



Tercera época

Revista editada por Ilustre Colegio Nacional

ACTA JUDICIAL

de Letrados de la Administración de Justicia

Nº 2. Julio 2018

Sumario

Págs.

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN LOS SUPUESTOS DE TITULIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 2017

2-40

Por Prudencio C. Moreno Trapiella

LAS JUNTAS DE LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO Y APUNTES PARA SU REFORMA. ESPECIAL REFERENCIA A SU VALOR COMO INSTRUMENTO PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

41-68

Por Jaime Font de Mora Rullán

ALGUNAS DISTORSIONES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN TELEMÁTICOS EN EL PROCESO LABORAL

69-93

Por María Asunción Barrio Calle

CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL E INTERNACIONAL EN EL NUEVO ESTATUTO DE LA VÍCTIMA. LAS FUNCIONES INFORMATIVAS Y TUITIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

94-114

Por María de la Luz Lozano Gago

ESTADO DE ALARMA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: ESPACIO AÉREO

115-131

Por Isidoro Espín López

Licencia de las obras Pág. 132

Consejo editorial y Comité científico Pág. 133

Normas de publicación Pág. 134

Edición semestral

ISSN 2603-7173

Editado en Madrid
(España)

por

Ilustre Colegio
Nacional de Letrados
de la Administración
de Justicia

**LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN LOS SUPUESTOS DE
TITULIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.
COMENTARIO DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE CASTELLÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 2017**

**Legal standing in cases of securitization of mortgage loan. Comment
on the Castellon Provincial Court's Order dated 19th October 2017**

Por Prudencio C. Moreno Trapiella

Letrado de la Administración de Justicia. Doctor en Derecho
prudenciomoreno@gmail.com

Artículo recibido: 19/03/18 | Artículo aceptado: 09/04/18

RESUMEN

El Auto comentado, aborda el problema de la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria, cuando el préstamo hipotecario que se ejecuta ha sido previamente objeto de titulización. El Auto parte de la consideración de que mediante la titulización se produce la cesión del crédito, de suerte que titular de los derechos inherentes al mismo y con ello de la relación jurídica u objeto litigioso pasa a ser el fondo de titulización. El fondo titular del préstamo hipotecario, con carácter previo al ejercicio de la acción hipotecaria deberá proceder a inscribir la hipoteca a su favor en el Registro de la Propiedad, máxime cuando tras una serie de las reformas legislativas llevadas a cabo en el año 2015, esta inscripción a favor del fondo es perfectamente posible.

ABSTRACT

The referred Court Order addresses the problem of legal standing of the plaintiff on foreclosure, when the mortgage loan that is executed was already securitised. The order establishes that by means of the securitization the assignment of receivable takes place, so the rightholder starts to be the securitization fund. The fund owner of the mortgage loan, prior to the exercise of the mortgage action must have the registration of title in the Land Registry, especially when after 2015 law reforms it is possible this type of registration.

PALABRAS CLAVE

Titulización crediticia; ejecución hipotecaria; legitimación activa; préstamo garantizado con hipoteca; mercado hipotecario; Registro de la Propiedad.

KEYWORDS (estilo normal en negrita)

Credit Securitization; foreclosure; active legitimation; mortgage loan guaranteed; mortgage market; Land Registry.

Sumario: 1. La titulización de los préstamos hipotecarios. 2. La naturaleza jurídica de la titulización. Ejecución de préstamos hipotecarios que han sido objeto de titulización. 2.1 La titulación como figura jurídica diferente de la cesión de créditos hipotecarios. 2.2 La doctrina que considera a las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas una modalidad de cesión de créditos. 3. Carácter declarativo *versus* constitutivo de la inscripción de la cesión de créditos hipotecarios. 4. Las excepciones a la exigencia de personalidad jurídica para ser titular registral del dominio y los demás derechos reales. 5. El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de octubre de 2017. 6. La legitimación del Fondo de Titulización de Activos en los procedimientos de ejecución hipotecaria. 7. Bibliografía.

1. La titulización de los préstamos hipotecarios

Los *títulos* del mercado hipotecario son una parte esencial del mismo, cuyo marco regulatorio general aparece contenido en la Ley 2/1981, de 3 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (LMH), así como en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (RMH).

Los *títulos* del mercado hipotecario son las cédulas, los bonos y las participaciones hipotecarias de los arts.12, 13 y 15 de la Ley 2/1981, además de los *certificados de transmisión de hipoteca*.

Dentro de los títulos del mercado hipotecario debemos distinguir dos grupos diferentes. Siguiendo la terminología internacional estarían de un lado los valores respaldados por activos «bonos garantizados», en inglés, *covered bonds (CB)*, que en nuestro ordenamiento vienen representados por las cédulas y los bonos hipotecarios. Y de otro lado, la «titulización» de activos, la versión española de la «securitización», que permite transformar créditos en valores negociables.

Por lo que se refiere específicamente a la titulización de activos, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en su Título III aborda la regulación de la titulación. Esta norma contiene ahora un régimen legal completo y unitario de la titulización, sustituyendo de este modo la anterior regulación dispersa de las diferentes figuras titulizatorias, marco regulatorio que arranca de la Ley 19/1992. La 5/2015, ante la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español de las titulaciones, opera su necesaria refundición y así acaba con la distinción entre titulización hipotecaria y titulación de activos, y en consecuencia, se unifican en una única

categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria¹.

En el ámbito comunitario, la referencia normativa es el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada, y por el que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE y 2011/61/UE y los Reglamentos (CE) nº 1060/2009 y (UE) nº 648/2012².

¹ En el régimen jurídico de la titulación se **venía distinguiendo entre** fondos de titulización de activos (FTA) y fondos de titulización hipotecaria (FTH), esta tipología de fondos ha quedado unificada por obra de la Ley 5/2015, pasando ahora a denominarse todos ellos Fondos de Titulización de Activos (FTA). La primera regulación en profundidad de la titulización la llevó a cabo la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria que abordó la regulación la titulización de aquellos préstamos hipotecarios que reuniesen las características establecidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario. La Ley 3/1994, de 14 de abril, de Adaptación de la Legislación Española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y otras Modificaciones relativas al Sistema Financiero, habilitó al Gobierno para dictar la normativa que permitiría extender la titulización a otros préstamos y derechos de crédito distintos de los de la sección segunda de la Ley 2/1981, incluidos los derivados de operaciones de «leasing», y los relacionados con las actividades de las pequeñas y medianas empresas (apartado 2 de la disposición adicional quinta, ahora derogado expresamente por la disposición derogatoria de ley 5/2015).

² En concreto, en relación a la titulización *simple, transparente y normalizada* (STS, por sus siglas en inglés), alumbrada en la regulación comunitaria, señala Trujillo, que: «Toda la normativa europea de titulización y esta Propuesta en particular albergan otra contradicción. Al tiempo que se alaba el papel de la titulización como instrumento de dispersión de riesgo y de liberación de su peso en los balances de las entidades de crédito, *se establecen unas condiciones de retención que prácticamente eliminan la posibilidad de su transferencia a terceros*. La justificación, se ha dicho muchas veces, es desincentivar el modelo “originar-para-distribuir” que, ciertamente, tuvo un siniestro protagonismo en el mercado de EEUU y también algún caso similar de «malas prácticas» en Europa. Sin embargo, si se considera que la dispersión y cesión de riesgo es importante y la obligación de retención pretende evitar situaciones de des-alineamiento de intereses, quizás haya sido peor el remedio que la enfermedad. Quizás se debería haber atacado de manera directa los negocios de “originar-para-distribuir” y no dañar toda la actividad de titulización. No obstante, una consecuencia positiva de esta regulación de titulización quizás sea que está aflorando un problema importante: la dificultad de que determinados instrumentos puedan cumplir simultáneamente funciones de financiación y de cesión de riesgo, especialmente si la financiación se pretende obtener en mercados, seguros, líquidos y en volúmenes significativos. Si la expansión de la titulización, de acuerdo con la actual regulación, requiere limitar de manera muy significativa la cesión de riesgo, simplificar las operaciones y estandarizarlas, pues quizás sea ese el único camino para apelar a un mercado que por su dimensión requiere estabilidad y seguridad, la respuesta es la negación del propio producto y su sustitución por estructuras más cercanas a los *covered bonds*», TRUJILLO DEL VALLE, J.A : «Titulización de activos tras la crisis financiera», *Mediterráneo económico*, nº 29, p. 241. Sobre el marco específico de la titulización *simple, transparente y normalizada*, Vid. ALONSO VENTAS, A.

Las cédulas y los bonos hipotecarios, lo que en la terminología internacional se denominan *covered bonds* (CB), forman parte de la deuda de las entidades financieras emisoras de estos títulos, deuda garantizada por las hipotecas concedidas, las cuales para ser «elegibles» como cartera de respaldo deberán cumplir los requisitos de la Sección Segunda de la LMH, es decir, constituir primera hipoteca inscrita, no superar el préstamo o crédito el 80% del valor de tasación (art. 5 de la LMH)³.

Por tanto, las cédulas y los bonos cuentan con la *doble garantía* (o el doble recurso) del emisor y de la cartera de respaldo (los préstamos o créditos hipotecarios concedidos). Sobre los activos de cobertura, que siguen en el balance de la entidad emisora, los cedulistas y tenedores de bonos gozan de la prelación crediticia prevista en el art. 1923. 3º del Código Civil y, en caso de concurso de la entidad emisora, verán satisfecho su crédito con preferencia sobre el resto de acreedores (art. 90. 1.1º de la Ley Concursal, en relación con art. 15, último párrafo, de la LMH)⁴.

La titulación es un mecanismo de financiación bancaria, al transformar una serie de activos (v.gr. préstamos o créditos hipotecarios), en valores negociables posibilitando así su comercialización y transmisión en los mercados de capitales⁵.

y MARQUÉS SEVILLANO, M.: «Los bonos garantizados y las titulaciones: situación actual, marco global y perspectivas futuras», *Revista de estabilidad financiera*, Núm. 30, mayo 2016, p. 97 y ss.

³ Establece el art. 3 del RMH: « Se considerarán préstamos y créditos *elegibles* a efectos de servir de cobertura a las emisiones de bonos hipotecarios, de ser objeto de participaciones hipotecarias o de servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias, los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las entidades a que se refiere el artículo 2 que cumplan con los requisitos establecidos en este Capítulo».

⁴ Establece el art. 15 de la LMH: « En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnabile en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, *el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación*».

⁵ El mercado hipotecario funciona como un sistema, por el lado de la *microeconomía* tenemos los préstamos concedidos por la banca minorista (operaciones de activo de la Sección II de la LMH), y del lado *macroeconómico* las grandes emisiones de títulos hipotecarios, la agrupación de estas hipotecas para empaquetarlas y venderlas a los inversores institucionales (operaciones de pasivo de la Sección III de la LMH). En EE.UU se ha identificado como una de las causas de la burbuja y posterior crisis, la implicación de las agencias gubernamentales (*Government-sponsored enterprises, GSE*) en la política de vivienda, en la consecución del objetivo de lograr una «sociedad de propietarios» (*The National Homeownership Strategy: Partners in the American Dream*). Las agencias gubernamentales, Fannie Mae y Freddie Mac se vieron comprometidas en las políticas de vivienda del Gobierno Federal tendentes a aumentar la tasa de propietarios, debiendo adquirir y titular cada vez más préstamos hipotecarios que venían garantizados por Ginnie Mae, préstamos que en no pocas ocasiones fueron de ínfima calidad. Pero al mismo nivel se ha situado la demolición del muro que separaba la banca de negocios de

Con el proceso titulizatorio se persigue aumentar la **liquidez**, al transformar un activo ilíquido en líquido -objetivo que comparte con las cédulas-, pero es sobre todo un instrumento de transmisión del riesgo a un tercero, el *riesgo asociado al crédito titulizado* es asumido por los adquirentes de los bonos de titulización.

La titulización es una forma de movilización de determinados activos -en nuestro caso préstamos o créditos hipotecarios- que se materializa a través de la emisión de valores negociables. De entre todos los valores respaldados por activos *asset backed securities (ABS)*, aquí nos referiremos únicamente a los valores respaldados por hipotecas, los *mortgage backed securities (MBS)*, siendo las participaciones y los certificados de transmisión de hipoteca la adaptación nacional de esta figura internacional.

Como hemos señalado, tratándose de cédulas y bonos (*covered bonds*), el riesgo de crédito lo asume la entidad concesionaria del préstamo o crédito, por ello se dice que habrá recurso al emisor, y actuando la cartera de hipotecas como garantía (doble recurso). En este tipo de valores, frente al adquirente de estos títulos (acreedor) el deudor es la entidad emisora y no el deudor hipotecario.

En la **titulización** hipotecaria -participaciones y certificados de transmisión de hipoteca- la deuda es del vehículo que emite los bonos de titulación y no hay recurso a la entidad originadora (entidad concesionaria del préstamo que luego transmite al vehículo especial). Como ya hemos indicado, el riesgo de impago del préstamo con garantía hipotecaria lo asume inversor que ha adquirido los nuevos títulos emitidos (bonos de titulización).

La titulización ha sido **definida** como el proceso de *transformación* de un conjunto de activos financieros poco líquidos en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pagos determinados. La titulización sería, por tanto, el proceso por el cual una cartera de activos -en nuestro caso préstamos o créditos hipotecarios- son convertidos en unos títulos o «valores negociables» susceptibles de tráfico generalizado en un mercado financiero organizado. La finalidad perseguida con la titulación es dotar de liquidez a las entidades de crédito para que puedan seguir prestando al tiempo que se

la banca comercial, con sus diferentes mecanismos de financiación. La *Glass-Steagall Act*, regulación que arranca de la Gran Depresión, establecía una estricta separación entre la banca comercial y la banca de inversiones, mientras que la banca comercial se financiaba con los depósitos del público en general, la banca de inversión se financia exclusivamente a través del mercado de capitales. La norma fue derogada el 12 de noviembre de 1999 por la *Financial Services Modernization Act*. Esta reforma permitió a los bancos comerciales asumir mayores riesgos y endeudarse más, ya que eran al mismo tiempo bancos comerciales y de inversión, por lo que ha sido señalada como una de las causas de la crisis, Vid. MINSKY, H. P.: “La reforma de la banca en 1995: la derogación de la Ley Glass Steagall, asuntos básicos”, *Revista de Economía Institucional*, nº 26 Bogotá, 2012.

transfiriere el riesgo asociado a los préstamos concedidos, disminuyendo así las necesidades de capital regulatorio.

El proceso titulizador requiere de una serie de operaciones sucesivas: la transmisión de los activos de la entidad originadora al vehículo especial; la estructuración de los activos cedidos; y, finalmente, la emisión de los nuevos valores negociables (bonos de titulización)⁶.

Los activos cedidos por la entidad originadora al Fondo de Titulización de Activos configuran el activo del mismo (participaciones y certificados de transmisión de hipoteca), constituyendo los nuevos valores emitidos (bonos de titulización) el pasivo del Fondo, junto con los posibles préstamos obtenidos para su financiación. En la titulación cabe distinguir entre el Fondo de Titulización de Activos (FTA), un patrimonio separado sin personalidad jurídica, y la sociedad gestora del mismo, que es quien constituye y gestiona el fondo así como asume su representación⁷.

Se produce, por tanto, la venta o cesión incondicional de una serie de activos por parte de la entidad originadora a un vehículo de finalidad especial (*Special Purpose Vehicle, SPV*). La *movilización* de activos desde la entidad originadora-cedente al vehículo de finalidad especial pretende separar o aislar jurídicamente los activos titulizados, de modo que los mismos no se vean afectados en caso de insolvencia de la entidad originadora. Para conseguir aislar los activos es para lo que se crea un patrimonio separado sin personalidad jurídica (SPV), al que se ceden los activos y que es quien emite los nuevos títulos (bonos de titulización).

El vehículo recibe los activos (participaciones) y emite los nuevos títulos, bonos de titulización, bonos cuya calidad crediticia ya no estará en función de la solvencia de la entidad financiera originadora/cedente sino que dependerá

⁶ La Ley del Mercado de Valores califica expresamente de «valores negociables» a «los bonos de titulización» [art. 2.1. e)]. El bono de titulización de activos es la adaptación del anglicismo *asset-backed-securities (ABS)*, que en el caso de que el valor de respaldo sea una hipoteca se denomina *mortgage-backed-securities (MBS)*. Utilizamos la denominación «bonos de titulización» para referirnos a los títulos de renta fija que emita el fondo de titulización, por ser la usualmente utilizada, aun siendo conscientes de que la Ley 5/2015 no nomina a los títulos valores negociables que emitan los fondos de titulización (pasivo del fondo).

⁷ Establece el artículo 15 de la Ley 5/2015: «Los fondos de titulización son *patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, con valor patrimonial neto nulo, integrados*: a) En cuanto a su activo, por los derechos de crédito, presentes o futuros, que agrupen de conformidad con lo previsto en el artículo 16 y, b) en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y por los créditos concedidos por cualquier tercero». Como ha recordado la doctrina, tras la Ley 19/1992, se agilizó el proceso titulizador al permitir titular las participaciones hipotecarias y no los préstamos hipotecarios directamente; Vid. CATARINEU, E.; PEREZ, D.: «La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», *Estabilidad Financiera* nº 14. Pág. 98.

exclusivamente de la calidad intrínseca del activo titulado (el riesgo de crédito de la cartera subyacente)⁸.

La entidad originadora transfiere los activos (así como el riesgo de crédito) al vehículo especial, un patrimonio sin personalidad jurídica, quedando los activos cedidos jurídicamente aislados («*bankruptcy remoteness*»), de modo que estos activos no se vean afectados en caso de insolvencia de la entidad cedente/originadora⁹.

En caso de concurso de la entidad originadora/cedente, al participe le asiste un *derecho de separación absoluto*, razón por la cual se impide la rescisión de la operación de transmisión al fondo, salvo que la misma se haya realizado en fraude de acreedores (art. 15, último párrafo, de la LMH)¹⁰.

Tradicionalmente se viene considerando a la titulación como un *mecanismo de transmisión del riesgo de crédito*, lo que conllevaría que pudieran

⁸ Como han señalado CATARINEU-PEREZ: «*la titulización puede definirse inicialmente como un proceso mediante el que una entidad (originadora) es capaz de transformar un conjunto de activos que mantiene en su balance en una o más series de títulos que se colocan en el mercado. Este proceso suele realizarse a través de un vehículo de finalidad especial interpuesto, que es el que emite los títulos (bonos principalmente), cuya calidad crediticia no depende de las características de la entidad originadora, sino que está directamente vinculada al riesgo de crédito de la cartera subyacente [...]. Ahora bien, la suspensión del pago de intereses y la posterior amortización de los bonos no se producirá a prorrata entre todos los tenedores de los mismos, sino de forma secuencial: una característica clave de las titulaciones es la estratificación del riesgo de crédito. Así, las distintas series de bonos de titulización se emiten con una determinada estructura de subordinación, creando una cascada de pagos que será determinante a la hora de establecer en qué orden se absorben las pérdidas de la cartera subyacente. Los distintos niveles o categorías de bonos emitidos implican diferentes niveles de riesgo (y, por lo tanto, de rentabilidad), que quedan reflejados también en las calificaciones que otorgan las agencias de rating a dichos tramos», CATARINEU, E.; PEREZ, D.: “La titulización de activos op. cit. p. 92.*

⁹ Aspecto fundamental de la titulación es el aislamiento de los activos a través de la creación de un vehículo especial, el cual no se verá afectado en caso de insolvencia de la entidad que le transmite los activos (“*bankruptcy remoteness*”). Como señala ALONSO GONZALEZ: «Una vez identificados y agrupados los activos, el siguiente paso consiste en “*independizar*” a éstos del riesgo soportado por la entidad que los ha generado. Para ello, lo que se hace es transferir esos activos a un tercero mediante venta. Este nuevo agente en escena, que se crea exclusivamente para adquirir dichos activos –conocido como SPV o *Special Purpose Vehicle*–, tiene la propiedad de ser inmune los problemas que pueden surgir en el originador –es decir, es un *bankruptcy remote*–, de modo que si éste fuera a la quiebra, los activos a él cedidos no podrán ser utilizados en la liquidación de aquél» ALONSO GONZALEZ, P.: “Titulación: mucho más que emitir bonos”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Vol. 11, 2001. Págs. 56, 36.

¹⁰ La Ley 5/2015 extiende el derecho de separación en caso de concurso a todo tipo de titulación, garantía anteriormente sólo prevista para las participaciones hipotecarias. Establece ahora el art. 16.4: «A los fondos de titulización les será de aplicación, en relación con los préstamos y demás derechos de crédito que adquieran, el régimen que en favor de los titulares de las participaciones hipotecarias se contempla en el párrafo final del artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».

causar baja en el balance de las entidades originadoras los activos titulizados, disminuyendo así los requerimientos de capital regulatorio. La titulización en nuestro país es de tipo *pass-through*, los préstamos hipotecarios cedidos a través de la emisión de determinados títulos valores, se permite al prestamista sacarlos de su balance. Como expresamente establece el art. 15 de la LMH: « *La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo*».

Como ha señalado MADRID PARRA, las participaciones hipotecarias son la versión española de los *mortgage-backed-securities*, es decir, valores hipotecarios de tipo *pass-through*. Son un instrumento para pasar el riesgo a un tercero por lo que hay una verdadera cesión del crédito hipotecario al tiempo que deja de computar en el balance de la entidad emisora el activo que se transmite. El partícipe deviene acreedor hipotecario y el emisor mantiene la gestión del crédito hipotecario, como sucede en el sistema anglosajón. Los bonos de titulización hipotecaria (pasivo del fondo) son también valores hipotecarios. Instrumentan la titularidad de una cuota parte en un grupo de participaciones hipotecarias. Permiten la cesión o negociación de los créditos hipotecarios en los mercados secundarios y son el último paso en este proceso de titulización¹¹.

Sin embargo, y sobre todo con el nuevo entorno contable, ya no es consustancial a todo proceso titulizador el que los activos cedidos causen baja en el balance de la entidad originadora.

La posibilidad de que los créditos cedidos puedan ser dados de baja del balance, disminuyendo de este modo las necesidades de capital regulatorio de la entidad originadora, depende de que se den una serie de requisitos relacionados en la normativa contable, en especial, se exige que se produzca *una transferencia significativa del riesgo*. A partir de la reforma contable operada en el año 2005 (Circular Contable BdE 4/2004), una buena parte de los activos titulizados no han sido dados de baja de balance de las entidades originadoras, esto se debe a que las entidades retienen la gran mayoría de los tramos de primeras pérdidas de las titulaciones que han originado¹².

¹¹ MADRID PARRA, A: "Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera", *Diario la Ley*, Núm. 41720/2009. Págs. 12-13.

¹² Señala ROLDAN: « Como la estructura de un SPV tiene la característica definitoria de no tener capital ni, por tanto, dueño, la norma contable internacional establece una serie de presunciones bajo las cuales estos deben consolidarse (SIC): si el originador/espónsor retiene la mayor parte de los riesgos del SPV, debe consolidarlo; si el beneficio del originador/espónsor depende de manera sustancial o material del SPV, debe consolidar; si la naturaleza del negocio del SPV es muy similar al del originador/espónsor, debe consolidar; si el originador/espónsor controla de facto el SPV, debe consolidarlo. En definitiva, la norma contable transluce un carácter exigente, a favor de la consolidación, algo que no debería extrañar dado el impacto que tuvo la existencia de SPV fuera del balance en quiebras como las de Enron y Parmalat. [...]

Como hemos señalado, en nuestro ordenamiento, la titulización de activos hipotecarios gira en torno a las *participaciones hipotecarias* (PH) y los *certificados de transmisión de hipoteca* (CTH). Las participaciones hipotecarias aparecen reguladas en art. 15 de la LMH y en el RMH, mientras que el marco normativo de los *certificados de transmisión de hipoteca* se contiene ahora en la Ley 5/2015. En concreto, aparecen regulados en la disposición adicional cuarta de esta norma, que establece: «1. Las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, podrán hacer participar a terceros en todo o parte de uno o varios préstamos o créditos hipotecarios de su cartera, aunque estos préstamos o créditos no reúnan los requisitos establecidos en la sección 2.ª de dicha Ley. Estos valores se denominarán “certificados de transmisión de hipoteca”»¹³.

¿Deberían haberse consolidado? Sí, y por varios motivos. Dada esa inestabilidad intrínseca y el papel vital de las líneas de liquidez, los promotores retenían los riesgos del vehículo en situaciones de estrés. Y, por tanto, deberían haber consolidado los SIV. Dadas las características de la estructura, de su pasivo y activo, eran muy similares al negocio bancario, y por ello deberían haberse consolidado. [...]. ¿Hubiéramos visto la explosión de SIV que hemos vivido si se hubieran consolidado? Rotundamente, no. En la experiencia española, la obligación de consolidar los SIV (que no los SPV en general) eliminó por completo los incentivos a desarrollar el negocio por esa vía. Por tanto, el arbitraje de capital y provisiones parece que fue un elemento que impulsó su crecimiento», ROLDÁN ALEGRE, J.Mª.: “El papel del modelo de “originar para distribuir” en la crisis financiera de 2007”, *Estabilidad Financiera*, nº 15, 2008. Págs. 16-17. En este nuevo escenario contable -Circular Contable 4/2004 del Banco de España-, como reconoce MARTIN: «las entidades cedentes difícilmente podían dar de baja activos en sus balances, ya que los fondos solían contratar con ellas algunas de las mejores financieras previstas en la operativa del fondo. Por otra parte, a partir de 2005 pasó a ser habitual que los cedentes suscribiesen las series de bonos de titulización más subordinadas entre las emitidas por los fondos, ya que estas series tenían menos aceptación entre los inversores. Posteriormente, desde el cierre de los mercados financieros mayoristas a mediados del año 2007 hasta hoy, los originadores han retenido la práctica totalidad de los bonos emitidos», MARTIN MARTIN, Mª. R.: «Análisis de los fondos de titulización españoles: características en el momento de su constitución y comportamiento durante los años de crisis», CNMV, *Documentos de Trabajo*, Nº 57, 2014, p. 19. Sobre el marco contable aplicable a la baja de activos titulizados, MARTIN MARTIN, Mª. R.: “*Pasado y presente de la titulización en el sector financiero internacional*”. Ed. UCM, Madrid, 2016. Págs. 103 y ss.

¹³ La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, reguló los certificados de transmisión hipotecaria para la *movilización* de estos créditos hipotecarios que no eran susceptibles de titulización a través de los fondos de titulización hipotecaria, por no reunir los requisitos de la sección segunda de la LMH. Señala el Artículo 18 La Ley 44/2002: «Ampliación del objeto de la participación hipotecaria. Se adiciona un nuevo párrafo al apartado dos de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, con la siguiente redacción: «Las participaciones hipotecarias agrupadas en los fondos de titulización de activos podrán corresponder a préstamos y créditos que no reúnan los requisitos establecidos en la Sección 2.ª de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado

Los certificados de transmisión de hipoteca son «*títulos hipotecarios*» enteramente semejantes en cuanto a su régimen jurídico (facultades del cesionario, forma de llevarse a cabo la cesión) a las participaciones hipotecarias, siendo la única diferencia la inferior calidad crediticia de la cartera titulizada. Dicho de otro modo, son participaciones hipotecarias en créditos hipotecarios que no reúnen los requisitos de la Sección II de la LMH (préstamos no cualificados)¹⁴.

Los préstamos y créditos hipotecarios de peor calidad crediticia no podrán ser objeto de participaciones hipotecarias, pero sí de certificados de transmisión de hipoteca.

Por parte de la doctrina especializada se venía abogando por la regulación unitaria de los fondos de titulización, tal como finalmente ha realizado la Ley 5/2015, la cual ha unificando en una única categoría legal los denominados fondos de titulización de activos y los fondos de titulización hipotecaria¹⁵. Anteriormente, con la existencia dos tipologías de fondos

Hipotecario. Estas participaciones se emitirán y comercializarán con la denominación de “certificados de transmisión de hipoteca”. No obstante, esta norma ha sido derogada expresamente por la Disposición derogatoria de la Ley 5/2015.

Por tanto, los certificados de transmisión de hipoteca vienen regulados en la actualidad en la disposición adicional 4ª de la Ley 5/2015, así como en la disposición adicional primera del RMH.

¹⁴ Tal y como establece el art. 16.1.a) de la Ley 5/2015, entre los derechos de crédito que figuren en el activo del cedente: «Se entenderán incluidas en esta letra las *participaciones hipotecarias* que correspondan a préstamos que reúnan los requisitos establecidos en la sección segunda de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, *así como los certificados de transmisión de hipoteca*. Los valores emitidos por fondos de titulización que integren en su activo participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria tendrán la consideración de *títulos hipotecarios* de la citada Ley 2/1981, de 25 de marzo». Con la anterior regulación, no obstante su similitud con las participaciones hipotecarias, los certificados de transmisión de hipoteca no eran considerados títulos del mercado hipotecario, en este sentido ARRANZ PUMAR, G.: “El mercado hipotecario español. Los títulos del mercado hipotecario”, *CUNEF*, nº 1-2009. Pág. 28.

¹⁵ La Ley 5/2015 unifica en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria, que pasan a denominarse todos ellos fondos de titulización de activos (FTA). Ello no obstante, se mantiene la doble estructura titulizatoria representada por las participaciones hipotecarias (PH) y los certificados de transmisión de hipoteca (CTH), con importantes diferencias en cuanto a calidad crediticia de los activos titulizados en uno y otro caso. La anterior nomenclatura dual de bonos de titulización hipotecaria (BTH) y bonos de titulización de activos (BTA) revelaba al adquirente la naturaleza del activo subyacente, los activos adquiridos por el fondo de titulización. La denominación BTH expresaba que el fondo de titulización estaba compuesto por hipotecas que cumplieran los requisitos del art. 5 de la LMH (hipotecas *prime*). La denominación BTA, por el contrario, indicaba que el fondo estaba compuesto bien por activos no hipotecarios, o bien por hipotecas que no cumplan los requisitos del art. 5 LMH, por no ser la primera hipoteca o siéndolo tenga un *loan to value* (LTV) superior al 80%. Vid. NASARRE AZNAR, S.; SIMON

diferentes y la inclusión de los certificados de transmisión de hipoteca en los antiguos FTA, y dado que los Fondos de Titulización Hipotecaria su activo estaba compuesto exclusivamente por Participaciones Hipotecarias, las cuales vienen referidas a los préstamos hipotecarios que reúnan todos los requisitos de la Sección Segunda de la LMH, podía tener sentido la regulación diferenciada de los certificados de transmisión de hipoteca. Ahora bien, tras la reforma, y la unificación en una única categoría legal de fondos (FTA), no se entiende cuál es la razón que explique que se siga manteniendo una regulación diferenciada para los certificados de transmisión de hipoteca¹⁶.

