 En los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores (supuesto de litisconsorcio activo voluntario), éstos deben designar un **representante** común, exigencia que contribuye a lograr una mayor simplificación del proceso.

El representante debe ser necesariamente abogado, procurador, graduado social, o bien uno de los demandantes, o un sindicato al que estuvieran afiliados todos ellos. La representación puede **formalizarse** en cualquiera de los modos admitidos con carácter general y anteriormente reseñados, y también mediante comparecencia ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación o arbitraje (u órgano con funciones similares que pueda crearse mediante la negociación colectiva).

3. Acumulación de varias demandas de actores distintos contra un mismo demandado

9585 La misma exigencia entra en juego en aquellos casos en que el órgano judicial haya acordado la acumulación de varias demandas presentadas contra un mismo demandado, afectando de este modo el pleito a más de diez actores, es decir en los procesos con **pluralidad de actores no originaria**.

En este supuesto el **apoderamiento** del representante debe llevarse a cabo necesariamente por comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia, quien citará a los demandantes para que nombren al representante.

4. Demandas contra más de diez demandados

(LRJS art.19.3 y 4)

9587 Asimismo, cuando la demanda (o demandas) presentada se dirija contra más de diez demandados resulta igualmente imperativa la designación de un **representante común**, en los mismos términos que en el supuesto anterior. Es así siempre y cuando no exista contraposición de intereses entre los distintos demandados.

Tanto en este supuesto como en los casos en que concurren más de diez actores por pluralidad originaria o derivada de la acumulación, cada demandante o demandado individual tiene la posibilidad de designar un **representante propio**, diferenciado del representante conjunto, o bien de comparecer por sí mismo, previa justificación de su decisión.

5. Representación sindical voluntaria

(LRJS art.20)

9590 Al margen de su función típica de velar por sus propios intereses asociativos y colectivos, los sindicatos pueden asumir la representación de sus afiliados, en defensa de los **intereses individuales** de éstos.

Esta representación de carácter voluntario encuentra su fundamento en la LOLS, que recoge el derecho de las organizaciones sindicales al planteamiento de conflictos individuales (LOLS art.2.2 d).

El sindicato debe demostrar la condición de afiliado del trabajador en cuyo nombre e interés reclama, así como el hecho de que se le notificó la voluntad de iniciar el proceso (de modo que no cabe que éste tenga lugar en la ignorancia del interesado). El trabajador no pierde la disponibilidad de su derecho a accionar, pero se presume la **concesión de autorización** al sindicato una vez acreditada la comunicación; así pues, el sindicato no está obligado a obtener el poder en los términos establecidos con carácter general (nº 9580).

Si el afiliado expresa en la oficina judicial en cualquier momento del proceso que no recibió la aludida **comunicación** del sindicato o, aún peor, que tras recibirla negó su autorización, el órgano jurisdiccional debe acordar el archivo de las actuaciones, previa audiencia al sindicato. El trabajador tiene la posibilidad de reclamar **daños y perjuicios** al sindicato en un proceso independiente ante el orden social (LRJS art.20.2).

E. Defensa

(LRJS art.21)

9592 Al igual que sucede con la representación, existen importantes diferencias entre los procesos sociales y civiles en lo relativo a la defensa o dirección técnica de las partes. Si en el orden civil se proclama como **regla general** que los litigantes serán dirigidos por abogados (LEC art.31), en el social la dirección técnica tendrá carácter facultativo en la instancia (LRJS art.21.1); lo que concuerda con la sencillez y el carácter fácilmente comprensible del proceso social de instancia, en el que predomina la oralidad.

9594 Recursos

Esta flexibilidad en los requerimientos sobre la asistencia técnica no alcanza a los recursos, para los que sí es necesaria la postulación técnica. En **suplicación** es preceptiva la defensa por abogado o la representación técnica por graduado social colegiado, mientras que en los recursos **ante el Tribunal Supremo** (casación, casación para la unificación de doctrina, revisión) resulta imperativa la defensa por abogado. Se trata de exigencias que tienen como única finalidad garantizar la mejor defensa de los recurrentes (TCo 92/1990); téngase en cuenta que al fin y al cabo, en el llamado segundo grado de la jurisdicción se aplican reglas procesales de mayor complejidad y se pierde la oralidad.

Cabe reseñar, respecto de los **graduados sociales**, que la Ley los incluye, junto con los abogados y procuradores, entre las personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia (LOPJ art.542 s).

9596 Comunicación

Para garantizar la igualdad procesal, las partes deben **hacer constar** su propósito de comparecer en juicio asistidas por abogado o representadas por graduado social o procurador. El actor debe comunicarlo en la demanda, y el demandado dentro de los dos días siguientes a su citación, por escrito. Si alguna de las partes incumple este requisito, no podrá valerse de los servicios de tales profesionales durante el juicio.

De otro lado, en el caso de que el demandado haya comunicado su intención de servirse de los servicios de un profesional, el órgano jurisdiccional está obligado a su vez a notificar tal circunstancia al demandante; el incumplimiento de este deber genera la nulidad de la sentencia si provocó indefensión (TS 24-1-11, EDJ 11844).

Lógicamente, cada una de las partes es libre para decidir si comparece en juicio representada o defendida, aunque tenga conocimiento de que la otra parte dispondrá de asistencia técnica (LRJS art.21.2).

9597 Turno de oficio

(LRJS art.21.4)

La solicitud de abogado por el turno de oficio dará lugar a la suspensión de los plazos de caducidad o a la interrupción de la prescripción de acciones. Conviene tener en cuenta al respecto que en el orden jurisdiccional social tienen **derecho a la asistencia jurídica gratuita**, además de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar: los trabajadores y los beneficiarios de la Seguridad Social, así como los funcionarios y el personal estatutario cuando ejerciten acciones ante el orden social como empleados públicos, por ejemplo en los supuestos previstos en la LRJS art.2.e (L 1/1996 art.2.d).

9599 Litigantes de naturaleza jurídica pública

(LOPJ art.555.1)

Los litigantes de naturaleza jurídica pública tienen la obligación de comparecer en juicio a través de sus representantes y defensores específicos. Específicamente, las **Entidades Gestoras de la SS** y la **TGSS** son representadas y defendidas por los letrados de la Administración de la Seguridad Social, aunque en determinados casos puede designarse representante conforme a las reglas generales o nombrarse un abogado ajeno al Cuerpo de letrados de la Seguridad Social (LOPJ art.555.1 ; LRJS 22.2).

III. Acumulación de actuaciones procesales

9600	1. Acumulación de acciones	9603
	a. Regla general	9603
	b. Excepciones	9605
	c. Consecuencias de la acumulación indebida de acciones	9607
	2. Acumulación de procesos	9610
	3. Acumulación de recursos	9612
	4. Acumulación de ejecuciones	9614

9601 La técnica procesal de la acumulación produce como **efecto** que las distintas cuestiones planteadas han de discutirse y resolverse conjuntamente en una misma resolución (LRJS art.35 y LEC art.71.1). Persigue al mismo tiempo **objetivos** de economía procesal y de simplificación, así como el de alcanzar homogeneidad en la solución de situaciones iguales.

La LRJS regula la acumulación de acciones, procesos, recursos o ejecuciones.

1. Acumulación de acciones

a. Regla general

9603 Existen dos tipos de acumulación de acciones: objetiva y subjetiva.

La **acumulación objetiva** se aplica sobre varias pretensiones ejercitadas simultáneamente por un único demandante contra un mismo demandado, siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo órgano judicial, y sin que se exija que procedan de un mismo título o causa de pedir. La acumulación objetiva de acciones es una facultad del demandante, que **debe plantearse** como regla general en el momento de presentación de la demanda y debe **ser acordada** antes de los actos de conciliación y juicio. Todo ello, excepto en los supuestos en que se plantee a través de reconvención, esto es cuando el demandado ejercita a su vez varias acciones frente al actor.

Al letrado de la Administración de Justicia le corresponde **admitir** la acumulación objetiva de acciones (LRJS art.26.7), una vez comprobado el cumplimiento de los **requisitos** legales:

1. Que el órgano jurisdiccional ante el cual se insta la acumulación posee jurisdicción y competencia para resolver todas las acciones planteadas (LEC art.73.1.1º).
2. Que no ha de tratarse de acciones que deban ventilarse en juicios de diferente tipo (LEC art.73.1.2º).
3. Que no se trate de acciones incompatibles entre sí -salvo que una se acumule con carácter eventual o subsidiario, para el solo evento de que la principal no se estime fundada- (LEC art.71.4).
4. Que la Ley no proscriba su acumulación. En el orden social se establece al respecto un complejo sistema de prohibiciones, del que se da cuenta a continuación.

La **acumulación subjetiva** consiste en el tratamiento procesal unitario de las pretensiones ejercitadas por varios demandantes contra un mismo demandado, o bien por un demandante contra varios demandados (por ejemplo, TSJ Madrid 20-11-08, EDJ 309715). Para que proceda la acumulación subjetiva debe tratarse de reclamaciones cuyo título o causa de pedir sea idéntico o conexo. Se entiende que así sucede cuando vengan apoyadas en los mismos hechos (LRJS art.25 y LEC art.72).

Un **supuesto** de acumulación subjetiva se prevé expresamente en la LRJS, alusivo a las demandas de resarcimiento de daños derivadas de un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, que el trabajador o sus causahabientes dirijan contra el empresario o contra otros sujetos obligados a responder (LRJS art.25.4).

b. Excepciones

(LRJS art.26)

9605 **No cabe acumular** a otras ni tampoco entre sí, ni originariamente ni por reconvención, las siguientes acciones:

1. Despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo. Ello no obstante, existen importantes **excepciones** a esa imposibilidad:

a) Si se solicita la extinción contractual por incumplimiento empresarial (ET art.50) invocando la falta de pago del salario se permite acumular la reclamación salarial a la de solicitud de extinción contractual, dada su íntima conexión.

b) Solicitud de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y la acción de despido, siempre que la demanda por despido se haya interpuesto dentro del plazo establecido, el cual no varía respecto de la regla general (veinte días de caducidad) (LRJS art.103).

c) Reclamación por despido y de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha (ET art.49.2). No obstante, el órgano judicial puede disponer que se tramiten por separado los procesos de despido y de cantidad, por la especial complejidad de los conceptos reclamados que pudiera provocar demoras excesivas en el procedimiento por despido. La decisión judicial debe tomarse una vez celebrado el juicio, de modo que la separación surte efectos para las fases posteriores del procedimiento.

d) Particular es el supuesto de los trabajadores conceptuados por su cliente como TRADE. Se les permite accionar por despido alegando la existencia de relación laboral y con carácter subsidiario, para el caso de que se desestime, contra la decisión de extinción de la relación por el cliente -pretensión que también corresponde al orden social- (LRJS art.2.d). También está prevista la acumulación para el supuesto inverso, es decir cuando se invoque la condición de TRADE con carácter principal y se interponga la demanda por despido con carácter subsidiario.

2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

3. Disfrute de vacaciones.

4. Materia electoral.

5. Impugnación de estatutos de sindicatos o de su modificación.

6. Movilidad geográfica.

7. Derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral.

8. Impugnación de **convenios colectivos**.

9. Impugnación de **sanciones** impuestas por los empresarios a los trabajadores.

10. Tutela de **derechos fundamentales** y libertades públicas; sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en el mismo juicio la indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales [art.183 LRJS], así como los demás pronunciamientos propios de esta modalidad procesal [art.183 LRJS].

11. Las reclamaciones de **Seguridad Social**, ni entre sí ni a otras ajenas a esta materia. Como excepción, se permite la acumulación de aquellas acciones de Seguridad Social que tengan la misma causa de pedir. Así, por ejemplo, las que pueda plantear una mutua colaboradora con la Seguridad Social contra el empresario que incumplió sus deberes de cotización (responsable directo) y contra el INSS y la TGSS (responsables subsidiarios) (TS 5-11-13, EDJ 261343). También queda a salvo la posibilidad de reclamar por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas en un pleito sobre prestaciones (LRJS art.140).

Añádase que aunque esta enumeración parece **taxativa**, pese a lo cual **la jurisprudencia viene ampliando** la prohibición de acumular a otros tipos de procesos. Así, se considera no acumulables las acciones de declaración de fijeza del trabajador y de reconocimiento de categoría profesional, sobre la base de que la primera debe ser tramitada a través del procedimiento ordinario y la segunda por el proceso especial de clasificación profesional (TSJ Navarra 18-12-97, EDJ 18504). Sin embargo, expresamente declara la LRJS que sí puede acumularse a la acción de reconocimiento de categoría o grupo profesional, la de las diferencias salariales correspondientes (LRJS art.137.3).

De otro lado, conviene aclarar que no debe confundirse la acumulación de acciones con el planteamiento en la misma demanda de **cuestiones previas o prejudiciales** que afecten a la relación laboral y por tanto a la resolución del caso (TSJ Madrid 9-9-10, EDJ 221858).

c. Consecuencias de la acumulación indebida de acciones

(LRJS art.27)

9607 Cuando se produzca una acumulación de acciones que infrinja el régimen que acaba de exponerse (nº 9601 s.), el letrado de la Administración de Justicia debe intentar su **subsanción**. Para ello, debe requerir al demandante para que, en el **plazo** de cuatro días, subsane el defecto decidiendo qué acción o acciones mantiene.

En caso de que no lo haga el juzgador ordena el archivo de la demanda, salvo en el supuesto de que alguna de las **acciones** incorrectamente acumuladas esté **sometida a plazo de caducidad**; en tal caso se continua la tramitación del proceso respecto de la acción sometida a caducidad. Respecto de la otra u otras acciones, el juzgador debe advertir al demandante de su derecho a ejercitarlas independientemente.

Si entre las acciones indebidamente acumuladas hay varias sometidas a plazo de caducidad y el actor no subsana el defecto, se sigue la tramitación del juicio por la que apareciera en primer lugar en el suplico de la demanda, salvo si una de ellas es de **despido** en cuyo caso ésta tiene prioridad.

2. Acumulación de procesos

(LRJS art.28 s.)

9610 La acumulación de procesos **se lleva a cabo** por decisión del órgano jurisdiccional, a diferencia de la acumulación de acciones que constituye una facultad del demandante según se ha indicado (nº 9603 s.). Implica como consecuencia que todas las cuestiones planteadas se deciden en un único proceso.

Para que el juez o tribunal resuelva sobre la acumulación de procesos, es preciso que previamente el letrado de la Administración de Justicia le haya dado cuenta de aquellos procesos en los que se cumplen los requisitos legales (LRJS art.28.3).

La acumulación de procesos **puede proponerse** de oficio o a instancia de parte, y **debe declararse**:

1. En primer lugar, cuando en un mismo juzgado o tribunal se tramiten varias demandas contra un mismo demandado, aun con actores distintos, ejercitándose en ellas acciones idénticas (o al menos, susceptibles de haber sido acumuladas en una sola demanda) (LRJS art.28.1).

2. Cuando se impugne ante un mismo juzgado o tribunal un mismo acto administrativo o varios actos con conexión directa se acumulan los procesos aunque no coincidan todas las partes ni sus respectivas posiciones procesales (LRJS art.28.2).

3. Respecto de los procesos pendientes en el mismo o distintos juzgados o tribunales, cuando entre sus respectivos objetos exista una conexión tal que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con fundamentos contradictorios o incompatibles (LRJS art.30). Si se trata de procesos que estaban pendientes ante varios juzgados o tribunales, la acumulación debe dictarse a favor del órgano que estuviese conociendo de la demanda que tuvo entrada antes en el Registro.

El momento en que **debe resolverse** sobre la acumulación de procesos es el mismo que en la acumulación de acciones, es decir antes de los actos de conciliación y juicio -excepto cuando se proponen en reconvención (LRJS art.34.1)-. Con todo, cabe la posibilidad de que una vez acordada la acumulación **quede sin efecto**, si el juez o tribunal entiende que concurren causas que justifican la tramitación separada de uno o varios de los procesos inicialmente acumulados (LRJS art.34.2).

Precisiones

Un supuesto muy particular de acumulación de procesos lo constituye la **acumulación de procesos** relativos a la **extinción del contrato de trabajo** (LRJS art.32). En su virtud, cuando el trabajador formule por separado reclamación de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y por despido, la demanda que se promueva posteriormente debe acumularse a la primera, de oficio o a petición de parte. Se trata de situaciones en las que un trabajador insta la extinción judicial de su contrato y, antes de recaer sentencia firme declarándolo extinguido, el empresario lo despide (TS 30-4-90, EDJ 4578); o bien, en orden cronológico inverso, cuando tras haber obtenido el trabajador la resolución judicial extintiva, el empresario la recurre ante lo cual el empleado intenta reincorporarse a su trabajo, y al no lograrlo presenta demanda por despido (TS 18-7-88, EDJ 6403).

3. Acumulación de recursos

(LRJS art.33 y 234)

9612 Dentro de las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y de casación dispone la LRJS que los recursos pendientes ante una misma sala de lo social de TSJ, entre sí, y los pendientes ante la sala cuarta del TS, entre sí, pueden ser acumulados cuando exista identidad en el objeto y en alguna de las partes.

La acumulación de recursos, que **puede proponerse** de oficio o a instancia de parte, **es acordada** por la sala en resolución motivada, antes del señalamiento para votación y fallo o antes de la vista en los casos en que ésta procede. Previamente el letrado de la Administración de Justicia debe haber dado cuenta al Tribunal de los recursos susceptibles de acumulación.

Naturalmente, la **consecuencia** de la acumulación es la discusión y resolución conjunta de todas las cuestiones planteadas.

Como **magistrado ponente** de los **recursos acumulados** se designa al que hubiera sido nombrado primeramente como ponente de alguno de ellos (y en el supuesto de igualdad de fechas, al más moderno).

4. Acumulación de ejecuciones

(LRJS art.36 a 38)

9614 Las ejecuciones de sentencias o de otros títulos ejecutivos que se tramiten ante un mismo juzgado de lo social o ante juzgados distintos (ya sean de la misma o de diversa circunscripción), son acumulables cuando procedan contra el mismo deudor, pudiéndose **iniciar** este mecanismo a instancia de parte o de oficio.

En el caso de la ejecución, la **decisión** de la acumulación está atribuida al letrado de la Administración de Justicia, que debe acordarla cuando así lo impongan criterios de economía y de conexión entre las diversas obligaciones cuya ejecución se pretenda, y en todo caso cuando concurren indicios de que los bienes del deudor puedan ser insuficientes para satisfacer todos los créditos a ejecutar.

Las ejecuciones acumuladas **deben seguirse** ante el órgano jurisdiccional que primero ordenó el despacho de ejecución.

IV. Actuaciones y resoluciones procesales

9620	1. Actuaciones procesales	9620
	2. Actos de comunicación	9622

3. Resoluciones procesales	9624
a. Resoluciones dictadas por el juez o tribunal	9625
b. Resoluciones dictadas por el letrado de la Administración de Justicia	9627

1. Actuaciones procesales

(LRJS art.42 a 48)

9621 Las actuaciones procesales se llevan a cabo bajo la **supervisión** del letrado de la Administración de Justicia, que debe autorizarlas (LRJS art.42). Entiéndase por **autorizar** dar fe, actuando como autoridad (LOPJ art.281).

Deben ser practicadas dentro de los **plazos** que tienen establecidos, los cuales se reputan perentorios e improrrogables con la única excepción de los plazos señalados para dictar resolución (de cualquier tipo) (LRJS art.43), y salvo el supuesto de fuerza mayor que impida cumplirlos (LEC art.134). Consecuencia de lo anterior es que si, por ejemplo, se presenta un escrito de recurso dentro de plazo pero ante un órgano jurisdiccional distinto del que se indicaba en la sentencia a recurrir, se entiende que ha transcurrido el plazo sin interposición de recurso y la resolución deviene firme (TS auto 18-12-12, EDJ 311322).

Las actuaciones procesales se deben practicar, además, en los **días y horas hábiles**. Son **días inhábiles** los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre y las fiestas nacionales, autonómicas y locales, así como el mes de agosto salvo para las actuaciones procesales declaradas urgentes por la legislación procesal (LOPJ art.182 y 183 y LEC art.130).

En el orden social existe un listado muy extenso de excepciones a la regla de inhabilidad del mes de **agosto**; así ocurre en los procesos de despido, modificación sustancial de condiciones de trabajo, derechos fundamentales, materia electoral, conflictos colectivos, etc. La habilidad del mes de agosto por referencia a la modalidad procesal alcanza a todas las fases del proceso: declarativa, impugnación a través de recursos y ejecución (TS auto 30-10-98, EDJ 65238). También es hábil el mes de agosto para determinados actos previos necesarios para asegurar la efectividad de los derechos reclamados (por ejemplo, las medidas cautelares en materia de prevención de riesgos) (LRJS art.43.4).

Conviene precisar que los sábados y festivos son inhábiles siempre, también durante el mes de agosto.

Son **horas hábiles** desde las 8 de la mañana a las 8 de la tarde, salvo que la Ley disponga lo contrario para alguna actuación concreta; aunque para los actos de comunicación y ejecución también se consideran hábiles las que transcurren desde las ocho a las diez de la noche. Y todo ello, sin perjuicio de lo que pueda establecerse para las actuaciones electrónicas (LEC art.130).

En todo caso, cabe que los órganos jurisdiccionales (tanto el juez o tribunal como el letrado de la Administración de Justicia, dependiendo de los casos) **habiliten** expresamente como hábiles determinados **días u horas** para la práctica de actuaciones, cuando no fuera posible practicarlas en tiempo hábil o fuera necesario para asegurar la efectividad de una resolución judicial (LEC art.131 y LRJS art.43.5).

Hay que tener en cuenta además que, cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, puede efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial (nunca en el juzgado de guardia) (LRJS art.45); ampliación del plazo que también resulta aplicable a la presentación por medios telemáticos (TS acuerdo no jurisdiccional 6-7-16, EDJ 98833).

En cualquier caso, a partir de la reforma de la LEC instrumentada por la L 42/2015 , de 5 de octubre, la **presentación de escritos y documentos** debe realizarse obligatoriamente a través de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia (LEC art.273). Esta obligatoriedad se aplica desde el 1-1-2016 a todos los profesionales de la justicia, en los procedimientos que se inicien a partir de esta fecha, y respecto de los interesados que no sean profesionales de la Administración de Justicia, la obligatoriedad del uso de medios telemáticos **desde el 1-1-2017** (L 42/2015 disp.final 12ª).