El derecho de prelación en el cobro. Tratándose de activos titulizados se establece una **estratificación del riesgo** entre las distintas series de bonos emitidos. En las cédulas y bonos hipotecarios, en caso de insuficiencia de activos del deudor para pagar la totalidad de sus deudas, los acreedores deberán ser pagados en igualdad de condiciones (*pari passu*), sin que se pueda establecer preferencia alguna de los créditos. Contrariamente, los bonos de titulación se emiten siguiendo un determinado *orden de prelación de pagos* entre los diferentes acreedores. Cabe diferenciar al menos tres tramos, el preferente o *sénior*, el intermedio o *mezzanine*, y el «de primeras pérdidas» o «tramo *equity*». La consecuencia de la estratificación es que los impagos en los activos no se producirá a prorrata entre todos los tenedores de bonos de titulación, sino que deberán ser soportados en función de la estructura de subordinación que es la que determina el orden en que se absorben las pérdidas¹⁷.

MORENO, H.: "Las malas prácticas con consumidores en la titulización hipotecaria", en AAVV: "Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios", ADICAE, diciembre 2016. Pág. 18.

¹⁶ Como observa MADRID PARRA: «Queda la duda sobre la necesidad de mantener la existencia del más reciente título hipotecario, esto es, los certificados de transmisión de hipoteca. En realidad, como se ha señalado, la naturaleza y el régimen jurídico es el de las participaciones hipotecarias. La diferencia reside en la cualificación del crédito hipotecario [...] pero para marcar estas diferencias no parece necesario acudir a la creación de nuevos títulos valores. Basta con dar distinta calificación a unas u otras participaciones hipotecarias en función de las características del crédito hipotecario objeto de cesión [...]. En cada caso el inversor tendrá que examinar el contenido del activo del fondo y la estructura del pasivo para formar su propia valoración», MADRID PARRA, A: "La nueva regulación de la titulación en la Ley 5/2015", *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 15, 2015. Pág. 10.

¹⁷ La estructura de la titulización se organiza por tramos y los bonos se emiten siguiendo un determinado orden de prelación de los pagos. Existe una terminología común en el mercado: «al primer conjunto de tramos, denominado preferente o *sénior*, que comprende las series de bonos de mejor calidad crediticia y, por lo tanto, de mayor *rating* (normalmente AAA y AA), le siguen los denominados tramos intermedios o *mezzanine*, que están subordinados a los primeros. En la parte inferior de la estructura, se encuentran los tramos de peor calidad crediticia, que suelen suponer una pérdida casi segura, a los que se denomina "de primeras pérdidas" o "tramo *equity*" [...]. En definitiva, el tramo *equity* hace frente al primer porcentaje de pérdidas de la cartera titulizada, y suele ser retenido por el originador con el fin de conceder

Dentro de la tipología titulizatoria se distingue entre la titulización tradicional y la *sintética*. La titulación como forma de obtener financiación es una característica propia de la llamada titulación tradicional, pero que no resulta predicable de la llamada titulación sintética, a través de la cual se produce una transmisión simplemente del riesgo de crédito, normalmente mediante la utilización de un derivado de crédito, *credit default swap* (CDS). La titulización sintética no es un mecanismo para obtener financiación, sino que simplemente se pretende una transferencia de riesgo de crédito y mejorar de este modo los ratios de capital de la entidad titulizadora¹⁸.

Por otra parte, la titulización hipotecaria se encuentra estigmatizada al haber sido señalada, junto con la innovación financiera y la relajación de los criterios de concesión de préstamos hipotecarios, como una de las causas de la crisis económica. El detonante final fueron las hipotecas *subprime*, hipotecas concedidas por una cantidad superior al valor del inmueble que servía como garantía, y en la práctica posterior de «originar para distribuir». El sistema funcionó mientras los precios de la vivienda subían de modo constante, poco importaba entonces que el prestatario pudiera hacer frente o no a los pagos siempre que el precio del inmueble que servía como garantía siguiera incrementando su valor. En virtud de la estratificación de los tramos, aun en el caso de que algunas de las hipotecas titulizadas dejaran de pagarse, se consideraba altamente improbable que dejaran de pagarse los tramos superiores o preferentes¹⁹.

un nivel suficiente de mejora crediticia a los siguientes tramos de la estructura, para que estos obtengan un *rating* más elevado y puedan colocarse de una forma más atractiva (menor coste) en los mercados», CATARINEU, E.; PEREZ, D.: «La titulización de activos op. cit. p. 93.

¹⁸ Señala el art. 19.1 de la Ley 5/2015: «Los fondos de titulización podrán titular de forma sintética préstamos y otros derechos de crédito, *asumiendo total o parcialmente el riesgo de crédito de los mismos, mediante la contratación con terceros de derivados crediticios, o mediante el otorgamiento de garantías financieras o avales en favor de los titulares de tales préstamos u otros derechos de crédito*».

¹⁹ Entre otros, ROLDÁN ALEGRE, J.M^a.: «El papel op. cit. pp.12-13. Describe Krugman como se fue gestando la burbuja financiera y la posterior crisis desencadenada por las hipotecas *subprime*: «¿Por qué relajaron los prestamistas los estándares? Primero, *llegaron a creer en los precios cada vez más altos de la vivienda. Siempre y cuando los precios de la vivienda suban, no importa mucho desde el punto de vista del prestamista si un prestatario puede o no hacer sus pagos: si las cuotas están muy altas, bueno, el comprador puede tomar un préstamo respaldado con el valor de su casa para conseguir efectivo o si llega a suceder lo peor, simplemente vende la casa y paga la hipoteca. Segundo, los prestamistas no se preocuparon por la calidad de sus préstamos porque no se quedaron con ellos. En vez de eso los vendieron a inversionistas que no entendían lo que estaban comprando [...]. Sin embargo, hasta la gran burbuja de la vivienda la titulización estaba más o menos limitada a las hipotecas de "primera" [...]. La innovación financiera que hizo posible la titulización de hipotecas con tasas no preferenciales (subprime mortgage) fue la obligación de deuda colateral o CDO [...]. En principio, esto se suponía que hacía que las acciones privilegiadas fueran una inversión muy segura: aún si algunas hipotecas dejaban de pagarse, ¿qué tan probable sería que un número*

En el sistema de «originar para distribuir», se genera una situación de *riesgo moral* provocada por la ausencia de estímulos a una política crediticia prudente desde el momento en que el riesgo de impago no lo sufre la entidad prestamista-originadora sino que es traspasado a los inversores de los mercados secundarios, que son quienes han adquirido los bonos de titulización²⁰.

En el sistema de originar para distribuir –en clara divergencia del de retener- el originador carece de incentivos para realizar una selección de crédito solvente desde el momento que el riesgo del crédito se traspasa al vehículo y de este al inversor.

La flexibilización de los criterios de concesión de préstamos, la ausencia de estímulos a la concesión de préstamos hipotecarios solventes, la posterior transmisión del riesgo de crédito a los adquirentes de bonos de titulización, generó un fuerte sobreendeudamiento familiar.

Una vez desencadenada la crisis, las emisiones de titulaciones han descendido a favor de las cédulas hipotecarias, producto preferido por los inversores, por las dudas generadas en cuanto a la solvencia de las carteras de los fondos, y por la doble garantía que representan las cédulas²¹.

suficiente de ellas dejaran de hacerlo como para crear problemas de fluidez de efectivo a estas acciones privilegiadas? (Muy probable, resultó ser la respuesta, pero eso no se entendió en el momento.) Y entonces las agencias de calificación estuvieron dispuestas a calificar con AAA a algunas acciones privilegiadas en CDO aun cuando las hipotecas subyacentes eran bastante dudosas. Esto abrió una financiación a gran escala de préstamos sin tasa preferencial porque había muchos inversionistas institucionales, tales como los fondos de pensiones, que no compran nada que no sean títulos AAA, pero que estaban muy dispuestos a comprar activos clasificados AAA que rendían ganancias significativamente más altas que los bonos ordinarios», KRUGMAN, P: *“De vuelta a la economía de la gran depresión y la crisis del 2008”*. Ed. Norma, Bogotá, 2010. Págs. 154, 155.

²⁰ La Directiva 2017/14 (tercer Considerando), identifica como causa de la crisis el comportamiento irresponsable de los intervinientes en el mercado del crédito: «La crisis financiera ha demostrado que *el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas*». Sobre este tema, nos remitimos a nuestro trabajo, MORENO TRAPIELLA, P.: «Sostenibilidad social: conflictividad judicial», en ALONSO IBÁÑEZ, M^a R. (Dtra.): *“La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018. Págs. 120-145.

²¹ La distinta evolución tras la crisis de los bonos de titulización y las cédulas hipotecarias, la caída brusca de las emisiones de titulaciones cabría achacarla, según TRUJILLO, además de a las crisis, a las desventajas regulatoria y de gestión de de la titulización: «Se trata en ambos casos de instrumentos respaldados por activos, pero con diferencias estructurales fundamentales: *en la titulización los flujos proceden de los activos y no hay recurso al cedente; por el contrario, en las cédulas la cartera de activos solo actúa de garantía y el recurso es en primer término al emisor y en segunda instancia a la cartera*. Pero además hay otra diferencia

2. La naturaleza jurídica de la titulización. La ejecución de préstamos hipotecarios que han sido objeto de titulización

La titulización de créditos hipotecarios, representada por las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca, presenta en nuestro país una regulación *ambigua y, en ocasiones, claramente contradictoria*.

Este marco normativo genera serias dudas en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica, y así es difícil determinar si la titulación de créditos hipotecarios constituye una auténtica cesión de créditos, en el sentido del art. 1526 del CC o, en cambio, se trata de una figura jurídica diferente.

En algunas disposiciones se establece que el acreedor hipotecario sigue siendo la entidad financiera que ha constituido la hipoteca, mientras que en otras, quien aparece como acreedor es el titular de las participaciones o de los certificados de transmisión de hipoteca (el fondo). El RMH atribuye la legitimación para la ejecución hipotecaria a la entidad financiera originadora, previo requerimiento del partícipe, y así entre las facultades del partícipe figura: «*Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria*» [art. 31. a) del RMH]²².

operativa muy importante: mientras la emisión de cédulas prácticamente no requiere gestión, la titulización conlleva costes, internos y externos, relativamente altos. Y hay una tercera diferencia fundamental para los inversores a favor de las cédulas, además de su sencillez (son tipo *bullet*), en tanto que *covered bonds*, tienen un *trato preferente regulatorio en las normas de solvencia, liquidez y descuento en el BCE, lo cual favorece su demanda, también potenciada por los programas de compra mediante los que se articula el QE*. En consecuencia, se ha reducido la titulización de préstamos hipotecarios «elegibles». Por otra parte, cuando se hace, prácticamente en todos los casos lo es para retener los correspondientes bonos para su descuento en BCE. Téngase en cuenta, además, que la obligación de retener riesgo por parte del originador de una titulización, que más adelante comentamos, aproxima más esta a los *covered bonds*, es decir *prácticamente limita su finalidad a la obtención de financiación, para lo cual compite en desventaja con las cédulas*» TRUJILLO DEL VALLE, J. A.: “Titulización de activos tras la crisis financiera”, *Mediterráneo económico*, nº 29. Págs. 226-228.

²² Como reconoce NASARRE: «la problemática de la titulización española es debido a esta estructura que, desde un punto de vista jurídico, está mal resuelta. Así, *es difícil determinar cuál es la naturaleza jurídica de las propias participaciones (...)* en tanto que son un modo de transmitir masivamente créditos hipotecarios a un vehículo (FTH) sin tenerlos que ceder legalmente (art. 149 LH). Es decir, provocan el efecto de «transmitir sin ceder», lo que difícilmente es comprensible, ergo difícilmente aceptable por un juez. Ello provoca que entre la LMH y el RMH existen una serie de disposiciones contradictorias que, las unas, hacen ver que el acreedor hipotecario (...) sigue siendo la entidad de crédito, y las otras, muestran cómo lo es el partícipe. [...] Por último, debe añadirse que desde la Ley 44/2002, *las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para titularizar, a través de los certificados de transmisión de hipotecas, las «hipotecas subprime», es decir, aquellas que no cumplen los requisitos del artículo 5 LMH (como las que tienen un LTV muy elevado, o segundas hipotecas), lo que contribuyó, primero, a la*

En cambio el art. 15, apartado VI, de la LMH expresamente señala que: «La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo».

Por su parte, el *Preámbulo* del RMH (III), señala que: «mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos»²³.

Igualmente, el *Preámbulo* del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, señala expresamente que: «Finalmente el artículo 27, dentro del conjunto de reformas del ámbito financiero y con el objetivo de facilitar la operativa de los fondos de titulización, incrementando la seguridad jurídica, se modifica la legislación vigente para permitir que estos fondos sean titulares de los inmuebles, derechos y

*generalización del riesgo de impago de dichas hipotecas entre los inversores, incluidos los internacionales y, segundo, permitió a las entidades de crédito a seguir prestando «más arriesgadamente» porque, al fin y al cabo, el riesgo de impago era trasladado a los inversores (lo que, por cierto, fue el detonante de la presente crisis mundial en EEUU al llevar a cabo sus entidades financieras esta misma práctica)», NASARRE AZNAR, S.: “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 727. Págs. 2728-2730.*

Establece el RMH, en el art. 31, apartado segundo que: «En los casos previstos en las letras c) y d), el titular de la participación podrá instar del juez competente la incoación o continuación del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, acompañando a su demanda del título original de la participación, del requerimiento notarial previsto en el apartado c) precedente y de la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca. Al expedirse esta certificación se hará constar en el registro, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida».

²³ No se establece como obligatoria la inscripción en el Registro de esta cesión cuando la misma esté destinada a inversores profesionales, es decir, la habitual (por no decir la única, ya que no existe titulación destinada a inversores no institucionales). Prescribe el art. 29 del RMH: «(...) Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones *no esté limitada a inversores profesionales*, tal y como se definen en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública, de la que se *tomará nota en el Registro de la Propiedad*, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente».

Art. 31. c) del RMH: «Si aquélla no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, *por subrogación*, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses».

cantidades resultantes *de los remates de la ejecución de los préstamos hipotecarios de los que son titulares como consecuencia de su titulización*».

Por tanto, la contradicción normativa no puede ser más evidente, por un lado los artículos 30 y 31 del RMH tribuyen la legitimación a la entidad originadora, o igualmente, el art. 29 de esta norma, en cuanto no prescribe como obligatoria la anotación en el registro la tenencia de participaciones hipotecarias, estos preceptos parecen configurar un régimen jurídico de la titulización que difiere del régimen de la cesión de créditos.

Sin embargo, el resto de la regulación normativa claramente parte de la consideración de que una vez se ha producido la titulización se ha llevado a cabo la transmisión del préstamo/crédito titulado. De los dos últimos párrafos del art. 15 de la LMH, o igualmente del Preámbulo del RMH, cabría deducir que la titulización a través de las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca producen una transmisión del crédito titulado a favor del Fondo, que es quien pasa a ser acreedor del crédito cedido. Según esta interpretación, las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca, constituyen una auténtica *cesión de créditos*. El Fondo tenedor de las participaciones o los certificados de transmisión de hipoteca es el verdadero titular del préstamo/crédito hipotecario y, por tanto, el acreedor del mismo.

La respuesta que se dé a la pregunta de quién es el titular del préstamo/crédito hipotecario titulado, condiciona el debate de *legitimación procesal* en caso de ejercicio de la acción hipotecaria.

Si se parte de la consideración de la titulación como modalidad de cesión de créditos, la siguiente pregunta que se ha de responder es la de quién ostenta la legitimación activa para la ejecución de los préstamos titulizados, si al banco que ha concedido el préstamo (cedente), o el FTA (cesionario), y, unida a la anterior, la posible legitimación procesal del cesionario (FTA) *que no ha inscrito la hipoteca a su favor*.

2.1. La titulación como figura jurídica diferente de la cesión de créditos hipotecarios

Con los argumentos legales que hemos expuesto, lógicas son las dudas y las posiciones divergentes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, acerca de la naturaleza jurídica de la titulación.

En la doctrina, a partir de la regulación del art. 15 LMH, así como del RMH, NASARRE-SIMON llegan a la conclusión de que la titulización de un préstamo o crédito hipotecario no se una auténtica cesión «civil» de créditos, si bien reconocen que la normativa legal es ciertamente confusa y ambigua. El problema nace, dicen, con la necesidad de transferir masivamente miles de préstamos hipotecarios sin tener que sujetarse a los requisitos «civiles» de la transmisión de créditos. A efectos del posible concurso de la entidad

originadora interesa que aparezca como una verdadera cesión de crédito, para que no se puedan ver afectadas las participaciones y los títulos emitidos, mientras que, a efectos de la ejecución hipotecaria, interesa que no haya tal cesión y el cedente-originador aparezca como titular del crédito²⁴.

²⁴ Señalan NASARRE-SIMON: «Precisamente en la necesidad de las entidades de originadoras de los préstamos y créditos de poder ceder millones de ellos a una entidad *insolvency-remote sin tener que pasar por los requisitos legales de cesión de créditos garantizados con hipoteca* (art. 149 LH). Por ello se “inventaron” las participaciones hipotecarias (...) como un instrumento financiero que no aclara suficientemente si implica o no una cesión del crédito hipotecario “participado”. *Porque financieramente es fundamental que este quede fuera del balance de la entidad de crédito (para evitar que quede afectado por la posible insolvencia de esta, que es donde esencialmente radica la fortaleza de los bonos de titulización)*, pero si no cumple los requisitos del derecho civil no puede, en principio, considerarse una auténtica cesión civil del crédito, al tiempo que no interesa que lo sea frente al deudor, el cual desconoce que el crédito ha sido “participado” y sigue todas sus relaciones con el originador del crédito[...]. Es decir, para poder ceder millones de créditos hipotecarios de manera conveniente para la industria hipotecaria es necesario no seguir las reglas que habitualmente se encuentran en los países para llevar a cabo una cesión ordinaria de crédito hipotecario: usualmente, la comunicación al deudor (a veces, incluso, se requiere su consentimiento), la escritura pública y la inscripción registral. Es decir, “saltarse” las reglas del derecho civil tradicional, moverse en esa ambigüedad jurídica, es esencial en todo proceso titulizador, especialmente el hipotecario: cuando conviene a la industria (ej. en caso de insolvencia del originador), el crédito interesa que se considere cedido; mientras la operación financiera está en marcha interesa que todas las relaciones las siga manteniendo el originador con el deudor (también para ejecutar), “como si” el crédito hipotecario nunca hubiese salido del balance del prestamista. Y también por todo ello, porque la “participación de créditos” debe vivir en la ambigüedad para ser útil a la titulización, la primera redacción en el RMH en 1982 fue cambiada en 1991 y volvió a ser cambiada en 2009. Mientras tanto, el art. 15 LMH ha quedado esencialmente inalterado (con la sola introducción ulterior del último párrafo, referente al comportamiento concursal de las participaciones), de manera que persiste la contradicción original de sus cinco primeros párrafos con los dos últimos [...]. La reforma del RMH por RD 1289/1991 *decantó la balanza hacia considerarlas una cesión total o parcial de crédito*, con la creación *ex lege* de un mandato a la entidad emisora para seguir gestionándolo frente al deudor. [...] “titulizar” un préstamo a través de “participarlo” **no es, a nuestro juicio, cederlo propiamente ya que no se están cumpliendo los requisitos del art. 149 LH**, que es donde nuestro ordenamiento regula la cesión civil de créditos hipotecarios [...]. En cambio, el único requisito formal es que, en su caso, la participación podrá hacerse constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad (art. 29.1. RMH). Afirmar lo contrario implicaría que la titulización de créditos hipotecarios a fondos –esencial en toda titulización de modelo angloamericano– *debería cumplir con los requisitos que establece el art. 149 LH, que al tener un carácter imperativo impediría en la práctica la movilización de miles de créditos hipotecarios. Ello nos ha llevado a calificar las participaciones hipotecarias como una “especie de “cesión financiera” pero no una completa y auténtica “cesión jurídica”* [...]. Pero lo que parece forzado es estirar tanto la ficción jurídica de que “separa” el crédito hipotecario de la entidad emisora en caso de concurso, cuando este no ha sido realmente (civilmente) cedido sino meramente “participado”, lo que defienden precisamente estas mismas entidades para poder ejecutar el crédito hipotecario por ellas mismas», NASARRE AZNAR, S.; SIMON MORENO, H.: “Las malas prácticas con consumidores op. cit. pp. 18-23.

Se insiste en que, una cosa es la *cesión individual* y concreta de un crédito, y, otra diferente, la movilización masiva de créditos que se produce con ocasión la titulización²⁵. Es común la explicación de la relación entre la entidad originadora y el fondo como de tipo fiduciario, en donde la entidad emisora conservaría la titularidad de los préstamos hipotecarios que han sido objeto de titulización²⁶.

Congruente con la tesis de que la titulización no constituye una «cesión civil» (por constituir una simple cesión financiera), la lógica consecuencia es afirmar la legitimación de la entidad financiera originadora, única titular «civil» del préstamo hipotecario titulado. Para este sector doctrinal, la «legitimación ordinaria» en los procesos de ejecución hipotecaria viene atribuida a la entidad emisora quien, a lo sumo, podrá ceder el remate o la adjudicación al fondo de titulación²⁷.

²⁵ Señala Alviñana que: «la emisión de Certificados de Transmisión de Hipoteca (CTH) no puede ser calificada jurídicamente como una cesión de créditos, y ello aunque los efectos económicos derivados de ambos negocios sean relativamente próximos. Las acciones y excepciones de que disponen emisor y titular de CTH difieren de los propios del cedente y cesionario de un crédito; por tanto, no deben ser de aplicación los artículos 1.535 CC y 122 de la Ley Concursal», ALBIÑANA CILVETI, I.: “La cesión de créditos hipotecarios: régimen jurídico, obstáculos y soluciones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 23-2009. Pág. 91.

²⁶ Con base a la naturaleza fiduciaria de la titulación se censura la tesis de que la titulización determina una cesión del crédito titulado: «Se han dictado también algunas resoluciones con doctrinas más exóticas (sic) —si se nos admite el término—, como la que resulta del auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015, que, entendiendo que la titulización determina una cesión del crédito titulado, mantiene que la legitimación de la entidad crediticia es un caso de legitimación extraordinaria que deriva de una expresa previsión legal y no de la titularidad de la relación jurídica controvertida [...]. Ciertamente es que, cuando la cuestión se ha reproducido en apelación ante las Audiencias Provinciales, se ha impuesto la cordura y la generalidad de las Audiencias han venido a afirmar la legitimación activa de la entidad de crédito y la posibilidad de ceder el remate al fondo como mecanismo para la transferencia formal del inmueble», MOYA FERNANDEZ, A. J.; PÉREZ-PUJAZÓN, E.; TRIGO SIERRA, E.: “Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Núm. 44, 2016. Pág. 63.

²⁷ Señalan NASARRE-SIMON que: «que con las participaciones no puede existir una verdadera cesión civil de créditos hipotecarios, tanto a tenor del art. 15 LMH interpretado con el RMH 2009 como a tenor del art. 149 LH, siendo el emisor/originador de los préstamos quien tiene la legitimación civil y procesal para ejecutar la hipoteca, conllevando la participación únicamente los contenidos financieros de goce y protección [...] Pero como ya se ha comentado, a nuestro juicio la entidad emisora sigue teniendo la titularidad del crédito hipotecario, incluso con base en las normas específicas de la LMH y el RMH aplicables a la participación de créditos hipotecarios —como sostiene la segunda postura judicial apuntada—, por lo que la legitimación de la entidad emisora sería ordinaria (art. 10.1 LEC) y para cualquier procedimiento de ejecución del crédito participado, con la facultad de ceder el remate al fondo y proseguir la ejecución, en su caso, contra el resto de bienes del deudor, como fue el supuesto que dio lugar al AAP Navarra 28-1-2011. En principio, la misma legitimación contra el resto de bienes tendría el

En la jurisprudencia, las Audiencias Provinciales vienen admitiendo la legitimación activa de las entidades que han titulado las hipotecas. Se rechaza en estos fallos el que se haya producido una cesión del crédito como consecuencia de la titulización, las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca son una figura diferente de la cesión de créditos²⁸.

2.2 La doctrina que considera a las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas una modalidad de cesión de créditos

Existe otro sector doctrinal que considera que el titular del crédito y por tanto acreedor es el fondo, por constituir las participaciones hipotecarias y los

partícipe por subrogación en la posición de la entidad emisora ex art. 10.2 LEC ya que la Ley le permite esta facultad verificada la inacción de esta (art. 15.5 LMH). Sin embargo, el art. 31.1.c) RMH permite al partícipe subrogarse en la "acción hipotecaria del préstamo o crédito participado", por lo que no queda claro si el partícipe podría perseguir el resto de bienes del deudor si el producto del procedimiento hipotecario fuera insuficiente para satisfacer su derecho. Una interpretación restrictiva de la expresión "acción hipotecaria" sugeriría que solo sería la entidad emisora quien podría continuar la ejecución contra el resto de bienes del deudor (art. 579.1 LEC). De hecho, la ejecución hipotecaria tiene como efecto la extinción del crédito hipotecario (art. 33.1 RMH). Eso sí, el titular de las participaciones conservaría acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Y segundo, que la mayoría de las resoluciones anteriores no tienen en consideración la Ley 5/2015, que armoniza el régimen de los fondos de titulización sean de activos o hipotecarios. Pero esta regulación, si bien aporta novedades en relación a la anterior normativa, como la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización, no afecta a la participación de créditos hipotecarios, como ya se ha comentado. Dado que las participaciones no representan ni el dominio ni ningún derecho real sobre bienes inmuebles (incluidos los créditos hipotecarios) sino que son valores negociables con determinadas facultades financieras, no pueden ser bienes inmuebles ni inscribirse a nombre del Fondo de titulización», NASARRE AZNAR S; SIMON MORENO, H: "Las malas prácticas con consumidores op. cit. pp. 28-30.

²⁸ En este sentido el Auto de la AP de Barcelona 3 de febrero de 2016 (ROJ APP B 171/2016): «Segundo. Caso semejante ya ha sido resuelto, por ejemplo, por el AAP de Tarragona, Civil, sección 1.^a del 17 de septiembre de 2015 (ROJ: AAP T 121/2015) al señalar que este tipo de operaciones consistentes en una titulación hipotecaria de acuerdo con la Ley 2/1981 de 3 marzo, del Mercado Hipotecario, y con el Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos: "... no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance (art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009). En suma, el acreedor mantiene la titularidad (art. 26.3 RD 716/2009) y Catalunya Banc, S.A. está legitimada activamente"[...]. Además, el ejercicio de la acción hipotecaria le corresponde al emisor (en este caso a Catalunya Banc) conforme a lo prevenido por los arts. 30.1 y 31 a) de la mencionada norma legal. Por tanto, el recurso debe ser estimado al ostentar la ejecutante como titular del préstamo hipotecario legitimación pasiva para instar la presente ejecución».

certificados de transmisión de hipoteca una autentica cesión de créditos²⁹. En opinión de REDONDO TRIGO, la titulización «supone, de conformidad con la normativa aplicable, que la entidad que concedió el crédito/préstamo deja de ser la acreedora del mismo, a través de su cesión al fondo de titulización, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas»³⁰.

Considera que la titulación **constituye una cesión de créditos**, mostrándose asimismo partidaria **del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión** CASTILLO MARTINEZ. Entiende esta autora que la titulización implica que *la entidad cedente deja de ser la acreedora del crédito cedido al fondo de titulización y siendo éste a través de su sociedad gestora el único legitimado para ejercitar la acción hipotecaria*³¹.

²⁹ Y no solo la doctrina, en concreto el Banco de España, en la Consulta de 26 de marzo de 2016, expresamente establece que en los supuestos de titulación, *la entidad que concedió el crédito deja de ser la acreedora del mismo*: «No obstante, y a efectos meramente informativos, le comunicamos que la titulización es un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite unos bonos de titulización para su colocación entre inversores institucionales. De esta manera, las entidades venden todo o parte de sus riesgos para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital. De conformidad con la Ley 19/1992, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulación de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración. Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulización de préstamos no se desprende que los deudores tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización. Además, nada se opone a que la titulización se refiera únicamente a una parte del préstamo hipotecario».

³⁰ REDONDO TRIGO, F.: “Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm.753, 2016. Pág. 600.

³¹ Como señala CASTILLO MARTINEZ: «debe sostenerse el *carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad*, y ello básicamente por el propio tenor del artículo 149 de la Ley Hipotecaria tras la modificación producida por la Ley 41/2007, habida cuenta de la incorporada diferenciación entre la cesión del crédito hipotecario y la del derecho real de hipoteca, toda vez que respecto de la primera se dispone que “podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil”, resultando que por cuanto se refiere a la “cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”. Si bien es cierto que, de mantenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad por aplicación de la disposición contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, resulta de difícil inteligencia la previsión contenida en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (...) [que] rechaza la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias a no ser que vayan destinadas a inversores no profesionales (cfr. art. 29)[...]. Lo que permite concluir, atendido el principio de jerarquía normativa, y frente al contenido de la prevalente disposición legal, la ineficacia de la

En la jurisprudencia, existe una línea doctrinal que si bien parte de la consideración de la titulización como una autentica cesión de créditos admite la legitimación extraordinaria de la entidad cedente. La legitimación extraordinaria es aquella en que por disposición legal se admite la capacidad para ser parte a persona distinta del titular de la relación jurídica y objeto del proceso (art. 10.2 de la LEC), en nuestro caso, por venir expresamente establecida en los arts. 30 y 31 RMH³².