Con independencia de las horas y días hábiles, la **presentación** de escritos y documentos en **formato electrónico** puede realizarse todos los días del año durante las 24 horas. Si la presentación tiene lugar en día y hora inhábil, se entenderá efectuada el primer día y hora hábil siguiente (LEC art.135.1). Su ordenación se contiene en el RD 1065/2015 y la Resol Ministerio de Justicia 15-12-15, para el ámbito territorial del Ministerio de Justicia (que establecen el **sistema LexNET**), además de la normativa autonómica en las CCAA que tienen asumida la competencia en materia de Administración de Justicia.

2. Actos de comunicación

9622 El **objeto** de los actos de comunicación es poner en conocimiento de las partes o de los terceros las resoluciones procesales, emanadas del juez o tribunal o del letrado de la Administración de Justicia.

La **notificación** de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales a las partes, y a los posibles perjudicados por las consecuencias del proceso, es **obligada** cuando así lo disponga expresamente la correspondiente resolución (LOPJ art.270).

Las resoluciones son notificadas por orden del letrado de la Administración de Justicia (LEC art.212.1), si bien su **ejecución material o directa** se encomienda a los funcionarios del cuerpo de auxilio judicial.

Deben llevarse a cabo el mismo día de su fecha o de su publicación y, si no fuera posible, en el día hábil siguiente (LRJS art.54.1). No obstante, el incumplimiento de dicha obligación no tiene consecuencias en la eficacia del acto, sin perjuicio de la posible responsabilidad en que pudiera incurrir el funcionario. Excepcionalmente el órgano judicial puede demorar la notificación durante el tiempo necesario, cuando de la notificación inmediata pudieran derivarse peligros para la efectividad de la medida judicial adoptada (LRJS art.54.3).

Las resoluciones procesales **se deben comunicar** no solo a las partes en el proceso, sino también a aquellas otras personas o entidades a quienes se refieran o a aquéllos a quienes puedan deparar un perjuicio u ostentar un interés legítimo en el asunto debatido.

Desde el 1-1-2016, respecto de los procedimientos iniciados a partir de esa fecha, la realización de actos de comunicación debe llevarse a cabo obligatoriamente a través de los **sistemas telemáticos o electrónicos** existentes en la Administración de Justicia. (L 42/2015 disp.final 12ª.2). En estos casos, cabe aclarar que cuando haya constancia de la correcta remisión del acto de comunicación y transcurran tres días hábiles sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada con plenos efectos procesales. Cabe añadir que la novedad del sistema telemático utilizado y los innumerables interrogantes que se han abierto tanto a profesionales como a los tribunales con respecto a cualquier incidencia de Lexnet, imponen, en particular a los órganos judiciales como garantes del derecho a la tutela judicial efectiva, un especial cuidado en la adopción de decisiones que afecten a esa materia (TS auto 16-5-17, EDJ 88885).

3. Resoluciones procesales

(LRJS art.49 s.)

9624 De los órganos jurisdiccionales del orden social emanan resoluciones que son **dictadas por** los jueces y tribunales (providencias, autos y sentencias), y otras que son **firmadas por** los letrados de la Administración de Justicia (diligencias y decretos).

Todas ellas son resoluciones de **naturaleza judicial**, a diferencia de las que emanan de dichos órganos pero que tienen carácter gubernativo o disciplinario, y que reciben el nombre de acuerdos (LOPJ art.244).

a. Resoluciones dictadas por el juez o tribunal

9625 Son las siguientes:

1. Las **providencias** consisten en mandatos judiciales no precisados de fundamentación -salvo cuando así lo disponga la Ley o quien haya de dictarlas lo estime conveniente (LEC art.208.1)-. Su razón de ser es la ordenación material del proceso, cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, más allá de la mera aplicación de normas de impulso procesal que se instrumenta a través de diligencias, y siempre y cuando la Ley no exija auto (LOPJ art.245.1).

2. Mediante los **autos** el juez o tribunal decide motivadamente sobre una serie de materias legalmente establecidas: admisión o inadmisión de la demanda; reconvencción; acumulación de acciones; recursos interpuestos contra providencias o decretos; admisión de la prueba; aprobación de transacciones, mediaciones y convenios; cuestiones incidentales, anotaciones e inscripciones registrales y presupuestos procesales; medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones (LEC art.206.1). Su estructura es similar a la de la sentencia: hechos, razonamiento jurídico y parte dispositiva o fallo (LEC art.208.2).

3. Las **sentencias** deciden definitivamente el pleito o causa, tanto en la instancia como en fase de recurso (nº 9715 s.).

Por lo que se refiere a la **forma de las resoluciones**, todas ellas han de incluir la mención del lugar y fecha en que se adopten, el nombre de quien las dicte, la expresión de si son firmes y de no ser así, los recursos que procedan (LRJS art.52). Cabe la posibilidad de emitir sentencias orales o *in voce*, así como autos verbales en las mismas

condiciones. Las **resoluciones orales** deben consignarse en acta con expresión del fallo y motivación sucinta (LRJS art.49.3). De la sentencia *in voce*, que se dicta en el momento de terminar el juicio, pueden solicitar las partes el documento que contenga su transcripción por escrito.

b. Resoluciones dictadas por el letrado de la Administración de Justicia

9627 Son las siguientes:

1. Las **diligencias** son las resoluciones que dicta el letrado de la Administración de Justicia, con carácter general, para la tramitación del proceso.

2. Mediante los **decretos** el letrado admite a trámite la demanda, pone fin a un procedimiento del que tiene atribuida exclusiva competencia y, en general, adopta las decisiones que requieran de motivación. También revisten esta forma las resoluciones que deciden recursos contra diligencias o decretos del propio letrado de la Administración de Justicia (LEC art.206.2 y 453.2).

Los decretos pueden ser **definitivos o no definitivos**. Los primeros son los que ponen fin al procedimiento o impiden su continuación, y los no definitivos los restantes. La distinción tiene consecuencias en relación con los recursos, ya que los primeros son susceptibles de recurso de revisión ante el juzgado o tribunal, mientras que contra los segundos solo cabe recurso de reposición ante el propio letrado de la Administración de Justicia que los dictó (excepto en los casos en que expresamente se establece lo contrario).

V. Evitación del proceso: conciliación o mediación previas

(LRJS art.63 a73)

9630	1. Conciliación o mediación previas	9632
	a. Delimitación conceptual	9632
	b. Órganos de conciliación o mediación	9634
	c. Excepciones a la conciliación o mediación previas	9636
	d. Efectos de la solicitud de conciliación o de mediación previa	9638
	e. Impugnación del acuerdo de conciliación o mediación	9655
	f. Ejecutividad del acuerdo de conciliación o mediación	9658
	2. Sumisión a arbitraje	9662

9631 El Título V del Libro I de la LRJS que se rubrica «De la evitación del proceso» regula dos **vías** para intentar una **solución extrajudicial del conflicto** y evitar el proceso judicial: la mediación o conciliación (LRJS art.63 a 68) y la reclamación administrativa previa (LRJS art.69 a 73). Conciliación y mediación se constituyen como medios alternativos entre sí. El uso de uno u otro medio viene condicionado, en esencia, por la naturaleza jurídica (privada o pública) del empleador.

Desde el 2-10-2016 la LRJS sólo mantiene la **exigencia de reclamación previa** respecto de los pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social y reclamación al Estado de salarios de tramitación. En el resto de los pleitos contra administraciones públicas (Estado, CCAA, o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos) requiere el agotamiento de la vía administrativa sólo cuando así lo establezca la normativa de procedimiento administrativo. Añádase que no se exige tal agotamiento respecto de las demandas de tutela de derechos fundamentales (LRJS art.70).

La jurisprudencia constitucional ha matizado que el **error en el trámite utilizado** puede ser subsanado en fase de admisión a la demanda. También se ha entendido subsanado por los propios actos de la parte demandada (Administración pública), al no advertir del error padecido en la celebración del acto de conciliación una vez personada (TCo 12/2003).

Para la solución extraprocesal de los litigios laborales también puede utilizarse el **arbitraje**. La legislación procesal laboral lo menciona en varios de sus pasajes, aunque, a diferencia de la conciliación o mediación y de la reclamación administrativa previa, no lo contempla como requisito previo para el correcto inicio del proceso. Tan sólo se ocupa de su coordinación básica con la maquinaria procesal y de sus posibles efectos dentro de la misma.

1. Conciliación o mediación previas

a. Delimitación conceptual

9632 La conciliación es la vía de evitación del proceso más tradicional. Consiste en la consecución de un acuerdo entre las partes para la solución definitiva del correspondiente contencioso, normalmente en presencia de un tercero que aconseja, informa, sugiere o hace propuestas sobre el particular. La conciliación previa no es algo independiente del proceso laboral, por el contrario, se trata de un **trámite exigible para acceder a la jurisdicción** impregnado de principios y valores procesales de características propias (TS 3-6-13, EDJ 122966).

La conciliación previa se constituye como mecanismo de carácter obligatorio y requisito necesario para abrir la vía procesal. La **omisión** de estos intentos cuando son obligatorios determina la inadmisión de la demanda que no resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (TCo 162/1989 ; 75/2001).

b. Órganos de conciliación o mediación

(LRJS art.63)

9634 Son diversas las instituciones u órganos ante las que puede intentarse el acuerdo de conciliación o mediación por vía extrajudicial. Como establece la normativa, **puede plantearse ante:**

1. El Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Dirección Provincial de Empleo y Seguridad Social.
2. La dependencia correspondiente de la comunidad autónoma si esta materia está transferida.
3. El órgano que asuma estas funciones si así se ha establecido a través de acuerdos interprofesionales -el SIMA- o convenios de ámbito nacional o de comunidad autónoma (ET art.83), y convenios colectivos de ámbito sectorial o de empresa (ET art.85).

Fruto de la negociación colectiva de ámbito nacional es el Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, que puso en marcha el **Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje** (SIMA). Acuerdos de contenido similar existen ya en todas las comunidades Autónomas.

Para la solución de disputas relacionadas con **trabajadores autónomos económicamente dependientes** pueden utilizarse los medios creados por sus acuerdos de interés profesional (LRJS art.63 ; L 20/2007 art.13 y 18).

Entre los órganos de conciliación o mediación creados por la negociación colectiva para el cumplimiento del requisito previo a la demanda está la **comisión paritaria del convenio colectivo**, que también puede asumir funciones de resolución de discrepancias, pero siempre ligadas a su tarea general de seguimiento del correspondiente convenio colectivo, en la que se incluye desde luego la función particular de contribuir a su interpretación y aplicación (ET art.85).

c. Excepciones a la conciliación o mediación previas

(LRJS art.64.1)

9636 La exigencia de conciliación o mediación previa como intento de avenencia de las partes en conflicto no es obligatoria en la totalidad de los procesos laborales. Dicho requisito se exceptúa en una serie de **procesos** contemplados en la LRJS:

1. Los **procesos que exijan la reclamación previa** en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma (nótese que desde el 2-10-2016 ha desaparecido la exigencia de reclamación administrativa previa a la vía judicial cuando es un ente administrativo la parte demandada, sustituida por la exigencia de agotamiento de la vía administrativa, excepto en los procesos en materia de Seguridad Social (LRJS art.64.1 en relación con LRJS art.140). El trámite suple a la conciliación y es incompatible con ella.

2. Las **modalidades procesales** siguientes:

- impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores;
- fijación de vacaciones;
- materia electoral;
- movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor;
- derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral;
- impugnación de convenios colectivos;
- impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación; y

- tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

El motivo por el cual quedan exceptuados del requisito de conciliación o mediación previa parece deberse a su **carácter urgente** y a su **singular objeto**.

Dada su importancia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al hilo de la innecesariedad de interponer la papeleta de conciliación en supuestos de impugnación de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. La razón de ser de tal excepción se sitúa en la idea de celeridad que impulsa evidentemente la ordenación procesal que se hace del cauce para impugnarla en un breve plazo de tiempo, por lo que además redundaría en beneficio de la seguridad jurídica (TS 9-12-13, EDJ 280898). La exigencia de dicho trámite parecería redundante en una materia en la que la impugnación en vía judicial de la decisión del empresario se ha de llevar a cabo después de agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores.

3. Por tratarse de procesos que tienen por objeto la revisión de decisiones o soluciones alcanzadas mediante medios extrajudiciales, se exceptúan expresamente los procesos dirigidos a la **anulación de laudos arbitrales o la impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones**.

4. Los **procesos iniciados de oficio**, cuyo fundamento de exceptuación reside en el hecho de que tal proceso se inicia a instancia de la Administración, lo que limita la disponibilidad de las partes sobre el litigio.

5. Por su carácter perentorio y urgente, se exceptúan expresamente los procesos en los que se ejerciten acciones laborales de protección contra la **violencia de género**.

6. Procesos en que fueran **demandados conjuntamente entes públicos y privados** y procediera, por la naturaleza de los primeros agotar con carácter previo la vía administrativa.

7. Procesos en que fuera preciso dirigir la **demanda frente a persona distinta de la demandada inicialmente**. En este caso, la exclusión del trámite conciliador parece radicar en el propósito de no dilatar más el procedimiento a causa del error en la persona demandada inicialmente.

d. Efectos de la solicitud de conciliación o de mediación previa

(LRJS art.65 y 66; RD 2756/1979)

9638 El intento de conciliación o mediación **se inicia** con la presentación de la solicitud, la denominada **papeleta de conciliación**, ante el servicio administrativo correspondiente. La papeleta puede presentarse ante el registro de cualquier órgano administrativo, estatal o autonómico (TS 16-11-92, EDJ 11307 ; 31-1-03, EDJ 263107).

Los **efectos** que produce la presentación del escrito interesando el acto de conciliación son: interrumpe los plazos de prescripción y suspende los de caducidad. El cómputo de los plazos de caducidad se reanuda tras el intento de conciliación o mediación, o bien transcurridos 15 días a contar desde la presentación de la papeleta de conciliación sin haberse celebrado el acto. Transcurridos 30 días sin celebrarse dicho acto, se tiene por cumplido el trámite.

Precisiones

La **presentación de papeleta de conciliación en lugar de reclamación previa** produce la suspensión del plazo de caducidad cuando concurren los siguientes requisitos (TSJ Baleares 26-11-13, EDJ 292300 ; TSJ Asturias 24-1-14, EDJ 16795):

- que quede patente y manifiesta la voluntad impugnatoria del trabajador despedido, extremo que se evidencia por sí solo con la presentación de la papeleta de conciliación con anterioridad a la demanda;
- que la Administración empleadora tenga conocimiento de la presentación de la papeleta de conciliación con anterioridad a la demanda y, consiguientemente, de la pretensión del trabajador, y;
- que no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria a seguir.

Como señala la jurisprudencia, la caducidad es una institución que pretende reforzar la seguridad jurídica de quien habría de sufrir las consecuencias del éxito de la acción ejercitada. Y resultaría no ya desproporcionado, sino altamente contrario a los principios de justicia distributiva, robustecer la posición, ya de por sí favorable, que la Ley dispensa a la Administración en el proceso, al exigirse la reclamación previa para demandarla, otorgándole un plus nacido, precisamente, de su mal cumplimiento de las obligaciones de orden público que le impone el Ordenamiento Jurídico, aunque no conste que esa defectuosa información fuera intencionada (TS 14-1-14, EDJ 7718).

9640 Cómputo

Para determinar el plazo de **caducidad** no se computa ni el día en que se presenta la demanda de conciliación, ni aquél en que se lleva a cabo (TS 17-9-92, EDJ 8873). El cómputo del nuevo plazo de **prescripción** debe iniciarse a partir del día en que tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación sin avenencia y, no en la fecha previa de presentación de la papeleta demanda (TS 2-12-02, EDJ 61474).

9642 Presentación a término

Es válida la presentación de la **papeleta de conciliación** por despido en los términos previstos en la LEC art.135 y LRJS art.45 , esto es, dentro de las primeras 15 horas del «día 21» del plazo referido, sin que se considere caducada la acción siempre que la demanda ante el juzgado de lo social se presente el mismo día en que se lleva a cabo la conciliación sin avenencia (TS 3-6-13, EDJ 122966).

9644 Asistencia obligada

(LRJS art.66)

El acto de conciliación es de carácter obligatorio, lo que supone la obligatoriedad de presentar junto a la demanda la certificación de haber celebrado el acto de conciliación o, al menos, haberlo intentado. Para ello las **partes** deben estar debidamente **citadas** en los plazos legales.

La LRJS establece la obligación de comparecer al acto de conciliación y su falta de comparecencia, estando debidamente citado y sin alejar justa causa, supone el archivo de las actuaciones, sin que se tenga por cumplimentado el requisito preprocesal. La **correcta citación** en tiempo se constituye en un elemento esencial, en la medida en que tiene una conexión directa con el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional señala que del carácter de la conciliación destaca, ante todo, el de su obligatoriedad, de modo que la falta de citación, además de invalidar las actuaciones siguientes del procedimiento conciliatorio, trasciende al proceso de despido para invalidar sus actuaciones posteriores a la admisión de la demanda (TCo 1/1993).

En caso de que haya justa causa para la no comparecencia, se hace un **nuevo señalamiento** para celebrar el acto de conciliación, si existen términos hábiles para ello (RD 2756/1979 art.11), es decir, si aún no han transcurrido los plazos legales de 15 y 30 días hábiles (LRJS art.65) (TS 12-5-03, EDJ 241243).

9646 Sujetos

La obligación de comparecencia de las partes exige, ante todo, determinar quiénes son estas. Se ha de recordar que a esta comparecencia le son de aplicación las **reglas generales** de capacidad y legitimación procesal (LRJS art.16 y 17) y las de representación y defensa (LRJS art.18 a 22).

9648 Representación

El RD 2756/1979 especifica que los interesados pueden comparecer al acto de conciliación por sí mismo o por medio de representante. También se refiere a los **medios** para acreditar la representación: mediante poder notarial, por comparecencia ante los organismos judiciales o ante las oficinas del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación que corresponda. En este mismo sentido, incluso se puede aportar escrito del interesado designando específicamente al que comparece como representante, siempre que sea reconocido como tal por la otra parte y se considere suficiente a juicio del conciliador.

9650 Fracaso

La conciliación frustrada puede tener lugar desde el momento en que intentada la parte demandada no se presentase o que no se alcance el acuerdo, para lo cual se levanta el **acta sin avenencia** y debe seguir la acción con demanda ante el juzgado de lo social.

Se puede diferenciar entre la falta de comparecencia del demandante y demandado.

En caso de **incomparecencia del denunciante** al acto de conciliación, los plazos ni se suspenden, ni se interrumpen, salvo que se alegue justa causa y se consiga su acreditación. La jurisprudencia ha dado validez a la interrupción de la prescripción por una conciliación extrajudicial en la que no se presentó el reclamante al cumplir esta los requisitos del CC art.1973 (TS 12-5-03, EDJ 241243).

En lo que se refiere a la **incomparecencia del demandado**, se entiende intentada sin efecto (RD 2756/1979 art.11). Por su parte, la LRJS establece que el juez o tribunal deben imponer las **costas** del proceso a la parte que no hubiera comparecido sin causa justificada, si la sentencia que en su día se dictara coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación (LRJS art.66.3). En este caso, el juzgado debe imponer el pago de los **honorarios** hasta el límite de 600 euros del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubiese intervenido.

9652 Acreditación

(LRJS art.81.2)

Por último, si presentada la demanda ante el juzgado competente, no se aporta la **certificación** del acto de conciliación o no se hubiera instando ni siquiera, se permite al letrado de la Administración de Justicia que conceda un plazo de 15 días para su aportación. No obstante, los juzgados vienen admitiendo la posibilidad de presentar únicamente el intento de conciliación sin que se haya celebrado aún el mismo, estos es, el escrito sellado en el SMAC con la fecha de entrada (LRJS art.65.2).

e. Impugnación del acuerdo de conciliación o mediación

(LRJS art.67)

9655 El acto de conciliación **finalizado con acuerdo** puede ser impugnado por la propias partes o por terceros que pudieran sufrir un perjuicio por aquel y cuyos **fundamentos** deben ser por lesividad o ilegalidad. Como especifica la doctrina judicial, se puede impugnar el acuerdo por ir en contra de la Ley y el orden público o por la existencia de vicios en el consentimiento, incurriendo en los mismos errores en el importe de la indemnización (TSJ C.Valenciana 7-7-05, EDJ 204086).

El **plazo** de impugnación es de 30 días hábiles, descontando los sábados, domingos y festivos, desde que se tuvo conocimiento del acuerdo conciliatorio para todos aquellos que son terceros en el procedimiento y desde la firma del acta de conciliación para las partes comparecientes.

Precisiones

1) Se considera que hay **error en el consentimiento** respecto a la liquidación pactada en acto de conciliación extrajudicial por despido, al no incluirse en la indemnización total ofrecida, indemnización y salarios debidos (TSJ Andalucía 22-3-12, EDJ 151668). Concorre error en la aceptación por el trabajador de la indemnización ofrecida en conciliación por la improcedencia del despido cuando la misma viene a sustituir a la reconocida en la carta de despido, siendo que ambas eran de importe similar, que ya se habían entregado dos pagarés por la fijada en la carta de despido (no atendidos) y que la suma de ambas respondía a la indemnización mínima garantizada en el contrato en caso de despido improcedente (TSJ C.Valenciana 12-2-13, EDJ 59513). Y cuando la empresa no abona las cantidades ofrecidas en reconocimiento de la improcedencia del despido en el plazo pactado (TSJ Madrid 25-9-01, EDJ 107460), o cuando el trabajador oculta un dato esencial para la prestación libre, voluntaria, consentida y exteriorizada, de la empresa en el acto de conciliación (TSJ Murcia 9-4-12, EDJ 68925).

2) El desconocimiento por el trabajador de la situación de insolvencia de la empresa anterior al acto de conciliación con avenencia por extinción de la relación laboral, constituye un **error inexcusable** (TSJ Cantabria 8-5-02, Rec 605/01). En este sentido, se señala que el error debe ser sustancial, esto es, que la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se atribuyen y aquélla de la que carece sea, precisamente la que de manera primordial y básica motivó la celebración del mismo, y excusable en el sentido de que no resulte evitable mediante el empleo de diligencia normal por el que lo padece (TSJ Cantabria 8-5-02, Rec 605/01 ; TSJ Madrid 25-9-01, EDJ 107460).