En el procedimiento de ejecución hipotecaria se admite la legitimación «extraordinaria» del cedente, no como titular del crédito del que ya no lo es como consecuencia de la cesión, sino en cuanto *administrador* del mismo (art. 26.3 RMH). Precisamente, por parte de la doctrina, se ha identificado como una de las peculiaridades del proceso titulizador español, el hecho de que esta figura se ha configurado toda ella a partir de la titulización hipotecaria, en la cual se ha establecido la obligación para el originador de retener la

norma reglamentaria [...]. En todo caso, lo esencial es que, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas, la titulización implica que *la entidad cedente deja de ser la acreedora del crédito cedido al fondo de titulización y que, en buena aplicación de la normativa vigente, dicha cesión para ser eficaz jurídicamente debiera constar registralmente, y ello a pesar de la previsión financiera en contra (art. 29 del RD 716/2009, de 24 de abril)* que en modo alguno puede desvirtuar la conclusión que permite rechazar la legitimación activa *ad causam* de la entidad originaria que ya no es la acreedora hipotecaria», CASTILLO MARTINEZ, C. C.: «Algunas consideraciones sobre la titulización de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en derecho español», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 24, 2017. Págs. 160-162.

³² En la doctrina existen posiciones que aun reconociendo la cesión del crédito como consecuencia de la cesión bien admitiendo legitimación al cedente. Señala Madrid Parra que: «La modalidad *pass-through* establecida directamente entre una participación y un crédito hipotecario entorpece la susceptibilidad del título valor para su circulación generalizada en el mercado (...). Mediante la constitución de fondos de titulización, cuyo activo está constituido por participaciones hipotecarias, y la emisión de bonos de titulización hipotecaria, que incorporan cuotas partes de titularidad en el conjunto del fondo, se consigue ceder partes de los créditos hipotecarios (incluido el riesgo) contando con la legitimación para ejercitar la acción hipotecaria sobre el inmueble en caso de impago por parte del deudor hipotecario», afirmación luego matizada: «Tratándose de valores hipotecarios tipo *pass-through* también se utiliza la fórmula para evitar la ejecución hipotecaria por parte del tenedor de los valores (...). A esta figura responde la combinación de participaciones hipotecarias y bonos de titulización hipotecaria emitidos con cobertura de aquellas (...) los inversores en este caso tienen la titularidad de una cuota parte de los créditos hipotecarios participados y asumen el riesgo inherente de los mismos. Así sucede cuando se produce el impago por parte del deudor hipotecario. Pero a pesar de no contar con una garantía adicional, la ejecución de la garantía hipotecaria no la realiza directamente el inversor, sino que en representación del fondo actuará como participe la entidad gestora del fondo de titulización; si bien en la ejecución directa de la garantía hipotecaria sobre el inmueble se ocupará la entidad que emitió las participaciones hipotecarias y que mantuvo la gestión de los créditos hipotecarios», MADRID PARRA, A.: «Garantía de los valores hipotecarios op. cit. pp. 13 y 27.

administración de los créditos titulizados, fórmula que habría impedido el *desalineamiento* de la entidad cedente con el desenvolvimiento de los créditos cedidos. La titulización de créditos o préstamos hipotecarios no ha implicado una total desvinculación de los mismos por parte de la entidad originadora, desde el momento que retiene la custodia y administración de los mismos (art. 26.3 del RMH)³³.

En la llamada jurisprudencia menor, en ocasiones se ha negado legitimación extraordinaria a la entidad financiera cedente en la ejecución universal subsiguiente ex 579 LEC. La entidad originadora-cedente podrá ejercitar la acción hipotecaria, pero no la acción universal seguida tras la finalización del procedimiento de ejecución hipotecaria que no salda la totalidad del crédito del acreedor³⁴.

³³ Se ha caracterizado a la titulación española como tradicional –por oposición a la sintética–, no ha habido una transferencia sustancial del riesgo de crédito, no siguiéndose tampoco el modelo de originar para distribuir. La regla general ha sido, también, que los activos titulizados no han causado baja en el balance de la entidad. Vid. en este sentido CATARINEU, E.; PEREZ, D.: “La titulización de activos op. cit. pp. 107 y ss.

³⁴ Sirva como muestra el Auto del JPI nº 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015, FJ 3º (ROJ: AJPI 4/2015): « Aunque la actual regulación sustantiva y procesal es discordante, *la tesis de la cesión nos parece hoy suficientemente consolidada por las siguientes razones:* (1ª) Precisamente por la cesión operada, lo único que conserva el titular de la participación es “la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo” [...]. (2ª) El artículo 15 párr. VI LMH menciona expresamente la cesión: [...]. (3ª) Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que “en caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnabile en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, *el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación*” (art. 15 últ. LMH) [...]. C) Distribución de la legitimación.-La tesis de la cesión, si la cesión es total (práctica casi general en las operaciones de titulización), comporta que la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario corresponde al partícipe (en este caso, al Fondo) y que la entidad emisora es una cedente sin legitimación, a menos que la ley le otorgue una legitimación extraordinaria. Nótese que la redacción de las normas procesales especiales ha quedado anquilosada en tesis superadas y que convendría su adaptación al modelo de cesión de créditos, distinguiendo debidamente el supuesto de cesión parcial o total o, en su caso, reconociendo abiertamente en qué supuestos la entidad emisora merece una legitimación extraordinaria para demandar al deudor. La regulación más congruente con el modelo de cesión sería que la entidad emisora o el partícipe pudieran instar la ejecución por la cuantía de su crédito (ex art. 1138 CC) y, si fuere la participación total, con legitimación exclusiva del partícipe cesionario. Además, la legislación proyectada decididamente se orienta a que sea la sociedad gestora quien a ministre y gestione los activos agrupados en los fondos de titulización (art. 26.1 b) PLFFE), quien no podrá “delegar sus funciones hasta el extremo de convertirse en una entidad instrumental o vacía de contenido” (art. 30.4 PLFFE) [...]. En consecuencia, la entidad emisora ostenta *legitimación extraordinaria* para la acción hipotecaria en la cuantía de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC) porque la ejecución complementaria es una novedad procesal posterior en el tiempo a la legislación especial (aunque es discutible,

La imposibilidad de inscribir el cesionario (fondo) la cesión en el Registro, por carecer éste de personalidad jurídica, determinó que se habilitase una legitimación excepcional de la entidad prestamista/cesionaria del préstamo hipotecario. En base a esta esa exigencia de inscripción de la cesión de la titularidad de la hipoteca, y la imposibilidad de que los fondos de titulización de activos pudieran inscribir la cesión de la titularidad del derecho real de garantía se venía admitiendo -más motivos prácticos que jurídicos- la *legitimación extraordinaria* ex art. 10.2 de la LEC de la entidad cedente (el banco cedente-originador)³⁵.

Con la regulación anteriormente vigente, los Fondos de Titulización de Activos no podían inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de la titularidad del derecho real de hipoteca por carecer de personalidad jurídica, requisito indispensable para inscribir a su favor el dominio u otro derecho real en el Registro.

Representativo de la doctrina de la legitimación «extraordinaria» del cedente es el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 6 de febrero de 2017 (Roj: AAP V 67/2017). Este fallo, que reproduce la doctrina constante de la propia Audiencia, presenta la novedad de rechazar la aplicación de la Ley 5/2015, pero por razón de vigencia temporal -no haber entrado en vigor la referida reforma al tiempo de presentarse la demanda-, pero deja

interpretamos el término "ejecución" como definición estática y no dinámica, porque está en juego una imposición a la entidad emisora [*in dubio minus*] y, menos dudosamente, por interpretación contextual de otros enunciados del artículo reglamentario».

³⁵ A los fundamentos de la legitimación extraordinaria de la entidad cedente «más prácticos que normativos», la imposibilidad de inscribir la cesión en el Registro de la Propiedad, se refiere Auto de la AP de Castellón de 19 de octubre de 2017 (FJ III, C.1): «C) Opinión del tribunal. Favorable a que no está legitimada para interponer la demanda de ejecución la entidad prestamista cedente del crédito. 1. Partimos de que, en principio y salvo disposición legal que diga otra cosa, la *transmisión o cesión del crédito*, incluso el garantizado con hipoteca (arts. 1526 y ss. CC, 149 LH) conlleva que el cesionario, en cuanto nuevo titular del derecho de crédito y de los accesorios como es la hipoteca (art. 1528 CC), *pasa a ser el legitimado para el ejercicio de los derechos que aquel conlleva* (art. 10 LEC). A ello se añade que el art. 540.1 LEC prevé que la «ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo». El reconocimiento de legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria a favor del *cedente* en los casos de titulización puede subsumirse en la previsión legal del segundo párrafo del art 10 LEC (*“Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”*) y se reconoce en el citado artículo 30 del Real Decreto 716/2009. Por otra parte y por lo que de manera más concreta respecta *al ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria, para lo que es esencial la inscripción registral a favor de la parte demandante, dicha legitimación excepcional de la entidad prestamista cedente que por la titulización dejó de ostentar el derecho de crédito podía encontrar apoyo -más práctico que normativo- en que no era posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad del Fondo, por carecer de la personalidad jurídica necesaria para ello* (arts. 9.4 LH y 11 RH)».

apuntada la posible revisión de la anterior doctrina jurisprudencial y con ella la legitimación del Fondo cesionario:

«Segundo (...). Resuelve el auto de esta Sala de 16 de abril de 2016, dictado en rollo 1051/15 , fundamento jurídico tercero, sobre la misma cuestión aquí controvertida, aunque con relación a otro fondo de titulización lo que sigue: “(...) Frente a tal posicionamiento, la entidad demandante ejecutante reconoce la constitución del Fondo de Titulización y la **cesión del préstamo** hipotecario y su crédito (objeto del actual proceso) pero se ampara en los artículos 30 y 31 del Real Decreto Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, para defender su legitimación para el ejercicio de la acción ejecutiva (...). La cuestión litigiosa se centra en si (...). [La entidad originadora] **está legitimada para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria** y el Tribunal ha de dar una contestación afirmativa, por las siguientes razones; a) El Fondo de Titulación de Activos (...), no ostenta legitimación **por carecer por completo de personalidad y por ende capacidad para ser parte** conforme al artículo 6 de la Ley Enjuiciamiento Civil (...). c) La entidad bancaria prestamista, tiene por ley (también por contrato en el caso presente) otorgada la administración y gestión de los préstamos hipotecarios objeto de certificación de transmisión (...). d) (...) el artículo 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (...) que claramente asigna a la entidad bancaria (emisora de tales certificados), la legitimación para el ejercicio de la acción ejecutiva del préstamo (...). Al caso, si bien la legitimación para entablar la acción de ejecución hipotecaria exige que el demandante-ejecutante sea el acreedor conforme reviste el título base de la acción e inscrita a su favor la carga hipotecaria que se realiza (artículo 539 en relación con el artículo 685 de la Ley Enjuiciamiento Civil), requisitos que cumple la entidad demandante, si bien **Bankia no es titular de los derechos de crédito que representa el préstamo hipotecario**, habido con los demandados, si ostenta, en todo caso, legitimación extraordinaria por mor del artículo 31 del RD 716/2009 por atribución directa por el legislador y ello es la nota de diferencia esencial y trascendente, respecto a la sentencia de esta Sección Novena de 14/6/2005 (R.266/2004) invocada por los apelantes, en cuanto negaba legitimación a la cedente para pedir para sí el saldo de un préstamo personal a la que, en contrato de cesión se le había reservado (por pacto) la administración del crédito”.

Tales argumentos son plenamente aplicables al supuesto presente, debiendo añadir que el propio recurrente invoca un precepto, en su escrito de oposición, el artículo 25 de la Ley 5/2015 de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que atribuye la representación de estos fondos a las sociedades gestoras de fondos de titulización , que *no se hallaba en vigor al tiempo de presentarse la demanda*, lo que implica, por una parte, que tal no es la situación a tener en cuenta, por la inmutabilidad de la situación jurídica existente al presentarse la demanda, de ser admitida, y, por otro, que el soporte legal que argumenta el recurrente en su oposición no es aplicable, pues implicaría una inadecuada aplicación retroactiva de la norma».

3. Carácter declarativo *versus* constitutivo de la inscripción de la cesión de créditos hipotecarios

Entre los requisitos formales exigidos para la transmisión del crédito o préstamo garantizado con hipoteca, figura la necesidad que la cesión se realice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 149 de la LH).

La doctrina según la cual la titulización de un crédito/préstamo hipotecario representa una cesión de créditos, conlleva que quien ostenta la legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria sea el cesionario. Sin embargo, y dado que en la práctica el cesionario de un crédito titulado no ha inscrito su transmisión en el registro de la Propiedad, la pregunta que se hace la doctrina es si el «cesionario» de un crédito hipotecario no inscrito tiene legitimación para acudir al proceso de ejecución especial del art. 681 y ss de la LEC.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, quienes defienden el carácter **declarativo de la inscripción de la cesión**, suelen invocar en apoyo de su tesis la STS de 29 de junio de 1989, cuando señala: *«la inscripción es meramente declarativa y en consecuencia solo robustece el título inscrito frente a los terceros a los efectos de la fe pública registral y por ellos la inscripción no tiene valor constitutivo»*.

El sector de la doctrina que afirma el carácter declarativo de la inscripción de la cesión, entre otros argumentos, suele recordar el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (art. 1.528 del CC), y como la cesión del crédito determina la transmisión de la garantía en cuanto accesoria de aquél³⁶.

El debate sin embargo se ha reavivado como consecuencia de la reforma del art. 149 de la LH operada por la Ley 41/2007. Este precepto claramente

³⁶ Señala CALLEJO CARRION, con cita de Monserrat Valero, que: *«el cesionario no inscrito tiene legitimación para instar el proceso de ejecución especial. Asimismo, en un sistema en el que la adquisición de derechos reales no es constitutiva, salvo excepciones como la adquisición originaria de la hipoteca, y en un sistema en el que el titular de un derecho está legitimado para ejercerlo ante los Tribunales, considera más respetuoso con los derechos del acreedor la admisión de la demanda ejecutiva interpuesta por el cesionario no inscrito [...] en un sistema en que los derechos reales se transmiten al margen del Registro, resulta excesivo que el legislador haya hecho depender el ejercicio del derecho de su inscripción, por eso, con buen sentido, los tribunales no aplican este criterio. Las mismas disquisiciones que ocupan a buena parte de la doctrina se han trasladado al campo jurisprudencial, siendo así que nuestros tribunales han flexibilizado en su mayoría la exigencia de inscripción de la cesión en el Registro y entienden complementada la falta de inscripción con la presentación del título justificativo de la cesión y la certificación registral de la subsistencia de la hipoteca»*, CALLEJO CARRION, S.: “Cesión de préstamos hipotecarios: a propósito de su inscripción en el registro de la propiedad”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012. Págs. 118-120.

diferencia entre la cesión del crédito, que remite al art. 1528 del CC, y la cesión de la garantía hipotecaria, para la cual exige la inscripción tabular (constitutiva).

La reforma legislativa parece determinar el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del préstamo o crédito hipotecario, y según la cual la transmisión de la garantía hipotecaria tendría el mismo carácter constitutivo que su constitución; sin embargo, perviven las posiciones que consideran a la inscripción de la cesión de la hipoteca como meramente declarativa³⁷.

En la jurisprudencia, el debate que no es nuevo, ha adquirido una mayor relevancia a propósito de las fusiones y absorciones de las entidades de crédito, cuando las entidades resultantes han pretendido la ejecución de una hipoteca que en el registro figuraba todavía inscrita a favor de la entidad originaria.

El proceso de reestructuración bancaria que ha vivido nuestro país como consecuencia de la crisis económica, que ha afectado especialmente a las Cajas de Ahorro, se ha llevado a cabo normalmente por vía de la *segregación* y traspaso en bloque del patrimonio de una sociedad a otra nueva³⁸.

³⁷ Entre quienes mantienen el carácter declarativo, sostiene ALBIÑANA CILVETI: « La nueva redacción del citado párrafo primero del artículo 149 LH, no supone, a nuestro juicio, alteración alguna, al menos en cuanto a los requisitos y formalidades necesarios para la válida cesión de créditos garantizados por hipoteca [...] parece pretender la posibilidad de ceder de forma independiente la garantía real de la cesión del crédito que garantiza. El análisis de este segundo inciso excede el objeto del presente estudio, pero sí queremos, al menos, señalar que tal disociación de transmisión del crédito y de la titularidad de la hipoteca tiene su sentido exclusivamente, a nuestro juicio, en caso de “hipoteca global”», ALBIÑANA CILVETI I.: “La cesión de créditos hipotecarios op. cit. p. 86.

³⁸ Según el art. 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: «Se entiende por 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 sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». En todo caso, la inscripción registral no puede ser reemplazada por la simple constancia de la cesión en el Registro Mercantil, ya que como hace ver CASTILLO: «Y por cuanto se refiere a los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que declara la efectividad de la cesión con la mera inscripción de la misma en el Registro Mercantil, debe precisarse que dicha consecuencia en modo alguno puede reemplazar a la inscripción de la titularidad del concreto crédito en el Registro de la Propiedad [...], además, otros argumentos legales para entender que, con carácter general, la acreditación de la titularidad del específico crédito que se ejecuta únicamente se determina mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutante, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 149 y 130 de la Ley Hipotecaria», CASTILLO MARTINEZ, C. C.: “Algunas consideraciones op. cit. p.159.

Tal y como señala la STS n.º 165/2015, de 1 de abril de 2015: «2. [...] En la segregación no hay individualización de los créditos, ni una pluralidad de negocios jurídicos de cesión de créditos, porque estos se transmiten en bloque, por sucesión universal, formando una unidad económica.

El problema se plantea en el momento de iniciarse la ejecución hipotecaria, las hipotecas constituidas a favor de la antigua entidad permanecen inscritas en el Registro a nombre de dicha sociedad, siendo la nueva sociedad a la que se transmite el patrimonio la que inicia el proceso de ejecución, para perseguir un bien en base a una garantía hipotecaria que registralmente todavía no está inscrita a su favor, pero invocando la cesión universal efectuada.

El debate entre quienes defienden el carácter meramente declarativo de la inscripción de la cesión y quienes defienden la necesidad de inscribir la cesión para poder acudir a la vía de la ejecución hipotecaria, aunque dista de ver finalizado parece que se ha ido decantando, al menos en la jurisprudencia, a favor de esta última opción³⁹.

3. A la vista de cuanto antecede, podemos concluir que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala y que, ahora, confirmamos. 4. Por último, no es ocioso precisar que la operación descrita se proyecta en el marco regulatorio de un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero de este país, sumido en una profunda crisis, preferentemente de las tradicionales cajas de ahorro. En lo que aquí interesa, el RDL 9/2009, de 26 de junio, primero, por el que se crea el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y posteriormente, el RDL 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco, lo que dio lugar a las correspondientes operaciones societarias de segregación de activos y pasivos, y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera (activos y pasivos). Es en este proceso de reestructuración del sector financiero en el que hay que situar la operación que es objeto del presente recurso, *en el que no hay cabida para que los deudores puedan retraer las operaciones que dejaron impagadas y en situación de litigiosidad*.

³⁹ En otras resoluciones, más matizadamente se aclara que no se niega con carácter general legitimación al cesionario no inscrito, sino que se la niega solamente para el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, *a sensu contrario* estaría legitimado para iniciar una ejecución ordinaria o reclamar la deuda por el procedimiento declarativo correspondiente. Entre otras muchas resoluciones, puede citarse el Auto de la AP de Madrid de 13 de marzo de 2013, Sección nº 11 (Roj: SAP M 4691/2013): «Cuarto- (...). Desde luego el artículo 688 LEC exige la aportación, a los fines del artículo 685, de certificación en la que se exprese... "que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar...", no existiendo previsión alguna en la LEC, que es donde se regula este procedimiento, de que la hipoteca pueda estar constituida a favor de persona distinta al ejecutante cuando se expida la certificación [...]. Desde luego el precepto [art. 149 LH] no afecta al carácter accesorio de la hipoteca, ni altera la cesión de créditos tal y como se regula en el Código Civil, pero también es indudable que añade un párrafo por el que se separa la cesión del crédito de la cesión de la titularidad de la hipoteca, siendo así que esta última ha de llevarse a cabo en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El doble elemento que conforma la acción hipotecaria, el crédito como elemento principal, y la hipoteca como elemento accesorio, tiene a su vez una distinta regulación que en el caso de la hipoteca no puede eludir su contenido registral, pues es el contenido estricto del asiento registral el que determina la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria

Por nuestra parte, consideramos que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria –cuestión diferente sería en el procedimiento de ejecución ordinaria- el título que se ejecuta es la hipoteca inscrita a favor del ejecutante, como expresa y categóricamente establece el art. 688 de la LEC, al exigir «*que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar*»⁴⁰.

4. Las excepciones a la exigencia de personalidad jurídica para ser titular registral del dominio y los demás derechos reales

El problema de la determinación de quién es el titular de la relación jurídica u objeto del proceso, dicho de otro modo, quién es el titular del préstamo hipotecario objeto de titulización, se plantea al inicio del proceso de ejecución hipotecaria y a la finalización del mismo. Se viene discutiendo en la doctrina, si tras la subasta judicial, es o no posible la cesión del remate/adjudicación a favor del Fondo de Titulización de Activos titular de las participaciones hipotecarias o de los certificados de transmisión de hipoteca.

La razón por la que se negaba la posibilidad de cesión del remate/adjudicación a favor de los Fondos de Titulización era la falta de personalidad jurídica de los mismos⁴¹. Las consecuencias de que se admita o no la posibilidad de ceder el remate/adjudicación a favor del fondo titulación son fundamentalmente fiscales, ya que en caso de que se rechace la posibilidad de la cesión del remate, que implicaría que tuviese que hacerse la transmisión del

(artículo 130 LH), siendo la inscripción la que otorga legitimación (artículo 38 LH), y recogiendo así también de manera expresa en el artículo 688.1 de la LEC. Por todo ello estimamos que **debe separarse** en este punto **la obligación principal, el crédito**, aquí no discutido como de pertenencia del ejecutante por la cesión llevada a cabo mediante la segregación de la entidad Caja de Castilla-La Mancha, y el procedimiento elegido para hacer efectivo dicho crédito, procedimiento que por sus peculiares características antes dichas no depende del crédito sino de la hipoteca constituida a favor del ejecutante y solo del ejecutante, lo que exige a nuestro juicio la necesidad de la inscripción registral de su titularidad como elemento legitimador para el ejercicio de esta acción al no bastar para este ejercicio la legitimación que otorga la cesión realizada sino que es preciso el sometimiento a todas aquellas formalidades exigidas legalmente y que encuentran en la inscripción de la titularidad de la hipoteca y en su vigencia la justificación de la especialidad procesal elegida».

⁴⁰ En este mismo sentido ACHON BRUÑEN, M^a. J: “Problemas de legitimación activa en el procedimiento hipotecario (titulaciones, cesiones de créditos sin reflejo registral, “retracto” del crédito cedido)”, *Diario la Ley*, Núm. 8963, 19 de abril de 2017. Pág. 7.

⁴¹ Establece el art. 647.3 de la LEC que: «Solo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, *y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente*. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados». La adjudicación del bien al ejecutante en los supuestos de subasta sin ningún postor viene regulada en el art. 671 de la LEC.

dominio al fondo fuera del proceso de ejecución, conllevaría que se verificarían dos transmisiones diferentes, teniéndose que tributar por cada una de ellas.

Igualmente, y no obstante la dicción literal del art. 647.3 de la LEC, que expresamente exige la acreditación documental ante el Letrado de la Administración de Justicia del pago del precio del remate, en base a la relación fiduciaria subyacente entre la entidad originadora y el fondo, hay en la doctrina quien no considera necesaria esta prueba documental⁴².

El artículo 27 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, había dado nueva redacción al párrafo final del apartado 2 de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. Tras la reforma, que excepciona el requisito de la personalidad jurídica, se reconoce a los fondos la aptitud para ser titulares registrales de inmuebles o derechos reales sobre los mismos. Este precepto, aunque ha sido derogado expresamente por la disposición derogatoria de la Ley 5/2015, la misma regla favorable a la plena inscribibilidad se acoge en el art. 16.3 de la

⁴² Se hace eco CASTILLO del debate acerca de la posibilidad de cesión del remate a favor del FTA: «Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la posibilidad de la entidad crediticia acreedora ejecutante de ceder el remate tras la subasta al Fondo de Titulización encontraba solución en dos posiciones contrapuestas, fundadas en diversos argumentos legales [...]. [Tras la Ley 5/2015] se excepciona la exigencia de la tenencia de personalidad jurídica para ser titular registral (cfr. arts. 9.4º de la LH y 11 del RH) y eliminándose la restricción que limitaba la vinculación del acceso tabular en el ámbito de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando que a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 es posible la inscripción de los bienes inmuebles objeto de remate en una ejecución hipotecaria a favor de los Fondos de Titulización Hipotecaria», CASTILLO MARTINEZ, C. C.: «Algunas consideraciones op. cit. pp. 152 y 154.

El art. 647. 3 exige la acreditación documental ante el letrado de la Administración de Justicia de que el cesionario ha abonado el precio por la cesión del remate al cedente. En sentido contrario, se ha dicho que: «cuando se trata de un crédito titulado, la cesión de remate es el mecanismo que utilizan la entidad originadora y el fondo de titulización *para deshacer la fiducia que implica el proceso de titulización*. El precio de esa cesión de remate debe considerarse embebido en el pago que realizó en su día el fondo de titulización por las participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria que adquirió al tiempo de su constitución. Sin embargo, cuando se ha hecho valer esta realidad ante el letrado de la Administración de Justicia para formalizar la cesión, se ha planteado en el proceso la cuestión relativa a la legitimación activa de la entidad de crédito originadora para el ejercicio de la acción ejecutiva, llegándose a dictar alguna resolución que ha negado esa legitimación decretando la nulidad del procedimiento hipotecario», MOYA FERNANDEZ, A.J.; PÉREZ-PUJAZÓN, E; TRIGO SIERRA, E.: «Cesión de créditos op. cit. p. 62. Ahora bien, si hay cesión civil del crédito no será necesario acreditar el pago del precio en la cesión del remate/adjudicación, pero si se niega la cesión del crédito habrá que verificar la consignación del precio en el proceso. Lo que no puede es, con el mismo argumento, afirmar o rechazar la cesión del crédito objeto de titulación, según convenga o interese o no aflorar la relación fiduciaria subyacente entre la originadora y el fondo.

referida norma, cuando expresamente establece que se «podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización».

En aplicación del artículo 27 del Real Decreto-ley 6/2010, la **Resolución de la D.G.R.N. de 1 de agosto de 2014** (BOE 6 de octubre) estima el recurso frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de El Vendrell a inscribir a favor de un FTA la dación en pago del inmueble gravado con una hipoteca, préstamo hipotecario que fue «cedido» por parte de BBVA a favor del citado fondo mediante su titulización. Literalmente, tal y como se recoge en la relación de hechos de la Resolución: «Don E. *cede el inmueble gravado con hipoteca a “BBVA RMBS 5 fondo de titulización de activos”* que en su representación “Europea de Titulización S.A., Sociedad Gestora de Fondos de Titulización” acepta, en pago de la deuda hipotecaria que el primero tenía contraída con “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.”, *préstamo hipotecario que fue cedido a “BBVA RMBS 5 Fondo de Titulización de activos”*».

Se señala en la referida Resolución de la **D.G.R.N.**:

«1. Emitida por una entidad financiera un certificado de transmisión de hipoteca suscrito por un fondo de titulización de activos, que incluye -entre otros muchos- un determinado préstamo hipotecario, se plantea en este recurso si puede inscribirse a favor de dicho fondo la adjudicación en pago efectuada por el deudor hipotecario del pleno dominio de la finca hipotecada [...].

2. La posibilidad de *inscripción de bienes inmuebles y derechos reales a favor de los fondos de titulización hipotecaria* fue ya abordado en la reforma del artículo 11 del Reglamento Hipotecario, llevada a cabo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que admitió la inscripción de bienes inmuebles y derechos reales a favor de fondos de pensiones, de inversión y de titulización hipotecaria. En dicho artículo se recogían supuestos excepcionales de inscripción a favor de entidades sin personalidad jurídica, que no obstante formaban patrimonios separados con un régimen jurídico propio. Dicho artículo, sin embargo, fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 31 de enero de 2001, por entender que se contravenía el principio de reserva de ley por razón de la materia.

3. La cuestión ha sido hoy en día zanjada por el artículo 27 del Real Decreto-ley 6/2010 [...]. En la nueva redacción dicho precepto legal permite considerar a los fondos de titulización como titulares registrales de fincas o derechos [...].

El inciso segundo del artículo 27 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, contempla en particular y sin ánimo limitativo la enajenación o explotación de *los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago, como ocurre en el presente expediente*.

4. Por tanto los fondos de titulización hipotecaria y los fondos de titulización de activos están dotados de aptitud para ser titulares de inmuebles que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo, ya sea en un procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito.

No se modifica el régimen jurídico de la cesión de créditos hipotecarios, ni la necesidad de que esté inscrita su cesión para ser cancelados por el cesionario cuando se trate de una cesión ordinaria de crédito hipotecario (artículo 149.1 Ley Hipotecaria); tampoco la necesaria acreditación ante el registrador del cumplimiento de las normas formales y sustantivas de la titulización hipotecaria cuando la cesión se efectúe a través de las normas del mercado secundario, según cada modalidad (bonos, cédulas, participaciones hipotecarias, certificados de transmisión hipotecaria, etcétera).