3) La impugnación de los acuerdos adoptados en conciliación por **conflicto colectivo** debe tramitarse por el cauce de impugnación de convenio colectivo en la modalidad de conflicto colectivo, por lo que no están sometidos al plazo de caducidad de 30 días (LRJS art.67.2), pudiendo impugnarse en cualquier momento mientras el pacto colectivo mantenga su vigencia (TS 29-9-08, EDJ 222452 ; TSJ País Vasco 3-11-05, EDJ 278375). En algún caso concreto, por las circunstancias concurrentes, se ha considerado adecuado el procedimiento ordinario (TSJ Cataluña 19-2-15, EDJ 191285).

4) La impugnación de los puntos esenciales de un acuerdo de mediación alcanzado en el período de consultas de un **despido colectivo** ha de impugnarse siguiendo la modalidad de la LRJS art.124 y no por la vía del procedimiento ordinario o de impugnación de convenio colectivo en la modalidad de conflicto colectivo (TS 27-1-15, EDJ 14598).

5) La doctrina judicial establece que es nulo por **falta de causa** el acuerdo conciliatorio adoptado sobre despido al no ser éste real y existir, además, una extralimitación de poderes (TSJ Madrid 30-1-01, EDJ 1467). Por el contrario, **concorre causa válida** en el acuerdo de extinción del contrato por despido improcedente de trabajador declarado posteriormente en incapacidad total con efectos retroactivos, anteriores al de la celebración del acto (TSJ Cataluña 13-6-00, EDJ 23842).

6) El **cómputo del plazo** de caducidad debe correr desde la celebración del acto para quienes han sido parte (TSJ País Vasco, 23-6-00, EDJ 33486).

f. Ejecutividad del acuerdo de conciliación o mediación

(LRJS art.68)

9658 En caso de no cumplimiento puede interponerse una **demanda ejecutiva directa** ante el juzgado o tribunal correspondiente por razón de la materia y del territorio, que se lleva a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias. Sobre el carácter ejecutivo de lo acordado en conciliación y su exigencia a través de los cauces de ejecución de sentencias se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia (TS 16-3-95, EDJ 2388 ; 26-10-01, EDJ 49320).

Es importante aclarar que el **cauce adecuado** para la ejecución del título ejecutivo que se deriva del acto de conciliación debe ser la ejecución de lo acordado en conciliación, como si se tratase de una sentencia judicial, y no la interposición de una demanda ante el juzgado correspondiente.

Se consideran **títulos ejecutivos** los **laudos arbitrales** firmes, individuales o colectivos, dictados por el órgano constituido mediante los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos (ET art.83); los laudos arbitrales establecidos por los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (L 20/2007 art.18.4); los laudos recaídos en materia electoral los laudos que pongan fin a la huelga o a conflictos colectivos y otros laudos cuyo conocimiento corresponda la orden social.

2. Sumisión a arbitraje

(LRJS art.68.2)

9662 Las partes pueden optar por la suscripción de procedimiento arbitral para la solución de sus litigios en materia laboral. Tal posibilidad se desprende de las reglas generales del sistema y, en particular, de algunos pasajes de la legislación procesal laboral (LRJS art.65.3 y 68.2). El arbitraje, a diferencia de la conciliación y la mediación, no se contempla como medio de evitación del proceso, aunque sí se le aplican determinadas consecuencias procesales.

El **ámbito de aplicación** del arbitraje lo determina el convenio arbitral y, en su caso, el acuerdo que impone el arbitraje obligatorio (TS 4-4-14, EDJ 71952).

Si el compromiso arbitral se suscribe conforme a lo previsto en acuerdos interprofesionales o convenios colectivos (ET art.83) o, en el caso de trabajadores autónomos económicamente dependientes, conforme a lo previsto en acuerdos de interés profesional (L 20/2007 art.18.4), produce los mismos **efectos** que la solicitud de conciliación o mediación sobre los plazos de ejercicio de las correspondientes acciones (LRJS art.65.3): interrupción de los plazos de prescripción y suspensión de los plazos de caducidad, que se reanudan al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral, desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte si se interpusiera recurso judicial de anulación del laudo, o desde la firmeza de la resolución que pusiera fin al arbitraje si en el procedimiento arbitral se apreciara incompetencia.

Los laudos arbitrales firmes dictados por órganos competentes conforme a lo previsto en acuerdos interprofesionales y convenios colectivos (ET art.83), que afecten a litigios individuales o colectivos, se equiparan legalmente a sentencias firmes a efectos de **ejecución definitiva**, aunque únicamente en los concretos pronunciamientos de condena que por su naturaleza sean susceptibles de dicha ejecución y salvo los pronunciamientos que tengan eficacia normativa o interpretativa. La equiparación alcanza a los laudos arbitrales dictados conforme a lo previsto en acuerdos de interés profesional relativos a trabajadores autónomos económicamente dependientes, los recaídos en materia electoral, los que pongan fin a la huelga o a conflictos colectivos u otros cuyo conocimiento corresponda al orden social (LRJS art.68.2).

Los laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social y no tengan **procedimiento** establecido podrían ser objeto de impugnación, con vistas a su revisión o anulación, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto en el plazo de 30 días hábiles desde su notificación (excluidos sábados, domingos y festivos), por los trámites del procedimiento ordinario y con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas.

Deben tramitarse por el **procedimiento especial** de impugnación de convenios los laudos dictados tras el proceso de negociación de un convenio colectivo sin haber alcanzado acuerdo (ET art.86.3) o los dictados para resolver las discrepancias derivadas de la aplicación o interpretación de un convenio (ET art.91.2). En el mismo sentido, también deben tramitarse por esa modalidad especial los que pongan fin a una huelga puesto que formalmente tienen la misma eficacia que lo pactado en un convenio colectivo. Si la impugnación se realiza a través del procedimiento ordinario, el órgano judicial puede de oficio dar al procedimiento la tramitación adecuada, reconvirtiendo el procedimiento (TS 4-4-14, EDJ 71952). Así mismo, pueden proceder a su impugnación el FOGASA en relación con posibles obligaciones de garantía salarial, o terceros perjudicados, con fundamento en ilegalidad o lesividad del laudo. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación cuenta desde que los sujetos han conocido la existencia del laudo arbitral.

Es nulo el laudo arbitral que contiene disposiciones que exceden del objeto del arbitraje y que limitan los derechos de tercero, empresa del mismo **grupo empresarial**, que no fue ni parte ni objeto del arbitraje; la anulación del laudo en ningún caso podrá dar lugar a una retroacción de actuaciones del procedimiento arbitral para una subsanación de errores (TS 4-4-14, EDJ 71952).

VI. Agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial

9670	A. Noción y alcance	9671
	B. Supuestos exceptuados	9677
	C. Reclamación administrativa previa	9679

Procedimiento	9680
Impugnación de altas médicas	9685
D. Variaciones y efectos de la vía administrativa previa	9690

A. Noción y alcance

9671 La L 39/2015 , del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, incorporaba como una de sus principales novedades la **supresión de la reclamación administrativa previa** a la vía judicial civil y laboral cuando es un ente administrativo la parte demandada. En la vía judicial laboral solo se mantiene en pleitos sobre prestaciones de la Seguridad Social, desde el 2-10-2016 (ver nº 9679).

Como requisito para demandar al Estado, comunidades autónomas, entidades locales y organismos públicos ante el orden social de la jurisdicción, la LRJS art.69 exige con carácter general haber **agotado la vía administrativa previa** mediante la interposición de los correspondientes recursos administrativos, cuando así proceda de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo que resulte aplicable -LPAC art.112 s. y previsiones específicas contenidas en las leyes autonómicas, legislación de régimen local y normas especiales pertinentes#. Sólo para poder formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social se requiere ahora la interposición de la reclamación administrativa previa regulada en la LRJS art.71, 72 y 73 .

Conviene aclarar que el agotamiento de la vía administrativa es aplicable a la impugnación de actos administrativos (esencialmente los contemplados en LRJS art.2.n.y 2.s), pero no lo es cuando la **Administración** actúa como **empleadora**, desprovista de toda potestad administrativa (Comunicación Laboral 67/2016 de la Abogacía del Estado).

9673 El **objetivo o finalidad** primaria de la reclamación administrativa previa o el agotamiento de la vía administrativa previa es la de poner en conocimiento del órgano administrativo competente la existencia de la controversia y darle ocasión de resolver directamente el asunto, sin necesidad de intervención judicial (TS 5-12-88, EDJ 9607 ; 30-5-91, EDJ 5713). Una segunda finalidad, accesoria, subordinada y de más escaso relieve, la de dar a la Administración demandada la posibilidad de **preparar adecuadamente la oposición** (TS 3-3-15, EDJ 45759).

9674 Para facilitar el ejercicio de acciones frente a tales entidades, se impone a la Administración pública un deber de **notificación a los interesados** de las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. Tal notificación **debe contener** el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos o de la reclamación administrativa previa que procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, lo cual no es obstáculo para que los interesados ejerciten **cualesquiera otras acciones**, incluso en vía de recurso, que estimen procedentes (LRJS art.69.1).

9675 Las notificaciones que contengan el texto íntegro del acto pero **omitán alguno de los demás requisitos** previstos en el marginal anterior (nº 9674) entrañan la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los plazos de prescripción, y únicamente surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso o reclamación que proceda (LRJS art.69.1 -a partir del 2-10-2016 redacc L 39/2015-). Si la Administración indica en su resolución denegatoria **plazo y orden jurisdiccional erróneos**, la decisión que estima prescrita la acción planteada según dichas indicaciones puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (TCO 154/2004 ; TS 21-7-16, EDJ 145533).

B. Supuestos exceptuados

9677 No es necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda 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, si bien el plazo para la **interposición de la demanda** es de 20 días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de 20 días se iniciará transcurridos 20 días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente (LRJS art.70).

C. Reclamación administrativa previa y prestaciones de Seguridad Social

(LRJS art.71)

9679 La demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social tiene un tratamiento normativo específico y particular. Como regla general, se requiere la interposición de reclamación previa ante la entidad gestora competente (LRJS art.71.1 y 140.1) o, en su caso, ante la entidad colaboradora competente (LRJS art.71.3). **Desde el 2-10-2016** se mantiene esta exigencia como requisito previo para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad

Social, excepto en los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda 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.

9680 Procedimiento

(LRJS art.71)

La interposición de la reclamación administrativa previa debe sujetarse a las siguientes **reglas**:

1. Se interpone ante el órgano público competente en relación con la solicitud inicial del interesado, dentro del siguiente **plazo** de 30 días desde la notificación de la resolución expresa, o desde la fecha en que deba entenderse producido el silencio administrativo conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate. En los casos en los que se discute la imputación de responsabilidad de una mutua colaboradora con la Seguridad Social y no el reconocimiento de un derecho a un beneficiario, el transcurso del plazo legalmente establecido para plantear la reclamación previa determina la caducidad de la acción (ver nº 9682).

2. Los **sábados** deben computarse a los efectos de interponer la reclamación previa en vía laboral (TSJ Andalucía 20-9-12, EDJ 333506).

3. En los procesos de **impugnación de altas médicas** no exentos de reclamación previa, ésta se interpondrá en el plazo de 11 días desde la notificación de la resolución.

4. Si la resolución expresa o presunta contra la que reacciona el interesado hubiera sido dictada por una **entidad colaboradora**, la reclamación previa se interpondrá, en ese mismo plazo de 30 días, ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver, o ante el órgano correspondiente de la entidad gestora u organismo público gestor de la prestación.

5. Cuando la entidad correspondiente esté obligada a **proceder de oficio** en el reconocimiento inicial o la modificación de un acto o derecho en materia de seguridad social, la solicitud que puede hacer el interesado para que se dicte acuerdo o resolución en el caso de que no se produzca tiene el **valor de reclamación previa**, aunque una vez caducada la misma puede procederse a una nueva reclamación previa, en tanto no **haya prescrito** el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma. La falta de agotamiento de la vía administrativa previa implica la caducidad de la vía administrativa, pero no de la acción, cuyo ejercicio pervive mientras no prescriba el derecho material del que deriva (TS 29-3-16, EDJ 45052).

9682 El defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa, por **inobservancia del plazo** de 30 días no afecta al derecho material controvertido, de manera que la falta de agotamiento en tiempo de la reclamación previa comporta únicamente la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, pudiéndose **efectuar una nueva reclamación** siempre que el derecho a la misma no hubiera prescrito o caducado (TS 19-10-96, EDJ 7065 ; 25-9-03, EDJ 116080 ; 15-10-03, EDJ 127742). Ahora bien, tal beneficio **solo se despliega** respecto de las reclamaciones formuladas por los beneficiarios de prestaciones, sin alcanzar a las reclamaciones formuladas por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social por imputación de responsabilidad, con las que pretenden la extinción de una obligación impuesta por resolución administrativa firme (TS 15-6-15, EDJ 117226). Así, la falta de agotamiento de la vía administrativa previa que implica la caducidad de la vía administrativa, pero no de la acción, cuyo ejercicio pervive mientras no prescriba el derecho material del que deriva, sólo es aplicable a la acción de reconocimiento o denegación de prestaciones interpuesta por los beneficiarios sin que se beneficien de ello las **mutuas** y sus reclamaciones por imputación de responsabilidades (TS 15-6-15, EDJ 117227 ; 14-9-15, Rec 3775/14 ; 15-9-15, Rec 3477/14 ; 16-9-15, Rec 441/15 ; 2-3-16, EDJ 26660 ; 4-5-16, EDJ 68804 ; 11-5-16, EDJ 78265).

9684 Formulada debidamente la reclamación administrativa previa, la entidad debe dar **contestación expresa** a la misma en el plazo de 45 días, transcurrido el cual se entenderá denegada por silencio administrativo.

La **demanda posterior** habrá de formularse en el plazo de 30 días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo. A la demanda se debe adjuntar **recibo o copia de la reclamación** administrativa previa debidamente sellada y registrada, o justificante de su presentación conforme a los procedimientos y registros alternativos establecidos por la normativa administrativa aplicable.

Es válida la **segunda reclamación previa** interpuesta dentro de plazo contra la resolución desestimatoria del INSS, con contenido y pretensión similar al de la posterior demanda, en la medida en que a través de esta segunda reclamación la Administración de la Seguridad Social adquirió cumplido conocimiento de las pretensiones del demandante, deducidas posteriormente con idéntico contenido y pretensión en el proceso. Con esta acción se cumple la finalidad, esencial y prioritaria, de la reclamación previa, a saber la de poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción (TS 3-3-15, EDJ 45759). Es válida a efectos de tener por agotada la vía administrativa previa ante el INSS, la segunda reclamación previa interpuesta por el beneficiario

de la prestación, transcurrido el plazo para interponer demanda contra la resolución desestimatoria de la primera reclamación previa (TS 16-9-15, EDJ 173723).

9685 Impugnación de altas médicas
(LRJS art.71.1, 71.2, 71.5 y 71.6)

La impugnación de resoluciones administrativas de alta médica formuladas por los órganos competentes de las Entidades Gestoras de Seguridad Social al agotarse el plazo de 365 días de la prestación de incapacidad temporal está **exenta** del requisito de reclamación administrativa previa.

En los **restantes supuestos** de impugnación de resoluciones de alta médica la reclamación administrativa previa ha de interponerse en el plazo de 11 días desde la notificación de la resolución correspondiente.

En estos procedimientos de impugnación de altas médicas el **plazo para la contestación** a la reclamación administrativa previa es de 7 días, a cuyo transcurso se entiende desestimada.

9687 Se admite también la interposición de reclamación administrativa previa en aquellos supuestos en los que **no sea exigible**. En tal caso, el plazo de 20 días para la interposición de la demanda se computará desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la entidad gestora.

D. Variaciones y efectos de vía administrativa previa

9690 En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de **tiempo, cantidades o conceptos** respecto de los que fueran 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 -a partir del 2-10-2016 redacc L 39/2015-). Veamos algunos **criterios interpretativos** acerca de esta regla:

a) La congruencia entre la vía administrativa y procesal debe valorarse en función de la reclamación previa pero también del conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso (TS 28-6-94, EDJ 5670).

b) La excepción de prescripción, como hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciada, y su falta de alegación en vía administrativa impide su alegación en el seno del proceso (TS 2-3-07, EDJ 18245).

c) No hay variación sustancial cuando concurren diferencias entre la vía administrativa previa y la demanda procesal, en la medida en que cabría ampliar las cuantías retributivas por el derecho reclamado hasta el acto del juicio. Tampoco hay variación sustancial cuando no hay nuevos hechos sino sólo alegaciones jurídicas diferentes (TSJ Cataluña 15-11-13, Rec 3396/13).

d) Cuando se haya agotado la vía administrativa previa por silencio de la Administración, aquella no puede fundar su oposición en hechos diferentes a los señalados en el expediente administrativo. Los **defectos en tiempo y forma** de la demanda presentada ante el juzgado de lo social, una vez transcurrido el plazo de un mes que tiene la Administración pública para resolver, no supone el nacimiento nuevo de la acción para poder impugnar en vía judicial el despido, de tal forma que el administrado debe estar muy atento al vencimiento del plazo del mes para interponer la demanda judicial, haya llegado o no resolución expresa (TS 8-2-10, EDJ 16497).

9692 En lo que refiere a los **efectos** derivados de la reclamación administrativa previa (LRJS art.73 -a partir del 2-10-2016 redacc L 39/2015-) la citada reclamación previa conlleva la **interrupción** de los plazos de **prescripción**, que se reinician a su término, o la suspensión de los plazos de **caducidad**, que se reanudan al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada.

Precisiones

A partir del 2-10-2016, la redacción del precepto se ha modificado, estableciéndose que en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran 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 -a partir del 2-10-2016 redacc L 39/2015-).

VII. Proceso ordinario y proceso monitorio

9695	A. Proceso ordinario	9696
	1. Demanda	9697
	2. Citación para los actos de conciliación y juicio	9702
	3. Acto de conciliación judicial	9705
	4. Juicio oral	9707
	Prueba	9710
	Conclusiones	9711
	Diligencias finales	9712
	5. Sentencia	9715
	B. Proceso monitorio	9720

A. Proceso ordinario

9696 El proceso ordinario es el **procedimiento común** mediante el que son tramitados todos los conflictos planteados ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional social. Ahora bien, ello no impide la existencia de modalidades procesales con particularidades respecto a este general.

1. Demanda

(LRJS 80 y 81)

9697 La demanda es el acto procesal que, a iniciativa de parte, implica y genera la iniciación del proceso. Se formula **por escrito**, pudiendo utilizar los formularios y procedimientos facilitados al efecto en la oficina judicial donde deba presentarse; previamente, se ha de haber intentado la conciliación o mediación previa o haber agotado la vía administrativa. Ha de contener los siguientes **requisitos generales**:

a) La designación del **órgano** ante quien se presente, así como la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión.

b) La designación **del demandante** (con su DNI o NIE) y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso y sus domicilios, indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación social de las personas jurídicas. Si la demanda se dirigiese contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad, además de identificarlos suficientemente, habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como **administradores**, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes, y sus domicilios, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la masa patrimonial, entidad o grupo y de sus gestores e integrantes.

c) La enumeración clara y concreta de los **hechos** sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse **hechos distintos** de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

d) La **súplica** o el suplico correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada.

e) Si el demandante **litigase por sí mismo**, designará un domicilio, de ser posible en la localidad donde resida el juzgado o tribunal, en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con él. La designación debe efectuarse con indicación completa de todos los datos de identificación del domicilio facilitado, así como número de fax, teléfono y dirección electrónica si dispone de ellos, para la práctica de toda clase de comunicaciones por dichos medios. **Si designa letrado**, graduado social o procurador debe ir suscrita por el profesional, que se entiende asume su representación con plenas facultades procesales y facilitar los mismos datos anteriores, sin perjuicio de la ratificación posterior en juicio del demandante salvo que con anterioridad otorgue poder en forma, por alguno de los medios admitidos en derecho o que, con posterioridad, se efectúe revocación o renuncia comunicada de forma efectiva.

f) Fecha y firma.

9699 De la demanda, acompañada de los documentos pertinentes, se han de presentar tantas **copias** como demandados y demás interesados haya implicados en el proceso, así como para el Ministerio Fiscal, en los supuestos en los que intervenga éste. En los 4 días siguientes a su presentación, el letrado de la Administración de Justicia puede dictar **providencia** para que se subsanen los defectos, omisiones o imprecisiones detectadas al redactar la demanda y

presupuestos procesales. Si **no se subsanan**, se origina el archivo de la misma. En caso de **subsanarse**, se admite provisionalmente toda la demanda aunque no se acompañe la certificación del acto de conciliación previa, advirtiendo de la necesidad de su **acreditación** en el plazo de 15 días desde el día siguiente de la recepción de la notificación. Si no se acredita en tal plazo, se archiva la demanda.

La **admisión de la demanda**, acontece una vez comprobada la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente (LRJS art.82).

2. Citación para los actos de conciliación y juicio

(LRJS art.82)

9702 El letrado de la Administración de Justicia es el que señala a las partes, en una misma resolución, el día y la hora en el que se ha de celebrar la conciliación y juicio, en una única convocatoria y actos sucesivos. Como mínimo, para ello, serán 10 días los que transcurran desde la admisión de la demanda. La **excepción**: el plazo de 22 días cuando la representación y defensa sea atribuida al abogado del Estado, a un letrado de la Administración General de la Seguridad Social o para la consulta al organismo que establezca su legislación propia, así como cuando la representación y presencia en juicio sea atribuida al letrado de las Cortes Generales. Ante estas excepciones, obviamente, el juicio acontecerá en fecha posterior.

La **citación** se produce mediante la entrega a los demandados, a los interesados y, en su caso, al Ministerio Fiscal, tanto de la copia de la demanda como de los demás documentos, requiriendo de la Administración pública la remisión del expediente administrativo, siempre y cuando proceda. De forma expresa, se tiene que dejar constancia de que los actos de conciliación y juicio no se suspenden por **incomparecencia del demandado** y que los litigantes han de presentarse al acto de juicio con todos los medios de prueba de los que puedan o intenten valerse.

9704 Cabe la posibilidad de que los actos de conciliación y juicio **puedan suspenderse** a petición de ambas partes o por motivos justificados acreditados ante el letrado de la Administración de Justicia (LRJS art.83.1). En los 10 días siguientes a la fecha de suspensión, **se ha de celebrar**, salvo que: existan circunstancias graves probadas, pudiéndose acordar una segunda suspensión; se entienda desistido de la demanda por parte del letrado de la Administración de Justicia por no comparecer o por parte del juez o tribunal por no alegar justa causa suficientemente motivadora de la suspensión del acto de conciliación o de juicio. Al respecto, se dicta auto de sobreseimiento. Pero, también, en este sentido, se entiende que una **incomparecencia injustificada** del demandado no ha de impedir la celebración de la conciliación y del juicio, continuando éste sin ser necesaria una declaración de su rebeldía (LRJS 83.2 y 86.3).

3. Acto de conciliación judicial

(LRJS art.84)

9705 Es competencia del **letrado de la Administración de Justicia**, en el marco de la labor mediadora que le corresponde, el intento de conciliación. Del acto de conciliación se extiende la correspondiente acta, llevando a cabo el letrado la labor conciliadora que le es propia, y advirtiendo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes alcanzan la **avenencia**, dictará decreto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones.

Si el letrado estimase que lo convenido es constitutivo de **lesión grave** para alguna de las partes o para terceros, de fraude de ley o de abuso de derecho o contrario al interés público, no aprobará el acuerdo, advirtiendo a las partes que deben comparecer a presencia judicial para la celebración del acto del juicio.

9706 En caso de **no haber avenencia** y procederse a la celebración del juicio, la aprobación del acuerdo conciliatorio que, en su caso, alcanzasen las partes en dicho momento corresponderá al juez o tribunal ante el que se hubiese obtenido mediante resolución oral o escrita documentada en el propio acuerdo. Sólo cabe **nueva intervención** del letrado de la Administración de Justicia aprobando un acuerdo entre las partes si el acto del juicio se llegase a suspender por cualquier causa.

La conciliación y los acuerdos entre las partes aprobados por el letrado o, en su caso, por el juez o tribunal se llevan a efecto por los trámites de la **ejecución de sentencias**.

La acción para **impugnar la validez** de la conciliación se ejercita ante el mismo juzgado o tribunal al que hubiera correspondido la demanda, por los trámites y con los recursos establecidos en esta Ley. La acción **caduca** a los 30 días de la fecha de su celebración. Para los terceros perjudicados el plazo contará desde que pudieran haber conocido 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 podrá fundamentarse en ilegalidad o lesividad.

4. Juicio oral

9707 Es celebrado en **unidad de acto**. En su desarrollo se identifican tres fases: alegaciones, prueba y conclusiones.

9708 Alegaciones

Con carácter previo a la ratificación de la demanda, el órgano judicial debe resolver, motivadamente, en forma oral y oídas las partes, sobre las cuestiones previas que se puedan formular en ese acto, así como sobre los recursos u otras incidencias pendientes de resolución, sin perjuicio de la ulterior sucinta fundamentación en la sentencia, cuando proceda. Igualmente han de ser oídas las partes y, en su caso, se resuelve, 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.

A continuación, el demandante **ratifica o amplía** su demanda, aunque en ningún caso puede hacer en ella variación sustancial. Si el demandado considera que existe **variación sustancial** respecto de lo pedido en la demanda debe manifestar su oposición para que conste, a efectos de la ulterior interposición del recurso de suplicación.

9709 El demandado **contesta** a la parte demandante afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes. De conformidad con la LEC art.405 y la LRJS art.85.2 , se contesta a la demanda mediante una oposición a la misma o con un allanamiento total o parcial.

Únicamente se puede **formular reconvencción** cuando hubiese sido anunciada en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o resolución que agotara la vía administrativa.

9710 Prueba

La segunda fase tiene como finalidad **acreditar la realidad** de los hechos relacionados con el objeto del juicio mediante pruebas que han de ser propuestas, admitidas y practicadas siguiendo la minuciosa regulación establecida al efecto en la LRJS. Destaca en esta fase, como particularidad del proceso laboral, la posibilidad de **invertir la carga de la prueba** -en caso de discriminación o vulneración de derecho fundamental o de libertad pública (LRJS art.96.1 y 181.2)-.

9711 Conclusiones

En la tercera y última fase, la de conclusiones, son formuladas éstas de forma oral, concreta y concisamente, por las partes o sus defensores o representantes, pudiendo ratificar todo lo alegado o solicitar el juez o tribunal información o explicaciones adicionales, concediendo un tiempo conveniente para ello.

En todo caso, la sesión o sesiones del juicio se han de **registrar** en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido y de imagen, siempre y cuando el órgano judicial cuente con los medios al efecto y para que queden garantizadas la autenticidad e integridad de lo grabado. En caso de que no sea posible, el letrado de la Administración de Justicia debe estar presente en la celebración del juicio y realizará un **acta de la sesión o sesiones**. La misma, se extenderá por procedimientos informáticos, siendo firmada por el juez o tribunal, las partes o sus representantes o defensores, los peritos y el secretario.

9712 Diligencias finales

En último lugar, terminado el juicio y dentro del plazo para dictar sentencia, pueden ser decretadas de oficio o a instancia de alguna de las partes, la realización de diligencias finales. Pese a ello, las mismas, son facultad última y discrecional del magistrado, siendo acordadas mediante providencia. En ésta, se ha de fijar el **plazo** dentro del que el medio de prueba acordado ha de practicarse. No pudiendo ser superior a 20 días, si transcurre el mismo y no se ha podido llevar a cabo, puede haber nueva providencia del órgano judicial fijando un nuevo plazo no superior a 10 días para ejecutar el acuerdo y librar las comunicaciones oportunas. Si, en este último plazo tampoco se ha podido llevar a efecto, el juez o tribunal, previa audiencia a las partes, decidirá la conclusión de los autos para sentencia (LRJS art.88.2).

5. Sentencia

(LRJS art.97.2)

9715 Una vez que el juicio oral termina, el juez o tribunal que lo presidió ha de dictar sentencia, cuya publicación es inmediata. Su **contenido** es el siguiente: encabezamiento, resumen de los hechos -antecedentes de hecho-, hechos probados y razonamientos al efecto -fundamentos de derecho-, así como fundamentos de contenido del fallo -parte dispositiva- en los que se declara si se estima la pretensión -total o parcialmente- o si se desestima la misma.

En el **plazo** de 2 días se ha de notificar a las partes o a sus representantes, indicando si es firme o no y los recursos que procedentes, el órgano ante el que se ha de interponer y el plazo y requisitos para ello, al igual que los depósitos y las consignaciones (LRJS art.97.4).

9716 La sentencia puede ser condenatoria al **abono de una cantidad**. En este caso, el juez o tribunal la determinará expresamente. Si son reclamadas **prestaciones o cantidades periódicas**, se puede incluir la condena a satisfacer esas cantidades que se devenguen con posterioridad al momento en el que se dicte.

Asimismo, en la sentencia podrá imponerse, de forma motivada, al litigante que **actúe de mala fe o con temeridad**, así como al que no acuda al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites establecidos en la LRJS art.75.4 . En este caso, si el condenado es empresario, tiene que pagar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubiesen intervenido, sin superar los 600 euros de límite. Si el **demandado no hubiese comparecido**, sin justificación, a los actos de conciliación o de mediación, el juez o tribunal le impondrá las **costas** del proceso, incluidos honorarios, sin superar la cuantía citada de 600 euros, del abogado o graduado social de la parte contraria que hubiese intervenido, siempre y cuando la sentencia coincidiese básicamente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación (LRJS art.66.3).

9717 También es posible que la sentencia condene al empresario a pagar al demandante que personalmente hubiese comparecido a la conciliación o mediación previa, a los actos de conciliación y juicio y a cualquier otra comparecencia judicial, el importe de los **salarios correspondientes al tiempo necesario** para esas asistencias, a excepción de representación preceptiva y no fuese requerida asistencia personal, o cuando se declare que obró de mala fe o con temeridad (LRJS art.100).

B. Proceso monitorio

(LRJS art.101)

9720 El proceso monitorio se configura como una particularidad del proceso ordinario y no como una modalidad procesal. De ahí su ubicación en la LRJS art.101 , en el mismo capítulo dedicado al proceso ordinario. Sus **finalidades** son:

- de un lado, obtener en plazo corto un título ejecutivo para la satisfacción de créditos en los que no hay conflicto o litigiosidad; y,
- de otro, aliviar la carga de jueces y magistrados, incrementando competencias del letrado de la Administración de Justicia.

Es un proceso ágil, rápido y sencillo que se puede sustanciar frente a empresarios que no se hallen en situación de concurso. Su **regulación** básica es la **siguiente**:

1) En la **petición inicial** se expresarán la identidad completa y precisa del empresario deudor, datos de identificación fiscal, domicilio completo y demás datos de 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. Debe **acompañarse 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 éstas sean exigibles.

2) El letrado de la Administración de Justicia judicial procederá a la **comprobación de los requisitos** anteriores, completando, en su caso, los indicados en la solicitud con otros domicilios, datos de identificación o que afecten a la situación empresarial, utilizando a tal fin los medios de que disponga el juzgado, y concederá trámite de subsanación por 4 días de cualquier defecto que apreciare, salvo que sean insubsanables. En caso de apreciar **defectos insubsanables, o de no subsanarse** en plazo los apreciados, dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión o inadmisión de la petición.

3) De ser admisible la petición, **requerirá al empresario** para que, en el plazo de 10 días, pague al trabajador, acreditándolo ante el juzgado, o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, 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 puede practicarse mediante edictos.

4) Del requerimiento se da **traslado** por igual plazo al Fondo de Garantía Salarial, **plazo** que se ampliará respecto del mismo por otros 10 días más, si manifestase que necesita efectuar averiguaciones sobre los hechos de la solicitud, en especial sobre la solvencia empresarial.

5) Transcurrido el plazo conferido en el requerimiento, de haberse abonado o consignado el total importe se **archivará el proceso**, previa entrega de la cantidad al solicitante.

6) De **no haber mediado** en dicho plazo **oposición**, por escrito y en forma motivada, del empresario o del Fondo de Garantía Salarial, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud. Desde la fecha de este decreto se devengará el **interés procesal** de la LRJS art.251.2 .

9725 7) Contra el auto de **despacho de la ejecución**, conteniendo la orden general de ejecución, procede oposición según lo previsto en el nº 9937 (LRJS art.239.4) y pudiendo alegarse a tal efecto la falta de notificación del requerimiento. Contra el auto resolutorio de la oposición no procederá recuso de suplicación.

8) En caso de **insolvencia o concurso posterior**, el auto de despacho de la ejecución servirá de título bastante, a los fines de la garantía salarial que proceda según la naturaleza originaria de la deuda; si bien no tendrá **eficacia de cosa juzgada**, aunque excluirá 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.

9) Si se formulase **oposición** se dará traslado a la parte actora, que podrá, en los 4 días siguientes, presentar, ante el juzgado de lo social, demanda en la forma prevenida en este mismo artículo, en cuyo caso se procederá seguidamente al señalamiento ulterior de los actos de conciliación y juicio en la forma ordinariamente prevista, sobreseyendo en caso contrario las actuaciones.

10) Si **no** hubiera sido **posible notificar** en la forma exigida el requerimiento de pago se procederá a dar traslado al actor para que presente demanda en el mismo plazo, si a su derecho interesare, siguiéndose el mismo trámite anterior.

11) Si se formulase **oposición** sólo en cuanto a parte de la **cantidad reclamada**, el demandante podrá 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 podrá solicitar mediante simple escrito sin necesidad de esperar a la resolución que recaiga respecto de las cantidades controvertidas.

VIII. Proceso de despido y de impugnación de sanciones

9730	A. Proceso de despido	9731
	1. Objeto y ámbito de aplicación	9732
	2. Plazo	9735
	3. Demanda	9740
	4. Acto del juicio	9742
	5. Sentencia	9745
	B. Impugnación de sanciones	9755
	1. Objeto y ámbito de aplicación	9575
	2. Sentencia	9757

A. Proceso de despido

(LRJS art.103 a 113)

9731 Se regula el despido disciplinario (LRJS art.103 s.), el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (LRJS art.102 a 123) y el despido colectivo (LRJS art.124).

1. Objeto y ámbito de aplicación

(LRJS art.103.3)

9732 El objeto de esta modalidad procesal es impugnar por parte del trabajador de las decisiones empresariales que tomen la forma de **despido disciplinario**, adoptadas al amparo del ET art.49.1.k y 54 . Es el despido motivado por incumplimiento grave y culpable del trabajador, también conocido como despido-sanción. Pero la fuerza expansiva de la institución comporta que su regulación se aplique a la impugnación judicial de la decisión empresarial de **extinción del contrato** de trabajo, con independencia de que la empresa efectúe o no un despido disciplinario, quedando sólo excluido el supuesto de extinción por causas objetivas (LRJS art.120) y la modalidad de despido colectivo (LRJS art.124). Esto supone ampliar su aplicación a todos aquellos supuestos en los que la extinción se achaque a la voluntad unilateral del empresario, aunque sea tácita o presunta, **despido tácito** (TS 3-10-90, EDJ 8973), sin perjuicio de que a partir de la correspondiente demanda se valore si la decisión empresarial responde o no a otro tipo de causas o se ampare en otro tipo de previsiones legales (como las terminación del contrato temporal).

Así pues, la **acción de despido** es apta para toda reclamación que el trabajador formule contra la extinción del contrato imputable al empresario cualesquiera que sean las causas de la misma. Jurisprudencia uniforme viene explicando que:

9733

Precisiones

1) Esta modalidad procesal de despido ha permitido aplicar la calificación de improcedencia a **cualquier tipo de impugnación** del cese acordado unilateralmente por la empresa (TS 21-10-04, EDJ 174337). Así, por ejemplo:

- a la extinción del contrato de trabajo producida una vez superado un plazo prudencial entre la **jubilación del empleador** y el cierre efectivo de la empresa (TS 8-6-01, EDJ 15944);
- a la decisión del empleador de **jubilarse forzosamente al trabajador** al amparo de cláusulas convencionales que no cumplen las condiciones legalmente establecidas (TS 2-6-08, EDJ 155872);
- a la falta de llamamiento en el caso de los contratos de trabajo **fijos discontinuos** (TSJ Granada 11-2-15, EDJ 84781);
- a la comunicación de cese de los contratos de **duración determinada** (TS 5-5-04, EDJ 44793);
- a la negativa empresarial a readmitir a un trabajador en **excedencia** pese a la existencia de vacante de igual o similar categoría (TS 21-2-13, EDJ 30038); o de recolocación de trabajador declarado en **incapacidad total** impuesta en convenio colectivo (TS 29-6-10, EDJ 153373);
- a la comunicación de desistimiento por no superación de **período de prueba** nulo o ineficaz (TS 25-11-05, EDJ 307111); a la decisión de cese de los empleados de notarías por traslado del notario (TS 15-12-04, EDJ 229508).

2) El procedimiento especial de despido es el adecuado para reclamar **las diferencias en la indemnización** por despido, cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o sujeto o sujetos obligados al pago). Sin embargo, debe acudir al proceso ordinario cuando exista conformidad sobre estos extremos y se trate exclusivamente de reclamar el impago de la indemnización legal (TS 4-5-02, EDJ 109411).

2. Plazo

(LRJS art.43.1 y 103.1 y 2; LOPJ art.182 a 185; LEC art.130 y 131)

9735 El **plazo de caducidad** aplicable es el de 20 días hábiles siguientes a aquel en el que se hubiera producido el despido, es un plazo de caducidad a todos los efectos: improrrogable y no susceptible de interrupción. El **primer día** del plazo de caducidad es el siguiente al despido (TS 26-2-03, EDJ 4378), entendiendo por tal, el del cese de la prestación de servicios (TS 8-2-10, EDJ 16497), ya que el plazo se computa a partir de la fecha de efectividad y no cuando se notifica el futuro cese.

A los efectos del cómputo del plazo de caducidad, solo se tienen en cuenta los **días hábiles**. Son **días inhábiles** los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad. Ha de incluirse en el cómputo el día de fiesta local del domicilio del demandante cuando no es el de la localidad donde tiene su sede el juzgado competente para el enjuiciamiento del litigio (TS 4-10-05, EDJ 166178). El mes de **agosto** es hábil a estos efectos.

Se **suspende el cómputo** por la interposición de la papeleta de conciliación o solicitud de mediación.

La demanda puede presentarse antes de las **15 horas del día siguiente** al vencimiento del plazo de 20 días hábiles en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial (como autoriza con carácter general la LRJS art.45 y LEC art.135.1); ampliación del plazo que también resulta aplicable a la presentación por medios telemáticos. No obstante, es posible presentar la papeleta demanda de conciliación antes de las 15 horas del «día 21» del plazo referido, sin que se considere caducada la acción siempre que la **demanda** ante el juzgado de lo social se presente el **mismo día** en que se lleva a cabo la conciliación sin avenencia (TS 3-6-13, EDJ 122966).

La única excepción al sometimiento al plazo de caducidad se da en el caso **del empresario erróneo**, esto es, cuando se demanda a quien de forma errónea se le hubiera atribuido la calidad de empresario y se acredita en el juicio o en otro momento anterior al proceso que lo era un tercero. En este supuesto excepcional, el plazo no se inicia hasta el momento en que consta quien es realmente el empresario; también es posible en tal caso ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio. Lo mismo sucede cuando se promueve papeleta de conciliación o solicitud de mediación. El error en la persona del empresario ha de ser totalmente involuntario y proceder de un desconocimiento real de la personalidad del verdadero empresario. No puede actuar esta causa cuando documentalmente le pudiera constar al demandante quién es la empresa real (TS 19-10-10, EDJ 241871). En todo caso, entiende el TS que, aunque hubieran transcurrido más de 20 días desde la fecha del despido hasta la **ampliación de la demanda**, no cabe considerar caducada la acción por el mero hecho de que el trabajador hubiera venido prestando sus servicios en

el centro de trabajo del nuevo empresario si no existe constancia cierta de que conociera en el momento del despido (TS 6-3-12, EDJ 70611).

Una vez producida la efectividad del despido, no es posible la **retractación por el empresario** cualquiera que sea su causa, incluido el error excusable en la decisión extintiva (TS 7-12-09, EDJ 300354).

9736

Precisiones

1) El cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción contra el despido se inicia el día siguiente al cese real y efectivo del trabajador pero si el trabajador tiene conocimiento de la carta con posterioridad a la fecha señalada en la misma vale la **fecha de la notificación** salvo que las **deficiencias** en la notificación sean imputables al trabajador (TS 9-4-90, EDJ 3981); como puede ser el rechazo de la carta de despido (TS 17-4-85, EDJ 2198); o no recogiénola de la oficina de Correos en la que se encuentra depositada por estar ausente del domicilio en el momento de la entrega (TS 13-4-87, EDJ 2993).

2) En caso de **despido tácito o verbal** el plazo se inicia cuando existan hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario (TS 20-2-91, EDJ 1822). Si un trabajador es objeto de un despido **verbal** y a continuación de otro por **escrito** con indicación de incumplimientos posteriores al primero, se está ante **dos despidos** distintos con su respectivo plazo de caducidad, debiendo intentarse la conciliación en cada uno, con independencia de posteriores acumulaciones (TS 14-4-00, EDJ 11267).

3) En caso de que los trabajadores estén en situación de **excedencia** y soliciten el reingreso, el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido hay que fijarlo a partir de un hecho que demuestre la oposición expresa o tácita del empresario al reingreso mediante conducta empresarial inequívoca de actos claros e indubitados (TS 19-10-94, EDJ 9127).

4) Cuestión a tener también en cuenta, por su peculiaridad, es el supuesto de **extinción del contrato por fin de la contrata** y, sin solución de continuidad se vuelve a adjudicar de nuevo la misma contrata. El plazo de caducidad computa a partir del cese efectivo en el trabajo y no a partir de la fecha alegada en la que tuvieron conocimiento de la nueva contrata (TS 15-10-12, EDJ 226023).

5) Si se presenta la demanda judicial dentro del plazo de los 20 días hábiles desde el momento de producirse el despido, sin haberse interpuesto previamente **papeleta de demanda de conciliación** o éste no se hubiera celebrado por incomparecencia del demandante, ha de estarse a la fecha de presentación de la demanda ante el juzgado de lo social por ser este el momento en el que se actúa contra la decisión empresarial con independencia de las consecuencias que ulteriormente pudiesen derivarse de la necesaria subsanación del defecto de falta de conciliación previa (TS 22-12-08, EDJ 272968).

9738 Causas de suspensión del plazo de caducidad

(LRJS art.21.4, 65.1 y 3)

Son causas de suspensión del plazo de caducidad:

a. La solicitud de **conciliación** previa, con reanudación al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días desde su presentación sin que se haya celebrado.

b. La suscripción de **compromiso arbitral** de acuerdo con lo previsto en acuerdos interprofesionales y convenios colectivos, con reanudación al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral o, de interponerse recurso judicial de anulación del laudo, al día siguiente a la firmeza de la sentencia.

c. La solicitud de **abogado de oficio**.

d. La presentación de la demanda ante órgano **jurisdiccional incompetente** desde la inicial presentación de la demanda hasta la sentencia firme declarando la incompetencia (TS 29-1-96, EDJ 311).

Precisiones

1) No se suspende el plazo de caducidad por la interposición de **una demanda por despido archivada** porque la trabajadora no subsanó en plazo los defectos formales observados por el órgano judicial para interponer nueva demanda por la misma causa (TS 18-12-08, EDJ 291530).

2) Es necesario establecer que los **criterios para la apreciación de la caducidad** por la sala en suplicación, aunque la misma no fuera planteada ni debatida en la instancia, resulta posible siempre que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma (TS 26-11-12, EDJ 277764).

3) La presentación de la **demanda** ante el juzgado de lo social antes del transcurso de los 20 días hábiles desde la comunicación del cese, suspende el plazo de caducidad de la acción independientemente de la posterior celebración

de la conciliación en virtud de requerimiento judicial para **subsanan la falta** de acreditación de la conciliación previa (TS 22-12-08, EDJ 272968).

3. Demanda

(LRJS art.104)

9740 Se establece que, además de los **comunes** a toda demanda, la demanda por despido debe contener los siguientes **datos**:

- antigüedad, concretando los periodos en que hayan sido prestados los servicios;
- categoría profesional;
- salario, tiempo y forma de pago;
- lugar de trabajo;
- modalidad y duración,
- fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida en su caso o haciendo mención suficiente a su contenido;
- si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de **representante legal o sindical** de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso; esta referencia en la demanda no es precisa si no va a tener trascendencia para el desarrollo del proceso o para la sentencia;
- si el trabajador se encuentra **afiliado** a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

Tratándose de **fijos discontinuos**, por ejemplo, se deben especificar los períodos en los que prestaron servicios y en el caso de un representante de comercio, ha de constar el importe de las comisiones y su promedio.