Pero sí se modifica, para admitirla expresamente, la posibilidad de que se adjudiquen bienes inmuebles a favor de los fondos y que se inscriban en el Registro de la Propiedad a su nombre».

La Dirección General admite la inscripción en el Registro del dominio de un inmueble a favor del fondo, fondo que como consecuencia del proceso de titulización del préstamo hipotecario deviene acreedor del mismo. El deudor transmite el bien inmueble de su propiedad al acreedor (*datio pro soluto*) para que este aplique el bien recibido a la extinción de crédito de que era titular (el fondo). En la dación en pago, el único que puede recibir la propiedad del bien y aplicar el mismo a la extinción del crédito es el acreedor (el fondo). El Alto Centro Directivo, además de admitir la inscripción del dominio a favor del fondo, un ente sin personalidad jurídica, parte de la consideración de que se ha producido la *cesión* del crédito por parte de la originadora a favor del fondo (cesionario), sólo el titular del crédito puede extinguirlo.

Pero, por si todavía quedase alguna duda, ha sido ahora establecida la plena *inscribibilidad* del dominio y los demás derechos reales sobre los inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización como consecuencia de dos reformas legislativas llevadas a cabo en el año 2015, a partir de las cuales desaparece el requisito de contar con personalidad jurídica para inscribir un derecho real a su favor en el Registro. Se trata de la nueva redacción del art. 9 de la LH (llevada a cabo por la Ley 13/20015, de 24 de junio), así como el art. 16.3 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

Señala ahora el art. 9 de la Ley Hipotecaria, entre las menciones de la inscripción: «e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse

aquella, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones».

O, incluso, más claramente, el art. 16.3 de la Ley 5/2015, cuando prescribe que: «Se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad *el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización*. Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos de titulización en los registros que correspondan».

Queda definitivamente establecido por tanto que los Fondos de Titulización de Activos, a través de su sociedad gestora, pueden inscribir a su favor la cesión del préstamo o crédito hipotecario producida como consecuencia de la titulización.

5. El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de octubre de 2017

El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de octubre de 2017, Sección 3ª , FJ 3º, separándose de la jurisprudencia mayoritaria, atribuye la legitimación procesal en los procedimientos de ejecución hipotecaria exclusivamente a los FTA, los cuales, con carácter previo al ejercicio de la acción hipotecaria, deberán proceder a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad:

«2. [...] Abundando en la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, ya expedita por la redacción dada al art 9 LH por la reforma operada por la Ley 13/2015, dispone su art. 16.3 que se “*podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización. Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos de titulización en los registros que correspondan*”.

El Capítulo II del Título III regula las sociedades gestoras de fondos de titulización que, con arreglo al art. 25.1 tienen por objeto la “*constitución, administración y representación legal de los fondos de titulización y de los fondos de activos bancarios*”; este objeto social tiene carácter exclusivo (art. 29.1.b). Es la sociedad gestora del fondo quien promueve su constitución, modificación y extinción (arts. 22, 23 y 24). Dispone el art. 35.3 que la sociedad de gestión de activos, que será sociedad anónima, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en la normativa que la desarrolle y, supletoriamente, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y demás normas del ordenamiento jurídico-privado.

3. Sobre la base del hecho indiscutible de que mediante la titulización se produce la cesión del crédito, de suerte que titular de los derechos inherentes al

mismo y con ello de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 LEC) pasa a ser el fondo de titulización, las modificaciones legales a que acaba de hacerse referencia permiten concluir la falta de legitimación de la entidad prestamista cedente, que en virtud de la cesión dejó de ostentar los derechos de crédito y el accesorio de garantía hipotecaria (art. 1528 CC), a la vez que decaen las razones que en su día pudieron justificar que una norma reglamentaria les reconociera dicha legitimación.

Partiendo de que tanto el derecho principal de crédito, como el de garantía hipotecaria han pasado a ser ostentados por el Fondo de Titulización, representado legalmente por la Sociedad Gestora que lo constituyó y puede extinguirlo, y que es ahora posible la inscripción de la garantía real en el Registro de la Propiedad, es la Sociedad Gestora la legitimada para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria.

No es óbice a ello el contenido del art. 30 del R. D. 716/2009, que reconoce la legitimación de la entidad emisora, es decir, la prestamista.

En primer lugar porque, si bien no ha sido derogado, se trata de una norma reglamentaria, de rango inferior a las leyes formales que fundan la legitimación de la sociedad gestora, con arreglo a lo antes razonado.

Por otra parte, porque es unánime la opinión doctrinal de que la legitimación extraordinaria, además de requerir expresa cobertura legal, es de interpretación estricta. En este sentido, es discutible que sea suficiente para ello una norma de carácter reglamentario, lo que comporta entender que la mención del párrafo segundo del art. 10 LEC, al exceptuar los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular "*cuando la ley lo prevea expresamente*" se refiere a cualquier norma, con independencia de su rango, sin que sea necesario que lo tenga de ley formal [...]. Entendemos que esta cobertura ha de contenerse en una norma con rango de ley, sin que sea suficiente un reglamento, como es el R.D. núm. 716/2009 en que se pretende fundar la legitimación extraordinaria de la entidad cedente. Téngase en cuenta que las normas antes citadas de las que no se discute que contienen tal clase de legitimación tienen dicho rango legal y que es coherente que, regulada por ley formal la legitimación ordinaria (art. 10 LEC), también la extraordinaria se contenga en todo caso en una norma del mismo rango, no en un mero reglamento.

Por otra parte, dispone el art. 6 LOPJ que los tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la ley o al principio de jerarquía normativa.

D) Conclusión

1) Tanto el art. 9.e de la Ley Hipotecaria tras la modificación operada por la Ley 13/2015, como el art. 16.3 de la Ley 5/2015 permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos reales pertenecientes a los

fondos de titulización. *Por lo tanto, es inscribible a favor del fondo el derecho real de hipoteca, lo que antes no era posible.*

2) Si bien los fondos de titulización son patrimonios separados carentes de personalidad jurídica (art. 15.1 Ley 5/2015), el ejercicio de las acciones que les competen y su defensa en el proceso debe ser actuado por la correspondiente sociedad gestora que lo ha constituido, puede modificarlo e instar su extinción (art. 22, 23, 24 Ley 5/2015) y le representa legalmente (art. 25.1 Ley 5/2015) [...].

4) El art. 30 del RD 716/2009, que se invoca en el recurso y dispone que el ejercicio de la acción ejecutiva corresponde a la entidad emisora, *es una norma de carácter reglamentario, que necesariamente decae ante la Ley de Enjuiciamiento Civil y las posteriores con rango de ley formal que sustentan la postura expuesta (Ley 5/2015 y Ley 13/2015).*

Y no tiene el rango de ley ordinaria apto para la regulación de la legitimación extraordinaria prevista en el párrafo segundo del art. 10 LEC».

6. La legitimación del Fondo de Titulización de Activos en los procedimientos de ejecución hipotecaria

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran que en la titulización hipotecaria no existe una cesión crediticia sino una figura diferente, señalándose igualmente que entre la entidad originadora y el fondo existe una relación fiduciaria. De acuerdo a la premisa de que en la titulación no existe cesión de créditos, en el proceso de ejecución hipotecaria legitimada procesalmente estaría la entidad financiera originadora del crédito titulado.⁴³

⁴³ Como se ha señalado: «No obstante, no todo son malas noticias. Puede apreciarse que empiezan a sentarse criterios ciertos a propósito del procedimiento de ejecución de créditos titulizados. En esta línea, merece especial mención el auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 26 de Barcelona de 7 de junio de 2016 que, después de un certero análisis sobre la naturaleza de los fondos de titulización y la legislación aplicable, concluye [...] “Este derecho de “participación” debe reconocerse igualmente cuando la subasta queda desierta y se adjudica la finca al ejecutante. Por tanto, la «cesión de remate» debería hacerse a título de cumplimiento de las obligaciones del banco acreedor/emisor como fiduciario del crédito hipotecario”. En esta línea, el pasado 15 de julio de 2016, los Jueces de Primera Instancia de Barcelona mantuvieron una reunión para unificar criterios en este ámbito en la que sentaron los criterios siguientes, fijados por mayoría: (i) En caso de emisión de participaciones hipotecarias y de certificados de transmisión hipotecaria, la entidad de crédito originadora ostenta legitimación para iniciar el procedimiento de ejecución con independencia de que se haya participado total o parcialmente el crédito hipotecario, “pues sigue ostentando por ley su condición de acreedor hipotecario”[...]. Estas reglas son aplicables también al proceso de ejecución ordinario que pueda seguir al procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que lo contrario “supondría un desdoblamiento de la naturaleza y régimen jurídico de las participaciones hipotecarias y/o los certificados de transmisión hipotecaria en función del procedimiento de ejecución elegido”. (ii) Se ajusta a Derecho la cesión de remate de la entidad de crédito originadora, que actúa como ejecutante en el proceso y se adjudica formalmente el inmueble, al fondo de titulización, siendo esta la forma en la que “el Banco cumple con su

Existe otra línea jurisprudencial que considera en cambio que con la titulización se produce una verdadera cesión de créditos pero que, sin embargo, viene admitiendo la legitimación extraordinaria de la entidad cedente, con apoyo en los arts. 26.3, 30 y 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril.

Claramente alineados con la definición legal, «la parte de créditos *cedida*» (art. 15 LMH), el Preámbulo del Real Decreto 716/2009, la efectiva salida patrimonial de la entidad emisora del activo titulado, consideramos que con la titulización se produce una *cesión* del crédito titulado. En la titulización se produce la venta o cesión plena de los activos a un vehículo especial que posteriormente emite títulos al mercado con los que financia la compra de los activos. La titulización sería por tanto una cesión de créditos que se instrumenta o vehiculiza a través de la emisión de un valor negociable⁴⁴.

En el Auto de 19 de octubre, la Audiencia Provincial de Castellón considera que con la titulación se procede a la transmisión del crédito titulado. Siendo el titular del crédito el FTA y habiendo desaparecido las

obligación fiduciaria», MOYA FERNANDEZ, A.J.; PÉREZ-PUJAZÓN, E; TRIGO SIERRA, E.: “Cesión de créditos op. cit. pp. 63-64.

⁴⁴ En la doctrina, entre otros, ACHON: «Si la cesión es total (práctica casi general en las operaciones de titulización), la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario corresponde al Fondo, ya que la entidad emisora es un cedente sin legitimación», ACHON BRUÑEN, M^a J: “Problemas de legitimación activa op. cit. p. 4; ARRANZ: «[...] la participación hipotecaria es **fundamentalmente una cesión de crédito** que se vehiculiza a través de un valor negociable. Decimos que “fundamentalmente” la participación hipotecaria es una cesión de crédito, pues lo cierto es que la participación hipotecaria es una institución de naturaleza jurídica poco clara y con una configuración algo ambigua. La propia LMH, en su artículo 15, la define como un título valor, encuadrándola, como acabamos de ver, en la misma sección que las cédulas y bonos hipotecarios. Pero al mismo tiempo, parece sobre todo configurar la participación como una forma de cesión de crédito, al estipular “que las Entidades a las que se refiere al artículo 2º -entidades de crédito- podrán hacer participar a terceros, en todo o parte, de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera...”, y concluir dicho artículo 15 diciendo que “la parte de crédito cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales de riesgo”. Otros aspectos de la regulación ponen de manifiesto el carácter contradictorio de la figura [...]. Se trata de una cesión de préstamo hipotecario **atípica**, ya que su régimen legal difiere sustancialmente, en cuanto al fondo y en lo relativo a las formalidades, de lo contemplado en el Derecho Común (1526 y siguientes del Código Civil, 347 y el 348 del Código de Comercio y el 149 de la Ley Hipotecaria). El cedente-emisor, por ministerio de la ley, “conserva la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo” (artículo 26.3) y al ser titular parcial del mismo tiene también asignadas importantes obligaciones en relación con la ejecución del crédito fallido (Vid. artículo 31 del Reglamento, donde también se configura el papel del cesionario-partícipe). Por otra parte, la cesión de crédito se instrumenta formalmente mediante la emisión de valores negociables, que según la tónica general pueden representarse mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta. Tratándose de títulos, éstos siempre deben ser nominativos [...].», ARRANZ PUMAR, G.: “El mercado op. cit. pp. 24-26.

objecciones legales a la inscripción del dominio y demás derechos reales a favor de los Fondos de Titulización (cesionario del crédito), previa inscripción de la cesión a su favor en el Registro de la Propiedad, podrá iniciar a su favor el proceso de ejecución hipotecaria. La carencia de personalidad jurídica no es óbice ahora para la inscripción de la cesión de la hipoteca a favor del FTA. En aplicación a lo dispuesto los arts. 130 y 149 de la Ley Hipotecaria, los Fondos de Titulización deberán inscribir a su favor la hipoteca en el Registro de la Propiedad⁴⁵.

La legitimación activa para la ejecución en los préstamos titulizados corresponde en exclusiva al Fondo de Titulización de Activos, el cual deberá actuar a través de su sociedad gestora. El artículo 30 del RMH que venía sustentando la legitimación extraordinaria del cedente del crédito debe entenderse tácitamente derogado por la Ley 5/2015.

Previamente a iniciar el proceso de ejecución hipotecaria el fondo deberá inscribir en el Registro a su favor el crédito titulizado. La legitimación procesal se hace coincidir de este modo con la legitimación registral⁴⁶.

La doctrina de la legitimación del Fondo de Titulización de Activos plantea no obstante algunos problemas prácticos. En concreto, cómo llevar a cabo en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, la verificación de si un préstamo hipotecario ha sido objeto de titulización, dadas las dificultades que tienen los particulares para conocer si su hipoteca ha sido o no titulizada. Igualmente, y aunque la legitimación es apreciable también de oficio, difícilmente podrá ab inicio del proceso conocer el órgano judicial si un

⁴⁵ En el fondo de muchas objeciones a la legitimación del fondo subyacen razones económicas, los costes de gestión del proceso de titulización. Como subraya ARRANZ: «Hay que recordar que la cesión “normal” de los préstamos hipotecarios, siguiendo las previsiones de la Ley Hipotecaria (artículo 149) es muy costosa y compleja, al tener que escriturarse e inscribirse en el Registro de la Propiedad cada cesión de forma individualizada, *y de ahí la gran utilidad de la participación hipotecaria*», ARRANZ PUMAR, G: “El mercado op. cit. p. 28.

⁴⁶ Opinión diferente es la del Magistrado SR. VIVES REUS, quien en el voto particular formulado al Auto de la AP de Castellón ha afirmado que: «Como consecuencia de la entrada en vigor de las citadas leyes deben distinguirse **dos supuestos**. Para el caso de que el Fondo de Titulación **haya inscrito en el Registro** de la Propiedad la garantía real, debe reconocerse que sólo el citado Fondo se encontraría legitimado para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria. Caso contrario, en que la entidad financiera emisora continúe siendo la titular registral de la garantía hipotecaria, seguirá ostentando esa legitimación la entidad emisora».

En algunos análisis, parece que subyace una concepción del derecho real de garantía como derecho real con sustantividad propia y carácter independiente del crédito garantizado, concepción más propia de sistemas como el alemán en donde la hipoteca seguirá vigente mientras no se cancele su inscripción, en donde la garantía puede subsistir con independencia del crédito u obligación principal. Sin embargo, en los modelos de origen romano como el nuestro, la hipoteca es un derecho accesorio que no tiene sustantividad propia e independiente del derecho de crédito que garantiza.

concreto préstamo hipotecario ha sido o no objeto de titulización y poder así apreciar la falta de legitimación activa de la entidad cedente⁴⁷.

Con todo, y de abrirse paso esta nueva línea jurisprudencial, a nadie se le escapa las consecuencias para los procesos de ejecución hipotecaria tendría la misma y que derivaría en la falta de legitimación de las entidades originadoras en todos aquellos procedimientos en que el préstamo ha sido objeto de titulización, proceso titulizador muy frecuentemente utilizado en los primeros años del presente Siglo, si bien ha descendido su magnitud como consecuencia de crisis y la desconfianza generalizada de los inversores en estos títulos del mercado hipotecario por las dudas suscitadas en cuanto a la calidad de los préstamos subyacentes.

7. Bibliografía

ACHON BRUÑÉN, M^a. J.: “Problemas de legitimación activa en el procedimiento hipotecario (titulizaciones, cesiones de créditos sin reflejo registral, “retracto” del crédito cedido)”, *Diario la Ley*, Núm. 8963, 19 de abril de 2017.

ALBIÑANA CILVETI, I.: “La cesión de créditos hipotecarios: régimen jurídico, obstáculos y soluciones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Núm. 23-2009.

ALONSO GONZÁLEZ, P.: “Titulación: mucho más que emitir bonos”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Vol.11, 2001.

ALONSO VENTAS, A. y MARQUÉS SEVILLANO, M.: “Los bonos garantizados y las titulizaciones: situación actual, marco global y perspectivas futuras”, *Revista de estabilidad financiera*, Núm. 30, mayo 2016.

ARRANZ PUMAR, G: “El mercado hipotecario español. Los títulos del mercado hipotecario”, *CUNEF*, nº 1-2009.

⁴⁷ La Comunicación de la CNMV sobre las consultas relativas a la titulización de préstamos hipotecarios, de 20 de octubre de 2015, establece el procedimiento a seguir: «En los últimos meses, se han recibido en la CNMV un elevado número de consultas en las que los interesados solicitan información sobre si sus préstamos hipotecarios han sido cedidos a un fondo de titulización (en adelante, FT), así como la escritura de constitución y demás documentación de dichos FT [...]. Para conocer si un préstamo está titulado, el interesado debería dirigirse a la entidad bancaria (identificándose como titular del préstamo) y solicitar dicha información. Una vez que la entidad le haya informado de que el préstamo ha sido efectivamente cedido para la constitución de un FT, y le haya facilitado el nombre del fondo en cuestión, podrá dirigirse a la CNMV [...] solicitando una copia de la escritura de constitución del FT correspondiente. En caso de que la entidad bancaria no atendiera la petición de información sobre la titulización del préstamo, podría presentarse una reclamación que, en su caso, será tramitada por el servicio de reclamaciones del Banco de España —competente en la materia, al tratarse de información sobre un préstamo—».

BERNABÉU PÉREZ, I. C.: “La exclusiva legitimación activa de los fondos de titulización de activos, y el auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de octubre de 2017”, *Práctica de Tribunales*, nº 129, 2017.

CALLEJO CARRIÓN, S.: “Cesión de préstamos hipotecarios: a propósito de su inscripción en el registro de la propiedad”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Algunas consideraciones sobre la titulización de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en derecho español”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm.24, julio 2017.

CATARINEU, E.; PÉREZ, D.: “La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial”, *Estabilidad Financiera*, núm. 14, 2008.

KRUGMAN, P.: “De vuelta a la economía de la gran depresión y la crisis del 2008”. Ed. Norma, Bogotá, 2010.

MADRID PARRA, A.: “Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera”, *Diario la Ley*, Núm. 41720/2009.

MADRID PARRA, A.: “La nueva regulación de la titulación en la Ley 5/2015”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Núm. 15, 2015.

MARTÍN MARTÍN, M^a. R.: “Análisis de los fondos de titulización españoles: características en el momento de su constitución y comportamiento durante los años de crisis”, CNMV, *Documentos de Trabajo*, Núm^o.57, 2014.

MARTÍN MARTÍN, M^a. R.: “Pasado y presente de la titulización en el sector financiero internacional”. Ed. UCM, Madrid, 2016.

MINSKY, H. P.: “La reforma de la banca en 1995: la derogación de la Ley Glass Steagall, asuntos básicos”, *Revista de Economía Institucional*, n 26, Bogotá, 2012.

MORENO TRAPIELLA, P.: “Sostenibilidad social: conflictividad judicial”, en ALONSO IBÁÑEZ, M^a. R. (Dtra.): “La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

MOYA FERNÁNDEZ, A. J.; PÉREZ-PUJAZÓN, E.; TRIGO SIERRA, E.: “Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Núm. 44, 2016.

NASARRE AZNAR S.: “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 727, 2011.

NASARRE AZNAR S.; SIMÓN MORENO, H.: “Las malas prácticas con consumidores en la titulización hipotecaria”, en AAVV: “Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios”, *ADICAE*, diciembre 2016.

ORIA DE RUEDA, G. A.; MOLINS E.; MOLINS M.: “Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios, y de otras consideraciones”, *Noticias Jurídicas*, 13/11/2012 (a propósito del Auto AP de Castellón nº 133/2012).

REDONDO TRIGO, F.: “Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.753, 2016.

ROLDÁN ALEGRE, J. M^a.: “El papel del modelo de “originar para distribuir” en la crisis financiera de 2007”, *Estabilidad Financiera* nº 15, 2008.

TRUJILLO DEL VALLE, J.A.: “Titulización de activos tras la crisis financiera”, *Mediterráneo económico*, nº 29.

LAS JUNTAS DE LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO Y APUNTES PARA SU REFORMA. ESPECIAL REFERENCIA A SU VALOR COMO INSTRUMENTO PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

Boards of judicial administration counselors: analysis of legal framework and reform proposals. Particular reference as useful tool for criteria unification

Por Jaime Font de Mora Rullán

Letrado de la Administración de Justicia
jfondem@gmail.com

Artículo recibido: 07/08/18 | Artículo aceptado: 22/06/18

RESUMEN

En este artículo se realiza en primer lugar un análisis detallado de los principales aspectos del régimen jurídico de las Juntas que pueden celebrar los Letrados de la Administración de Justicia, reguladas en el artículo 26 del vigente Reglamento Orgánico, exponiendo las distintas clases de Juntas que se pueden convocar, forma de constitución y funcionamiento, así como su posible contenido. Pero, sobre todo, se pretende formular una serie de propuestas *de lege ferenda* para que se reforme la normativa actual a fin de relanzar y potenciar este instrumento de ordenación del Cuerpo de manera que las Juntas pasen a ser una herramienta cotidiana y verdaderamente útil para el trabajo de los Letrados de la Administración de Justicia. Siendo para ello imprescindible concretar con mayor precisión, entre otros aspectos, su posible contenido y los efectos derivados de los acuerdos adoptados. Realizando al propio tiempo una reflexión sobre la especial utilidad que estas Juntas pueden tener para intentar unificar criterios en el ámbito procesal y sobre su efecto cohesionador en los partidos judiciales pequeños.

ABSTRACT

This article deals with the main aspects of the Boards juridical regime that can held by the Judicial Administration Counselor, regulated in the article 26 of the Organic Regulation, exposing the different kinds of Boards they can convene, form of constitution and operation, as well as their possible content. But, above all, it is intended to formulate a series of *lege ferenda* proposals in order to relaunch and streng this body's ordination tool so that Boards become an everyday and truly useful tool for the work of the Justice Administration

Counselor. It is essential to specify with greater precision, its possible content and the effects derived from the agreements adopted, among other aspects. Reflecting at the same time about the special utility that these Boards may have to try to unify criteria in the procedural field and about its cohesive effect in small judicial districts.

PALABRAS CLAVE (estilo normal en negrita)

Juntas, Letrados de la Administración de Justicia, régimen jurídico, clases, convocatoria, funcionamiento, acuerdos, efectos, unificación de criterios.

KEYWORDS (estilo normal en negrita)

Boards, Judicial Administration Counselor, legal regime, classes, convocation, operation, agreements, effects, unification of criteria.

Sumario: 1. Introducción: sobre la verdadera dimensión y repercusión de las Juntas y la necesidad de su reforma. 2. Análisis del régimen jurídico de las Juntas. 2.1. Clases de Juntas. 2.2. Constitución y régimen de funcionamiento. 2.2.1. Convocatoria. 2.2.2 Requisitos para la válida constitución. 2.2.3. Modo de funcionamiento y desarrollo de las Juntas. 2.3. Valor y efectos de los acuerdos adoptados en las Juntas. 3. Posible contenido de las Juntas: ejemplos concretos. 4. Especial referencia a su utilidad como instrumento para la unificación de criterios y a su efecto cohesionador en los partidos judiciales pequeños. 5. Conclusiones: propuestas y apuntes para la reforma de las Juntas en el nuevo Reglamento Orgánico. 6. Bibliografía.

1. Introducción: sobre la verdadera dimensión y repercusión de la Juntas y la necesidad de su reforma

Las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia se encuentran reguladas en el vigente Reglamento Orgánico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia aprobado por [Real Decreto 1608/2005](#) de 30 de diciembre, concretamente en un único precepto, el artículo 26, que se encuadra dentro del Capítulo V del Título II dedicado a la ordenación del Cuerpo. En dicho artículo se desarrolla y precisa su régimen jurídico, concretando aspectos tales como las clases o tipos de Juntas que se pueden constituir y celebrar, su posible contenido, los requisitos para su válida constitución y funcionamiento, así como determinadas especialidades en los casos en que sean presididas por los Secretaros Coordinadores Provinciales⁴⁸.

⁴⁸Para GARCIA SÁNCHEZ, E.J.: *“Las resoluciones gubernativas de los secretarios judiciales. Decisiones de una nueva organización judicial”*. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012. Pág. 25, *“En mi opinión, partiendo de la ubicación elegida para su regulación compartiendo Título con los*

La creación de las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia representó una de las novedades más significativas del vigente Reglamento Orgánico del año 2005, ya que hasta entonces no tenían una regulación legal expresa que las amparara, aunque sí se venían celebrando de facto con anterioridad en muchos partidos judiciales⁴⁹.

La razón de ser o motivo de que se procediera a su desarrollo normativo en ese concreto momento obedece, en esencia, al proceso general de jerarquización que experimentó el entonces Cuerpo de Secretarios Judiciales a partir de la importante reforma de la LOPJ operada en el año 2003, concretamente a través de la LO 19/03, para permitir la adecuada implantación del nuevo modelo organizativo que se instituía en virtud de dicha reforma: la conocida como Nueva Oficina Judicial. Esta reforma implicó la creación de una estructura jerárquica o piramidal dentro del Cuerpo a imagen y semejanza de la organización propia del Ministerio Fiscal, situando en su cúspide al Secretario General de la Administración de Justicia y como órganos directivos autonómicos y provinciales a los Secretarios de Gobierno y Secretarios Coordinadores Provinciales respectivamente.

Esta nueva estructura organizativa jerárquica hacía necesario y requería de la creación de un instrumento o herramienta de expresión y actuación propio de los Letrados de la Administración de Justicia de base, por lo que junto al Consejo del Secretariado⁵⁰, instrumento de participación democrática del colectivo ante el Ministerio de Justicia según reza el artículo 22 del Reglamento Orgánico, se decidió establecer estas Juntas para que los integrantes del Cuerpo pudieran tratar de manera directa, formal y estructurada cuestiones y asuntos de interés en sus respectivos ámbitos de actuación, siendo además un canal de comunicación idóneo con los superiores jerárquicos inmediatos, los Secretarios Coordinadores Provinciales, tanto para recibir las instrucciones y consignas que estos considerasen oportuno trasladarles como para, a su vez, elevar a dichos

órganos superiores, con el Secretario General de la Administración de Justicia, y con el Consejo del Secretariado, la Juntas tienen la consideración de órganos del Cuerpo de Secretarios Judiciales."

⁴⁹ GÓMEZ ARROYO, J.L. habla, para referirse a esas Juntas anteriores a la regulación del año 2005, de Juntas "alegales" y eso "en el mejor de los casos", en "Reglamento... op. cit. p. 86. Por su parte, OLARTE MADERO, J. op. cit. p. 1 señala que: "Ello determinó que, en el legítimo ejercicio del derecho de reunión, en algunos partidos judiciales se confeccionaran unas normas de funcionamiento por las que los propios Secretarios Judiciales se dotaron de unos criterios de actuación en esas autodenominadas Juntas de Secretarios, criterios que no sólo no se fueron adaptando a las sucesivas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que en no pocas ocasiones posteriores cayeron en el olvido o directamente se obviaron."

⁵⁰ Para una aproximación a la historia de la creación del Consejo del Secretariado puede verse MARTIN CONTRERAS, L. "El Consejo del Secretariado" en ESCUDERO MORATALLA, J.F. y otros, "Secretario Judicial: visión..." p. 795.

superiores su punto de vista y opinión sobre las cuestiones debatidas y abordadas en la concreta Junta⁵¹.

Es evidente que en la regulación de las Juntas se tuvo especialmente en cuenta tanto la normativa propia del Ministerio Fiscal, que dedica a esta cuestión el [artículo 24 de su Estatuto Orgánico](#), como la propia de las Juntas de Jueces, figura de gran tradición y raigambre en nuestro derecho orgánico y que actualmente se encuentran reguladas en el [artículo 170 de la LOPJ](#) y el [Reglamento 1/2000 del CGPJ sobre de Órganos de Gobierno del Poder Judicial](#), que las desarrolla en los artículos 66 y siguientes.

En cualquier caso, por lo que atañe a la verdadera dimensión y repercusión que este instrumento ha tenido dentro del colectivo y su utilización en la práctica, puede afirmarse con bastante seguridad, desde la perspectiva que ofrecen los largos años de aplicación del vigente Reglamento Orgánico, que las notables expectativas⁵² que se tenían en los primeros años tras su creación se han visto en buena medida rebajadas y diluidas, pues las Juntas han pasado a ser un recurso secundario, casi anecdótico o testimonial por su escasa o mínima utilización por parte de los interesados y, sobre todo, destinadas en muchas ocasiones a temas puramente rutinarios o estrictamente burocráticos, como supone por ejemplo el caso paradigmático de las Juntas celebradas para la aprobación del calendario anual de vacaciones de un partido judicial u orden jurisdiccional concreto. Pero, salvo contadas excepciones como luego se verá, es manifiesto y evidente que no se ha sacado a las Juntas todo el potencial y utilidad que sin duda atesoran para el colectivo. En definitiva, puede afirmarse que las Juntas no son algo consustancial a la actividad y trabajo de los Letrados de la Administración de Justicia, un elemento frecuente, normal y cotidiano dentro de su desempeño profesional, a diferencia de lo que sucede con los Fiscales o Jueces, que celebran Juntas con bastante asiduidad (en el caso de los Fiscales, como mínimo semestralmente). En cambio, para los Letrados de la

⁵¹ En opinión de OLARTE MADERO, J. *ibídem*, pág. 13-14 “A través de las Juntas de Secretarios Judiciales irán calando entre los miembros del cuerpo los principios de dependencia jerarquía y unidad de actuación, a que tan reacio es, recogiendo sobre el particular la experiencia de la Fiscalía, carrera en que concurren las mismas características y principios que en la del Secretariado y en las que las Juntas cumplen una relevante función.”

⁵² Esta importancia que se daba a las Juntas en los primeros tiempos tras la promulgación del Reglamento Orgánico se puede apreciar nítidamente en el completo y magnífico artículo de OLARTE MADERO, J, *op. cit.* p. 14, pionero en su estudio, y en el que refiere que: “... en el Encuentro de Secretarios de Gobierno que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos entre los días 26 de febrero al 2 de marzo de 2.007 se analizó, precisamente a solicitud de este ponente, entre otras cuestiones, la normativa relativa a las Juntas de Secretarios, no alcanzándose otra conclusión al respecto, tras el oportuno debate, que la de estimar imprescindible el dictado de una Instrucción por parte del Secretario General de la Administración de Justicia, al objeto de salvar las lagunas reglamentarias y establecer unos parámetros básicos relativos al funcionamiento de aquellas...”

Administración de Justicia la convocatoria formal de una Junta no deja de ser algo más bien excepcional, que se da con poca frecuencia en la práctica.

Tal vez una de las pruebas más evidente de dicho diagnóstico sobre la escasa trascendencia práctica y real que tienen las Juntas en la actualidad se manifiesta en el hecho de que, a pesar de las numerosas reformas que ha experimentado la LOPJ desde el año 2003, no se ha aprovechado ninguna de ellas para introducir su regulación en dicha norma elevando así las Juntas a rango orgánico como ya reclamaba la doctrina⁵³. Lo que resulta especialmente llamativo en el caso de la última gran reforma del colectivo materializada por la LO 7/2015 en cuya virtud se modificó incluso la denominación del Cuerpo⁵⁴ y que hubiese sido un momento especialmente idóneo para dar ese salto cualitativo, reconociendo así su trascendencia para la profesión. Para ello hubiese bastado, por ejemplo, con introducir un apartado 5º en el artículo 463 de la LOPJ indicando que *“Los Letrados de la Administración de Justicia podrán constituirse en Juntas en la forma reglamentariamente prevista”* o algún texto similar. Pero lo cierto es que no se sintió esa necesidad, porque, en definitiva, las Juntas han pasado a ser algo que está ahí, un recurso que se puede utilizar en determinadas ocasiones, pero a las que no se les presta demasiada atención ni se les ve una utilidad clara y rotunda. Y, por lo tanto, están a años luz de la utilización cotidiana y frecuente que se les suele dar en los otros dos colectivos con los que siempre tienden a compararse los Letrados de la Administración de Justicia: Jueces y Fiscales, que utilizan sus Juntas con una gran frecuencia y asiduidad.

Las causas concretas de este auténtico *“fenómeno de huida de las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia”* que aquí se denuncia y pone de manifiesto, son diversas, y entre ellas puede remarcarse, por ejemplo, la excesiva rigidez que presentan algunos aspectos de su regulación. Pero sobre todo la explicación hay que buscarla en que no se ha sabido dar a las mismas ni un alcance superior al del partido judicial ni, sobre todo, un valor y efectos claramente determinados y delimitados. De esta forma, en la práctica del día a día han quedado como algo desvaído, poco definido, como un recurso al que se sabe que se puede acudir en determinados momentos puntuales, pero sin tener la plena certeza de cuáles son sus concretos efectos e implicaciones. En definitiva, la cuestión que se plantea en última instancia no es otra que determinar para qué sirven o pueden servir realmente las Juntas y si verdaderamente son de utilidad para el Cuerpo.

⁵³ Así, por ejemplo, GÓMEZ ARROYO, J.L., en *“Reglamento...”*, op.cit. p. 86.

⁵⁴ Sobre la trascendencia para el Cuerpo del cambio de nombre operado en 2015 puede verse, FONT DE MORA RULLÁN, J. *“El cambio de nombre...”* p. 65.

Pues bien, ante este estado de cosas es indudable que la próxima e inminente reforma de nuestro Reglamento Orgánico, exigida ineludiblemente por la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 7/2015, constituye una ocasión idónea, pintiparada, para intentar impulsar y relanzar esta institución a fin y efecto de que pase a ser realmente una figura central, capital, en la ordenación del Cuerpo tal y como se diseñó y concibió en el año 2005. Impulso que debe pasar por varias medidas, como por ejemplo delimitar más claramente su contenido y, sobre todo, detallar y especificar en la propia normativa cuáles son los concretos efectos y la virtualidad de los acuerdos adoptados en Junta, así como establecer una forma más adecuada de darles una publicidad general. Pero para esbozar cuáles deberían ser los cambios y modificaciones que convendría introducir en la normativa a fin de lograr ese objetivo, lo más práctico es hacerlo al hilo de la exégesis y exposición detallada de su actual régimen jurídico, ya que ello permitirá poner de manifiesto las lagunas y puntos débiles de la actual normativa.

2. Análisis del régimen jurídico de las Juntas

En la línea de lo que antes se apuntaba, resulta llamativo que el Reglamento Orgánico dedique un único artículo a desgranar el régimen jurídico de las Juntas, lo que conlleva inexorablemente que queden sin aclarar y concretar aspectos importantes de su funcionamiento⁵⁵. Ello ha llevado a parte de la doctrina a intentar colmar esas lagunas aplicando supletoriamente las normas que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración General del Estado, actualmente prevista en los artículos 15 a 18 de la [Ley 40/15, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público](#). Pero siendo ello efectivamente una posible solución, parece más lógico acudir preferentemente al funcionamiento de las Juntas de Jueces y Fiscales por las analogías que presentan esos Cuerpos con el de Letrados de la Administración de Justicia. Y, en cualquier caso, sería aconsejable completar la normativa reglamentaria con el dictado de una Instrucción de carácter general por el Secretario General de la Administración de Justicia como ya se reclamó unánimemente en el Encuentro de Secretarios de Gobierno celebrado en el año 2007.

2.1 Clases de Juntas

El artículo 26 del Reglamento Orgánico comienza estableciendo las dos clases de Juntas que se pueden convocar, a saber:

⁵⁵ Para GOMEZ ARROYO, J.L. "Reglamento..." p. 86, "Esta parquedad es fuente de omisiones y lagunas jurídicas, generando la consabida incertidumbre y discrepancia interpretativa, sobre todo en sus inicios". Incertidumbre que, puede añadirse, todavía persiste.

Las *generales*, que hay que referir al ámbito del partido judicial en su conjunto, comprendiendo todos los órdenes jurisdiccionales que lo integren, o lo que es lo mismo, a todos los Letrados de la Administración de Justicia de un determinado partido judicial.

Y las *sectoriales*, que incluirán únicamente a los Letrados de la Administración de Justicia de un concreto orden jurisdiccional (civil, social, instrucción, etc.). Aunque con la estructura de la NOJ podrían afectar a los integrantes de los Servicios Comunes, por ejemplo, o de las Upad's de uno o varios órdenes.

En realidad, hay que destacar que el artículo 26 sólo establece la distinción entre estos dos tipos de Juntas para precisar quién debe presidirlas, ya que indica que las generales estará siempre presididas por el Secretario Coordinador Provincial, mientras que en las sectoriales su presencia sólo resulta imperativa cuando la Junta se celebre en una localidad con al menos diez órganos unipersonales. En los restantes casos su presencia será voluntaria, presidiendo la Junta en su defecto el compareciente más antiguo.

Se ha discutido si esta antigüedad hay que referirla al escalafón o al destino, aunque esta segunda opción, antigüedad en el destino, parece la más lógica y razonable, ya que la Junta hay que encuadrarla siempre en un ámbito geográfico concreto, por lo que lo relevante a estos efectos es quién tiene más experiencia en la plaza y no tanto en el Cuerpo⁵⁶.

Lo que no cabe duda es que corresponde al Secretario Coordinador Provincial decidir sobre su presencia o no en las Juntas sectoriales en las que no resulta imperativa su asistencia y que en todo caso debe tener conocimiento de la celebración de la Junta. En otros términos, en nuestro ordenamiento no se pueden organizar Juntas "paralelas" al Coordinador, sin su conocimiento. Otra cosa es que los integrantes de un determinado partido judicial pueden reunirse para tratar cualquier cuestión, pero eso es ya algo distinto, una simple asamblea, reunión o como quiera llamarse, pero sin los efectos jurídicos atribuidos por nuestro Reglamento a las Juntas, que han de ser convocadas formalmente para ser tales.

En cualquier caso, la principal crítica que se ha vertido tradicionalmente por la doctrina en relación con esta clasificación de las Juntas en generales y sectoriales radica en el hecho que no se contemple expresamente la posibilidad

⁵⁶ Para OLARTE MADERO, J. op.cit. p. 9 "Teniendo en cuenta que al referirse al Secretario de la Junta se prevé expresamente en el Reglamento que actúe como tal el más moderno en el escalafón de los asistentes y que tratándose de la Presidencia de la Junta no se hace esa mención, parece lógico pensar que en este caso se está refiriendo a la antigüedad en el centro de destino." Por su parte GÓMEZ ARROYO, J.L. "Anotaciones...", p. 21, destaca que "...si exigimos el detalle "escalafonal" nos podríamos encontrar con que si no preside el SCP en algunos partidos judiciales (todos Secretarios Judiciales sustitutos) no podrían celebrarse Juntas Sectoriales"

de celebrar Juntas de ámbito provincial o aún autonómico⁵⁷, y en este caso tanto generales (todos los integrantes del Cuerpo en esos ámbitos) como sectoriales (por ejemplo, los destinados en Servicios Comunes de Asuntos Generales, en Primera Instancia, social, etc.). Siendo que esta previsión está contemplada expresamente para los Jueces en el artículo 170.3 de la LEC y que es obvio que técnicamente no existe ningún inconveniente para su celebración porque, en definitiva, todos los asistentes a esas Juntas de ámbito amplio o extendido van a depender del mismo superior jerárquico que las convoque y presida, que sería el propio Secretario de Gobierno en el caso de las autonómicas.

Sí que es cierto que puede tratarse de Juntas difíciles de organizar y gestionar en la práctica debido al elevado número de asistentes que podrían llegar a concurrir (piénsese en una Junta general autonómica en Madrid, Barcelona o Valencia), pero en determinados supuestos excepcionales su convocatoria sí podría ser de utilidad, sobre todo con el fin de proceder a la unificación de criterios. De hecho, repasando algunos ejemplos concretos de Juntas disponibles en internet, como se expone más adelante al abordar el contenido de las Juntas, se constata que en la práctica sí se han llegado a celebrar Juntas a nivel provincial, pero sería conveniente que esa posibilidad tuviera un reflejo expreso en la propia normativa.

2.2. Constitución y régimen de funcionamiento

2.2.1 Convocatoria

En cuanto a la facultad de convocatoria de las Juntas, del párrafo tercero del artículo 26 se desprende claramente que dicha tarea corresponderá siempre el Secretario Coordinador Provincial respectivo cuando se trate de Juntas generales o sectoriales en partidos judiciales con más de diez órganos unipersonales, pues en esos casos corresponde a dicho cargo presidirlas, y ello cuando *“lo estime necesario”*. En los demás supuestos, es decir, Juntas sectoriales en partidos de pequeña dimensión, la convocatoria podrá partir del Letrados de la Administración de Justicia que deba presidirlas, esto es, el más antiguo en el destino como antes se ha defendido, pero siempre y cuando el Secretario Coordinador Provincial haya decidido expresamente no asistir y delegar.

Ahora bien, la iniciativa para que se celebre una Junta puede partir en realidad de cualquier integrante del Cuerpo, a cuyo efecto deberá instar su convocatoria de quien deba presidirla, es decir, del Secretario Coordinador Provincial o del Letrados de la Administración de Justicia más antiguo. En tal

⁵⁷ Para GÓMEZ ARROYO, J.L.: *“Apuntes...”*, p. 21, *“Con el fin de salvar lagunas normativas y adaptarse a la realidad estatutaria secretarial debe reconocerse, expresa y literalmente, la posibilidad de que los Secretarios Judiciales se reúnan en Juntas territoriales de ámbito autonómico o interprovincial. En estos últimos casos, la convocatoria y posterior presidencia, en su caso, sería competencia del respectivo Secretario de Gobierno”*.

caso sólo habrá obligación de proceder a la convocatoria si la solicitud se formula y está apoyada por los Letrados de la Administración de Justicia que constituyan y representen una cuarta parte de los integrantes del respectivo ámbito de la Junta. Criterio idéntico al previsto para las Juntas de Jueces, pues el artículo 170.2 de la LOPJ habla de convocatoria de la Junta de Jueces a instancia de *“la cuarta parte de los miembros de derecho de la misma.”* En el caso de las Juntas de Fiscales se exige que la convocatoria extraordinaria parta de un tercio de los Fiscales destinados en la respectiva Fiscalía.

Si la petición de celebración no reúne ese apoyo mínimo (por ejemplo, 2 Letrados de la Administración de Justicia en un partido de 8 unidades judiciales), la decisión de celebrarla será una decisión facultativa del responsable, que puede denegarla. No se contempla que en caso de denegar la petición deba darse una respuesta escrita y motivada al solicitante, por lo que en principio todo apunta a que no será preciso. Pero tal vez sí sería conveniente reformar la normativa para establecer la necesidad de que se formule esa respuesta denegatoria de la petición por escrito, y ello a fin de que el interesado pueda reaccionar frente a dicha decisión en la forma prevista por el artículo 83.2 del Reglamento Orgánico, dando a su esa negativa a la celebración el valor de una orden o instrucción del superior jerárquico, lo que permitiría avocar la cuestión al superior jerárquico para su resolución definitiva, es decir, decidir si la celebración de la Junta resulta o no pertinente.

En cualquier caso, la rigidez en la convocatoria de las Juntas es otro de los factores que ha dado lugar a su escasa utilización práctica, pues la normativa parte de la necesaria e imprescindible presencia del Secretario Coordinador Provincial en todas las Juntas, lo cual parece difícil de asumir en determinados territorios. Ello ha dado lugar a que en muchos casos se hayan celebrado *“Juntas”*, con esa denominación, pero sin cumplir con todos los requisitos formales previstos en el artículo 26 del Reglamento, especialmente la puesta en conocimiento del Secretario Coordinador Provincial y su presencia. Para evitar esta situación sería conveniente incluir expresamente en la normativa la posibilidad de que el Secretario Coordinador Provincial pudiera delegar la presidencia de la Junta en el Letrado de la Administración de Justicia que estime conveniente, con la garantía adicional de reservarle en todo caso la facultad de aprobar el orden del día de la Junta a celebrar. Esto dotaría al sistema de mucha más agilidad y eficiencia, sobre todo de cara a las Juntas de carácter eminentemente técnico como son las destinadas a la unificación de criterios procesales.

Finalmente, otra cuestión que se ha planteado respecto a la convocatoria de las Juntas es si las mismas podrían celebrarse fuera del horario ordinario de trabajo, es decir, por las tardes, para no afectar al normal funcionamiento del servicio y facilitar así la asistencia de los interesados. Ante ello, parece que no

habría ningún obstáculo, pero siempre y cuando la asistencia se configure como voluntaria, pues en caso de imponerse como obligatoria podría colisionar con otros derechos de los Letrados de la Administración de Justicia⁵⁸.

2.2.2. Requisitos para la válida constitución

En primer lugar, para la válida constitución de la Junta es imprescindible que se haya remitido con suficiente antelación a los asistentes la convocatoria y el orden del día. Aunque hay que entender que la omisión de este requisito meramente formal tan solo podría dar lugar a la anulabilidad de la Junta si se alegara indefensión o perjuicio por cualquiera de los llamados a la misma, pues en otro caso, aunque se haya omitido la remisión del orden del día o algún interesado haya tomado conocimiento de su celebración por otras vías no oficiales, se estima que podría celebrarse válidamente si nadie denuncia o pone de manifiesto tales defectos o irregularidades al iniciarse la reunión. Tampoco se indica nada sobre la forma de remisión, pero hoy en día hay que entender que basta y es suficiente la remisión a través del correo electrónico corporativo oficial del que disponen todos los Letrados de la Administración de Justicia y que es la vía de comunicación usual con los superiores jerárquicos⁵⁹.

En cuanto a la confección del orden del día, corresponderá a quien deba presidir la Junta, normalmente el Secretario Coordinador Provincial, pero hay que considerar que en el caso de que la Junta se haya convocado a instancia de una cuarta parte de los interesados de su ámbito, resultará imprescindible incluir en dicho orden del día la cuestión o materia que haya motivado dicha petición. Y aunque nada se diga en la normativa, es evidente que en el desarrollo de la Junta podrán tratarse cuestiones que en principio hayan quedado fuera del orden del día pero ello siempre y cuando se acepte voluntariamente por todos los asistentes, ya que de no ser así, y si algún interesado alegara que la introducción de una nueva cuestión fuera de orden del día le causa indefensión al no haber podido prepararla adecuadamente, lo procedente sería no tratarla y convocar una nueva Junta al efecto, al menos si se quiere evitar una posible nulidad de lo actuado.

Llegado el día y hora señalados para la celebración, la Junta quedará válidamente constituida si asisten al menos la mitad más uno de los Letrados de la Administración de Justicia convocados. Sobre esta cuestión se han planteado a nivel doctrinal dos cuestiones esenciales que inexplicablemente no se contemplan en la normativa: primero, si la asistencia a las Juntas resulta o no

⁵⁸ Para OLARTE MADERO, J., op. cit. p. 8, *“En todo caso resultaría necesario que por el convocante se justificara en lo posible la necesidad de celebración de las Juntas fuera del horario de obligada presencia de los Secretarios Judiciales afectados”*.

⁵⁹ En este mismo sentido, OLARTE MADERO, J., op.cit. p. 7, que habla de *“medios telemáticos”* que dejen constancia de la recepción.

obligatoria. Y segunda, si pueden asistir o no los Letrados de la Administración de Justicia sustitutos. Aunque ambas han quedado resueltas de facto en buena medida por la práctica.

Sobre la primera, la obligatoriedad de asistir a las Juntas convocadas por el superior jerárquico, la duda surge o se plantea en buena medida porque el artículo 24 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal sí establece claramente que *“La asistencia a las Juntas es obligatoria para todos los Fiscales según su respectiva composición, salvo ausencia justificada apreciada por el Fiscal Jefe.”* Esto ha llevado a parte de la doctrina⁶⁰ a considerar que la asistencia en el caso de las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia también debería ser obligatoria, teniendo incluso la consideración de una orden del superior jerárquico cuyo incumplimiento podría dar lugar a responsabilidad disciplinaria. Pero lo cierto es que en la práctica desde la promulgación del precepto se está entendiendo con carácter general y mayoritariamente que la asistencia no es obligatoria sino voluntaria y que ni tan siquiera sería necesario acreditar que la ausencia está justificada por razón del servicio o cualquier otro motivo personal, y ello dado que precisamente el propio precepto reglamentario establece un *“quorum”* para tener la Junta por válidamente constituida, lo que no resultaría necesario si la asistencia fuese obligatoria. Además, el precepto habla de que los Letrados de la administración de Justicia *“podrán”* reunirse en Junta, es decir, algo facultativo, no como una obligación. No obstante, en la práctica se han producido algunas excepciones fijando por los superiores jurídicos la obligatoriedad de la asistencia, con la correspondiente polémica.

Ante este estado de cosas, tal vez una solución intermedia que parece razonable sería mantener el carácter voluntario de la asistencia sin necesidad de justificación, pero señalando en la normativa expresamente que por parte del Secretario Coordinador Provincial se podría declarar de forma motivada el carácter obligatorio de la asistencia cuando la índole o naturaleza de la materia a tratar así lo exija, en cuyo caso lógicamente sí sería necesario que los Letrados de la Administración de Justicia que no puedan concurrir por cualquier motivo lo justifiquen debidamente ante dicho superior con la suficiente antelación, quedando a criterio del superior jerárquico la apreciación de la suficiencia de la excusa alegada (necesidades del servicio o cualquier otra)⁶¹.

⁶⁰ En este sentido, OLARTE MADERO, J, op.cit, p. 7, que concluye que: *“En definitiva, sobre esta cuestión, a mi entender resulta insostenible que cualquier Secretario Judicial, no concurriendo causa justificada al efecto, pueda dejar de asistir a una Junta convocada por su superior jerárquico.”*. Por su parte GARCÍA SÁNCHEZ, E.J. op. cit., es también partidario de la asistencia obligatoria por los argumentos que expone en su trabajo.

⁶¹ En este sentido, para GARCÍA SÁNCHEZ, E.J, ibídem p. 26, *“No cabe duda alguna que cuando el convocante es el secretario coordinador provincial, en tanto órgano superior de la Carrera con relación de jerarquía respecto del resto de los secretarios judiciales, puede ordenar la obligatoria presencia”*.

Respecto a la cuestión de la intervención en las Juntas de los Letrados de la Administración de Justicia sustitutos, en realidad se trata de una cuestión eminentemente teórica ante la falta de regulación⁶², pues la realidad se ha encargado de resolver definitivamente dicha cuestión al admitir su intervención en las Juntas sin ningún tipo de cortapisas ni restricción. Y ello porque, sin perjuicio de que existen sólidos argumentos teóricos para mantener esa postura favorable, lo cierto es que el alto nivel de interinidad que tradicionalmente ha caracterizado a nuestro Cuerpo hacía prácticamente inviable restringir o limitar su intervención, pues en muchos partidos judiciales todos los integrantes son sustitutos (piénsese en el caso de Cataluña como la región más paradigmática en cuanto a dicha situación) y se han celebrado Juntas con la asistencia de sustitutos con total normalidad y plenos efectos. Además, no parece razonable limitar su intervención a la prevista para los Fiscales sustitutos, que pueden hacerlo con voz, pero sin voto, porque en el fondo y en última instancia se abordan cuestiones que les afectan igualmente y pueden repercutir directamente en su trabajo.

2.2.3. Modo de funcionamiento y desarrollo de las Juntas

Una vez iniciada la Junta, el artículo 26 dispone expresamente que los acuerdos se adoptarán por mayoría simple, lo que concuerda con el sistema de adopción de acuerdos en las Juntas de Jueces y Fiscales. No obstante, tal vez hubiese sido interesante prever la posibilidad de que quien presida la Junta pudiera fijar de antemano, en la propia convocatoria y orden del día, una mayoría reforzada o cualificada para la adopción de determinados acuerdos especialmente sensibles o relevantes. También hubiese sido aconsejable otorgar expresamente valor dirimente al voto del presidente en caso de empate en la votación, cuestión que, aunque parece lógica dado el carácter jerárquico del Cuerpo, no puede llevarse a efecto sin un respaldo normativo expreso.

No se indica si la votación ha de ser en todo caso pública o si puede ser secreta en determinadas ocasiones, pero parece razonable que de forma excepcional y si quien las preside así lo acuerda, pueda establecerse un sistema de votación secreta, mediante papeletas en sobre cerrado, cuando se someta a votación cuestiones delicadas o que afecten directamente a alguno de los

de todos los secretarios judiciales convocados y éstos deben acatarla so pena de incurrir en responsabilidad."

⁶² Tanto OLARTE MADERO, J., op. cit, p. 5, como GÓMEZ ARROYO J.L, "Reglamento...", op. cit., pág. 86, son favorables a permitir la asistencia de los Letrados de la Administración de Justicia con plenitud de derechos, esto es, con voz y voto. En cambio, GARCÍA SÁNCHEZ E.J, op. cit. p. 28, es contrario a su intervención considerando que "los secretarios sustitutos no forman parte de la Junta de Secretarios Judiciales, sin perjuicio de la posibilidad de que sean convocados a los meros efectos de ser oídos..."

asistentes a la Junta, pero ha de tratarse de algo excepcional, siendo lo normal el voto presencial y a mano alzada.

Tampoco se expresa nada en el precepto analizado sobre si cabría delegación de voto por parte de aquel Letrado de la Administración de Justicia convocado que no pueda asistir a la Junta por causa justificada, pero ello parece admisible teniendo en cuenta que siempre ha de existir un orden del día, es decir, que se conocen de antemano los puntos que se van a abordar en la reunión, por lo que en principio no habría obstáculos técnicos para admitir ese voto delegado, siempre y cuando se acredite la delegación ante el secretario de la Junta con suficientes garantías⁶³.

Finalmente, por lo que atañe a la votación, tampoco se contiene previsión alguna sobre si podría emitirse o no voto particular por el Letrado de la Administración de Justicia que discrepe de la decisión mayoritaria adoptada, por lo que la cuestión va a quedar en última instancia a lo que decida quien presida la Junta. Pero parece aconsejable que se permita emitir dicho voto discrepante por escrito para que quede unido al acta por los efectos que de ello pudieran derivar y de cara a su posible impugnación⁶⁴.

En cuanto a los asistentes a la reunión, además de los Letrados de la Administración de Justicia de base, hay dos figuras que juegan un papel o rol determinante en el desenvolvimiento de toda Junta, a saber:

Por un lado, el presidente de la Junta, que como se ha visto será normalmente el Secretario Coordinador Provincial salvo en los partidos judiciales de menos de 10 unidades judiciales. El Reglamento Orgánico no detalla ni precisa sus funciones, pero está claro que le corresponderá dirigir y moderar los debates, haciendo que se cumpla con el orden del día previamente comunicado, así como dar por finalizada la Junta cuando proceda. En general, al presidente le corresponde ejercer una función similar a la conocida como "policía de vistas" manteniendo el orden del debate, pudiendo acordar la expulsión de la Junta de quien no mantenga las formas, con las consecuencias disciplinarias que ello pudiera conllevar. Como se ha dicho, hubiese sido deseable que se le reconociera voto de calidad en caso de empate.

Y, por otro lado, está la figura del secretario de la Junta, que será siempre el Letrado de la Administración de Justicia más moderno en el escalafón. Es

⁶³ Para OLARTE MADERO, J., op.cit, p. 10, "*En principio no debería existir obstáculo alguno a tales efectos para las Juntas de Secretarios, pero tal delegación habría de quedar sujeta a dos condicionantes: que concurra imposibilidad de asistencia, debidamente justificada, para el ausente, y que la naturaleza del acto lo permita*". En cambio, para GARCÍA SÁNCHEZ, E.J. op. cit. p. 29, no es admisible el voto por delegación.

⁶⁴ Sobre la posibilidad de impugnar directamente el acta de la Junta por algún Letrado de la Administración de Justicia disidente resulta de interés la reflexión realizada por OLARTE MADERO, J, ibidem pp. 11 y 12.

significativo que a diferencia de lo que ocurre con la presidencia en los partidos pequeños cuando no acuda el Secretario Coordinador Provincial, en la que se habla de antigüedad sin precisar si es en el escalafón o en el destino, en el caso del secretario de la Junta sí se precisa que habrá que atender a la antigüedad en el Cuerpo. Respecto a sus funciones, le corresponderá según indica el apartado 5º del artículo 26 *“redactar las actas de los acuerdos de las Juntas, así como de conservarlas y de expedir las certificaciones de las mismas, debiendo remitir testimonio al Secretario de Gobierno para su archivo y conocimiento a los efectos que procedan.”*.

Aunque nada diga el precepto está claro que en los tiempos actuales lo normal es que acta se redacte mediante procedimientos informáticos y no de forma manual a la antigua usanza, firmándose por los asistentes una vez impresa, pero ello dependerá de que se cuente con los medios necesarios a tal fin. Más discutible es si podría exigirse por cualquier interesado que la sesión quede registrada en soporte audiovisual, lo que sería factible si la Junta se celebra en una sala de vistas que disponga de sistema de grabación. Pero ante la falta de previsión expresa al respecto hay que concluir que ello solo será viable si lo autoriza quien deba presidir la Junta, a quien, por otro lado, corresponderá resolver sobre cualquier discrepancia que se plantee respecto a la redacción concreta del acta. Del artículo 26 del Reglamento parece desprenderse que únicamente hay que consignar en el acta los acuerdos adoptados, pero la práctica que se ha impuesto es la de recoger los principales motivos o argumentos que han llevado a su adopción, al menos sucintamente.

Otro de los puntos débiles de la actual normativa radica en la escasa publicidad que se prevé para los acuerdos adoptados en las Juntas, ya que en ocasiones lo acordado puede tener trascendencia para terceros, especialmente los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, pero también otras instancias. Por ello sería conveniente que en la reforma de este artículo se incluyera la previsión de que por el presidente se pudiera acordar la remisión del acta de la Junta a las instancias que corresponda y que, incluso, en caso de ser su contenido especialmente trascendente, se pudiera remitir el acta a través del Secretario de Gobierno al Portal de la Administración de Justicia para su difusión general entre todo el colectivo, siempre que el Secretario General de la Administración de Justicia así lo estime oportuno. Pudiendo incluirse a estos efectos en el conocido como “Marco normativo”, dentro de “otros documentos de interés” de los respectivos Secretarios Coordinadores Provinciales o Secretarios de Gobierno.

Por otro lado, en cuanto a la previsión de que el testimonio del acta de las Juntas se archive en las respectivas Secretarías de Gobierno, podría ser de gran utilidad que se estableciese en la normativa la obligación de llevar en cada una de ellas un listado actualizado de las Juntas celebradas por cada partido judicial, con expresión de los acuerdos adoptados, a fin de poder facilitar esa

información a los Letrados de la Administración de Justicia de nueva incorporación o a quien lo solicite y tenga interés legítimo. Esta medida facilitaría extraordinariamente el conocimiento de los acuerdos de las Juntas ya que de otra forma la información se dispersa y resulta difícil de conocer en muchas ocasiones para quien no ha participado en las Juntas en cuestión.