Precisiones

1) Los datos esenciales del despido, las circunstancias en que se produjo, las causas imputadas y su negación y aquellos elementos fácticos que resulten **necesarios** para la **valoración por el juez** del acto extintivo y para la oposición de la empresa, tienen que estar contenidos en forma suficiente (TCo 52/2009).

2) Si bien la **carencia** de una **relación de los hechos** no puede motivar de por sí el archivo de una demanda porque no constituye un medio idóneo o insustituible para la fijación del objeto del proceso y no impide la defensa del empresario (TCo 130/1998).

4. Acto del juicio

(LRJS art.105 y 106)

9742 Se produce una **alteración de las posiciones procesales** de las partes. Esto implica que la carga de la prueba, de la veracidad de los hechos imputados, se atribuye al **empleador**, que ha de exponer sus posiciones en primer lugar y, es el **trabajador**, el que contesta al demandado. Se ajusta al principio de igualdad procesal y contribuye a que el trabajador pueda articular una defensa más adecuada.

Esta especialidad implica que las **pruebas** también han de practicarse en orden inverso al habitual. A la parte demandada le corresponde aportar el **expediente contradictorio** cuando se trata de despidos de miembros de comités de empresa, delegados de personal o delegados sindicales. Gozan de la garantía de que se tramite expediente contradictorio antes de acordar contra ellos sanciones, por faltas graves y muy graves, con audiencia en el seno de dicho expediente del propio órgano de representación legal (TS 4-5-09, EDJ 112238).

El demandado no puede alterar la motivación del despido y con ello el debate judicial: solamente pueden ser enjuiciados los **hechos alegados por el empresario** para motivar su decisión (no es posible, por ejemplo, aducir una conducta de desobediencia cuando en la carta de despido se imputaban faltas injustificadas).

El cambio de orden en las actuaciones no puede considerarse un impedimento para que el actor, al ratificar la demanda, alegue la **excepción de prescripción** (TCo auto 108/1992).

5. Sentencia

9745 En los hechos que se estimen probados en la sentencia deben hacerse constar las siguientes **circunstancias**:

- antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios;
- categoría profesional;
- salario, tiempo y forma de pago;
- lugar de trabajo;
- modalidad y duración del contrato;
- jornada;
- características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.
- fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo, en su caso, y hechos acreditados en relación con dichas causas;

Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de **representante legal o sindical** de los trabajadores (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.

En la sentencia no pueden apreciarse **hechos posteriores** a la comunicación de despido. Esta prohibición afecta sólo a los hechos y no a su calificación jurídica.

9747 Calificación del despido

(LRJS art.108; LGSS art.267.1.c; ET art.55.3)

El despido tiene que ser calificado, lo que implica que comprende la **sentencia** uno de estos **pronunciamientos**: procedente, improcedente o nulo.

El trabajador accede a situación legal de **desempleo** y puede devengar en su caso las correspondientes prestaciones.

9748 Despido procedente

(LRJS art.109; ET art.55.4 y 55.7)

Cuando queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario. Tiene como consecuencia que se declara convalidada la extinción del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

La relación entre las partes queda definitivamente extinguida y liquidadas las cuentas pertinentes, aunque cabe la reclamación en procedimiento independiente de obligaciones pendientes nacidas con anterioridad a la extinción. También cabe que el trabajador haya acumulado a la acción de despido la de **reclamación de las cantidades adeudadas** hasta esa fecha, lo que no conlleva alteración alguna en el orden de intervención propio del pleito por despido (LRJS art.26.3).

9749 Despido improcedente

(LRJS art.108.1, 110 y 111; ET art.56)

Se considera improcedente el despido cuando:

1. **No** se acredita en **incumplimiento** alegado por el empresario en la carta de despido. La declaración de despido improcedente supone la condena al empresario a la **readmisión** del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquél, a que le abone una **indemnización** (45 días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 42 mensualidades/desde el 12-2-2012, 33 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades).

2. **No** se han cumplido las **formalidades** requeridas legal o convencionalmente.

3. Se ha omitido el **expediente contradictorio** en el despido de un representante de los trabajadores, o la **audiencia** de los delegados sindicales en el despido de un trabajador afiliado a un sindicato.

En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización puede **anticipar su decisión**, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se ha de pronunciar el juez en la sentencia.

En caso que el empresario opte por la readmisión el trabajador tiene derecho también al abono de los correspondientes **salarios de tramitación** hasta la notificación de la sentencia o hasta que se hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los referidos salarios, todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad del Estado respecto de esos conceptos (ET art.57) (TSJ Cataluña 8-4-11, EDJ 103229).

Atendiendo a las particularidades que reviste si se declarase improcedente el despido de un **representante legal o sindical** de los trabajadores, la opción de elegir entre readmisión o indemnización corresponde al trabajador como garantía de protección a su condición; teniendo derecho en ambos casos al abono de los salarios de tramitación.

Cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, ésta se tiene por no hecha si el Tribunal Superior, al resolver el **recurso**, declarase nulo el despido. Cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no puede ser alterado.

La **sentencia** ha de **indicar la indemnización** que debe abonar el empresario con arreglo a las normas legales o convencionales que sean de aplicación, aunque no se solicite expresamente en el suplico de la demanda (TS 11-10-11, EDJ 249443).

Los **convenios colectivos** pueden asignar la facultad de optar a los trabajadores aun sin tener la condición de representantes.

En otro orden de cosas, en caso de que el despido se declare improcedente por **no** apreciarse que los hechos acreditados revistieran la *gravedad suficiente*, pero constituyeran infracción de menor entidad, el juez o tribunal podrá autorizar a la empresa la imposición al trabajador de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, en el plazo de caducidad de 10 días tras la firmeza de la sentencia (LRSJ art.108.1).

9750 Despido nulo

(LRJS art.108.2, 113 y 286; ET art.55.5 y 6)

Es nulo el despido en los **supuestos siguientes**:

1. Cuando tiene como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley.
2. Cuando se produce con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

También es nulo el despido, si no se acredita su procedencia excluyéndose la improcedencia, en los siguientes supuestos:

a) Los trabajadores durante el período 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, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos referentes a la conciliación de la vida familiar y laboral (ET art.37.4, 5 y 6), o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista para el cuidado de hijos (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 en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Si el despido fuese declarado nulo se condena a la inmediata **readmisión** del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir.

La sentencia es **ejecutada de forma provisional** (LRJS art.297), tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador.

En el caso de la **imposibilidad de readmisión** del trabajador, no solo para el supuesto de imposibilidad material o legal por cierre de la empresa, sino también para el caso de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, concediendo a la víctima la posibilidad de optar por extinguir la relación laboral con las consecuencias indemnizatorias correspondientes, posibilidad que debe ser apreciada en primer lugar por el trabajador víctima del acoso o violencia y en el trámite de ejecución de sentencia (TS 16-4-12, EDJ 103630).

B. Impugnación de sanciones

1. Objeto y ámbito de aplicación

(LRJS art.64 y 114; ET art.58.2)

9755 El proceso de impugnación de sanciones constituye una variante del proceso de despido disciplinario, y **tiene por objeto** impugnar las sanciones que imponga el empresario con independencia de su gravedad. En este sentido, las decisiones disciplinarias del empresario pueden ser objeto de **revisión judicial**. Entre la modalidad de impugnación de sanciones y el proceso de despido existe gran afinidad, aunque también notables diferencias, por la índole de la decisión impugnada. Con la intervención del órgano judicial se pretende proteger y velar por la singular posición del trabajador en el contrato de trabajo con ocasión del ejercicio del poder sancionador legalmente atribuido al empresario.

El órgano judicial social, en principio, debe limitarse a la verificación del buen uso de la potestad sancionadora (TCo 125/1995).

Se encuentra **legitimado** para iniciar la acción de impugnación el trabajador sancionado. Como en el proceso de despido el **plazo de caducidad** para el ejercicio de la acción correspondiente es de 20 días, y empieza a contar a partir del día siguiente al de la notificación de la sanción, independientemente del momento de su ejecución o efectividad. Nótese que aquí opera la inhabilidad del mes de agosto. Respecto a la caducidad de la acción de impugnación del despido o sanción es apreciable de oficio por el juez y se suspende por la presentación de la solicitud de conciliación.

Corresponde al **empresario** probar la realidad de los hechos imputados al trabajador, y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción. Las alegaciones, pruebas y conclusiones deben ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios.

Precisiones

El **inicio del plazo** para el ejercicio de la acción de impugnación de la sanción tiene lugar el día en que se comunica la sanción al trabajador y, no el día en que se lleva a efecto una vez firme. En los supuestos en los que no coincide la fecha de notificación de la sanción con la de su ejecución, no cabe aplicar la interpretación jurisprudencial establecida para el despido (que posibilita la impugnación del mismo en la fecha de su notificación o la del cese efectivo cuando no son coincidentes) al ser esencialmente distintos los efectos que se siguen de la ejecución de una u otra sanción. En el despido se extingue la relación laboral, cesando las recíprocas obligaciones de trabajar y remunerar, además de los efectos en la esfera de la Seguridad Social, mientras que la ejecución de una sanción, además del diferente contenido que pueden tener las distintas sanciones, la relación laboral subsiste, con independencia de que se ejecute o no la sanción y del momento en que dicha ejecución se lleve a cabo (TS 17-5-10, EDJ 122426).

2. Sentencia

(LRJS art.115)

9757 La sentencia ha de contener alguno de los **pronunciamientos** siguientes:

1. **Confirmar** la sanción, cuando se haya acreditado el cumplimiento de las exigencias de forma y la realidad del incumplimiento imputado al trabajador, así como su entidad, valorada según la graduación de faltas y sanciones prevista en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.

2. **Revocarla totalmente**, cuando no haya sido probada la realidad de los hechos imputados al trabajador o éstos no sean constitutivos de falta, condenando al empresario al pago de los salarios que hubieran dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción.

3. **Revocarla en parte**, con análogo pronunciamiento de condena económica por el período de exceso en su caso, cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada, pero los hechos constituyan infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, de no haber prescrito la falta de menor gravedad antes de la imposición de la sanción más grave. En este último caso, el juez puede autorizar la imposición, en el plazo de caducidad de los 10 días siguientes a notificación de sentencia firme, de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, y la decisión empresarial es revisable a instancia del trabajador, en el plazo igualmente de caducidad de los 20 días siguientes a su notificación, por medio del incidente de ejecución de dicha sentencia (LRJS art.238).

4. Declararla nula, cuando:

- hubiese sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente, o cuando éstos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos;
- tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador;
- se den los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido (nº 9750);
- consista en alguna de las legalmente prohibidas o no estuviera tipificada en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.

Las sanciones impuestas a los **representantes legales de los trabajadores** o a los delegados sindicales por faltas graves o muy graves, son nulas cuando sean impuestas sin la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera así como a los **trabajadores afiliados a un sindicato**, sin dar audiencia a los delegados sindicales.

Contra las sentencias dictadas en estos procesos no cabe recurso alguno, salvo de la posibilidad del trabajador de recurrir en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente. La **irrecurribilidad** para el empresario de la sentencia revocadora de sanción muy grave no vulnera el principio de igualdad, pues la posición de empresario y trabajador en el proceso no es igual o equiparable, sino sustancialmente distinta; el hecho de que sólo el trabajador pueda recurrir en caso de sanciones muy graves no coloca al empresario en peor condición ni se le discrimina, pues tan sólo persigue que se restablezca la igualdad de las partes de un modo que, sea o no técnicamente el más correcto, no puede considerarse desde el punto de vista constitucional irrazonable o injustificado (TCo 125/1995,).

IX. Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social no prestacionales

9760	A. Objeto y ámbito de aplicación	9762
	B. Legitimación y sujetos intervinientes	9765
	C. Demanda	9770
	D. Medidas cautelares	9775
	E. Otras reglas	9780
	F. Sentencia	9785

A. Objeto y ámbito de aplicación

(LRJS art.151.1)

9762 Respecto de la impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales nótese que cuando no sea de aplicación otra regulación especial, el procedimiento iniciado por demanda en impugnación de los actos administrativos en materia laboral dirigida contra el Estado, comunidades autónomas, entidades locales u otras Administraciones u Organismos públicos **se rige** por los principios y reglas del proceso ordinario laboral con las especialidades establecidas en la LRJS art.151 y 152 . En lo no expresamente previsto para este procedimiento son de **aplicación supletoria** las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social.

Se excluye de esta modalidad procesal:

- la impugnación de actos administrativos atribuidos al orden jurisdiccional social dictados por el Consejo de Ministros, cuyo enjuiciamiento corresponde directamente a la sala de lo social del TS (LRJS art.9.a y 205.2);
- las reclamaciones relativas a prestaciones de seguridad social, adscritas a otra modalidad procesal (LRJS art.140 a 147); y
- la impugnación de las decisiones relativas a depósito de estatutos de sindicatos o asociaciones empresariales, que también cuentan con modalidad propia (LRJS art.167 s.).

Distintos son asimismo los procedimientos de oficio (LRJS art.148 a150).

B. Legitimación y sujetos intervinientes

9765 La **legitimación activa** para promover este proceso corresponde a los destinatarios del acto o resolución impugnada y a quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación.

La **legitimación pasiva** corresponde a la Administración o entidad pública autora del acto.

Los **empresarios** y los **trabajadores afectados** o los causahabientes de ambos, los terceros a los que pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación, y quienes pudieran haber resultado perjudicados por los mismos, pueden comparecer como parte en el procedimiento y han de ser emplazados al efecto, en especial cuando se trate de enjuiciar hechos que pudieran ser constitutivos de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Los **sindicatos y asociaciones empresariales** más representativos o con implantación en el ámbito de efectos del litigio, y el empresario y la representación unitaria de los trabajadores en el ámbito de la empresa, pueden personarse y ser tenidos como parte en los procesos en los que tengan interés en defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios o en su función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

En los litigios sobre sanciones administrativas en materia de **acoso laboral sexual** o por **razón de sexo**, la víctima está legitimada para comparecer en el procedimiento según su libre decisión y no puede ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad. Si se requiriese el testimonio de la víctima el órgano jurisdiccional ha de velar por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias.

C. Demanda

(LRJS art.69. 70 y 73 y 151.2 a 4 y 7)

9770 La demanda debe ir **acompañada**, en su caso, de la acreditación del agotamiento de la vía administrativa en la forma y plazos que correspondan según la normativa aplicable a la Administración autora del acto. 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).

La demanda debe **contener**:

- la identificación precisa del acto o resolución objeto de impugnación y la Administración pública o entidad de derecho público contra cuya actividad se dirija el recurso; y
- en su caso, las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

En caso de omitirse los requisitos anteriores, el letrado de la Administración de Justicia dispone que se **subsane** el defecto en el plazo de 4 días; realizada la subsanación se admite la demanda: En otro caso, se da cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre su admisión.

El **plazo** de interposición de la demanda es de 2 meses una vez notificada la denegación de la reclamación o transcurrido 1 mes sin haber sido notificada la misma, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos, ante el juzgado o la sala competente o el plazo expresamente señalado, en su caso, según la modalidad procesal aplicable.

Precisiones

Desde el **2-10-2016**, la LRJS sólo mantiene la exigencia de **reclamación previa** respecto de los pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social. En el resto de los pleitos contra administraciones públicas (Estado, CCAA, o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos) se mantiene la exigencia de agotar la vía administrativa sólo cuando así lo establezca la normativa de procedimiento administrativo. La LRJS, sólo mantiene la excepción a tal agotamiento de la vía administrativa respecto de las demandas de tutela de derechos fundamentales (LRJS art.69 y 70).

D. Medidas cautelares

9775 Los interesados pueden solicitar en cualquier estado del proceso la **suspensión del acto o resolución** administrativos recurridos y en general cuantas medidas cautelares aseguren la efectividad de la sentencia, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda.

Cuando se impugnen resoluciones de la autoridad laboral sobre **paralización de trabajos** por riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud, el trabajador o trabajadores afectados, su representación unitaria o sindical y el empresario interesado pueden solicitar el alzamiento, mantenimiento o adopción de la medida. Solicitada la suspensión, el juez o tribunal dicta seguidamente **auto** resolviendo sobre la misma una vez oídas las partes por 3 días, aunque si concurrieran razones de especial urgencia se puede anticipar la medida, sin perjuicio de la posterior audiencia de las partes.

La medida cautelar **puede denegarse** cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o tribunal pondera en forma circunstanciada.

En caso de paralización de trabajos por la causa citada, se cita al empresario y a los trabajadores afectados o a sus representantes a una audiencia preliminar en el día y hora que se señale dentro de las 48 horas siguientes, debiendo el juez o tribunal requerir de la ITSS la aportación dentro del mismo plazo de las actuaciones que hubiera practicado al respecto y, en caso de considerarlo necesario, la presencia del funcionario que hubiera ordenado la paralización, así como de los técnicos que le hubieran asistido.

En el procedimiento pueden **personarse** las entidades gestoras, colaboradoras y servicios públicos de salud, en relación las responsabilidades empresariales que pudieran derivarse en caso de incumplimiento de la paralización de los trabajos acordada por la autoridad laboral (LGSS art.242) y solicitar las medidas cautelares que procedan en orden al aseguramiento de las prestaciones que deban dispensar o anticipar las citadas entidades. Los trabajadores y su representación unitaria o sindical pueden igualmente solicitar la adopción de las mismas medidas cautelares en relación con el referido aseguramiento.

E. Otras reglas

(LRJS art.151.8)

9780 En orden al señalamiento del juicio, reclamación del expediente administrativo, emplazamiento de los posibles interesados, congruencia con el expediente administrativo y demás aspectos relacionados, se ha de estar a lo dispuesto respecto de la **modalidad procesal** sobre prestaciones de seguridad social (LRJS art.143 a 145).

Los hechos constatados por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los subinspectores laborales actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, así como los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tienen **presunción de certeza**, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

F. Sentencia

(LRJS art.151.9)

9785 La sentencia ha de efectuar los **pronunciamientos** que correspondan según las pretensiones oportunamente formuladas por las partes, y en concreto **debe declarar**:

1. La inadmisibilidad de la demanda cuando concurren las siguientes causas: carencia de jurisdicción, no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, haberse formulado aquélla fuera del plazo establecido, falta de cualquier otro presupuesto procesal, impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes, o impugnación de actos confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

2. La desestimación de la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado.

3. La estimación de la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declara no conforme a derecho el acto impugnado y lo anula total o parcialmente y, cuando así proceda, ordena el cese o la modificación de la actuación impugnada o impone el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.

4. La nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, en cuyo caso puede disponerse la nulidad del procedimiento seguido a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción. La declaración de la caducidad del expediente, no impide la nueva iniciación

de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado conlleve la interrupción de dicho plazo.

9787 Resolución de extinción del contrato por fuerza mayor
(LRJS art.123.3 y 4 y 151.11)

La sentencia que deje sin efecto la resolución administrativa por la que se hubiera producida extinciones de contratos derivadas de fuerza mayor debe declarar el derecho de los trabajadores afectados a **reincorporarse** a su **puesto de trabajo**. La empresa debe comunicar por escrito a los trabajadores la fecha de la reincorporación dentro de los 15 días siguientes a la firmeza de la sentencia, salvo que hubiera optado dentro de plazo por la indemnización establecida para el despido improcedente.

El trabajador tiene derecho a los **salarios dejados de percibir**, con deducción de los que hubiera recibido desde la extinción y con devolución o deducción de las cantidades percibidas como indemnización para los casos de despido por causas objetivas. De no readmitir el empresario al trabajador, o de efectuarse la readmisión de modo irregular, éste puede instar la ejecución de la sentencia en los 20 días siguientes (LRJS art.279, 280 y 281).

Si la resolución administrativa se hubiera dejado sin efecto por haber apreciado la **vulneración de algún derecho fundamental**, el trabajador tiene derecho a la inmediata reincorporación con abono de los salarios dejados de percibir, pudiendo instar, en su caso, la ejecución del fallo en sus propios términos (LRJS art.282).

En ambos casos, si se hubieran percibido **prestaciones por desempleo**, se aplica lo dispuesto según en función de que haya tenido lugar o no la readmisión (LGSS art.268).

9789 Acto declarativo de derecho
(LRJS art.146, 147 y 151.10)

La Administración autora de un acto administrativo declarativo de derechos cuyo conocimiento corresponda a este orden jurisdiccional, está legitimada para impugnarlo ante este mismo orden, previa su declaración de **lesividad para el interés público** en los términos legalmente establecidos y en el **plazo** de 2 meses a contar desde el día siguiente a la fecha de tal declaración.

X. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y derechos reconocidos legal o convencionalmente

9795 A. Impugnación individual	9797
1. Tramitación	9800
2. Demanda	9805
3. Sentencia	9810
B. Impugnación colectiva	9815

A. Impugnación individual

(LRJS art.138)

9797 La regulación de la impugnación de la 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, se trata de una norma compleja y de importancia práctica enorme.

La impugnación de carácter individual puede ser efectuada por cada uno de los trabajadores afectados por la medida empresarial, y supone la puesta en marcha de una modalidad procesal que tiene por **objeto** específico la revisión de las decisiones empresariales de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y reducción temporal de jornada por estas mismas causas. Aunque la medida tenga alcance colectivo, la revisión se realiza desde la perspectiva de los derechos e intereses legítimos del trabajador demandante, esto es, del trabajador directamente afectado.

Precisiones

1) En algún caso se ha sostenido que el ejercicio de la acción impugnatoria excluye la **opción rescisoria** e indemnizada del contrato (TSJ Extremadura 30-4-96, Rec 339/96).

2) No cabe impugnación y extinción simultáneas pues son opciones incompatibles y con finalidades opuestas (TS 21-12-99, EDJ 53210). Pero se acepta en general que tras la notificación de la sentencia que declara justificada la decisión empresarial el trabajador afectado pueda optar por la rescisión del contrato (TS 21-12-99, EDJ 53210 ; TSJ Castilla-La Mancha 19-6-98, EDJ 16949 ; TSJ Burgos 15-12-98, EDJ 65137).

1. Tramitación

(LRJS art.138.1 y 2)

9800 Están **legitimados** procesalmente, en la acción individual, tanto en modificaciones individuales como plurales, como el caso de modificaciones colectivas, los trabajadores afectados, ostentando la legitimación pasiva la empresa.