2.3. Valor y efectos de los acuerdos adoptados en la Juntas

Hasta aquí se ha expuesto cómo funcionan las Juntas, pero sin duda la cuestión más trascendental es la relativa a qué efectos pueden derivar de los acuerdos adoptados en dichas Juntas, cuál es su valor jurídico o virtualidad. Pues bien, sobre este punto la regulación reglamentaria es especialmente deficiente, pues nada se dispone expresamente al respecto, a diferencia de lo que sucede con las Juntas de Fiscales en la que el artículo 24 de su Estatuto Orgánico sí aclara que los acuerdos tendrán “*carácter de informe*” para el Fiscal Jefe respectivo.

Únicamente en el párrafo segundo se expresa que podrán adoptarse acuerdos sobre asuntos que interese elevar al Secretario de Gobierno respectivo, pero nada se dice sobre los efectos concretos que puedan derivarse de tales acuerdos y si la decisión adoptada puede resultar vinculante o de obligado cumplimiento para los Letrados de la Administración de Justicia del ámbito de la Junta celebrada.

Esta circunstancia, unida a la falta de precisión sobre el contenido que pueden tener dichas Juntas, da lugar a que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en muchas ocasiones no pasen de ser reuniones o asambleas meramente informativas, sin ninguna virtualidad ni repercusión jurídica de peso. En palabras de GÓMEZ ARROYO, J.L.⁶⁵ “*si se entendiese que esta discusión carece de sentido dado que las Juntas de Secretarios Judiciales tienen categoría o naturaleza de un simple foro, ágora u observatorio para recoger “opiniones” o acuerdos testimoniales- mera declaración de intenciones- de este Cuerpo en un determinado ámbito territorial y/o material, lógicamente esta regulación es suficiente. Ahora bien, se habría perdido una gran oportunidad de crear y regular un órgano genuinamente secretarial vivo, eficaz y necesario para el sistema judicial*”. Por su parte, OLARTE MADERO, J. destacaba que “.... No debemos permitir que queden reducidas a un simple lugar de encuentro donde se recojan meras opiniones que carezcan de toda trascendencia ante los órganos superiores del Cuerpo o, en todo caso a través de estos, ante los órganos competentes de las Comunidades Autónomas o el Consejo General del Poder Judicial. Lamentablemente la regulación que de las Juntas de Secretarios se hace en el ROCSJ hará sumamente dificultoso alcanzar esa deseable potenciación”⁶⁶.

⁶⁵ En “Reglamento...”, p. 86.

⁶⁶ Op. cit. página 2.

Por ello se impone revisar ese aspecto de la vigente regulación, siendo aconsejable que se establezca que, como mínimo, los acuerdos adoptados tendrán el carácter o valor de informe⁶⁷ para las decisiones que deba adoptar el Secretario Coordinador Provincial y que resultarán vinculantes para los asistentes a la Junta si dicho superior jerárquico hace suyo el acuerdo, pasando a tener en tal caso el valor de una orden o instrucción, con los efectos de toda índole que ello comporta, empezando por la posibilidad de impugnarlos como prevé el artículo 83.2 del Reglamento Orgánico⁶⁸.

Precisamente en una de las escasas **sentencias** que se han dictado analizando los efectos jurídicos de las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia se ha recalcado el carácter no vinculante de los acuerdos para el Secretario Coordinador Provincial al señalar el Tribunal que: *“Tampoco podemos admitir que el Secretario Coordinador incumpliera el principio «de venire contra factum proprium» al ordenar incrementar el personal de las secciones 4 y 5. Repasando el expediente administrativo, nos encontramos al folio 51 del tomo I, escrito de los Secretarios Judiciales de la Sala, dirigido al Secretario Coordinador Provincial, con registro de entrada de 9/7/09, donde tras exponer la situación de colapso de las dos nuevas secciones 4 y 5, le instan a dictar las instrucciones de servicio para el adecuado funcionamiento de los servicios que tiene encomendados. A la vista de ello el Secretario Coordinador requiere diferente información, datos estadísticos, informes de cada uno de los secretarios judiciales de la sala, asiste y preside la junta de secretarios de la sala de lo contencioso, y finalmente en uso de las facultades que le otorgan el art. 467 LOPJ y 18 del ROCSJ, adopta la Instrucción combatida...A la vista de dicha doctrina, que se alza contra actuaciones de la Administración incoherentes con las que ha mantenido con anterioridad en relación con un particular que ha obrado conforme a derecho y a lo resuelto por aquella, no puede sostenerse que la circunstancia de que el secretario coordinador presidiera la reunión de la junta de secretarios judiciales el día 12/1/10, le vinculara en los términos pretendidos por los recurrentes, pues ni la competencia para dictar la instrucción de servicio era de la Junta de Secretarios, ni existe en el expediente actuación alguna del Secretario Coordinador que nos lleve considerar que lo finalmente acordado resulto contrario a los principios de la buena fe o de la confianza legítima”*.

⁶⁷ En este mismo sentido GARCÍA SÁNCHEZ, E.J, op. cit. p. 29.

⁶⁸ Para OLARTE MADERO, J. op. cit. p. 11: *“En cuanto a la eficacia de los acuerdos soy partidario, con las obvias consecuencias derivadas de la presencia o no en la Junta del Secretario Coordinador Provincial, de aplicar la regulación prevista al efecto en la Fiscalía, de tal forma que los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Secretario Coordinador Provincial. Sin embargo, si la opinión de éste fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico. Hasta que se produzca el acuerdo del superior jerárquico, de requerirlo el tema debatido, el criterio del Secretario Coordinador Provincial gozará de ejecutividad en los extremos estrictamente necesarios”*.

Por otro lado, en el caso de afectar el acuerdo a materias sobre las que no se puedan impartir órdenes e instrucciones, esto es, conforme al artículo 452 en relación con el 465.8 ambos de la LOPJ y 21.2 del Reglamento Orgánico, las relativas a la fe pública judicial o la ordenación del procedimiento⁶⁹, entonces dichos acuerdos tendrán un valor referencial que deberá ser seguido por los Letrados de la Administración de Justicia de su ámbito, salvo decisión convenientemente motivada y expresada en la resolución procesal dictada, que deberá adoptar por tanto la forma de decreto (456 LOPJ y 206 LEC).

Reformar y aclarar este aspecto de la regulación de las Juntas se antoja como algo fundamental e imprescindible para que dicha figura pase a tener un peso verdaderamente relevante y significativo dentro del funcionamiento del Cuerpo, permitiendo a los Letrados de la Administración de Justicia de base colaborar directamente en la conformación de las decisiones adoptadas por sus superiores jerárquicos y encauzar debidamente sus opiniones e inquietudes jurídica.

3. Posible contenido de las Juntas: ejemplos concretos

Otro aspecto que no queda suficientemente precisado y acotado en el artículo 26 del Reglamento es el relativo a sobre qué objeto pueden versar las Juntas, cuál puede ser su potencial contenido, ya que dicho precepto se limita a realizar únicamente dos precisiones sobre dicha cuestión.

1) Con carácter general dispone que *“Las Juntas podrán reunirse para organizar y tratar asuntos comunes o sobre los que estimaren conveniente elevar exposición al Secretario de Gobierno correspondiente.”*. Es decir, que no establece un elenco de materias o cuestiones susceptibles de ser tratadas, sino que utiliza un concepto jurídico indeterminado, *“asuntos comunes”*, lo que da pie a que se puedan someter a deliberación las más diversas cuestiones o materias.

2) Y, por otro lado, en los apartados 6 y 7 establece una serie de especialidades cuando intervenga en la Junta el Secretario Coordinador Provincial, que será lo más frecuente, al indicar que en tales casos dicho superior jerárquico también cuidará de la adecuada transmisión de las instrucciones de servicio, del control de la correcta ejecución de las circulares e instrucciones de servicio que dicte el Secretario de Gobierno respectivo, y de comprobar el adecuado funcionamiento de los protocolos de actuación procedimental vigentes. Es decir, que las Juntas se convierten también así en un instrumento o correa de transmisión de las instrucciones y órdenes de los

⁶⁹ Una reflexión sobre las limitaciones para impartir instrucciones en estas materias y la necesidad de reformar la normativa legal para blindar dicha independencia puede verse en el artículo de ARRIBAS ATIENZA, P. y otros: *“Los deberes de imparcialidad e independencia...”*

superiores jerárquicos a la generalidad de los Letrados de la Administración de Justicia de sus respectivos ámbitos de actuación.

Pero más allá de esas previsiones, nada se dice en el precepto sobre las cuestiones concretas que se pueden tratar o abordar en las Juntas. Esto ha llevado a la doctrina a definir de manera “negativa” dicho ámbito, señalando que serán todas aquellas cuestiones que afecten a la organización, competencia y funciones de los Letrados de la Administración de Justicia, pero debiendo quedar fuera cuestiones laborales, sociales o incluso de índole política, ya que las mismas tienen otros cauces para manifestarse, singularmente el derecho de reunión reconocido en el Estatuto Básico del Empleado Público⁷⁰.

Pero lo cierto es que en la práctica la línea divisoria entre este tipo de cuestiones y las estrictamente técnicas o profesionales resulta difícil de trazar y en ocasiones se ha utilizado “formalmente” la denominación de Junta para las reuniones destinadas a expresar el sentir del colectivo y formular reclamaciones y reivindicaciones de índole laboral, como por ejemplo, las Juntas celebradas en [Granada a finales de 2005](#) y en [Córdoba en 2006](#) para reaccionar frente a los expedientes disciplinarios promovidos por la Junta de Andalucía frente a 36 compañeros por una supuesta falta de colaboración, o las reuniones celebradas en el año 2012 reclamando una mejora salarial tras la bajada de sueldo operada ese mismo año, como la de [Toledo](#) entre otras muchas. Aunque hay supuestos difíciles de calificar, como sería el ejemplo todas las Juntas que se celebraron como tales en el año 2008 con motivo del conocido como [caso “Mariluz”](#) y la sanción impuesta a Juana Gálvez, asunto que discurre entre lo profesional y lo corporativo.

Si bien lo cierto es que en los últimos tiempos se está acudiendo para tal fin más bien a las autodenominadas “Asambleas” (siendo la pionera la de Madrid en 2012, otra vez con motivo de la bajada de sueldo), que nada tienen que ver con las Juntas reglamentarias que aquí se analizan, constituyendo una figura “alegal” carente de regulación concreta, que se sitúa más bien en la órbita o vertiente de la representación asociativa del colectivo, de forma paralela a las asociaciones reconocidas por el artículo 444.2.c) de la LOPJ.

⁷⁰ Para GÓMEZ ARROYO, J.L. en “Anotaciones...”, p. 21: “Por seguridad jurídica y para evitar fraudes normativos, debería delimitarse con claridad y precisión el ámbito material y competencial de las Juntas, de tal modo que únicamente debería ser objeto material de las mismas el tratamiento de todas aquellas cuestiones relacionadas con el ámbito competencial y funcional de los Secretarios Judiciales, debiendo quedar expresamente excluidas materias de alto contenido “social”, “sindical” y/o “político”. De tal suerte que para canalizar este tipo de inquietudes debe acudir a la normativa específica prevista al efecto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público (cfr.: capítulo IV. “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”).” Por su parte, OLARTE MADERO, J. op. cit. p. 13 considera que “Obviamente habrán de excluirse, en cambio, cuestiones “sociales” o estrictamente “políticas” ajenas al régimen orgánico y estatutario del cuerpo de Secretarios Judiciales.”

En cualquier caso, si se realiza un repaso a ejemplos concretos de algunas Juntas de Letrados de la Administración de Justicia que se pueden localizar en internet, se llega a la conclusión de que las mismas se pueden clasificar por su contenido en las siguientes tipologías básicas⁷¹:

a) *Juntas relativas a aspectos eminentemente burocráticos y administrativos*: son las típicas convocatorias para la aprobación del calendario anual de vacaciones; para fijar el turno de sustituciones ordinarias entre compañeros de un partido judicial u orden jurisdiccional; para el reparto de salas de vistas u otros medios materiales de la sede; criterios para el turno en caso de las entradas y registros simultáneos; para concretar el día idóneo en que disfrutar el permiso por la salida de guardia de manera que menos distorsione el funcionamiento normal del Juzgado como se concretó en la Junta celebrada en [Jaén en 2012](#) mencionada expresamente en la Instrucción 2/2012 del Secretario Coordinador Provincial de Jaén, etc. Es decir, todas aquellas cuestiones de orden doméstico y cotidiano para el normal funcionamiento del Cuerpo en el día a día.

b) *Juntas relativas a medios y recursos personales y materiales*: también bastante frecuentes, son las que se constituyen para reclamar mejoras a la Administración prestacional competente en todo aquello que les afecte, bien sea el Ministerio de Justicia, bien las Comunidades Autónomas con competencias transferidas. Por ejemplo, para reclamaciones sobre mobiliario, estado de las sedes judiciales, cobertura de vacantes y nombramiento de sustitutos, etc.

Dentro de este campo se encuadraría la Junta celebrada en [Gijón en 2007](#) para exigir la sustitución obligatoria entre los funcionarios del Cuerpo de Auxilio en caso de permisos o ausencias. Y también la Junta de Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia de fecha 13 de diciembre de 2013, a la que alude una [sentencia](#) del TSJ de Madrid, relativa a la sustitución, sin relevación de funciones, entre funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial de ese ámbito.

En los últimos tiempos han cobrado especial relevancia las relativas a la implantación de las nuevas tecnologías, Justicia Digital y entrada en funcionamiento del expediente judicial electrónico, ya que ese proceso está requiriendo de un ingente esfuerzo adaptativo por parte de todos los

⁷¹Para GARÍA SÁNCHEZ, E.J. op. cit. p. 26 “Partiendo de que las Juntas de Secretarios Judiciales órganos de naturaleza administrativa integrados en el Ministerio de Justicia, entiendo que el objeto de las juntas se ha de limitar a aspectos estrictamente profesionales, entendidos como ejercicio de la profesión (y no identificando profesión con estatuto profesional). Así se podrán tratar temas de organización del trabajo, de los puntos de conflicto en la relación entre órganos que han de compartir trámites, colaborar o auxiliarse, la organización de sustituciones, la discusión de las posibles soluciones ante un supuesto de hecho y otras cuestiones que posteriormente se puedan traducir en instrucciones o en consultas a los superiores... También puede también ser objeto de las juntas la unificación de criterios procesales...”.

implicados, como se aprecia por ejemplo en la Junta celebrada por lo [Juzgados de Primera Instancia de Madrid el 27 de noviembre de 2015](#) poniendo de manifiesto los importantes problemas, deficiencias y consiguiente preocupación de cara a la entrada en funcionamiento en ese territorio del denominado proyecto “Papel 0” del Ministerio de Justicia.

Los acuerdos adoptados en este tipo de Juntas constituyen el cauce idóneo para que el Secretario Coordinador Provincial respectivo, o en su caso el Secretario de Gobierno, pueda tratar la problemática suscitada ante las instancias que deben decidir, singularmente a través de las Comisiones Mixtas previstas en el artículo 452.3 de la LOPJ.

c) Juntas relativas a aspectos organizativos: este tipo de Juntas ha cobrado especial relevancia en el ámbito del despliegue de la Oficina Judicial, una realidad desde noviembre de 2010 y que ha requerido concretar y precisar muchos extremos relativos a su funcionamiento, complementando así las instrucciones y protocolos aprobados por los superiores jerárquicos. Un ejemplo de este tipo de Juntas sería la celebrada en [La Rioja en 2010](#) en la que se propuso una implantación progresiva de la NOJ en ese territorio. En ocasiones, como el caso de Cuenca, se han llegado a celebrar reuniones conjuntas entre Letrados de la Administración de Justicia y Magistrados.

d) Juntas para la defensa estatutaria del Cuerpo, sus competencias o funciones frente a ataques externos: estas Juntas se han utilizado para expresar el parecer del colectivo cuando se han producido conflictos competenciales o de otra índole con otros colectivos o instancias, sobre todo con la judicatura (acuerdos de Decanos, Salas de Gobierno, CGPJ, etc.), fiscalía o las Administraciones prestacionales.

Ejemplos concretos de este tipo de Junta serían la Junta de Letrados de la Administración de Justicia celebrada en [Coslada en el año 2009](#) para reaccionar frente a la implantación del SIRAJ y el registro de medidas cautelares, con el breve plazo que se concedió para introducir todas las causas en el sistema; la Junta de los Letrados de la Administración de Justicia de [Palma celebrada en 2012](#) para reaccionar ante el conflicto suscitado por las transcripciones de las declaraciones de instrucción previamente grabadas⁷²; las celebradas con motivo de los plazos para la instrucción impuestos por el artículo 324 de la LECRIM y la revisión de todas las causas penales que conllevó, con los consiguientes conflictos enconados con los Fiscales, etc. También dentro de este tipo de Juntas podría encuadrarse la celebrada en [La Rioja en 2007](#) para protestar por el cese del entonces Secretario de Gobierno por parte del Ministerio de Justicia.

⁷² Para una aproximación a la problemática abordada en esta Junta puede verse el artículo de CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J. “*Cuando la transcripción...*”, p. 5.

e) *Juntas para la unificación de criterios procesales*: tiene por finalidad intentar lograr la unificación de criterios en el ámbito de las funciones procesales que tienen encomendados los Letrados de la Administración de Justicia conforme a lo dispuesto en el artículo 456 de la LOPJ, esto es, la ordenación material del procedimiento⁷³. Por su importancia se les va a dedicar una atención especial⁷⁴.

4. Especial referencia a su utilidad como instrumento para la unificación de criterios y a su efecto cohesionador en los partidos judiciales pequeños

Este tipo de Juntas, que ya se venían celebrando incluso antes de la aprobación del vigente Reglamento Orgánico⁷⁵, han cobrado un especial protagonismo desde mayo de 2010, fecha de entrada en vigor de la reforma transversal de las leyes procesales operada por la Ley 13/09 para la implantación de la Oficina Judicial, que confirió importantes funciones procesales al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, en la línea esbozada en su momento el [Pacto de Estado para la Justicia](#) suscrito entre los partidos políticos mayoritarios en el año 2001, concretamente en su apartado 10^o⁷⁶.

Este auténtico cambio de paradigma en la configuración clásica del Letrado de la Administración de Justicia ha dado lugar a que la función de ordenación material del procedimiento haya pasado a ser la primordial y

⁷³ Para una aproximación general a esta función esencial de los Letrados de la Administración de Justicia puede verse ARRIBAS ATIENZA, P. y otros, “La ordenación material...”.

⁷⁴ OLARTE MADERO, J. op. cit. p. 13 las admite expresamente al señalar: “*Estimo que también pueden tratarse en las Juntas de Secretarios temas referentes a cuestiones de tipo jurídico, con la finalidad de implantar la filosofía de la unificación de criterios, incrementando de esta forma la certeza, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y, en definitiva, la previsibilidad de las resoluciones judiciales*”.

⁷⁵ Por ejemplo, según refiere MARTINES DE SANTOS, A. en la introducción a la Junta celebrada por los Juzgados de Primera Instancia de Valencia en 2011, “*durante los años 2003, 2004 y 2005 la Junta de Secretarios Judiciales de Primera Instancia de Valencia se reunió en diferentes ocasiones para tratar de unificar criterios o prácticas comunes de actuación*” en <https://justiciayprehistoria.blogspot.com.es/2011/12/criterios-junta-de-secretarios.html> (consultado el 5-5-2018)

⁷⁶ Que reza lo siguiente: “*Secretarios Judiciales- Se redefinirán las funciones de los Secretarios Judiciales. Constituirán un único Cuerpo Nacional de funcionarios técnicos superiores dependientes del Ministerio de Justicia. Se potenciará su papel aprovechando su capacidad y formación procediendo en consecuencia a la reforma de su Estatuto. Se atribuirán nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, procediendo a la redefinición de la fe pública judicial que la haga compatible con la incorporación de las nuevas tecnologías. Se les atribuirá facultades plenas de impulso procesal para desarrollar los trámites en que no sea preceptiva la intervención del Juez. Se potenciarán las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria. Se le atribuirán funciones de dirección en la Oficina Judicial y en los servicios comunes creándose a tal efecto los puestos de Secretario de Gobierno y Secretario Coordinado*”

esencial dentro de su elenco competencial, desplazando incluso a la tradicional función fedataria que justificó su origen y creación. Y, como lógica consecuencia, ha conllevado que la aplicación e interpretación de las normas procesales y la dirección técnico-procesal de los integrantes de la Oficina Judicial sea la tarea primordial de los actuales Letrados de la Administración de Justicia hasta el punto de convertirse en auténticos “Jueces de lo Procesal”⁷⁷.

Por ello, el básico y elemental principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución ha dado lugar a que de forma natural y espontánea se hayan convocado multitud de Juntas para intentar unificar criterios en la interpretación y aplicación de las normas procesales, a pesar de que, como se ha expuesto, ello no se prevea expresamente en el artículo 26 del Reglamento Orgánico como uno de los contenidos específicos de las Juntas.

Como ejemplos concretos de esta actividad unificadora de las Juntas pueden citarse los siguientes, de entre los que figuran colgados en internet, en muchos casos citados en artículos doctrinales o páginas webs por su indudable utilidad: la [Junta provincia de Santa Cruz de Tenerife de 24 de enero de 2013](#) para fijar criterios sobre las tasas judiciales aprobadas por la Ley 10/2012, materia sobre la que también se pronunciaron en Junta celebrada en [Zamora](#) y en otros muchos partidos judiciales; la Junta de 30 de abril de 2010 celebrada en [Valladolid](#) para fijar criterios sobre la otorgación del poder *apud acta*, citada en la Instrucción 2/2010 del Secretario Coordinador Provincial de Valladolid; la Junta de los [Juzgados de lo Social de la provincia de Cádiz celebrada el 12 de marzo de 2013](#) para unificar criterios sobre las tasas judiciales y “*llegar a consenso sobre otras cuestiones de interés propias de la jurisdicción social atinentes a nuestras competencias como Secretarios Judiciales*”, presidida por Pedro J. Campoy López, Secretario Coordinador Provincial de Cádiz. La Junta de los Juzgados de Primera Instancia de Castellón celebrada el 13 de julio de 2011 en materia de subastas y adjudicación⁷⁸. Pero sin duda dentro de este tipo de Juntas merece especial mención dos casos concretos:

1º La Junta de los [Juzgados de Primera Instancia de Cartagena sobre buenas prácticas y unificación de criterios celebrada en 2011](#), con una especial calidad en la exposición de las cuestiones tratadas y los acuerdos adoptados, y que declara como uno de su objetivo lo siguiente: “*La reciente entrada en vigor de*

⁷⁷ Sobre la trascendencia en el cambio de configuración del actual Letrado de la Administración de Justicia y su configuración como auténtico Juez de lo Procesal puede verse ARRIBAS ATIENZA P. y otros en “*El Letrado de la Administración de Justicia: la necesaria adaptación orgánica...*”.

⁷⁸ Citadas por ZEJALO MARTÍN, J., página 6, en <https://docs.google.com/file/d/0B9ItuZWFQRfDVS1LWmFIUWJUQUU/edit> (consultado el 05-05-2018)

la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal aconseja la adopción de prácticas procesales comunes por parte de los Secretarios Judiciales de los Juzgados de 1ª Instancia de Cartagena. En aras de aportar seguridad jurídica en la interpretación de las leyes se justifica el establecimiento de criterios comunes en las actuaciones que sean de la exclusiva competencia de los Secretarios Judiciales. Se aprovecha la ocasión para unificar pautas en materias no comprendidas en la ley 37/2011 en las que pudieran existir diversidad de interpretaciones.”

2º Y, en segundo lugar, las distintas Juntas celebradas por los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, tanto por su continuidad en el tiempo (de hecho, ya se celebraban con anterioridad a la actual regulación de las Juntas), la calidad técnica en su confección, así como por la especial publicidad que se ha dado a las mismas, lo que ha permitido que hayan servido de referencia para los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores e incluso para la doctrina. Entre estas Juntas de Valencia pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: la de [3 de noviembre 2011](#) para unificar criterios sobre la aplicación de la reforma de la Ley 37/2011 y otras cuestiones; la de [25 de junio de 2015](#) para concretar la forma de pago en el conocido como caso “acciones de Bankia” para evitar los pagos a través del Juzgado; o la de [16 de julio de 2015](#) para fijar criterios con motivo de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de conciliación y consignación de rentas.

En definitiva, lo que se pretende con este tipo de Juntases que todos los Letrados de la Administración de Justicia de un determinado ámbito territorial actúen y procedan de la misma forma, de manera uniforme y coherente, interpretando y aplicando las normas procesales en un mismo sentido, lo que sin duda puede contribuir decisivamente a introducir seguridad jurídica y claridad en dicha labor, permitiendo a los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia, Abogados, Procuradores, Graduados Sociales, etc., conocer de antemano dichos criterios e interpretaciones. Y ello de manera similar a la unificación de criterios que se realiza por los Jueces en sus Juntas respecto a cuestiones tanto sustantivas como procesales, así como por los Fiscales respecto a la instrucción de las causas penales.

Ahora bien, el problema que se plantea respecto a este tipo de acuerdos en el ámbito procesal es que no pueden resultar vinculantes ni imponerse a sus destinatarios, porque como antes se ha expuesto, no caben instrucciones particulares en materia de ordenación del procedimiento como se desprende claramente del artículo 465.8 de la LOPJ y 21.2 del Reglamento Orgánico, dado que en dicho ámbito los Letrados de la Administración de Justicia, en tanto coadyuvantes a la función jurisdiccional, han de ser necesariamente independientes. Ello puede dar lugar a la paradoja de que, a pesar de haberse adoptado un acuerdo interpretativo en una Junta de Letrados de la Administración de Justicia, pueda seguirse un criterio distinto en una

resolución procesal concreta sin consecuencia alguna para su autor⁷⁹. Por esto mismo la conocida como CAJ-NOJ, la Comisión Jurídica Asesora para la implantación de la NOJ, que se creó por el CGPJ y el Ministerio de Justicia para la colaboración entre Jueces y Letrados de la Administración de Justicia en dicho proceso de implantación, únicamente podía evacuar recomendaciones, pero no adoptar decisiones vinculantes.

Esta es en realidad una situación insalvable e insoslayable porque por la propia configuración de las funciones del Letrados de la Administración de Justicia en materia procesal y de fe pública judicial en ningún caso cabrá ese efecto vinculante, a diferencia de lo que sucede con los miembros del Ministerio Fiscal, que sí están vinculados a lo resuelto por su superior jerárquico, aunque cuenten con mecanismos para dejar constancia de su discrepancia y que acatan la decisión por imperativo legal.

Pero a pesar de ello, de ese límite insalvable, resulta indudable que el intento de unificar criterios en el ámbito procesal, en materia de ordenación del procedimiento, sí puede ser de una gran utilidad e interés al servir los acuerdos adoptados de guía y faro para todos los operadores jurídicos y, en su caso, como fundamento del recurso frente a la resolución que pueda adoptarse apartándose del criterio mayoritario sustentado. Así lo explica, por ejemplo, ZEJALO MARTÍN, J. al comentar en un artículo doctrinal que...*“por lo tanto para examinar la doctrina que rige en esta materia, habría que estar al criterio seguido en cada secretaría, sin embargo, los acuerdos de las Juntas de Secretarios de diversas poblaciones han venido a suplir parcialmente estas deficiencias del sistema”*⁸⁰. Por su parte, MARTÍNEZ DE SANTOS, A. en el prólogo a la Junta de Valencia de 3 de noviembre de 2011 antes citada destaca, dirigiéndose a los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, que los acuerdos adoptados *“no dejan de ser pautas interpretativas carentes de fuerza vinculante, aunque no de valor jurídico, porque se analizan normas que atribuyen expresa competencia a los Secretarios Judiciales, tratándose únicamente de dotar de cierta armonía a la aplicación de las normas del proceso civil”*.

En definitiva, dado que como se decía actualmente la función procesal es la esencial del Letrado de la Administración de Justicia, su verdadera razón de

⁷⁹Un caso paradigmático a este respecto que se puede citar en el orden civil tuvo lugar con la reforma de la ley 37/2011 que olvidó indicar si el decreto que ponía fin al procedimiento de desahucio en caso de falta de oposición debía imponer o no las costas. Pues bien, pese a las múltiples Juntas que trataron la cuestión, cada Letrado de la Administración de Justicia concreto siguió haciendo lo que consideró oportuno al respecto. Por no hablar de la necesidad o no de constituir depósito para recurrir en reposición las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia ante la laguna legal existente, lo que ha dado lugar a ríos de tinta sin que se haya llegado a una solución unánime. O en materia de tasación de costas.

⁸⁰Vidi nota anterior.

ser (e incluso, me atrevería a decir, que de “existir”), en tanto auténtico “Jueces del Procedimiento”, sería conveniente potenciar al máximo en la práctica la celebración de este tipo de Juntas, adoptando para ello una serie de medidas concretas, a saber:

1ª Intentar que este tipo de Juntas de unificación de criterios tengan alcance provincial siempre que resulte viable, dado que con ello se conseguiría extender la seguridad jurídica pretendida a un mayor número de partidos judiciales. Ejemplos de calidad en este sentido serían la Junta de los Juzgados de lo Social de la Provincia de Cádiz del año 2013 o la de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, también de 2013, ambas para la interpretación de las tasas judiciales y otras cuestiones procesales de interés.

2º Reformar el Reglamento Orgánico para reconocer expresamente el valor referencial de los acuerdos adoptados para la unificación de criterios procesales, exigiendo expresamente a los Letrados de la Administración de Justicia vinculados por el ámbito de la Junta el dictado resolución procesal motivada y ajustada al caso concreto para poder apartarse de los mismos, lo que debería tener reflejo incluso a nivel de la LOPJ.

3º Desarrollar y potenciar el régimen de publicidad de este tipo de Juntas, contemplando expresamente su remisión a los profesionales a quienes puedan afectar los acuerdos adoptados, singularmente los Colegios Profesionales, y permitiendo su publicación en el Marco Normativo del Portal de la Administración de Justicia para facilitar su difusión entre todo el colectivo.

Por otro lado, hay que destacar que junto al valor de informe y al valor referencial, las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia tienen también un evidente valor simbólico al constituir un instrumento que permite expresar el sentir del colectivo. Y es que, no en vano, al igual que sucede con las Juntas de Jueces, las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia transmiten una determinada imagen al exterior, de unidad y cohesión del colectivo, ocupando un determinado espacio y ejerciendo unas funciones que se consideran de peso y de valor. Ponen públicamente de manifiesto que ese Cuerpo tiene mucho que decir en el ámbito competencial que le ha sido legalmente encomendado.

Ese fenómeno es patente y notorio en el caso del tipo de Juntas que antes se citaban como de defensa estatutaria y de las competencias y funciones del Cuerpo, pero también pueden jugar ese especial papel simbólico en los partidos judiciales pequeños, servidos generalmente por Letrados de la Administración de Justicia de tercera categoría, en los que la celebración de las Juntas puede tener un efecto cohesionador, de expresión de unidad entre los integrantes del Cuerpo frente a los retos que han de asumir en destinos casi siempre muy complicados y con **múltiples frentes de batalla**. Por ello en ese ámbito sería

sumamente aconsejable celebrar reuniones con cierta periodicidad y asiduidad, dado que vivimos en una sociedad en la que la imagen es fundamental. Y las Juntas son parte de esa imagen moderna y dinámica que el Cuerpo Superior Jurídico de Letrados de la Administración de Justicia pretende transmitir.

5. Conclusiones: propuestas y apuntes para una posible reforma de las Juntas en el nuevo Reglamento Orgánico

De cuanto se ha expuesto hasta el momento se puede concluir que resulta imprescindible aprovechar la futura reforma del Reglamento Orgánico para intentar potenciar y relanzar la figura de las Juntas de Letrados de la Administración de Justicia, a fin de configurarlas como un elemento esencial y capital dentro de la ordenación del Cuerpo, reforzando su triple valor de informe, referencial y simbólico.

Para ello, además de la conveniencia de elevar su rango a categoría orgánica incluyendo una mención específica en la LOPJ, concretamente creando un apartado 5º en el artículo 463 que las mencione y reconozca expresamente, se proponen las siguientes reformas:

1ª **ÁMBITO:** reconocer expresamente la posibilidad de convocar Juntas a nivel provincial y autonómico, presididas éstas por los Secretarios de Gobierno.

2ª **CONVOCATORIA:** evitar la excesiva rigidez en la convocatoria de las Juntas, de forma que el Secretario Coordinador Provincial pueda delegar la presidencia en el Letrado de la Administración de Justicia que estime oportuno, si bien reservándole en todo caso la aprobación del orden del día.

3º **OBLIGATORIEDAD EN LA ASISTENCIA:** establecer la posibilidad de que el superior jerárquico que presida la Junta pueda establecer la obligatoriedad de asistencia salvo causa justificada apreciada por el mismo, siendo en los demás casos y con carácter general tal asistencia voluntaria.

4º **VOTO:** en cuanto a la emisión del voto en las Juntas, prever que por el presidente y en el orden del día se pueda establecer un sistema reforzado para la adopción de acuerdos. Reconocer el valor dirimente del voto presidente de la Junta en caso de empate. Permitir la emisión del voto secreto para determinados acuerdos sensibles y la delegación en caso de imposibilidad de asistir, así como la posibilidad de emitir por escrito voto particular discrepante.

5º **PUBLICIDAD:** mejorar el sistema de publicidad de los acuerdos contemplando que se les pueda dar una mayor publicidad, remitiéndolos a Colegios Profesionales y otras instancias, permitiendo su publicación en la intranet del Portal de la Administración de Justicia cuando los acuerdos adoptados se consideren de interés general. Debiendo llevarse en cada Secretaría de Gobierno un listado actualizado de las Juntas celebradas por cada partido judicial para facilitar dicha información a los Letrados de la

Administración de Justicia de nuevo ingreso o a quien lo solicite y tenga interés legítimo en conocer su contenido.

6º EFECTOS: perfilar expresamente en la normativa los efectos de los acuerdos de las Juntas, que serán concretamente dos, a saber: el valor de informe para los superiores jerárquicos que las presidan y el valor referencial cuando se trate de unificación de criterios en materia procesal o de fe pública judicial, debiendo en este segundo caso dictarse resolución motivada y razonada por el Letrados de la Administración de Justicia que se aparte del criterio mayoritario.

Con estas reformas y modificaciones se contribuiría decisivamente a que las Juntas de Letrados pasen a ser una herramienta fundamental en el desempeño profesional de los Letrados de la Administración de Justicia, un recurso al que acudir espontáneamente por su interés y utilidad.

Y singularmente en el caso de las Juntas para unificación de criterios en el ámbito procesal, cuyo potencial aún está en buena medida latente y por explotar en toda su dimensión como si de una veta o filón de una mina se tratase. Por lo que deberían celebrarse de manera frecuente y asidua, tal y como ocurre con las propias de Jueces y Fiscales, pues el derecho procesal y la interpretación y aplicación de las normas procesales constituye, sin ningún género de dudas, el campo donde los Letrados de la Administración de Justicia están llamados a sostener y ganar su futuro profesional⁸¹.

6. Bibliografía

ARRIBAS ATIENZA, P., FONT DE MORA RULLÁN, J., LOZANO GAGO, M.L en *"Los deberes de imparcialidad e independencia del Letrado de la Administración de Justicia y la necesaria reforma del artículo 452 de la Ley orgánica del Poder Judicial"* Con la colaboración especial de Jesús Seoane Cacharrón. Diario La Ley, Nº 9029, Sección Tribuna, 26 de Julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

ARRIBAS ATIENZA, P., FONT DE MORA RULLÁN, J., LOZANO GAGO, M.L en *"El Letrado de la Administración de Justicia: la necesaria adaptación orgánica y funcional de su estatuto a su posición real en el Tribunal tras la última Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."* Diario La Ley, Nº 8936, Sección Tribuna, 8 de Marzo de 2017, Editorial Wolters Kluwer

ARRIBAS ATIENZA, P., FONT DE MORA RULLÁN, J., LOZANO GAGO, M.L: *"La ordenación material del proceso como función esencial del Letrado de la Administración de Justicia (reivindicación de Herce Quemada: Semblanza de un*

⁸¹ Para una aproximación al impacto que tiene actualmente la labor de los Letrados de la Administración de Justicia en el ámbito procesal pueden leerse los informes sobre *"El Letrado de la Administración de Justicia en cifras"* elaborados por el Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia bajo la dirección de su director de la Comisión de Estudios e Informes, Ernesto Casado Rodríguez.

visionario) en *Diario La Ley*, Nº 8759, Sección Doctrina, 11 de Mayo de 2016, Ref. D-198, Editorial LA LEY, LA LEY 2718/2016.

CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J.: “Cuando la transcripción es invasión: caso Palma de Mallorca” en *Diario La Ley*, Nº 7864, Sección Doctrina, 23 de Mayo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-211, Editorial LA LEY.

ESCUADERO MORATALLA, J.F. y otros: “*Secretario Judicial: visión orgánico-procesal actual (Enigma o realidad de una profesión jurídica devaluada)*” Ed. Revista General del Derecho. Valencia. 1999.

FONT DE MORA RULLÁN, J.: “El cambio de nombre de los secretarios judiciales: un logro histórico para el colectivo”, en *Revista Digital NewsLet*, nº 1, junio 2014.

GARCIA SÁNCHEZ, E.J.: “Las resoluciones gubernativas de los secretarios judiciales. Decisiones de una nueva organización judicial”. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.

GÓMEZ ARROYO, J.L.: “Reglamento orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales”. Ed. Las Heras. Soria. 2006.

GÓMEZ ARROYO, J.L.: “Anotaciones para una reforma. Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Secretarios Judiciales”. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2009.

OLARTE MADERO, J.: “Las Juntas de Secretarios Judiciales”, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2007.

SANZ LORENTE, S. “La nueva regulación orgánica del Secretario Judicial”. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid. 2006.

ALGUNAS DISTORSIONES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN TELEMÁTICOS EN EL PROCESO LABORAL

Certain telematic communication distortions on the labour proceeding

Por María Asunción Barrio Calle

Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
asunbarrio@hotmail.com

Artículo recibido: 17/03/18 | Artículo aceptado: 19/06/18

RESUMEN

La revolución tecnológica en las comunicaciones ha terminado llegando a la Administración de Justicia, chocando con algunas de sus estructuras. Al implantarse la obligatoriedad de la comunicaciones por medios electrónicos o telemáticos entre los órganos judiciales y los intervinientes en el proceso, han surgido problemas nuevos y se han dictado resoluciones judiciales que intentan resolverlos. En este trabajo intentamos desde un punto de vista práctico analizar algunos de ellos en el ámbito de la jurisdicción social, en correlación con la LEC, de la que es subsidiaria.

ABSTRACT

The technological revolution of communications has ended up reaching the Administration of Justice, colliding with its structures. New problems solved by court resolutions, have arisen regarding electronic communications between courts and the rest of legal practitioners intervening in the process, due to its compulsory nature. In this paper we try to analyze, from a practical point of view, some of these problems in the field of labour jurisdiction, according to the Code of Civil Procedure, of which it is subsidiary.

PALABRAS CLAVE

Letrados de la Administración de Justicia, comunicaciones electrónicas, jurisdicción social, domicilio, plazos, actos de comunicación, escritos, Lexnet.

KEYWORDS

Judicial Administration Counselor, telematic communications, labour jurisdiction, adress, deadline, acts of communication, written submissions, Lexnet.

Sumario: Introducción. 2. Domicilio al que se han de enviar las comunicaciones, o efectuar los actos de comunicación. 1.1. Obligación de designación de domicilio. 1.2. Dirección Electrónica Habilitada (DEH). 3. Cómo efectuar el acto de comunicación. 4. Cómputo de los plazos cuando el acto de comunicación se efectúa por Lexnet. 5. Presentación de escritos, documentos por medios telemáticos. 5.1. Errores cometidos por los profesionales. 5.2. Presentación en órgano distinto. 5.3. Error del órgano judicial. 5.4. Tiempo y posibilidad de subsanación. 5.5. Presentación de prueba documental. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Los actos de comunicación fueron regulados con mucho adelanto en las leyes procesales laborales respecto a los nuevos tiempos y a las nuevas tecnologías, incluida la primera regulación de la notificación por correo certificado con acuse de recibo en la Ley de 1942, frente al proceso civil. A día de hoy la legislación procesal en todos los órdenes jurisdiccionales es deudora de la LEC, que intenta caminar con los tiempos actuales y avanzar tecnológicamente en el sistema de comunicación entre los intervinientes, partes y terceros, y los órganos jurisdiccionales, y adecuar esta legislación procesal a nuevas obligaciones y derechos, de los poderes públicos y de los ciudadanos, ya recogidos en las leyes generales de la administración para facilitar la comunicación telemática con los ciudadanos.

La Ley Orgánica 16/1994 incluyó por primera vez en la Ley Orgánica 19/1985 del Poder Judicial (LOPJ) la posibilidad de realizar actos de comunicación a través de medios electrónicos o telemáticos. Según justifica su Exposición de Motivos, *“Constituye una necesaria novedad de la reforma que se acomete, el tratamiento de la utilización de los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en la administración de justicia. La nueva redacción del art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tiempo que otorga validez a los documentos emitidos, establece mecanismos que, por un lado, garantizan tanto la identificación del órgano, cuanto la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos y, por otro, aseguran la homogeneidad de los sistemas mediante la intervención reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial para el aseguramiento de la compatibilidad de los programas, aplicaciones y sistemas informáticos y el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”*.

La actual redacción del artículo 230 LOPJ trae causa de la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015 de la que cabe reseñar las siguientes

características⁸²: - El reconocimiento expreso de que el uso de estos medios es una **obligación** para Juzgados y Tribunales. - La equiparación de la validez de los documentos emitidos por estos medios cualquiera que sea su soporte con los documentos originales, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. - La prohibición de transcribir las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital. - El reconocimiento del derecho (aquí no se habla de obligación) de las personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses a relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios técnicos 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.

Pero el marco general descrito en este precepto se desarrolla fundamentalmente en dos leyes, por una parte, desde un punto de vista técnico, en la Ley 18/2011 reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y por otro, desde un punto de vista procesal, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción actual que trae causa, a su vez, de la Ley 42/2015, que tiene como finalidad la generalización de las comunicaciones electrónicas otorgando al papel un carácter subsidiario, desde 1 de enero de 2016 y la obligación de todos los profesionales de la justicia y órganos judiciales de emplear los sistemas telemáticos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal. Esta obligación se extiende con fecha 1 de enero de 2017 a otros colectivos profesionales y a las personas jurídicas, mientras que se establece como una posibilidad desde esta segunda fecha para los particulares a través de las sedes judiciales electrónicas y la dirección electrónica habilitada⁸³.

Desde luego, la LEC ha creado un nuevo modo de comunicación con los profesionales que trabajan en los juzgados, distinto y nuevo, una vez se estableció la obligatoriedad de la comunicación por Lexnet para los profesionales y para la gran mayoría de los organismos públicos.

El proceso laboral no ha quedado al margen de esta transformación general. El artículo 53 de la LRJS, que inicia el capítulo dedicado a los actos de comunicación, hace una remisión expresa a la LEC⁸⁴, estableciendo que: “Los

82 Según reseña Enrique Díaz Revorio: “Comunicaciones electrónicas con la administración de justicia”. Ponencia en el Cej 16-17 abril-18.

83 Esta historia del uso de la tecnología en la Administración de Justicia se recoge por ejemplo en el Auto del Tribunal Supremo de 12/12/2017 (recurso de queja 54/17)

84 Tras la Ley 13/09, el art 53 de la LPL, abandonando la anterior redacción que era genérica y que se señalaba que los actos de comunicación tenían que efectuarse garantizando el

actos de comunicación se efectuarán en la forma establecida en el Capítulo V del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades previstas en esta Ley.”

Añadiendo que, y es muy importante destacarlo, *“debiendo siempre agotarse todas las posibles vías existentes para lograr la efectividad de las notificaciones”*. O como dice, por todos, el Auto del Tribunal Supremo de 21/12/2017 (recurso, 33/2017), recogiendo la doctrina general del TC *“en relación con las exigencias de los actos de comunicación el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente dicho que el deber de diligencia en la realización conforme a derecho de tales actos tiene como finalidad conseguir la efectiva actualización del derecho de defensa (SSTC 14/1987, de 11 de febrero o 171/1987, de 3 de noviembre). Se añade que “el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, que aseguren, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios” (STC 190/1995), (ATS 5/4/2011, Rec 49/2010)”*.

Vamos a ir analizando esta regulación y sus efectos en la práctica procesal, abandonando una visión academicista y centrándonos en algunos problemas prácticos de la misma.

2. Domicilio al que se han de enviar las comunicaciones, o efectuar los actos de comunicación

Se obliga a facilitar los datos necesarios para los actos de comunicación en el primer escrito, y así el artículo 53.2 establece que, *“En el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial, las partes o interesados, y en su caso los profesionales designados, señalarán un domicilio y datos completos para la práctica de actos de comunicación. Y a continuación se establece que “El domicilio y los datos de localización facilitados con tal fin surtirán plenos efectos y las notificaciones en ellos intentadas sin efecto serán válidas hasta tanto no sean facilitados otros datos alternativos, siendo carga procesal de las partes y de sus representantes mantenerlos actualizados. Asimismo deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax, dirección electrónica o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el Tribunal”*.

Vamos a ver que supone esto:

derecho a la defensa y a los principios de igualdad y de contradicción, y por los medios más rápidos y eficaces que permitieran una adecuada constancia.

1.1. Obligación de designación de domicilio

Es obligación de la parte que comparece, ya sea el demandante en su demanda, el demandado la primera vez que comparece, y de sus representantes procesales o técnicos, establecer un **domicilio** y datos completos para la práctica de actos de comunicación. Normalmente las partes lo hacen así, pero es que la ley obliga a que este “domicilio” de notificación sea para siempre, mientras la parte no diga lo contrario y, es más, insiste en ello, y señalando que si no ha dicho lo contrario es válida la notificación allí efectuada.

Es más se les “obliga” a comunicar cualquier cambio en el destino de la notificación cualquiera que sea el medio que se utilizara con anterioridad. Esto supone que no se puede dejar al arbitrio de la parte como quiere que le notifiquen en cada momento.

Es importante tener en cuenta esto, pues puede significar que no ha de resultar de aplicación lo dispuesto antes de estas modificaciones en otros artículos de la ley, o que la regulación no es coherente y apropiada a las comunicaciones telemáticas.

Hemos de recordar que en el proceso laboral no es necesaria la intervención de procurador. La asistencia de letrado o graduado social es voluntaria en la instancia y **obligatoria** en el recurso de suplicación y la de **abogado** en cualquiera de los recursos de casación (art. 21 LRJS). Es decir, que tanto en el recurso de suplicación como en los dos recursos de casación los que intervienen en los mismos están obligados a comunicarse con el Tribunal a través de medios telemáticos.

En la regulación de los recursos de suplicación y casación, tanto el ordinario como el de unificación de doctrina, se establece que la parte ha de designar un domicilio en la sede del tribunal. Así se establece en el artículo **198** para el recurso de suplicación: *“Las partes recurrentes y recurridas deberán hacer constar, en los escritos de interposición del recurso y de impugnación del mismo, un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia a efectos de notificaciones, de no haberlo consignado previamente, con los efectos del apartado 2 del artículo 53”*. Lo que supone, absurdamente, obligar a la parte a señalar domicilio en la sede el Tribunal Superior de Justicia, cuando la notificación se puede efectuar y se debe efectuar por Lexnet (como antes podía efectuarse por fax), siendo además que, salvo que se designe expresamente un cambio muy claro de domicilio de notificaciones, ha de seguir el de instancia, sobre todo si se siguen presentando los escritos del recurso de suplicación por Lexnet.

El artículo 210, en la interposición del recurso de casación ordinario, establece distintas situaciones, lo cual es aún más problemático, según se sea recurrente o recurrido: *“1. El escrito de formalización se presentará ante la Sala que dictó la resolución impugnada, por el abogado designado al efecto quien, de no indicarse otra cosa, asumirá desde ese momento la representación de la parte en el recurso, con*

tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica, con los efectos del apartado 2 del artículo 53". De esta redacción se desprende que este "domicilio" no tiene que ser en Madrid, pues puede ser telemático, lo cual es coherente con la regulación general, máxime cuando se otorga la representación "legal" para el recurso al abogado que ha llevado el proceso en la instancia ante el Tribunal Superior de Justicia.

Pero sin embargo al recurrido, en el artículo 211 sí se le obliga a ello: "*El escrito deberá estar suscrito por letrado, quien de no indicarse otra cosa asumirá desde ese momento la representación de la parte en el recurso, designando domicilio con todos los datos necesarios para notificaciones en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.*" No se puede explicar la razón de ello.

Seguimos en la misma línea en la regulación del recurso de casación para unificación de doctrina, y en el artículo 221, al que se remite el artículo 223 en fase de personación de los recurridos "*1. El recurso se preparará mediante escrito dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que dictó la sentencia de suplicación, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53.*"

Hasta ahora se ha mantenido que si había designado procurador, aunque fuera solo a efectos de notificaciones, si no se le efectuaba a él el acto de comunicación, aunque se hubiera notificado al abogado, habría una nulidad de actuaciones. Opino que esto no puede seguir siendo así en el proceso laboral dada la obligatoriedad del "domicilio" de notificaciones y de la presentación de escritos por Lexnet por el abogado que asiste en instancia a la parte y que en los recursos lleva aparejada por imperativo legal la representación de la parte.

Veamos un supuesto práctico: el abogado que asiste en instancia a una de las partes, presenta el recurso de suplicación por Lexnet, pero señala a pie del mismo como domicilio en la sede del Tribunal Superior de Justicia el domicilio de un procurador, a los solos efectos de notificaciones por cumplir con el citado artículo 198. Entiendo que ha de seguirse notificando al abogado, salvo que el procurador sea un representante con poder para ello, y que no debe aplicarse el citado artículo pues ha de ponerse en concordancia con el artículo 53 al que se remite y ha de continuarse notificándose al abogado de instancia que formalizó o impugnó el recurso de suplicación, y más adelante el de casación.

Podría parecer que el tema ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido que propugnamos, pues en el Auto de 18-4-18⁸⁵, resolviendo una nulidad de actuaciones solicitada precisamente por haberse efectuado las

⁸⁵ Roj: ATS 3824/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3824A, N^o de Recurso: 2102/2016

notificaciones a la letrada y no al procurador designado en virtud del artículo 221, se señala:

“QUINTO.- Podría afirmarse, en atención a todo lo expuesto, que la previsión del art. 221.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha quedado en parte vacía de sentido, o en todo caso, que ha sido tácita y parcialmente derogada, evidentemente no por el RD 1065/2015, que no podía hacerlo por un básico principio de jerarquía normativa, pero sí al menos por la Ley 42/2015 de reforma de la Ley de enjuiciamiento civil, y ello con la excepción de que tal domicilio designado a efectos de notificaciones fuese el de otro letrado o un procurador (y no necesariamente de Madrid, porque la inherente automaticidad de las comunicaciones LexNet deja sin razón alguna tal requisito geográfico). De esta forma no sería exigible ya a los letrados que presentan su escrito de preparación de recurso de unificación de doctrina el ofrecer un domicilio a efectos de notificaciones en la capital, cuando dichas notificaciones han de efectuarse obligatoriamente por el conducto del sistema LexNet y con el propio letrado actuante. En cualquier caso, y como lo cierto es que ese precepto, aunque se considerase al menos en parte derogado tácitamente, sigue generando en el profesional la creencia y confianza legítima de que tiene tal posibilidad - más bien obligación- de designar un domicilio en Madrid a efectos de notificaciones, ello ha de llevar -en tanto no se suprime formalmente- a estimar que: 1) En el caso hipotético de designar el domicilio de un particular, no sería válida tal designación: en este supuesto el Tribunal debería comunicar al letrado tal imposibilidad y seguir notificándole a él vía LexNet. 2) Pero si designa a efectos de notificaciones el despacho de otro letrado o el de un procurador, las notificaciones LexNet efectuadas sólo podrían considerarse válidas de haberse efectuado por el Tribunal en el despacho designado y no en otro distinto, mientras, claro está, no conste en la Secretaría del Tribunal la negativa del otro profesional a asumir tales notificaciones. Y ello por cuanto el juego combinado del art. 221.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la normativa LexNet exige interpretar que cuando nuestra ley procesal se refiere a la designación de un domicilio a efecto de notificaciones en Madrid, está hoy en realidad aludiendo a la posibilidad de designación de otro buzón virtual LexNet (de otro letrado o un procurador), sin que deba olvidarse, por otro lado, que las sustituciones y autorizaciones de unos a otros los profesionales de la justicia están contempladas también en el RD 1065/15 en su art. 19 (“... El titular de cada buzón podrá vincular al mismo a otros usuarios como autorizados para que en su nombre puedan realizar con plenitud de efectos jurídicos los envíos de documentación o recepción de actos de comunicación desde ese buzón”.) por más que se trate de decisiones de sustitución entre ellos y sin reflejo en el procedimiento -esto es, que no imponen cambio de buzón LexNet-, que en nuestro caso vendrían autorizadas por la previsión legal tantas veces citada”.

Y sin embargo, el Tribunal Supremo accede a la nulidad solicitada, esperemos que solo en estos primeros tiempos, al establecer en el fundamento SÉPTIMO, que: *“Sentado cuanto antecede, es lógico concluir que, de acuerdo con el*

Ministerio Fiscal, debe estimarse la nulidad de actuaciones. En efecto, la letrada, cumpliendo la obligación que le impone la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, designó a efectos de notificaciones el despacho de un procurador de Madrid, y sin embargo, tanto la providencia de advertencia de las posibles causas de inadmisión como el posterior Auto de inadmisión fueron notificados vía LexNet a la letrada en vez de usar el mismo sistema pero respecto de la procuradora designada. La notificación no se hizo en el "lugar" y al destinatario adecuado. Y aunque haya sido la propia letrada asistente a la que se enviaron y recibió en su buzón las notificaciones vía LexNet, no puede hacerse reproche grave de falta de diligencia por no abrirlo y consultarlo, en tanto que - si bien se podría admitir cierta dejadez en su actuar- no se puede apreciar desidia, pasividad, desinterés o negligencia relevantes en el hecho de no abrir el buzón de LexNet y por ende con incidencia en el resultado lesivo del derecho fundamental, cuando tal profesional confiaba cabalmente en que las notificaciones relacionadas con tal Rcdud iban a ser dirigidas por Lexnet, como así se debió haber hecho, a la procuradora que había designado a tales efectos amparándose en el tan citado precepto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social".

La conclusión es la necesidad de adaptar todo el conjunto de la LRJS a la realidad actual de notificaciones a través de Lexnet, y telemáticos en general.

2.2. Dirección Electrónica Habilitada (DEH)

Pero ahora puede surgir, y de hecho ha surgido, un nuevo problema en esta designación de domicilio, pues la Dirección Electrónica Habilitada (DEH), puede y ha de suponer que sea cual sea el domicilio, digamos físico o real de una persona jurídica, puede o ha de notificarse directamente a esta sede, incluso, desde la primera vez que se cita a una empresa o persona jurídica.

En primer lugar, vamos a aclarar qué es la dirección electrónica habilitada, pues en el actual momento de implantación del expediente digital, no igual en todo el territorio nacional, puede que tengamos que aclararlo. Según la página <http://administracion.gob.es/86>, mediante la Dirección Electrónica Habilitada (DEH) cualquier persona física o jurídica dispondrá de una dirección electrónica para la recepción de las notificaciones administrativas que, por vía telemática, puedan practicar las distintas Administraciones Públicas. Como receptor de notificaciones, este servicio tiene carácter gratuito. Asociado a la Dirección Electrónica Habilitada, su titular dispondrá de un buzón electrónico en el que recibirá las notificaciones electrónicas correspondientes a aquellos

⁸⁶ Qué es una DEH. Para utilizar este servicio, el interesado deberá disponer de un [Certificado Digital estándar X.509](#) emitido a su nombre o de la empresa que representa. La longitud de la clave de dicho Certificado Digital será de 1024/2048 bits para la Firma con certificados digitales. Posteriormente el interesado deberá completar el formulario existente en la opción "[registrarse](#)" o en la opción de menú "[Crear una DEH](#)".

procedimientos a los que voluntariamente decida suscribirse. En el caso de que de la práctica de la notificación sea obligatoria se podrá asignar de oficio una dirección electrónica habilitada.

Este servicio cumple con las máximas garantías de confidencialidad, autenticidad y privacidad con el fin de asegurar la identidad de los participantes y de las comunicaciones⁸⁷.

En los territorios en que se ha implantado el expediente digital y en los que, aun sin estar implantado, se ha conectado el sistema de gestión procesal con la DEH, existe la posibilidad de que se pueda notificar a cualquiera de los obligados a estar incluidos en la DEH desde el órgano judicial, lo que puede acarrear problemas nuevos no solo con los actos de comunicación en sí, sino además con el cómputo de los plazos procesales.

Y así, se señala en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9-2-18⁸⁸, que vamos a analizar, seguida por la de 15-2-18 del mismo tribunal⁸⁹, en su Fundamento de Derecho Segundo B: *“Como es bien sabido, a partir del 1-1-17, las personas jurídicas tienen la **obligación** de comunicarse por medios electrónicos con la administración de justicia, tal como se deriva de los arts. 273.3 y 152.2 de la LEC, en relación a la disposición transitoria cuarta apartado 3, de la Ley 42/2015 de 5 de octubre que los reformó. Ahora bien, tal obligación tiene matices y variantes derivadas de la propia regulación en la materia, que se contiene básicamente en la LEC., por remisión del art. 53 de la LRJS , así como en la normativa de carácter técnico asociada.”*

Y en el B2: *“De otro lado, la comunicación de los órganos judiciales con los particulares se produce, para los profesionales de la justicia, de nuevo vía Lexnet. Para los particulares obligados o que opten por tal posibilidad, el art.11 del RD 1065/2015 , se refería al ” Servicio Compartido de Gestión de Notificaciones Electrónicas y la Carpeta Ciudadana provistos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones*

⁸⁷ Su regulación está en el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En el artículo 41, y otros de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que derogó, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.2.b) la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. en el ámbito judicial 6. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículos: 152, 155 y 273 y Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET. Artículo 11.1 c).

⁸⁸ Id Cendoj: 02003340022018100032 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede: Albacete Sección: 2 Fecha: 09/02/2018 N^o de Recurso: 1625/2017. N^o de Resolución: 179/2018

⁸⁹ Id Cendoj:02003340022018100035 .Órgano:Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede:Albacete Sección:2Fecha:15/02/2018 N^o de Recurso:1757/2017 N^o de Resolución:225/2018

Públicas siempre que los medios tecnológicos lo permitan ”, así como a ”otros sistemas electrónicos de información y comunicación que puedan establecerse”. Previsión que se concretó de modo que todos los actos de comunicación de los órganos judiciales del llamado ”territorio Ministerio de Justicia”, se realizaran con las personas jurídicas a través de la Dirección Electrónica Habilitada del Ministerio de Hacienda, que llevaba ya varios años operativa, como consecuencia, primero, de las previsiones más generales de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y del R.D.1671/2009, de 6 de noviembre, y luego, de las más particulares, en relación con la administración tributaria, derivadas del R.D. 1/2010 de 8 de enero, al reformar el Reglamento de aplicación de los tributos, así como el R.D. 1363/2010, de 29 de octubre. Conviene reseñar que a este segundo caso, esto es, la comunicación de los órganos judiciales con las partes, se refiere el art. 152.2 de la LEC, cuando dice: ” Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273”.

El artículo 152.2 de la LEC establece que, “Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén **obligados** al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

No obstante, los actos de comunicación no se practicarán por medios electrónicos cuando el acto vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico o así lo disponga la ley.