Se plantea por los **trabajadores afectados** por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de movilidad geográfica (ET art.40), de modificación sustancial de condiciones (ET art.41), ni de suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor (ET art.47). La legitimación para poner en marcha esta modalidad procesal corresponde, en suma, a los trabajadores afectados por la correspondiente decisión empresarial; los **representantes de los trabajadores** tan sólo pueden accionar a través del proceso de conflicto colectivo (LRJS art.153.1).

Existen dos situaciones de **litisconsorcio pasivo necesario**, en que, además del **empresario**, han de ser demandadas las siguientes personas:

- si el objeto del debate versa sobre preferencias atribuidas a **determinados trabajadores**, deberán ser demandados éstos;

- si se trata de modificaciones de carácter colectivo y la medida cuenta con la conformidad de los **representantes de los trabajadores** (acuerdo con el empresario en el período de consultas), también deben ser éstos demandados.

El **empresario** tiene el deber de **acreditar** las razones invocadas para adoptar la modificación, a diferencia de la impugnación de órdenes empresariales dentro del círculo del poder ordinario del empresario, en las que corresponde al demandante la prueba del ejercicio ilícito del mismo.

El **acuerdo** entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpe la continuación del procedimiento.

2. Demanda

(LRJS art.138.1 a 5; ET art.59.4)

9805 El proceso se inicia mediante demanda en la que se impugne la decisión empresarial por **motivos** de fondo o de forma y se pida la declaración de falta de justificación o nulidad de la misma, o, en su caso, inobservancia del orden de preferencias legal o convencionalmente comunicación.

La demanda debe presentarse en el **plazo de caducidad** de los 20 días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, plazo que no comienza a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, aun cuando la MSCT colectiva se hubiera llevado a cabo mediante acuerdo y el trabajador hubiera podido tener noticia de dicho acuerdo (TS 12-1-17, EDJ 12895). Ello sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo general de prescripción (un año). La presentación de la demanda ante órgano jurisdiccional incompetente no suspende el plazo de caducidad de la acción (AN 3-4-13, EDJ 38153). Si la fecha de recepción de la comunicación difiere de la que consta en el escrito de comunicación el plazo de 20 días comienza a computarse el día siguiente al de la fecha de la recepción real de los representantes legales de los trabajadores con los que se alcanzó el mismo acuerdo.

El órgano jurisdiccional puede recabar **informe** urgente de la **Inspección de Trabajo** y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen; el informe versará sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes.

Si una vez iniciado el proceso se plantease **demanda de conflicto colectivo** contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspende hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tiene eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual (LRJS art.160.3).

El procedimiento es **urgente** y de **tramitación preferente**. El carácter urgente del procedimiento conlleva que se considere hábil el mes de **agosto** (LOPJ art.183 ; LRJS art.43.4), lo que debe ser tenido en cuenta a efectos de los plazos para solicitar la ejecución de la sentencia.

La preferencia en el despacho de estos asuntos no es, sin embargo, absoluta, al estar subordinada a la de los procesos de tutela de derechos fundamentales y de conflictos colectivos (LRJS art.159 y 179.1).

El acto de la **vista** ha de señalarse dentro de los 5 días siguientes al de la admisión de la demanda, salvo que se haya recabado informe de la Inspección de Trabajo.

9807

Precisiones

1) En cualquier caso, para que opere el citado **plazo** es requisito imprescindible que exista un **acto expreso por la empresa de comunicación** de la decisión extintiva definitiva a los representantes de los trabajadores y en última instancia a los trabajadores afectados, sin que sea válido a estos efectos que la empresa manifestara dicha intención en el proceso del período de consultas (TS 21-10-14, EDJ 261501).

2) Si el empresario siguió un **procedimiento irregular**, de forma que el trabajador no pudo reconocer que estaba en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, la apreciación de caducidad de la acción porque el trabajador se **excedió del plazo previsto** para el proceso especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo constituye una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (TCo 126/2004).

3) En caso de **demanda de conflicto colectivo**, se da lugar a una situación de prejudicialidad normativa más que de litispendencia porque la sentencia colectiva define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas (TS 30-6-94, EDJ 5730 ; 18-7-94, EDJ 11733).

Estas mismas reglas pueden ser aplicadas a las demandas individuales presentadas con posterioridad a la acción de conflicto colectivo (como parece deducirse de TS 21-2-97, EDJ 1362).

3. Sentencia

(LRJS art.138.6 a 9)

9810 La sentencia debe ser dictada en el **plazo** de 5 días y es inmediatamente ejecutiva.

Contra la misma no procede ulterior **recurso**, salvo en los supuestos siguientes:

- de movilidad geográfica previstos en caso de traslado colectivo (ET art.40.2);
- en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo (ET art.41.4);
- en las suspensiones y reducciones de jornada que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos (ET art.47).

La sentencia ha de **contener** alguna de estas **calificaciones** en relación con la orden empresarial:

1. **Justificada**: si quedan acreditadas, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa, supuesto en el que procederá absolver al empresario, se reconoce el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo, concediéndole al efecto el plazo de 15 días (ET art.40.1 y 41.3).

2. **Injustificada**: cuando no quedan acreditadas, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa, reconociendo en tal caso 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 el caso de traslados significa la reincorporación al centro de trabajo de origen.

3. **Nula**: si la decisión se ha adoptado en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas. Es decir, cuando para eludir el período de consultas con los representantes de los trabajadores (exigido en algunos de estos casos para las medidas de carácter colectivo), el empresario tome medidas aparentemente individuales en períodos sucesivos de 90 días y en número inferior a los umbrales legalmente establecidos, sin que concurrieran, en cambio, nuevas causas.

También se declara nula la decisión empresarial que tenga como móvil alguna de las causas de **discriminación** prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido (nº 9750).

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador puede solicitar la **ejecución del fallo** ante el juzgado de lo social y, si persiste en su actitud de incumplir la sentencia, cabe la posibilidad, en su caso, de la extinción del contrato por justa causa con derecho a la indemnización prevista para el despido disciplinario (ET art.50.1), (LRJS art.279, 280 y 281).

Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectúa en sus **propios términos**, salvo que el trabajador inste la ejecución conforme a los trámites de la LRJS art.279 a 281 . En todo caso son de aplicación los plazos establecidos en el LRJS art.279 .

La sentencia que se dicte en el marco de este proceso es **inmediatamente ejecutiva** y en principio no susceptible de recurso, salvo cuando la medida empresarial impugnada tenga alcance colectivo por afectar a un número de trabajadores superior al umbral legalmente establecido, o cuando se trata de subsanar una falta esencial del procedimiento, en cuyo caso la interposición del recurso no priva a la resolución del carácter inmediatamente ejecutivo.

9812

Precisiones

1) Corresponde declaración de **nulidad** cuando:

- se introducen modificaciones de alcance colectivo sin el preceptivo período de consulta con los representantes de los trabajadores (TSJ Murcia 20-10-98, EDJ 36681);
- se sigue el procedimiento individual y procede el trámite colectivo (TSJ Castilla-La Mancha 28-9-98, EDJ 65091);
- cuando no se respeta el deber de negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo (TSJ Madrid 22-5-98, EDJ 65265).

2) La nulidad es la calificación que corresponde al **incumplimiento de los trámites** propios de la modificación individual, en particular el incumplimiento del deber de comunicación al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a la fecha de efectividad de la modificación (TSJ Sta. Cruz de Tenerife 23-12-98, EDJ 40868).

3) Si el traslado se declara injustificado el trabajador puede reclamar en proceso laboral ordinario una indemnización al empresario si acredita **daños y perjuicios** como consecuencia del forzoso cumplimiento de la orden declarada ilegal (TS 2-6-08, EDJ 90860).

4) La declaración de que una modificación sustancial de condiciones no es ajustada a derecho supone una condena a la **reposición** de dichas condiciones desde el momento en que la alteración se produjo, con abono de las **diferencias salariales** que en su caso correspondan, aunque la sentencia no imponga condena alguna (TS 20-5-14, EDJ 91265).

5) La declaración del traslado como injustificado **no es recurrible** en suplicación salvo el supuesto de afectación general o que la cuestión lleve adherida una denuncia de lesión de derechos fundamentales (TSJ Castilla-La Mancha 9-3-00, EDJ 117116). Tampoco tiene acceso a suplicación la eventual acción secundaria de reclamación de cantidad (TSJ Madrid 26-1-00, EDJ 120006).

B. Impugnación colectiva

(LRJS art.153.1; ET art.59.4)

9815 La impugnación colectiva discurre por la modalidad procesal de **conflicto colectivo** y puede ponerse en marcha cuando el número de trabajadores afectados es igual o superior a los umbrales dispuestos para el despido colectivo. La acción colectiva puede ser ejercitada por quienes cuentan con **legitimación** legal para el proceso de conflicto colectivo.

El proceso de conflicto colectivo se desarrolla en estos casos conforme a sus pautas generales pues no contiene ninguna previsión especial para la impugnación de este tipo de decisiones empresariales (TS 15-1-01, EDJ 263 ; 9-4-01, EDJ 16048 ; 18-6-01, EDJ 16105).

Para el ejercicio de estas acciones colectivas es aplicable el **plazo** de caducidad de 20 días hábiles (TS 6-5-96, EDJ 2410 ; 21-2-97, EDJ 1362 ; 29-5-97, EDJ 4366 ; 22-7-99, EDJ 19977).

Precisiones

1) Puede impugnarse por conflicto colectivo la **decisión** modificativa empresarial tomada **al margen de lo previsto** en el ET art.40 o 4, aunque ya no juega el plazo de caducidad de 20 días (TS 8-11-02, EDJ 295729).

2) Un **sindicato de ámbito nacional** sin implantación en la empresa no está legitimado activamente para la interponer un conflicto colectivo de esta naturaleza (TS 6-6-11, EDJ 131425).

3) No resulta adecuado el procedimiento de conflicto colectivo:

- cuando puedan estar implicados y legitimados pasivamente **trabajadores individuales** (TS 17-11-98, EDJ 27858);
- para la impugnación de traslados que por afectar a un **grupo concretos** de trabajadores carece del interés general y abstracto (TS 28-9-12, EDJ 237605).

XI. Procedimiento en materia de conflictos colectivos

9820	A. Delimitación	9822
	B. Tramitación	9825
	C. Sentencia	9830

A. Delimitación

(LRJS art.153, 154, 155 y 158)

9822 Por medio de este procedimiento se resuelven las demandas que afecten a un **conjunto de intereses** generales propios de un **grupo genérico** de trabajadores -o colectivo cuya determinación individual fuese posible- que traten sobre la aplicación y/o interpretación de una norma jurídica estatal, de un convenio colectivo -indistintamente a cual sea su eficacia-, de una decisión empresarial colectiva, de una práctica de empresa colectiva y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o de la impugnación directa de un convenio o pacto colectivo no incluido en la LRJS art.163 .

Las **pretensiones** propias del proceso de conflicto colectivo se definen tradicionalmente por dos **elementos**:

1. 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.

2. Otro **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.

El hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un **interés individualizable**, en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación, aquí de una decisión o práctica de la empresa, que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Ello es así porque en los conflictos colectivos late un interés individual o plural, en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto.

Una de las particularidades que presenta este proceso con respecto al ordinario es en relación a los **sujetos legitimados**. Están legitimados activamente para demandar y/o personarse como parte en el proceso -aun cuando no lo hayan promovido- los sindicatos, las asociaciones de empresarios, los empresarios, los representantes de los trabajadores, las administraciones públicas y las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de éstos. Más concisamente tienen **legitimación activa**: los sindicatos que tengan un ámbito de actuación igual o superior al del conflicto; las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación sea igual o más amplio que el conflicto de ámbito superior a la empresa; los empresarios u órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, siempre y cuando el conflicto sea de empresa o ámbito inferior a ella; las administraciones públicas empleadoras en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores.

También se tramitan a través de esta modalidad procesal las impugnaciones de convenios colectivos y las impugnaciones de **acuerdos de interés profesional** concertados por las asociaciones de TRADEs y las empresas, de conformidad con lo dispuesto en LRJS art.163 .

Precisiones

1) La regulación actual admite la posibilidad de que el procedimiento de conflicto colectivo se utilice para resolver los litigios que afecten a un **colectivo genérico de trabajadores**, lo que concuerda con lo previsto en la LRJS art.76.2, 157.a, 160.3 y 247 . Pero para que la declaración general que contiene normalmente la sentencia colectiva pueda transformarse en un pronunciamiento de **condena ejecutable** sería necesario que se precisaran los elementos necesarios que en plano subjetivo y objetivo determinan la existencia de una obligación exigible. Sólo cuando concurren esos elementos existe una condena que puede ser ejecutada (TS 28-5-02, EDJ 26619 ; 11-10-11, EDJ 282295 ; 20-3-12, EDJ 65444 ; 28-3-12, EDJ 131564 ; 26-6-12, EDJ 195802 ; 15-11-12, EDJ 284093).

2) No es materia propia de la modalidad procesal de conflicto colectivo la determinación de la **circunscripción electoral** a efectos de las elecciones a Comité de Empresa, debiendo acudir al arbitraje previsto en ET art.76 (TS 14-7-16, EDJ 118048).

B. Tramitación

(LRJS art.63, 156 a 162)

9825 Otra particularidad de este proceso es la necesidad de que haya habido, con **carácter previo** a acudir a él e iniciar el mismo, una **conciliación o mediación**. Si existe acuerdo de **conciliación**, éste tiene eficacia de convenio colectivo, siempre y cuando los sujetos estén legitimados y adopten el acuerdo de cumpliendo los requisitos que al efecto se establecen, siendo necesario remitir una copia del mismo a la autoridad laboral. En el supuesto de los trabajadores

autónomos económicamente dependientes, tiene la eficacia que corresponde a los acuerdos de interés profesional recogidos en el Estatuto del Trabajador Autónomo.

El proceso **se inicia** bien por demanda dirigida al juzgado o tribunal competente, o bien por una comunicación de la autoridad laboral a instancia de las representaciones citadas anteriormente. Sea de una forma u otra, se **tiene que incluir** en la demanda o en el comunicado:

- la concreción de los trabajadores y empresas afectadas por el conflicto -en caso de pretensiones de condena, incluir datos, características y requisitos para una individualización de los afectos por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia-;
- la concreción del demandado con expresión del empresario, asociación empresarial, sindicato o representación unitaria a quienes afecten las pretensiones ejercitadas; y
- una referencia concisa a los fundamentos jurídicos de la pretensión, en conexión con la posibilidad de que fuesen interpretativas, declarativas, de condena o de otra naturaleza ejercitadas según el objeto del conflicto.

Si el inicio es **por demanda**, se ha de adjuntar certificado de intento de conciliación o mediación previa o la alegación de la no necesidad de ésta. Tanto en este caso como en la **iniciación por la autoridad laboral**, el letrado de la Administración de Justicia puede advertir de defectos u omisiones, a fin de que sean subsanados en el plazo de 4 o 10 días respectivamente (LRJS art.81 y 158).

Esta iniciación del proceso, automáticamente, interrumpe la **prescripción de las acciones individuales** en igual relación con el objeto del conflicto colectivo.

El proceso se tramita con carácter de **urgencia y de preferencia** en relación a cualquier otro procedimiento, a excepción del de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, desde que la demanda es admitida, tras la citación del letrado de la Administración de Justicia, se ha de celebrar el **juicio** en el plazo de 5 días y se ha de dictar sentencia ejecutiva -indistintamente al recurso que se pueda interponer a posteriori- dentro de los 3 días siguientes al mismo, siendo notificada a la autoridad laboral competente.

C. Sentencia

(LRJS art.160.3 y 4 y 161)

9830 En el caso de que la sentencia sea **estimatoria** de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, ha de contener la concreción de los datos, características y requisitos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena, así como la especificación de la repercusión directa de la sentencia sobre los mismos del pronunciamiento dictado.

En cualquier caso, la sentencia firme tiene **efectos** de cosa juzgada sobre procesos individuales con idéntico objeto -o con conexión directa a él- pendientes de resolución o que puedan plantearse, ex artículo 160.5.

Asimismo, contra las resoluciones que sean dictadas en la tramitación de este procedimiento, no cabe **recurso** alguno, a excepción de la declaración inicial de incompetencia.

Por último, el letrado de la Administración de Justicia es competente para **archivar las actuaciones** -indistintamente al estado de su tramitación anterior a la sentencia- desde el mismo momento en el que en el juzgado o tribunal se reciba comunicación de las partes de que el conflicto ha quedado solucionado.

XII. Tipos y medios de impugnación de las resoluciones procesales

9850	A. Recursos contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos	9855
	1. Recurso de reposición	9857
	2. Recurso de revisión	9858
	3. Recurso de queja	9860
	B. Recursos contra sentencias	9862
	1. Recurso de suplicación	9864
	2. Recurso de casación	9874
	3. Recurso de casación para unificación de doctrina	9885
	C. Impugnación de sentencias firmes	9893
	1. Audiencia al demandado rebelde	9895
	2. Nulidad de actuaciones	9897

3.	Revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes	9899
4.	Proceso de declaración de error judicial	9901

9851 Las partes en el proceso laboral pueden solicitar la **revisión** de las resoluciones judiciales firmes y no firmes que se han dictado al amparo de aquél, persiguiendo una anulación o modificación -revocación-, a fin de conseguir una resolución más favorable a su interés. Su **formalización y materialización** acontece y se produce a través de los diferentes tipos de recursos y medios de impugnación.

Precisiones

1) La existencia de estos medios de impugnación en el proceso laboral responde a la **finalidad última** de pretender minimizar posibles errores judiciales, quedando garantizando así, implícitamente, el general derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** reconocido constitucionalmente.

2) Para poder acudir a cualquiera de los recursos y medios de impugnación regulados legalmente, previamente, es necesario ser **parte afectada y perjudicada** por el fallo o resolución procesal (LRJS art.17.5). Quedando, en todo caso, garantizado que la modificación solicitada no puede perjudicar a la parte que recurre. No obstante, existe una **excepción**: que, simultáneamente, la parte recurrida, hubiese impugnado la resolución solicitando este efecto.

9852 Recursos

En este sentido, desde una perspectiva de teoría general, los recursos constituyen medios de impugnación frente a **resoluciones judiciales no firmes**.

Respecto de su **tipología** se puede distinguir:

1. Según el **órgano competente** para su resolución pueden ser devolutivos -conoce órgano superior jerárquico- o no devolutivos -conoce el mismo órgano que dictó la resolución recurrida-. Según la materia de la resolución, pueden ser procesales -frente a una resolución estrictamente procesal- o materiales -frente a una resolución sobre fondo-.

2. Según la **finalidad**, pueden ser impugnaciones -intentan anular una resolución ilegal- o materiales -intentan una nueva resolución al considerar la impugnada como injusta-.

3. Según el **ámbito de impugnación**, pueden ser ordinarios, extraordinarios e instrumentales.

Atendiendo a estos planteamientos, queda establecida en el Libro III -sobre medios de impugnación- de la LRJS la diferenciación de dos tipos de ellos a lo largo de sus diferentes artículos:

De una parte, los recursos contra resoluciones sin forma de sentencia, esto es, providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos. Y de otra parte, los recursos contra **sentencias**.

Fuera del Libro III se halla la **audiencia al demandado rebelde**, que se ubica en el Libro II de la LRJS.

A. Recursos contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos

9855 En este marginal se analizan los siguientes recursos

1. Recurso de **reposición** (nº 9857).
2. Recurso de **revisión** (nº 9858).
3. Recurso de **queja** (nº 9860).

1. Recurso de reposición

(LRJS art.186, 187 y 188)

9857 Es la modalidad de recurso que procede tanto frente a **diligencias de ordenación y decretos** no definitivos -ante el letrado de la administración de justicia que dictó la resolución recurrida- como frente a **providencias y autos** - ante el juez de lo social o tribunal-.

No procede el recurso de reposición contra los que se dicten en los siguientes procesos:

- de impugnación de convenios colectivos;
- de conflictos colectivos;
- de materia electoral;
- sobre cuestiones relacionadas con la conciliación personal, familiar y laboral.

Respecto a su **tramitación**, tras la notificación de la resolución, el recurso de reposición se interpone en los siguientes **plazos** máximos:

- 3 días frente a las resoluciones dictadas por un órgano unipersonal;
- 5 días ante resoluciones dictadas por un órgano colegiado.

En ambos casos, se tiene que expresar la infracción en la que la resolución recurrida hubiera incurrido, a juicio de la parte que recurre.

El recurso se sustancia bien siendo **inadmitido** -por no cumplir los requisitos anteriores- mediante providencia irrecurrible o bien siendo **admitido**, en cuyo caso el letrado de la administración de justicia concede a las demás partes personadas un plazo de 3 días -si es órgano unipersonal- o 5 días -si es órgano colegiado- para impugnarlo, siempre y cuando así lo estimasen.

La **resolución** del recurso, en plazos idénticos a los anteriores, corresponde bajo mismo criterio al juez o tribunal mediante un auto irrecurrible cuando se trata de providencias o autos, y al letrado de la administración de justicia mediante decreto cuando se trata de diligencias de ordenación o decretos.

Con carácter general, contra el decreto que resuelve el recurso de reposición **no** es posible dar un **nuevo recurso**.

2. Recurso de revisión

(LRJS art.188)

9858 Modalidad de recurso, a modo de excepción dentro del recurso de reposición, que procede **contra decretos** que expresamente prevean tal posibilidad o que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación, careciendo de efectos suspensivos sin que quepa actuar en sentido contrario a lo resuelto.

En este caso, en el **plazo** de 3 días -si es órgano unipersonal- o 5 días -si es órgano colegiado- se presenta un escrito en el que se tiene que fundamentar la infracción en la que la resolución se entiende que incurre. Si **no se admite**, el juez o tribunal es el que mediante providencia así lo declara, por incumplimiento de los requisitos. Si **se admite** lo realiza mediante diligencia de ordenación el letrado de la administración de justicia, concediendo a las restantes partes personadas un plazo de 3 ó 5 días -según carácter personal o colegiado- para, en su caso, si lo estiman, impugnarlo.

Pasado este plazo de impugnación, el juez o tribunal lo **resuelve** mediante auto en el plazo de 3 a 5 días -según carácter del órgano-, no cabiendo recurso alguno. Tan sólo, únicamente y cuando expresamente así lo prevea la LRJS, cabrá **recurso** de suplicación o de casación.

3. Recurso de queja

(LRJS art.189)

9860 Es la modalidad de recurso que procede frente a los autos que bien **no admitan los recursos** de suplicación o de casación, bien finalicen el trámite de los anteriores por **no** haber sido **subsanaados** en plazo los **defectos** apreciados y manifestados en el momento de su anuncio o de su preparación. En lógica consecuencia, constituyen así estas dos modalidades de autos las resoluciones recurribles por esta forma.

La resolución del recurso es **competencia** del órgano que, en su momento, hubiese tenido conocimiento del recurso inadmitido: las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia (TSJ) o la sala de lo social del Tribunal Supremo (TS).

Respecto a su **tramitación**, la LRJS señala que esta modalidad se ha de tramitar siguiendo lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC art.494 y 495). La tramitación y resolución del recurso tienen **carácter preferente**.

Las **fases** son las siguientes:

- 1.** Una vez se ha producido la **notificación del auto de inadmisión** de los recursos citados, el recurso de queja **se interpone** directamente ante el órgano que dictó el auto impugnado;
- 2.** En el **plazo** de 10 días desde su recepción, se ha de presentar un escrito en el que, siendo necesaria la intervención del abogado, procurador o graduado social colegiado, se tiene que recoger la infracción y se ha de adjuntar una copia de la resolución recurrida y del justificante de la realización del depósito de la cantidad económica estipulada al efecto en la entidad de crédito y en la cuenta de **depósitos** y de **consignaciones** abierta a nombre del órgano judicial, a excepción de que el recurrente sea el Estado, las CCAA, las entidades locales y sus organismos autónomos, el Ministerio Fiscal, un trabajador o un beneficiario del régimen público del sistema de Seguridad Social.
- 3.** En tanto en cuanto el escrito sea presentado dentro de plazo y cumpla los requisitos exigidos, en 2 días hábiles se han de subsanar los defectos o el Tribunal competente **resuelve** sobre el mismo en 5 días. En el caso de que la

tramitación del recurso sea **denegada** procedentemente, tal circunstancia se ha de poner en conocimiento del órgano judicial competente, a fin de que se deje constancia en los autos. En el supuesto de que la tramitación del recurso sea **mal denegada**, se ordena la continuación del proceso al órgano judicial.

Contra el **auto que resuelve la queja** y pone fin al procedimiento de una forma u otra, confirmando la inadmisión o revocando la inadmisión, no se da recurso alguno, es irrecurrible.

B. Recursos contra sentencias

9862 Se van a analizar los siguientes recursos

1. Recurso de **suplicación** (nº 9864).
2. Recurso de **casación** (nº 9874).
3. Recurso de **casación para unificación de doctrina** (nº 9885).

1. Recurso de suplicación

9864 En los marginales siguientes se va a analizar:

- identificación (nº 9865);
- resoluciones irrecurribles (nº 9866) y recurribles (nº 9867);
- motivos (nº 9868);
- consignaciones y depósitos (nº 9869);
- una aproximación al procedimiento (nº 9870).

9865 Identificación

(LRJS art.190 a 204)

Es la modalidad de recurso de la que tienen conocimiento los diferentes TSJ de las CCAA y que procede frente a determinadas resoluciones dictadas por los **juzgados de lo social** de la circunscripción de aquéllos. Procede igualmente frente a autos y sentencias dictadas por **jueces de lo mercantil** de idéntica circunscripción, siempre y cuando afecten al derecho laboral.

9866 Resoluciones irrecurribles

(LRJS art.191.2)

Atendiendo a la técnica de la **diferenciación negativa** las resoluciones que no pueden ser recurridas mediante esta modalidad son las dictadas en procedimientos que tengan que ver con las siguientes materias (LRJS art.191):

- impugnaciones de **sanciones** por faltas no calificadas como muy graves, o falta muy grave no confirmada judicialmente;
- procesos relacionados con fecha de disfrute de las **vacaciones**;
- procesos en **materia electoral**, a excepción de lo relacionado en la LRJS art.136 ;
- procesos de **clasificación profesional**, a excepción de lo establecido en la LRJS art.137.3 ;
- procesos de **movilidad geográfica, modificaciones sustanciales** de condiciones de trabajo, en los cambios de puesto o movilidad funcional y en las suspensiones o reducciones de jornada legalmente previstas, todas ellas con las excepciones legalmente fijadas;
- procedimientos relativos a los **derechos de conciliación** de la vida personal, familiar y laboral;
- reclamaciones con **cuantía en litigio inferior** a 3.001 €. Téngase en cuenta al respecto que en las reclamaciones sobre prestaciones de la Seguridad Social, para ver si se superan los 3000 € se atiende a la diferencia entre la pensión reconocida y la reclamada (TS 1-12-16, EDJ 228903);
- procesos de impugnación de **alta médica** cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que percibía la persona trabajadora.

9867 Resoluciones recurribles

Complementariamente, el recurso de suplicación **cabe en todo caso** ante:

- despidos o decisiones extintivas;
- conflictos colectivos;
- impugnación de convenios colectivos;
- impugnación de estatutos sindicales o de asociaciones empresariales o en tutela de derechos fundamentales;
- en reconocimiento o denegación de prestaciones del sistema de Seguridad Social;
- en aspectos afectantes a un número considerable de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social;
- en reclamaciones para subsanar un defecto fundamental de procedimiento; ante competencia objetiva del juzgado; y
- en cuestiones laborales resueltas por un juzgado de lo mercantil en el marco de un proceso concursal.

Cuando se sigue una modalidad procesal frente a la que **no** cabe **suplicación**, hay que abrir la posibilidad de recurso si se acumuló una pretensión referida a tutela de derecho fundamental o se cuestiona un defecto procedimental (TS 24-10-17, EDJ 232958).

Asimismo, el recurso de suplicación **es procedente frente a**:

- a) **Autos** que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en la que, antes de juicio, el órgano jurisdiccional declara la **falta de jurisdicción** o de competencia por razón de materia, función o territorio.
- b) **Autos y sentencias** dictadas por juzgados de lo **mercantil** en el marco del proceso concursal en aspectos de carácter laboral.
- c) **Autos** que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los dictados por juzgados de lo social y autos que decidan el recurso de revisión interpuesto contra decretos del letrado de la administración de justicia, dictados en ejecución definitiva de sentencia u otros títulos, siempre y cuando la sentencia hubiese sido recurrible en suplicación, o que haya recaído en asunto en el que, de haber originado sentencia, hubiese sido recurrible en suplicación ante casos de denegación de despacho de ejecución, resolución de puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, finalización del procedimiento incidental en la ejecución decidiendo cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo o, ante idénticos casos, en ejecución provisional, siempre y cuando se hubiesen excedido sus límites o se hubiese declarado la falta de jurisdicción o competencia del orden social.

9868 Motivos

(LRJS art.191.4)

Los motivos u objeto del recurso de suplicación son:

- a) La infracción de normas o garantías del procedimiento generador de indefensión.
- b) La no correcta determinación de los hechos probados teniendo en consideración la prueba documental y/o pericial practicada.
- c) La infracción de normas sustantivas o jurisprudencia.

9869 Consignaciones y depósitos

(LRJS art.229, 230, 231, 232, 233, 234 y 235)

Sin embargo, para que proceda este recurso de suplicación se ha de cumplir con el requisito especial de la obligación de depositar y/o consignar determinadas cantidades para su adecuada promoción.

La cuantía económica de **depósito** asciende a 300 €. Están **exentos** de abonarla los trabajadores y sus causahabientes y los beneficiarios del régimen de Seguridad Social (LRJS art.229.1). Este depósito se ha de **hacer efectivo** al interponer el recurso, ingresando la cantidad en metálico en la entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones correspondientes al órgano que dictó la resolución. En caso de que **se incumpla** con este depósito, si no se subsana en plazo, origina, inmediatamente, la inadmisión del recurso.

La cuantía de **consignación** es la correspondiente a la cantidad a la que había sido condenado a pagar el recurrente por la sentencia impugnada (LRJS art.230.1). La consignación se ha de **hacer efectiva** al anunciar el mismo, también en metálico ante idéntica entidad anterior, cabiendo también la posibilidad de sustituir este ingreso por un aseguramiento mediante un **aval** solidario de duración indefinida y pagadero a primer vencimiento emitido por entidad de crédito o, en el caso concreto de Seguridad Social, por un ingreso en la TGSS de la misma. Si **se incumple** con la consignación, no siendo subsanada, se origina, inmediatamente, un auto que pone fin al trámite.

La consignación solo puede realizarse en metálico o mediante el expresado aval bancario. No se admite en su lugar la constitución de una hipoteca a favor del trabajador sobre un bien inmobiliario libre de cargas, sin que ello suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (TCo 173/2016).

Quedan **exentos** de abonar las **consignaciones y depósitos** el Estado, las CCAA, las entidades locales, las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de los mismos, los organismos públicos, los sindicatos y quienes tuvieran reconocido el beneficio de justicia gratuita; incluido el empresario persona física que tuviera reconocido dicho beneficio (TS auto 18-4-17, EDJ 58527).

Procedimiento

(LRJS art.194 y 196 s.)

9870 Es importante tener presente que en esta modalidad de recurso es preceptiva la intervención de **abogado o graduado social**. En caso de que **no se designe** abogado o graduado social por el recurrente, será asignado un **letrado** mediante nombramiento de oficio en el día siguiente al que haya vencido el plazo que tiene el recurrente para proponerlo. Indistintamente, tendrá una función de representación, salvo que se nombre, expresamente, un representante.

En cualquier caso, el procedimiento comienza con la **notificación de la resolución**. Siempre y cuando ésta sea recurrible mediante esta modalidad, en el plazo de 5 días, se ha de **anunciar**, ante el juzgado que dictó la resolución recurrida, la **interposición** del mismo bastando para ello la mera manifestación de la parte, de su abogado, graduado social o representante, al hacerle la notificación; también puede hacerse por escrito o por comparecencia. Ante ello, el letrado de la administración de justicia dicta un auto considerando no anunciado el mismo, cabiendo la queja, o bien dictará una providencia en la que considera anunciado el recurso y por la que pone los autos a disposición del recurrente. En el plazo de 10 días, se deberá de presentar un **escrito de interposición** y, en 2 días, se dictará providencia dando traslado al recurrido. En los 5 días siguientes, se pueden presentar escritos de **impugnación** y, en 2 días, son remitidos los autos al TSJ correspondiente.

Este último dispone de 5 días para **subsana defectos**. Si no los subsana, se originará un auto de inadmisión que puede ser objeto de reposición. En caso de que los subsane, en el plazo de 3 días se originará la instrucción por el magistrado ponente que, en 5 días, puede formular alegaciones sobre inadmisión. Tras ello, en 3 días se decide sobre su **admisión** por medio de un auto irrecurrible. En lógica consecuencia, se puede declarar su inadmisión o su admisión. En éste último caso, en 10 días se ha de **dictar sentencia**. Ésta puede ser: estimatoria, en cuyo caso retrotrae actuaciones o resuelve sobre el fondo de la cuestión; o desestimatoria.

Queda así de manifiesto cómo el recurso de suplicación se ha de anunciar e interponer ante el juzgado que, en su momento, dictó la resolución recurrida, mientras que admite y resuelve la sala de lo social del TSJ que corresponda.

2. Recurso de casación

(LRJS art.205 a 217)

9874 Se analizan a continuación:

- resoluciones recurribles (nº 9876);
- motivos que pueden fundamentar este recurso (nº 9878);
- normas sobre depósito y consignación (nº 9879);
- una aproximación al procedimiento (nº 9881).

9876 **Delimitación y resoluciones recurribles**

(LRJS art.206)

Es la modalidad de recurso de la que tienen conocimiento las salas de lo social de los TSJ y de la AN y que procede frente a **autos y sentencias** de las mismas. También cabe esta modalidad de recurso frente a procesos de impugnación de **actos de las administraciones públicas** del orden jurisdiccional social cuando sean dictados en Consejo de Ministros.

Los **autos** que son susceptibles de ser recurridos son aquellos que: resuelven una reposición o una revisión interpuestos contra la resolución que establezca la terminación anticipada el proceso, bien por satisfacción extraprocesal o pérdida sobrevenida del objeto o bien por falta de subsanación de defectos o errores advertidos; resuelven una reposición interpuesta contra salas de lo social de los TSJ y de la AN y que resuelven de revisión interpuestos contra decretos del letrado de la administración de justicia en ejecución definitiva de sentencia en caso de denegación de despacho de ejecución, de resolución de aspectos sustanciales no controvertidos en pleito, no

decididos en sentencia o que contradigan la ejecución y cuando finalicen el procedimiento incidental en ejecución decidiendo aspectos sustanciales no resueltos o no incluidos en el título ejecutivo; y los que resuelven la reposición ante resoluciones con declaración de incompetencia por razón de materia.

También es posible que las **sentencias** sean recurridas mediante esta modalidad, pero han de ser de las dictadas en única instancia por las salas de lo social de los TSJ o de la AN.

9878 Motivos

(LRJS art.207)

Los motivos del recurso son los siguientes:

a) El **abuso, exceso o defecto** en el ejercicio de la jurisdicción.

b) La **incompetencia** o inadecuación del procedimiento..

c) El **quebrantamiento de las formas esenciales** del juicio por haber infringido las normas reguladoras de la sentencia o de aquellas que rigen los actos y garantías procesales - siempre y cuando se haya causado indefensión a la parte.

c) Un **error** en la apreciación de la prueba sustentado en documentos que obren en autos no contradichos por otras pruebas.

d) Por **infringir normas** del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia susceptibles de ser aplicadas para resolver la cuestión.

9879 Depósito y consignación

(LRJS art.229, 230, 231, 232, 233, 234 y 235)

Adicionalmente, para que proceda este recurso de casación se ha de cumplir con el requisito especial de la obligación de **depositar y/o consignar** determinadas cantidades para su adecuada promoción.

La cuantía económica de **depósito** asciende a 600 €. Están **exentos** de abonarla los trabajadores y sus causahabientes, y los beneficiarios del régimen de Seguridad Social. Este depósito se ha de **hacer efectivo** en el momento de la personación, ingresando la cantidad en metálico en la entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones correspondientes al órgano que dictó la resolución. En caso de que se **incumpla** con este depósito, si no se subsana en plazo, origina, inmediatamente, la inadmisión del recurso.

La cuantía de **consignación** es la correspondiente a la cantidad a la que había sido condenado a pagar el recurrente por la sentencia impugnada. La consignación se ha de **hacer efectiva** al preparar el mismo, también en metálico ante idéntica entidad anterior, cabiendo también la posibilidad de sustituir este ingreso por un aseguramiento mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer vencimiento o, en el caso concreto de Seguridad Social, por un ingreso en la TGSS de la misma. Si se **incumple** con la consignación, no siendo subsanada tampoco, se originará, inmediatamente, un auto que pone fin al trámite.

Como ya se dijo, quedan **exentos** de abonar las consignaciones y depósitos el Estado, las CCAA, las entidades locales, las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de los mismos, los organismos públicos, los sindicatos y quienes tuvieran reconocido el beneficio de justicia gratuita.

9881 Procedimiento

(LRJS art.206 a 217)

Es importante tener presente que en esta modalidad de recurso es preceptiva la **intervención del abogado** por las partes ante la sala de lo social en el plazo señalado para su preparación o impugnación, bien por comparecencia, bien por escrito -debiéndose de facilitar, en ambos supuestos, domicilio profesional y datos de contacto-. En caso de que no se designe por el recurrente, será asignado un letrado mediante nombramiento de oficio en el día siguiente al que haya vencido el plazo que tiene el recurrente para proponerlo. Indistintamente, tendrá una función de representación, salvo que se nombre, expresamente, un representante.

9882 Por su parte, el procedimiento comienza cuando, tras **la notificación de la sentencia**, en el plazo de 5 días, se **prepara** un recurso ante el órgano que dictó la resolución mediante la manifestación, un escrito o compareciendo. El letrado de la administración de justicia, mediante auto, puede **denegar la preparación**, poniendo fin al trámite, siendo posible objeto de queja (nº 9860). Aquél, mediante providencia, puede **admitir el trámite**, considerándolo preparado y puede emplazar a las partes ante el Tribunal Supremo. Tras ello, éstas, disponen de 15 días para **formalizar** el recurso, disponiendo de 5 días para **subsanan defectos** apreciados. En caso de que no se subsanen, se originará un auto de inadmisión que podrá ser objeto de reposición. Seguidamente, el proceso continúa con la puesta a disposición de los autos al letrado, a fin de que en los 15 días siguientes, presente un escrito de interposición. En 3 días se ha de producir la **instrucción** por parte del **magistrado ponente**, tras la que en el plazo de 5 días podrá presentar

alegaciones la parte recurrente o el **Ministerio Fiscal** sobre la inadmisión. Tras ellas, en 5 días, el letrado de la administración de justicia, mediante auto irrecorrrible, decide sobre su **inadmisión** (por falta de contenido casacional, previa desestimación de otros recursos sustancialmente iguales o por carencia sobrevenida del objeto del recurso) o sobre su **admisión**.

En este último caso, en 10 días se han de presentar los escritos de impugnación, sobre los que, en 5 días más, **informará el Ministerio Fiscal**. A continuación de este informe, en 5 días se producirá, en su caso, la vista. En otro caso se señala día y hora para la deliberación, votación y el fallo, que serán recogidos por **sentencia** en el plazo de 10 días. Esta sentencia será desestimatoria o estimatoria. Si tiene este último carácter, puede retrotraer actuaciones o resolver sobre el fondo, permitiendo, a su vez, una nueva demanda.

Se deja patente así cómo, en esta modalidad de recurso, su preparación acontece ante la **sala que dictó la resolución recurrida**, mientras que la interposición, la sustanciación y su resolución se realiza por la **sala de lo social del Tribunal Supremo**.

3. Recurso de casación para la unificación de doctrina

(LRJS art.218 a 229)

9885 En los marginales siguientes se analiza:

- la **delimitación** del propio recurso (nº 9887);
- la **legitimación extraordinaria** del Ministerio Fiscal (nº 9889); y
- el **procedimiento general** (nº 9891).

Precisiones

Como requisito para la admisión del recurso se exige el cumplimiento de las garantías de **depósito y consignación** ya señaladas en el nº 9879 .

9887 Delimitación

Es la modalidad de recurso que **procede frente a sentencias** dictadas en suplicación por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia de las CCAA. Se trata de un **recurso extraordinario**, por lo que sólo 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. Su **finalidad principal** es la interpretación y aplicación uniforme del derecho, mediante la unificación de los sentencias de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia de las CCAA o de la propia sala de lo social del Tribunal Supremo.

El recurso se **prepara e interpone** ante la sala de lo social del TSJ que dictó la resolución impugnada pero contrariamente a lo que sucede en la casación ordinaria, el **impugnante del recurso**, en su caso, sí debe **personarse** ante la sala del TS ya que la impugnación se formula en dicha sede.

En este sentido, se pueden recurrir las anteriores siempre y cuando **contradigan otra sentencia** previa y ya firme (sentencia de contraste) de un TSJ, del TS, del TCo y de órganos jurisdiccionales derivados de tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, respecto a los que se identifique la situación de los sujetos, se concreten los hechos, los fundamentos y las pretensiones sustancialmente iguales y se perciban pronunciamientos diferentes.

A tal fin tiene que existir una **contradicción** entre la sentencia impugnada y otra previa y ya firme de las citadas anteriormente, una infracción legal en la resolución atacada y un quebranto de la unidad de la doctrina con el pronunciamiento impugnado.

Precisiones

Según la **doctrina anterior del TS**, las sentencias de contraste dictadas por los TSJ sólo podían haberse dictado para resolver un recurso de suplicación. Sin embargo, la sala de lo social del TS ha **cambiado de doctrina** permitiendo que en el marco de un recurso de casación para unificación de doctrina se pueda aportar como **sentencia de contraste** una sentencia firme **dictada en instancia** por la misma sala de lo social de un TSJ en el marco de un proceso de conflicto colectivo, ya que este pronunciamiento vincula a dicho TSJ -el que dictó la sentencia recurrida- y que siempre debe resolver el mismo sentido. Para su aceptación como sentencia de contraste, la **sentencia de conflicto colectivo** aportada ha de versar sobre idéntico objeto o estar en relación de directa de conexidad con el mismo. Así

sucede cuando deciden sobre la aplicación e interpretación del mismo precepto de un convenio colectivo que tiene repercusión salarial (TS unif doctrina 16-6-15, EDJ 129858).

9889 Legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal
(LRJS art.219.3)

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. 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 los siguientes **requisitos**:

1. Se hayan dictado **pronunciamientos distintos por los TSJ**, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales;
2. Cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los **requisitos ordinariamente exigidos** o;
3. Cuando 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, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos de contradicción.

El **recurso puede prepararlo** la Fiscalía de la sala de lo social del TS dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia a la Fiscalía de la comunidad autónoma, mediante escrito reducido a manifestar el propósito de entablar el recurso y exponiendo sucintamente la fundamentación que se propone desarrollar en el mismo. El escrito **se presenta** ante la sala del TSJ que dictó la resolución impugnada, dando traslado a las demás partes, hayan o no preparado las mismas recurso.

Conviene destacar que las partes dentro de los 5 días siguientes, pueden solicitar que en el recurso el Ministerio Fiscal interese la **alteración de la situación jurídica particular** resultante de la sentencia recurrida y el contenido de las pretensiones que el ministerio público habría de formular en su nombre en tal caso.

La parte recurrente en su caso, y el Ministerio Fiscal se **entienden personados** de derecho con la remisión de los autos.

Transcurrido el plazo mencionado de 10 días, aunque no se hubieran presentado escritos de las partes en el sentido expresado, dentro de los 5 siguientes se **elevan los autos a la sala de lo social** del TS junto con los escritos de preparación presentados y las actuaciones que se hubieren practicado hasta ese momento en el estado en que se encuentren, previo emplazamiento a las demás partes que no hubieran recurrido para su personación por escrito por medio de letrado ante la sala de lo social del TS dentro del plazo de los 10 días siguientes, debiendo acreditarse la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones. Las **actuaciones ulteriores** se siguen ante la sala de lo social del Tribunal Supremo conforme a las reglas establecidas (LRJS art.222 a 228) con las adaptaciones necesarias teniendo en cuenta las especialidades de esta modalidad del recurso.

En caso de **estimación del recurso**, la sentencia fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y puede afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo. **En defecto de solicitud de parte** o en el caso de que las partes **no hayan recurrido**, la sentencia ha de respetar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, ha de fijar en el fallo **la doctrina jurisprudencial**. En este caso, el fallo se ha de publicar en el BOE y, a partir de su inserción en él, **complementará el ordenamiento jurídico**, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo.

9891 Procedimiento general
(LRJS art.218 a 227)

El procedimiento empieza cuando, tras la **notificación de la sentencia**, en el plazo de 10 días, se **prepara** el recurso ante el órgano que dictó la resolución recurrida (la sala de lo social de un TSJ) mediante un escrito firmado por el abogado. Escrito en el que, imperiosamente, han de quedar mencionadas de forma expresa las **sentencias de contraste**. Un auto del letrado de la administración de justicia puede declarar denegada la preparación, poniendo fin al trámite. O, en su caso, una providencia del mismo puede considerar preparado el recurso y, directamente, emplazar a las partes ante el TS. En el plazo de 2 días se pueden **subsanan defectos** detectados, generándose auto de inadmisión si no se produce ésta, siendo posible objeto de queja. Tras ello se presenta el **escrito de interposición**,

en el que no se pueden alegar sentencias de contraste no mencionadas en el escrito de preparación. Si este escrito no se llega a presentar o se realiza fuera del plazo de 5 días, queda desierta esta modalidad de recurso. Tras ello, en 3 días, se produce la **instrucción por el magistrado ponente**, tras la que en el plazo de 5 días se puede presentar alegaciones de la parte recurrente o por el Ministerio Fiscal sobre su inadmisión. En 10 días, se ha de decidir sobre su **admisión**. Decisión manifestada en un auto irrecurrible en forma de auto de inadmisión y de auto de admisión.

En caso de admisión, en 10 días se tienen que presentar los **escritos de impugnación**, tras los que, en 5 días, se ha de producir el informe del Ministerio Fiscal. En los 5 días siguientes se ha de votar el fallo desde la propia votación y, en los 10 días siguientes, se ha de dictar **sentencia**, bien desestimatoria, bien estimatoria, en cuyo caso resuelve sobre el fondo de la cuestión. Ahora bien, sin afectar a situaciones jurídicas creadas y derivadas de las sentencias tomadas como referentes para el recurso.

C. Impugnación de sentencias firmes

9893 Se distinguen las siguientes **modalidades** de impugnación de la cosa juzgada:

1. Audiencia al demandado rebelde (nº 9895).
2. Nulidad de actuaciones (nº 9897).
3. Revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes (nº 9899).
4. Proceso de declaración de error judicial (nº 9901).

1. Audiencia al demandado rebelde

(LRJS art.185; LEC art.496 a 508)

9895 Es el medio de impugnación excepcional por el que el demandado en permanente **situación de rebeldía** durante el proceso, de forma involuntaria o por causa ajena a su voluntad, puede instar la rescisión de una sentencia firme.

Se puede acudir a este medio cuando, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil, acontezca una **fuerza mayor** ininterrumpida que impidió comparecer, haya un **desconocimiento** de la demanda y del pleito al no llegar la cédula de citación o, en caso de edictos, por estar ausente del lugar del seguimiento del proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la comunidad autónoma en cuyos boletines se hubiesen publicado aquéllos.

Se distinguen **dos fases** con especialidades: la de solicitud y la rescisoria.

La **fase de solicitud** consiste en la comprobación de la existencia de las causas para rescindir la sentencia firme. Se ha de formular petición de audiencia, en el plazo de 20 días desde la notificación personal de la sentencia o desde que conste el conocimiento procesal o extraprocesal de ella y, en todo caso, dentro de 4 meses desde la notificación de la sentencia en el boletín oficial pertinente, ante el órgano judicial que hubiere dictado la sentencia firme que se pretende rescindir. La normativa procesal social concreta que no es necesaria la **declaración** previa **de rebeldía** del demandado que, citado en forma, no comparezca en juicio (LRJS art.185.1, 83.3). En el caso de que no proceda la rescisión, las **costas** se imponen al litigante condenado en rebeldía, siempre y cuando se persone la parte contraria. Contra la sentencia que resuelva, no cabe recurso alguno.

En la **fase rescisoria**, siempre y cuando el órgano judicial estime que se dan los supuestos de audiencia indicados, estimará el recurso y rescindirán la sentencia firme. La audiencia posterior, se sustancia ante el órgano que conoció el litigio en instancia a través del proceso ordinario con aplicación de las reglas del juicio ordinario y del juicio declarativo, excluyendo trámites de entrega de autos al demandado y traslado a la parte contraria. Frente a la sentencia, se pueden interponer los recursos previstos legalmente.

2. Nulidad de actuaciones

(LOPJ art.241.1; LEC 225 a 231)

9897 En la LOPJ quedan regulados, con carácter general, la **nulidad radical de los actos procesales**, se está ante una modalidad excepcional de recurso por medio de la que el juez o tribunal puede declarar la nulidad de actuaciones, siempre y cuando el recurrente no haya podido utilizar otros medios de impugnación contra la sentencia con anterioridad a que la misma deviniese firme.

En este sentido, para que se produzca, las partes tienen que solicitar la nulidad de las resoluciones judiciales mediante un **incidente**. Éste se tramita ante el mismo órgano que conoce del caso y sólo se admite cuando se hubiese producido una indefensión consecuencia de alguna infracción procesal que no hubiese podido ser denunciada en su momento, en tanto en cuanto tampoco hubiese sido susceptible de recurso.

La resolución dictada, frente a la que no cabe recurso, puede **estimar** la petición, reponiendo las actuaciones al estadio previo al defecto que la originó continuándose el procedimiento legalmente establecido. O bien **desestimar** la petición, condenando al solicitante mediante auto al pago de todas las costas derivadas de la tramitación del incidente, salvo que tenga beneficio de justicia gratuita.

3. Revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes

(LOPJ art.240, LRJS art.86.3 y 236; LEC art.509, 510, 511, 512 a 516)

9899 Es un medio de impugnación **excepcional** que permite atacar sentencias y laudos arbitrales firmes -indistintamente al momento en que adquirieron firmeza y de si agotaron o no los recursos pertinentes- que versen sobre materias objeto de conocimiento del orden social desde la toma en consideración de **circunstancias ajenas al proceso** que, en esencia, manifiesten que la resolución dictada no ha sido ajustada a derecho. En consecuencia, mediante la alegación de la improcedencia de la prueba que fue considerada, se puede suspender la ejecución de las propias sentencias y laudos arbitrales firmes.

En consonancia, están **legitimados** la parte perjudicada, los causahabientes o terceros afectados por la sentencia en cuestión. Mientras que tienen legitimación pasiva el resto de partes y el Ministerio Fiscal.

Los **motivos** para acudir a este medio de impugnación son (LEC art.510):

- la recuperación u obtención de **documentos decisivos** después de haberse dictado la sentencia al no haber podido disponer de ellos por causa de fuerza mayor o porque obraban en poder de la parte en cuyo favor fue dictada la sentencia;

- el haberse dictado sentencia sobre la base de **documentos declarados falsos** por la vía penal con posterioridad a la fecha de firmeza de la sentencia o con anterioridad pero desconociendo tal circunstancia;

- el haberse dictado sentencia sobre la base de la **prueba testifical o pericial** cuando los testigos o peritos fuesen condenados por falso testimonio. Es necesario que el testimonio declarado falso en vía penal hubiera sido decisivo para adoptar la decisión judicial en el procedimiento combatido (TS 20-10-16, EDJ 197739);

- cuando la sentencia se hubiese obtenido injustamente en base a **cohecho, violencia** u otra **maquinación fraudulenta**. El fraude o maquinación que permite la revisión se refiere a la obtención de la sentencia, en modo alguno a los hechos enjuiciados (TS 20-10-16, EDJ 202713);

En la norma procesal social se añade **otro motivo** específicamente laboral (LRJS art.86.3): cualquier otra cuestión prejudicial penal que origine sentencia absolutoria por inexistencia de hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada la vía del recurso de revisión.

En ningún caso puede solicitarse la revisión después de transcurrido el **plazo** de 5 años desde la publicación de la sentencia, o de 3 meses desde el momento en que se tiene conocimiento de la concurrencia del motivo susceptible de ser invocado (LEC art.512).

Además, desde el **1-10-2015** la sala de lo social del TS puede revisar una resolución judicial firme nacional cuando el TEDH haya declarado que viola alguno de los derechos reconocidos en el CEDH o sus Protocolos. Para ello la violación, por su naturaleza y gravedad, ha de entrañar efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión que no puede perjudicar derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (LOPJ art.5 bis; LEC art.510, 511, 512). Superándose pronunciamientos previos que defendían la no vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ante una denegación de revisión en tales casos (TCo 197/2006).

Esta revisión que sólo puede ser solicitada por quien hubiera sido **demandante** ante el TEDH debe interponerse en un plazo específico. Concretamente en el **plazo** máximo de un año a computar desde que adquiere firmeza la sentencia del TEDH (LEC art.511 y 512).

4. Proceso para la declaración del error judicial

(LOPJ art.292.1 S.; LRJS art.236.2)

9901 Es una modalidad de proceso cuya **finalidad** es reparar el daño producido por una resolución firme errónea carente de posibilidad de rectificación por la vía normal de los recursos, siempre y cuando sea competencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo.

Es posible acudir a este proceso cuando se hayan agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento. El **plazo** para su ejercicio no se interrumpe ni se suspende por la interposición de un recurso de amparo ni por plantear nulidad de actuaciones, a excepción de que fuese éste útil para tutelar un derecho que se pueda entender vulnerado.

En este sentido, la LRJS art.236 , remite para su sustanciación a los **trámites y requisitos** establecidos al efecto en la LOPJ art.292 s.

Precisiones

Desde el 1-10-2015 se elimina la **responsabilidad civil directa** de los **jueces y magistrados** en el ejercicio de sus funciones, alineándola con la del resto de empleados públicos. Reconociéndose en estos casos la responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La Administración puede repetir en vía administrativa, contra el juez o magistrado si éste ha incurrido en dolo o culpa grave, valorándose en estos casos el resultado dañoso y si hubo intencionalidad (LOPJ art.296, 297 y LEC art.266 y art.403).

XIII. Ejecución provisional y definitiva de títulos judiciales. Oposición a la ejecución

9910	1. Ejecución de sentencias: integración en la Const art.24	9915
	2. Características generales	9917
	3. Títulos ejecutivos	9920
	4. Solicitud y plazo de la ejecución	9925
	5. Partes y sujetos de la ejecución	9930
	6. Tramitación	9935
	7. Ejecución provisional	9941

1. Ejecución de sentencias: integración en la Const art.24

9915 Tal y como expone el TCo la ejecución de sentencias forma parte integrante del derecho a la **tutela judicial efectiva** que proclama la Const art.24 , y es también un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico. Este derecho fundamental comprende el derecho a que las resoluciones de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva, sino que se quedaría en unas declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin **alcance práctico**, correspondiendo a los Tribunales velar por este cumplimiento, como expresamente se declara por la Const art.117.3 , de modo que desconoce el derecho fundamental el juez que por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible. El derecho a la tutela judicial efectiva impide la **rectificación de las sentencias** en fase de ejecución, aunque sean erróneas o contrarias a las normas legales, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan (TS 8-3-02, EDJ 10293 ; TCo 5/2003 ; 32/1982 ; 155/1985 ; 125/1987 ; 167/1987 ; 148/1989 ; 194/1993 ; 210/1993 ; 243/1993 ; 251/1993 ; 306/1993 ; 104/1994 ; 322/1994 ; 39/1995 ; 87/1996 ; 18/1997 ; 202/1998).

2. Características generales

9917 En términos generales la ejecución en el ámbito laboral se caracteriza por unas líneas generales.

1. Se establece la **supletoriedad** de la LEC.
2. Se inicia a **petición de parte**, pero una vez instada la ejecución el impulso es **de oficio**.
3. Se regulan los **plazos de prescripción** para instar la ejecución y se establece un plazo general de 1 año.
4. Se admite la **ejecución parcial** de la sentencia respecto de los pronunciamientos que no hubieren sido impugnados.
5. Se contempla la posibilidad del **cambio de partes** por circunstancias sobrevenidas.
6. Se regula la posibilidad de que se **acumulen** las ejecuciones que se sigan contra un mismo deudor.
7. Se prevé un procedimiento para resolver las **cuestiones incidentales** que se puedan plantear en el curso de la ejecución.
8. Se prohíbe la **renuncia** de los derechos reconocidos al trabajador por sentencia, pero no la **transacción**.
9. En último lugar, se regula expresamente la ejecución de las sentencias recaídas en procesos de **conflictos colectivos**, estimatorias de la pretensión de condena y susceptibles de ejecución.

3. Títulos ejecutivos

9920 La ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos en el contexto del proceso laboral ha de llevarse a efecto según la forma establecida en la LEC para la ejecución de sentencias y títulos constituidos con intervención judicial, aunque con las especialidades previstas en la propia Ley Reguladora de la jurisdicción social (LRJS art.237). Hay que conjugar, así pues, **regulación común** (LEC art.517 y ss.) con regulación **especial**. La LEC generalmente hace funciones supletorias, pero también funciones de regulación directa por vía de remisión, y la LRJS establece la adaptación requerida por los asuntos laborales y de seguridad social en este terreno.

Son **susceptibles de ejecución judicial** las sentencias firmes y demás títulos, judiciales o extrajudiciales, a los que la presente Ley otorga eficacia para iniciar directamente un proceso de ejecución» (LRJS art.237.1).

El **principal título ejecutivo** es la sentencia, que podrá llevarse a ejecución cuando sea firme e incluya la pertinente condena (dar, hacer o no hacer), aunque también son susceptibles de ejecución **provisional** las sentencias pendientes de recurso. Se define como **resolución firme** aquella contra la que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado (LEC art.207.2). No se despacha ejecución de las sentencias meramente **declarativas** ni de las constitutivas, salvo en cuanto contengan algún pronunciamiento de condena; las sentencias **constitutivas firmes** también permiten inscripciones y modificaciones en registros sin necesidad de que se despache ejecución (LEC art.521).

9922 También se consideran títulos ejecutivos los **acuerdos de conciliación o mediación y los laudos arbitrales** firmes (LRJS art.68 y LEC art.517), así como la conciliación y los acuerdos entre las partes aprobados por el letrado de la administración de justicia o el juez (LRJS art.84.1 y 5) o de la conciliación judicial (LRJS art.84.4). Lo son asimismo determinados **autos judiciales** (en incidente de no readmisión, por ejemplo), y en general los **títulos y documentos** que expresamente reciban esa consideración legal (como los citados a lo largo de la LEC art.517).

La ejecución es en principio **competencia** del órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia, incluido el supuesto de resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, acuerdos de mediación y acuerdos logrados en el proceso; si en la constitución del título no hubiere mediado intervención judicial, será competente el juzgado en cuya circunscripción se hubiere constituido (LRJS art.237.2). **Reglas distintas** de competencia entran en juego en caso de acumulación de ejecuciones o de atribución en exclusiva del conocimiento de la ejecución a uno o varios juzgados de una misma circunscripción (LRJS art.237.3 y 4 y LOPJ art.98).

Las normas procesales laborales distinguen en principio entre **ejecución definitiva** (LRJS art.248 s.) y ejecución provisional (LRJS art.289 s.), y también distinguen entre la ejecución **dineraria** y la ejecución en ciertas **materias singulares**, como el despido, el conflicto colectivo o la condena a entes públicos, entre otras.

4. Solicitud y plazo de la ejecución

(LRJS art.238, 239.1 y 2 y 243.1)

9925 La ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales se ha de iniciar **a instancia de parte** (salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución lógicamente corresponde de este modo). Puede solicitarse tan pronto hayan ganado **firmeza**, desde que el correspondiente título ejecutivo haya quedado constituido, o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo fuese exigible (TS 15-7-03; TCo 155/1985 ; 151/1993 ; 17/1977 ; 312/2006).

Salvo que se disponga otra cosa, el **plazo** para instar la ejecución será igual al en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda; es plazo de prescripción a todos los efectos. El plazo es de 5 días para las **cuestiones incidentales** que se promuevan en ejecución (TCo 167/1989 y 170/1997 ; TS 15-2-99, EDJ 9077).

5. Partes y sujetos de la ejecución

(LRJS art.239 y 240; LEC art.538)

9930 Son partes de la ejecución quienes posean a su favor la correspondiente resolución o título ejecutivo, **ejecutantes o acreedores**, por ser titulares del pertinente crédito, y quienes están obligados a su cumplimiento, así como los declarados sucesores de unos u otros. Puede existir pluralidad de demandados como es normal en los pleitos de seguridad social; se ha llegado a declarar la inadecuación del procedimiento cuando la TGSS pretende en un posterior proceso declarativo el correspondiente resarcimiento.

Debe observarse que la **modificación o cambio de partes** en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental (art.238 LRJS) al que con anterioridad nos hemos referido, y para que pueda declararse es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución (LRJS art.240.2).

Como cuestión incidental la **sucesión en la posición de parte** ha de declararse en el interior de la ejecución (TS 24-2-1997, EDJ 1105).

En el supuesto de **vulneración de derechos fundamentales** o libertades públicas el Ministerio Fiscal será siempre parte, velando de forma especial por la integridad de la reparación de las víctimas (LRJS art.240.4). El **FOGASA** puede instar la ejecución en su condición de responsable legal subsidiario y hacerlo en virtud de la subrogación producida en los créditos de los trabajadores, siempre que el pago de las prestaciones se hubiera producido con anterioridad al inicio de la ejecución y se acredite asimismo que estas cantidades correspondan en todo o en parte a las reconocidas en el título (LRJS art.24).

Cuando los títulos ejecutivos ejercitados se realicen frente a **entidades sin personalidad jurídica** que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados puede despacharse ejecución frente a los socios, partícipes, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico o frente a los trabajadores en nombre de la entidad, siempre que se acrediten cumplidamente tales cualidades a juicio del juez o tribunal (por medio del incidente de ejecución (LRJS art.238), y que no se trate de comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal (LRJS art.240.3).

Es posible la intervención en la ejecución, en condiciones de **igualdad de las partes** en los actos que les afecten, quienes sin ser acreedores o deudores, ni sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo (LRJS art.240.1). Supuestos clásicos son las **tercerías de dominio y de mejor derecho** (LRJS art.260 ; TS 11-5-06, EDJ 65502 ; 5-3-08, EDJ 82886 y LRJS art.275). También pueden tomarse como terceros los trabajadores a quienes la ejecución puede causar perjuicios desproporcionados en la continuidad de la relación laboral (LRJS art.244.3).

6. Tramitación

9935 En los siguientes apartados se analiza:

- a) La **oposición** a la ejecución (nº 9937).
- b) La posibilidad de **suspender o aplazar** la ejecución (nº 9939).

a. Forma y requisitos de la oposición a la ejecución

(LRJS art.239)

9937 El órgano jurisdiccional **despacha ejecución**, siempre que:

- concurren los requisitos y presupuestos procesales;
- el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y;
- los actos de ejecución sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

Contra el auto que resuelva la solicitud de ejecución podrá interponerse **recurso de reposición**, en el que además de alegar las posibles infracciones en las que pueda 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 u otros hechos impeditivos;
- extintivos o excluyentes de la responsabilidad que se pretenda ejecutar siempre que hubieran acaecido con posterioridad a su constitución del título.

No es admisible como causa de oposición a la ejecución la compensación de deudas (TS 15-7-03, EDJ 241234 y 5-5-14, EDJ 80843 y TCo 155/1985 , 17/1997 y 312/2006).

Del escrito de **reposición** presentado se dará traslado a la otra parte para impugnación, salvo que el órgano jurisdiccional, según las cuestiones planteadas o por afectar a hechos necesitados de prueba, pueda acudir al trámite incidental del LRJS art.238 .

b. Suspensión y aplazamiento de la ejecución

9939 Cabe la suspensión y el recurso contra la resolución dictada en trámite de ejecución de sentencias. La suspensión de la ejecución de una resolución judicial tiene la naturaleza de una **medida cautelar**, y como tal se adopta por el tribunal en vista a las circunstancias, a instancia de parte o cuando así lo establezca la ley. En el proceso laboral la suspensión de la ejecución, igualmente, aparece vinculada a la protección del salario e, incluso, de los puestos de trabajo de trabajadores ajenos al pleito. La suspensión de la ejecución en el proceso social, dado el principio de celeridad que le inspira, es excepcional y tasada. La interposición de recursos ordinarios no suspende, por sí misma, el **curso de las actuaciones ejecutivas**, pero el órgano ejecutor puede durante un mes, excepcionalmente prorrogable por otro, suspender cautelarmente, con o sin exigencia de fianza, la realización de los actos ejecutivos que pudieran producir un perjuicio de imposible o difícil reparación.

La suspensión de la ejecución se encuentra sometida a **reglas específicas** reguladas expresamente (LRJS art.245). No se requieren consignaciones para recurrir en suplicación y casación las resoluciones dictadas en ejecución (excepto para recurrir el auto resolutorio del incidente de no readmisión, para evitar que se recurra sin garantías dicho auto (TCo 53/1983).

7. Ejecución provisional

9941 La norma procesal admite la **posibilidad** de ejecutar provisionalmente las siguientes sentencias:

- condenatorias al **pago de cantidades** (LRJS art.289 a 293);
- las condenatorias en materia de **Seguridad Social** (art.294 a 296);
- las condenatorias de **despido** (LRJS art.297 a 302);
- las dictadas en **otras modalidades procesales** (LRJS art.303), posibilidad referida a procesos de conflictos colectivos, impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y seguridad social, y las relativas a extinción judicial de la relación laboral por incumplimiento empresarial fundada en el ET art.50 .

La ejecución provisional precisa de un pronunciamiento judicial favorable que tenga forma de una **sentencia**. Sin embargo, hay sectores doctrinales que comprenden la posibilidad de que la resolución a ejecutar provisionalmente pueda ser un **auto**, como es el ejemplo de autos definitivos de reconocimiento de derechos. Es por ello que la ejecución provisional de sentencias de condena, se lleva a cabo, siempre que no sean firmes, del mismo modo que la ejecución ordinaria, es decir, por el **tribunal competente** en la instancia.

El **objeto primordial** de la ejecución provisional, en las distintas jurisdicciones es la desincentivación de interponer recursos con finalidad meramente dilatoria. En la jurisdicción laboral existe una razón de mayor peso, esto es, el retraso en exceso de la ejecución puede ser muy perjudicial para el actor.

20180905