El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida”.

Y el 273, a su vez establece que, “3. En todo caso, estarán **obligados** a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional.
- d) Los notarios y registradores.

e) *Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.*

f) *Los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo”.*

Y casi copiado literalmente, lo mismo se establece respecto a la obligatoriedad en el artículo 4 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet.

Analizando los preceptos que hemos transcrito, parece que hay una **obligación** legal y reiteradamente establecida para, en lo que en este momento nos interesa, las personas jurídicas y para las entidades sin personalidad jurídica deban intervenir y recibir actos de comunicación por medios electrónicos. Esto puede suponer que el domicilio a efectos de notificaciones sea esta Dirección Electrónica Habilitada (DEH), y yo creo que ha de ser así necesariamente desde el inicio del procedimiento.

No lo entiende así la sentencia citada y para ello establece que : “ *Cuando es el órgano judicial el emisor de la comunicación, la primera, de la que depende la personación de la persona jurídica demandada, deberá realizarse necesariamente en su domicilio, por los medios generales establecidos en la LRJS. 4.- Corresponde a los órganos judiciales establecer los criterios que estimen más oportunos y prudentes, en atención a las circunstancias concurrentes, sobre la forma en que se recaba de las personas jurídicas demandadas, la DEH, o se confirma, en su caso, la proporcionada por el sistema Minerva. 5.- A partir de la primera comunicación realizada en el domicilio de la parte demanda, nace ya una obligación incondicionada de utilización de medios electrónicos para las comunicaciones realizadas por los órganos judiciales a aquella, a la que es exigible la diligencia necesaria para su efectividad, siempre de acuerdo con los criterios del TS y el TC sobre garantías en los actos de comunicación, debidamente adaptadas a la modalidad telemática.*

Es una interpretación de las normas en la que se distingue la primera citación a juicio de las demás, pues se trata de que la primera ha de ser en el domicilio, diríamos real, no electrónico de la persona jurídica, pero entiendo que tampoco dice eso exactamente la ley. No obstante, la sentencia que analizamos se basa señalando que, “*Decimos esto porque el art. 155 de la LEC, es claro al establecer, para los “actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador”, que, cuando “se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes”.* Podría plantearse la duda de si tal previsión queda excepcionada, para todo caso, en el supuesto de que se trate de sujetos obligados a la comunicación electrónica. Entendemos que la respuesta ha de ser negativa, y que una interpretación tanto literal como sistemática, indica que los preceptos que imponen las comunicaciones electrónicas con las personas jurídicas, solo pueden entenderse como obligaciones cuyo

*nacimiento depende de la válida constitución de la relación jurídico procesal, momento que en este caso se hace equivalente a la correcta notificación de la existencia del proceso, y de la citación a la parte al acto del juicio. Solo a partir de tal evento, son ya posibles las comunicaciones telemáticas, pero no antes". Apoya este criterio en que es la parte la que debe facilitar su DEH (artículo 162.1 LEC) y en el artículo art. 273.4 de la LEC que obliga a la parte a aportar los documentos en soporte papel *únicamente de los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado o ejecutado, se deberá aportar en soporte papel, en los tres días siguientes, tantas copias literales cuantas sean las otras partes"*, señalando que esa es la única manera de trasladar la demanda y los documentos que la acompañan, cuando la comunicación, debe realizarse necesariamente en el domicilio de la parte demandada, en el caso de que implique su personación.*

Hay que señalar que todas las veces que la LRJS se refiere a domicilio lo hace a efectos de notificaciones, al igual que la LEC, y que el artículo 61 LRJS establece que: "Serán nulos las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo. No obstante, si el interesado se hubiere dado por enterado o constara de forma suficiente su conocimiento procesal o extraprocesal de los elementos esenciales de la resolución, la diligencia surtirá efecto desde ese momento".

Ello nos lleva a pensar que si el interesado tiene una DEH, y retira o deja pasar incluso los plazos para abrir el buzón, deberíamos tenerle por notificado, aunque sea la primera citación para que comparezca en los actos de conciliación, y en su caso, juicio.

En cualquier caso, como señala De Lamo⁹⁰, otras soluciones hubiesen sido posibles en el supuesto de la sentencia analizada pues "que el hecho de que el órgano judicial haya acudido a la utilización de la DEH para la primera comunicación con la empresa, en concreto para darle traslado de la demanda y documentos aportados por la parte actora y citarla al juicio, debiendo haber realizado dicha comunicación en el domicilio de la empresa demandada a través de los medios establecidos en la LRJS, distintos de la DEH —como se razona ampliamente en dicha sentencia—, constituye un **defecto de forma del acto procesal** indicado (art. 240.1, en relación con el 238.3 ambos de la LOPJ), que por sí solo no determina la declaración de nulidad de actuaciones, sino que precisa de que se acredite la existencia de **indefensión material** a la parte demandada" y añade que "En el caso analizado, resulta difícil considerar la existencia de indefensión en los términos expuestos, partiendo de que la

⁹⁰ DE LAMO RUBIO, J.: "Citación telemática a juicio y nulidad de actuaciones judiciales en el orden social". Diario La Ley, N^o 9181, Sección Tribuna, 19 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

empresa acudió al acto de conciliación ante el UMAC, que se celebró el 7 de febrero de 2017, y terminó sin avenencia, y, al poco tiempo, el 28 de marzo de 2017, recibe en su DEH, que es una dirección de correo electrónico, una comunicación del Juzgado, en la que se remite la demanda y documentos acompañados por el actor, que es retirada el 8 de abril de 2017; es decir, la empresa abre y lee ese correo electrónico, y puede ver y en su caso descargarse e imprimir, su contenido y los archivos adjuntos; a estos datos es preciso añadir que la empresa sí que se da por enterada de la recepción de la sentencia, pues la misma se le envió por DEH y contra ella interpuso recurso de suplicación, en tiempo y forma, según se afirma en la sentencia. En definitiva, desde la consideración conjunta e interrelacionada de los anteriores indicios base, y mediante un simple juicio de inferencia global, basado en las reglas de la lógica humana (art. 386 LEC), se podría llegar a la convicción de que no existió esa indefensión material que exige la jurisprudencia constitucional y ordinaria, para declarar la nulidad de actuaciones judiciales, en supuestos como el ahora estudiado”

Lo que parece claro es que la sentencia es pionera en analizar este tipo de situaciones que se van a ir produciendo, y que pone de manifiesto las carencias de una regulación tomada a salto de mata de otra ajena al ámbito procesal, y que sepan con claridad esas personas jurídicas que la Administración de Justicia va a utilizar como medio de comunicación esa DEH.

Un problema teórico que se plantea es que esa DEH es permanente y la empresa puede haber desaparecido, supuesto frecuente en el mundo laboral, siendo el mismo problema que tienen también las direcciones físicas⁹¹, con dificultades propias pues será más difícil detectar que no han sido correctamente notificadas. Para De Lamo una solución posible pasa por la modificación del art. 56.5 LRJS, a fin de establecer que en caso de citación a juicio de empresas, con carácter previo a la utilización de la «sede judicial electrónica», se deberá comprobar, a través del Punto Neutro Judicial o soporte informático similar, si la empresa continúa o no de alta el TGSS y/o en la AEAT, de modo que si no está de alta en alguno de dichos registros, se establezca la presunción de empresa desaparecida, con el régimen previsto en el art. 23.2 LRJS, que implica la preceptiva llamada a juicio del FOGASA y, de otra parte, que la citación de la empresa a juicio se realice por medios distintos de la «sede judicial electrónica», que no podrá utilizarse en dichos supuestos.

Lo que ya no parece muy factible y práctico es la solución que propone mientras no se produzca esta reforma legislativa, y es lo que denomina una

⁹¹ DE LAMO RUBIO, J.: “La «sede judicial electrónica» y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”. Diario La Ley, N^o 9037, Sección Tribuna, 8 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

buena práctica procesal, que sería que por parte de los Letrados de la Administración de Justicia, responsables de la regularidad de la citación a juicio, efectuasen las indagaciones que propone, como actuación procesal prudente para conjurar posibles nulidades de actuaciones.

3. Cómo efectuar el acto de comunicación

Tras la Ley 13/09, el art 53 de la LPL, que inicia el capítulo dedicado a los actos de comunicación, hacía una remisión expresa a la LEC, estableciendo que: *“Los actos de comunicación se efectuarán en la forma establecida en el Capítulo V del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades previstas en esta Ley.»*, abandonando la anterior redacción que era genérica y que señalaba que los actos de comunicación tenían que efectuarse garantizando el derecho a la defensa y a los principios de igualdad y de contradicción, y por los medios más rápidos y eficaces que permitieran una adecuada constancia. No había forma mejor de decirlo, y ahora el artículo 53 de la LRJS se sigue remitiendo a la LEC, pero con las especialidades del proceso laboral, añadiendo que *“debiendo siempre agotarse todas las posibles vías existentes para lograr la efectividad de las notificaciones”*.

El artículo 152 LEC sobre la forma de los actos de comunicación, establece que, *“2. Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia”*.

Y a continuación en el punto 3 dice: *“Los actos de comunicación se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley:*

1.^a *A través de procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél (Lexnet).*

2.^a *Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama, correo electrónico o cualquier otro **medio electrónico** que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y hora y del contenido de lo comunicado.*

3.^a *Entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal o el secretario judicial le dirija, o de la cédula de citación o emplazamiento.*

4.^a *En todo caso, por el personal al servicio de la Administración de Justicia, a través de medios telemáticos, cuando se trate del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado, de los Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas, o del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las*

demás Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, si no tuvieran designado procurador.

Esto supone en la práctica, como estamos viendo en el día a día, que con el demandante en general, no hay problema pues, o comparece con procurador, o en la generalidad de los casos en los que no es obligatorio el procurador va a comparecer con abogado, o graduado social al que se le va a notificar por Lexnet igualmente al estar obligados.

Pero es sabido que en el proceso laboral no es necesaria la intervención técnica en la instancia, con lo que es posible y frecuente que en la demanda no conste, o bien que va a comparecer asistido de letrado o graduado social, o bien que aunque lo manifieste no diga quién es, y presente la demanda en formato papel, con lo que la primera notificación habrá de efectuarse en el domicilio que se señale. A día de hoy estos supuestos son muy pocos, dado que los abogados y graduados sociales, que son la mayoría de los profesionales que intervienen en el proceso laboral, están obligados a presentar las demandas por Lexnet, y una vez que estos profesionales han vencido sus temores, al presentar por medios telemáticos la demanda, ya están manifestando su domicilio a efectos de notificaciones en esa dirección profesional.

En cuanto a los demandados, en la primera citación, puede haber varios supuestos:

a) que el demandado sea una corporación pública de cualquier tipo, que ya está en el sistema de Lexnet y a la que se le podrán remitir los actos de comunicación por este medio sin problema.

b) que sea un particular o una sociedad privada, de la que desconocemos de momento quien le representará, pareciendo que, como norma general, se realice por correo o personal. Pero como acabamos de ver ha surgido el problema con la DEH y la posibilidad de utilizarla como sistema de notificación la primera vez para los actos de conciliación y juicio para las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica.

Una vez que se haya comparecido en el procedimiento, estaremos a las normas generales sobre procurador, abogado, graduado social, es decir Lexnet o si va sin asistencia técnica, por correo o cedula.

Además este artículo hay que completarlo con el artículo 162, sobre la forma de realización de los actos de comunicación por medios electrónicos, que como ya es bien sabido, es obligatoria para los profesionales que actúan en la jurisdicción social, y para la mayoría de los entes públicos y de seguridad social, que están ya en el sistema Lexnet⁹².

⁹² ¿Qué es lo que se están considerando como medios electrónicos? El Anexo de la ley 18/11 lo define como: "Medio electrónico: Mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones; incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras".

Después de que entrara obligatoriamente en funcionamiento el 1/01/2016 el sistema Lexnet, con dificultades y problemas, a día de hoy es un sistema generalizado con la mayor parte de los operadores jurídicos, y que desde luego es eficaz y deseado por los órganos judiciales para que se generalice, y los temas que aún siguen dando algunos problemas son los que vamos a ver en los siguientes apartados.

4. Cómputo de los plazos cuando el acto de comunicación se efectúa por Lexnet

a) Notificación a procurador. En virtud de lo establecido en el artículo 151.2 LEC, en relación con el 162, se entienden notificados al día siguiente de su recepción, teniendo en cuenta que todos los actos de comunicación según el artículo 133.1 LEC: “(...) comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo”, lo que supone que el procurador tiene, coloquialmente hablando, dos días.

b) A los demás profesionales. Abogados, graduados sociales... que utilizan Lexnet, en los que hay que distinguir, artículo 162 LEC:

- i. Una verdadera recepción: Si se accede al contenido el día de su remisión o durante los tres días hábiles posteriores, la notificación se entiende realizada al día siguiente de dicho acceso. De este modo, si se accede el día tercero, la notificación se entiende realizada el cuarto día hábil y los plazos comienzan a computar desde el quinto
- ii. Una recepción presunta legalmente establecida: 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. En este caso los plazos para desarrollar actuaciones impugnatorias comenzarán a computarse desde los días siguientes al tercero, todos ellos hábiles. De este

1. Cuando las oficinas judiciales y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación **estén obligados a enviarlos y recibirlos por medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones** o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, o cuando los destinatarios opten por estos medios, los actos de comunicación se efectuarán por aquellos, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda.

Los profesionales y destinatarios obligados a utilizar estos medios, así como los que opten por los mismos, deberán comunicar a las oficinas judiciales el hecho de disponer de los medios antes indicados y la dirección electrónica habilitada a tal efecto.

modo, si no se accede al buzón, se entiende notificado el día cuarto, contando los plazos a partir de ese momento.

c) Notificaciones a la Abogacía del Estado. A los Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas, o del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, se aplica el artículo 151.2 LEC, esto es, igual que los procuradores.

O, ¿se les puede aplicar la norma establecida en el 162, con lo cual podrían tener los tres días para abrir el “buzón” más el día especial del artículo 152? Las opiniones al respecto pueden ser contrarias, pues se puede mantener que el 152 es norma especial frente al 162, o bien se puede mantener que es la norma posterior y primeramente aplicable. Es un claro ejemplo de que la norma ha ido a solventar problemas en cada momento, pero creo que debemos mantener la posibilidad de la apertura del buzón para el cómputo de los días, por coherencia con lo que a continuación mantendremos respecto a las partes en general en el proceso laboral

d) Resto del artículo 60 LRJS. *“...Los actos de comunicación al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado, a los letrados de las Cortes Generales y a los letrados de las Comunidades Autónomas y de la Administración de la Seguridad Social, así como las notificaciones a las partes, incluidas las que se realicen a través de los servicios organizados por los Colegios profesionales, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.* Es decir, ello supone que todo destinatario sin excepción, en la jurisdicción social, obligado a comunicar con la Administración de Justicia por medios telemáticos se le tendrá por comunicado al día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción.

Pero esto no impide los tiempos de apertura del buzón, que se está aplicando con normalidad en los Juzgados de lo Social, es decir que no aplicaríamos la doctrina de que como tienen un día más como los abogados del estado y demás letrados citados al comienzo del artículo, no se les aplicaría la posibilidad de abrir el buzón; o, bien al contrario, que a pesar de los días para la apertura o recepción del acto de comunicación además se tiene un día más.

Puede parecer que la doctrina del Tribunal Supremo en el cómputo de los plazos, desde la apertura del buzón o sin ella, no se tiene en cuenta el día de más del artículo 60, y así parece deducirse, por ejemplo del ATS de 7-3-18

(recurso de queja 28/17)⁹³, que en su Fundamento segundo explica claramente el cómputo del plazo: *“En consecuencia, la comunicación se produce en el tercer día concedido para recepcionar la notificación; por ello, el día siguiente será el primero del cómputo del plazo establecido en cada caso para que la parte lleva a cabo la actuación procesal. Esto es, la notificación se tuvo por efectuada el jueves 26 de enero y el plazo de quince días conferido a la parte comenzó a correr desde el día 27 de enero (viernes). Dicha parte recurrente tenía 15 días para formalizar el recurso, desde el día 27 de enero hasta el 16 de febrero (jueves) ambos inclusive, existiendo la posibilidad de presentar escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, esto es, el día 17 de febrero (viernes) - ex art. 135.5 LEC -”*.

El problema surgió tras el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6-5-2016 que interpretaba muy restrictivamente el art 60 de la LRJS, y ante esta interpretación se produjo el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016, que al día de hoy ha sido recogido por la jurisprudencia que hemos citado.

⁹³ Fundamento Primero: *“2. Como hemos recordado en los ATS/4^a de 15 enero 2007 (rec. 36/2006) y 17 julio 2012 (rec. 46/2012), los plazos para recurrir se cuentan desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra, o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de ésta (art 448.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC -). Por su parte, tanto el art. 151.2 LEC , como el art 60.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) señalan que “... las notificaciones a las partes, incluidas las que se realicen a través de los servicios organizados por los Colegios profesionales, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

Precisamente, sobre los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares, el art 162.2 LEC señala que “... cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos”.

3.- Esta previsión determina cuándo se considera efectuado el acto de comunicación en los casos en los que aquella recepción no tiene lugar, efectuando la ficción de que el acto omitido se ha realizado, cuando su ejecución sea necesaria para la continuación del proceso, supliendo la realidad por la ficción. Esto es precisamente lo que dispone el art. 162.2 LEC considerando efectuada legalmente una comunicación a pesar de que el destinatario no haya accedido a su contenido, habiendo podido hacerlo, desplegando a partir de ese momento los efectos procesales de la notificación recibida (ATS/4^a de 8 septiembre 2016 -rec. 12/2016 – y 8 noviembre 2016 -rec. 29/2016-).

En esa misma línea el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016 entendió 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.

Hay tribunales que aplican, a mayores del plazo para la apertura del buzón el del art 60 LRJS, por lo menos en un momento inicial, así los de Galicia (Auto de 12-4-2016) y Andalucía (Auto de 19-5-16)⁹⁴

e) El Ministerio Fiscal. En el caso de que el destinatario sea el Ministerio Fiscal, el acto de comunicación no se tendrá por realizado al día siguiente de la recepción, sino que se establece un plazo de 10 días naturales, como establece el apartado primero de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que a su vez se ha modificado por la Ley 12/2017, de 28 de diciembre, prorrogando hasta el 1 de enero de 2020 esta previsión.

f) Computo de los plazos cuando se efectúa en la DEH. La legislación procesal es la que fija los plazos para los procesos judiciales y ya hemos visto cuales son éstos en toda la Administración de Justicia cuando se trata de notificaciones telemáticas, pero ha de tenerse en cuenta que la legislación administrativa de la DEH puede llevar a algún equivoco con la de justicia, pues en la administrativa se tienen diez días para la lectura de la notificación expresa, y a partir de los 10 días empiezan a computarse los plazos.

Si bien es cierto que en la página web <http://administracion.gob.es/> a la pregunta *¿De qué plazo dispongo para leer una Notificación? Se contesta: De forma general, desde el momento en el que una notificación se pone a su disposición en su buzón, usted dispone de 10 días naturales para su lectura. De forma particular, ciertas Administraciones, p.ej. la Administración de Justicia, establecen plazos diferentes. En el correo de aviso por disponibilidad de una notificación se le informará de su fecha de expiración. Si no procediera a su lectura en ese plazo, la notificación se considerará rechazada y se generará un acuse automático de rechazo de dicha notificación al organismo emisor*⁹⁵.

Aunque nos parece necesario y conveniente utilizar la DEH desde el inicio del proceso, también hemos de insistir en que se regule formalmente su uso por la Administración de Justicia.

Además de estos supuestos, son necesarias dos observaciones generales:

⁹⁴ Muy interesante es ver: MARTÍNEZ, J.: "LexNET: Análisis de los artículos 56.5 y 60.3.2.^a LRJS y del cómputo de los plazos procesales en el orden jurisdiccional social en relación con el artículo 162 LEC". Diario La Ley, N^o 8844, Sección Tribuna, 17 de Octubre de 2016, Ref. D-363, Editorial Wolters Kluwer.

⁹⁵ La información sobre los plazos continúa: Si accede a la notificación en plazo, quedará disponible en su DEH durante 90 días. En caso de que la rechace o expire de forma automática el aviso permanecerá en su DEH durante 90 días, pero no podrá acceder a su contenido. Aunque organice sus notificaciones, éstas serán borradas transcurridos 90 días después de cualquier cambio de estado de las mismas (aceptación, rechazo o rechazo automático).

1.- Cuando el acto de comunicación fuera remitido con posterioridad a las 15:00 horas, se tendrá por recibido al día siguiente hábil.

2.- Cuando el acto de comunicación lleve aparejado la entrega de algún documento o despacho y tenga lugar *en fecha posterior* a la recepción del acto de comunicación, el acto de comunicación se tendrá por realizado cuando conste efectuada la entrega del documento, siempre que los efectos derivados de la comunicación estén vinculados al documento.

Problemas en la transmisión.- Se exceptuarán aquellos supuestos en los que el destinatario justifique la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo. Si la falta de acceso se debiera a causas técnicas y éstas persistiesen en el momento de ponerlas en conocimiento, el acto de comunicación se practicará mediante entrega de copia de la resolución. En cualquier caso, la notificación se entenderá válidamente recibida en el momento en que conste la posibilidad de acceso al sistema. No obstante, caso de producirse el acceso transcurrido dicho plazo pero antes de efectuada la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción.

5. Presentación de escritos y documentos por medios telemáticos

No es necesario volver a repetir la obligatoriedad de la presentación telemática de escritos por los intervinientes a los que nos hemos referido, que son también los obligados a recibir los actos de comunicación emitidos por el órgano judicial. Solo vamos a tratar alguno de los problemas que se están planteando.

A día de hoy se entiende sin dificultad que los presentantes de escritos por Lexnet los pueden introducir en el sistema cualquier día y a cualquier hora, surtiendo efectos la presentación en el primer día y hora hábil posterior a la presentación del mismo. Y una de las bondades del sistema es que es fiable en cuanto a la fecha y hora de presentación. Se ha sustituido, con carácter casi general, el sello de entrada por el resguardo de presentación por Lexnet.

Por otra parte se mantiene la legislación respecto a los días y horas hábiles establecida tanto en la LRJS (artículo 43) como en la LEC (art 130).

Y en este sentido también se establece en el artículo 162. 2 (tercer párrafo) LEC que, **“No se practicarán actos de comunicación a los profesionales por vía electrónica durante los días del mes de agosto, salvo que sean hábiles para las actuaciones que corresponda”**. Es decir estamos a las normas procesales para los tiempos hábiles, lo que quiere decir que en un proceso de trámite preferente como un despido, o cualquiera de los señalados en el artículo 43 LRJS se puede

utilizar el sistema para los actos de comunicación, y para la presentación de escritos de cualquier naturaleza.

El art 135 de la LEC en su redacción actual recoge normas anteriores, como la imposibilidad de presentación de escritos en el juzgado de guardia y la presentación en el llamado día de gracia, que estaban en el punto 1 y 2 del anterior art 135, y ahora es el punto 5 del mismo artículo pero adaptado a la presentación por Lexnet.

Un primer tema, es la nueva denominación de los escritos en general, incluyendo las demandas, como es la de escrito iniciador (término más bien informático que procesal, donde no hay escritos, son lo que son), y escrito de trámite.

Qué es un escrito iniciador nos lo dice la *Resolución de 15 de diciembre de 2015, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, por la que se aprueba el modelo de formulario normalizado previsto en el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet*. Dice que: “Se entenderá por Escrito de Trámite todo aquel escrito remitido a un órgano en relación a un procedimiento judicial ya incoado”, lo que procesalmente es incorrecto, o no es nada procesal, en varios supuestos, pues un anuncio de recurso de suplicación, o de casación se presenta en un procedimiento incoado, pero es otra cosa, y una ejecución se presenta para un proceso que ya existe pero es iniciador, y el problema lo tenemos en el recurso de queja, que informáticamente no se consideraba iniciador y lo es.

El problema es que las denominaciones informáticas están ganando terreno a las procesales o jurídicas, en general, y que parece que más que juristas se necesitan informáticos en los órganos judiciales.

Vamos a plantear algunos de los problemas frecuentes en esta presentación de todo tipo de escritos:

5.1. Errores cometidos por los profesionales

Error en el tipo de proceso, como poner recurso de casación cuando se presenta un recurso de suplicación, error en el año o en el número del procedimiento, escrito presentado por un procurador cuando tiene que ser el abogado... Todos estos errores los hemos sacado de la realidad del día a día, y se puede decir que los mismos errores pueden cometerse en el escrito presentado en formato papel y que se subsanaban sin mayor problema. Y era así, pero la presentación telemática tiene un inconveniente y es que el sistema devuelve o rechaza este escrito mal presentado, y a veces el profesional, al menos en este momento, puede tardar en darse cuenta del problema, e incluso puede admitirse por el sistema pero no llegar correctamente por el error cometido.

5.2. Presentación en órgano distinto

Presentación en lugar inadecuado como el Tribunal Supremo en lugar del Tribunal Superior de Justicia, el juzgado en lugar del Tribunal Superior o viceversa.

Este error fue muy frecuente, también en papel, en la jurisdicción social tras la entrada en vigor de la LRJS que cambió el órgano encargado de la tramitación de los recursos de casación tanto el ordinario como el de casación para unificación, existiendo una consolidada doctrina el Tribunal Supremo.

En un primer momento se fue generoso y se tuvo en cuenta que el cambio legislativo no había llegado a todos los abogados, siendo reiterada la doctrina de que el escrito que sea tiene que tener entrada en el órgano competente dentro del plazo establecido, y no puede considerarse presentado correctamente en el sitio equivocado.

En este sentido y como resumen podemos citar el Auto del Tribunal Supremo⁹⁶ de 21-12-2017 que señala que: *“Es doctrina reiterada de esta Sala - auto de queja de 24/1/13, rec 121/12; 4/6/2013, rec 113/12, 28/3/201, rec 7/16 y 5/7/2017, rec 68/16 - que si bien es factible la presentación del escrito en lugar diverso, ello comporta que deba tener entrada oficial en su lugar de destino antes de que haya transcurrido el plazo para recurrir. Doctrina ciertamente extensible al trámite de formalización y a las actuales prevenciones de la LRJS y del citado art. 223 LRJS...”* Y que añade: *“En nuestra sentencia de 8 de noviembre de 1994 (Rec. 3992/1992) dijimos: “Los escritos procesales han de presentarse en las dependencias judiciales competentes para su recepción, sin que puedan las partes decidir a su conveniencia el lugar de presentación de los escritos, consecuencia de ello es la preclusión de los plazos legales cuando los escritos se presentan ante órganos judiciales o en lugares inadecuados. Ni siquiera interrumpe el plazo la presentación de escritos ante un órgano judicial distinto al que resulte competente para conocer del escrito correspondiente”. En apoyo de esta solución también pueden señalarse las sentencias 41/2001 y 90/2002 del Tribunal Constitucional”.*

5.3. Error del órgano judicial

No está en el procediendo el escrito presentado telemáticamente, por cualquier motivo. Es un error menos frecuente, y también excepcionalmente podía producirse en la presentación en formato papel. Y como en este sistema, será la parte la que aporte el justificante de la presentación, antes el escrito sellado y ahora el justificante de la presentación telemática, y el órgano judicial comprobará ahora con más facilidad, a través de la auditoria de Lexnet, si el

⁹⁶ ATS 13078/2017 - Id Cendoj: 28079140012017204046 Tribunal Supremo. Sala de lo Social Fecha: 21/12/2017 N^o de Recurso: 55/2017 Procedimiento: Queja.

escrito efectivamente fue presentado, qué día, a qué hora, y su itinerario. En este sentido se puede citar el Auto del Tribunal Supremo de 15-2-2018 (recurso de queja 78/17).

5.4. Tiempo y posibilidad de subsanación

Los errores que hemos señalado hasta ahora pueden y deben tener una posibilidad de ser subsanados, sobre todo en el proceso laboral, que se ha caracterizado, desde sus inicios, por mantener los actos y el proceso, subsanando los defectos en que se haya podido incurrir.

En los textos legales tan solo existe un precepto y no se refiere expresamente al error sino a problemas en el sistema de comunicaciones. Es el artículo 135.2 de la LEC: *“ Cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo por los medios telemáticos o electrónicos a que se refiere el apartado anterior no sea posible por interrupción no planificada del servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas, siempre que sea posible se dispondrán las medidas para que el usuario resulte informado de esta circunstancia, así como de los efectos de la suspensión, con indicación expresa, en su caso, de la prórroga de los plazos de inminente vencimiento. El remitente podrá proceder, en este caso, a su presentación en la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción.*

En los casos de interrupción planificada deberá anunciarse con la antelación suficiente, informando de los medios alternativos de presentación que en tal caso procedan”.

Es el artículo que se puede aplicar, y creo que de hecho se está aplicando para que una vez que el profesional o usuario se da cuenta de que su escrito ha sido rechazado por el sistema, por cualquier circunstancia, incluido su propio error, pueda proceder a subsanarlo de inmediato, bien vía telemática, bien en formato papel al día siguiente. Lo que en general el órgano judicial debe valorar es la diligencia que ha puesto en intentar o en solucionar el problema. Por lo que si ha existido un simple error y se demuestra esta diligencia, o bien se reacciona de inmediato a la actuación del órgano judicial, está siendo admitida esta subsanación del acto.

Así se manifiestan diversas resoluciones judiciales como el auto del Tribunal Supremo de 12-12-17 (Recurso de queja 54/17), la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 13/07/2017 (nº de Recurso: 174/2017) y Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁹⁷ de 10-4-2018

⁹⁷ Esta resolución en su Fundamento de Derecho SEGUNDO establece que: “La diligencia de ordenación concediendo el plazo para la formalización del recurso de suplicación fue efectuada al letrado designado el 21/12/2017, por lo que ha de entenderse efectuado al día siguiente, 22/12/2017 (arts 151 LEC y art 60 LRJS) por lo que los diez días empezarán a computarse desde el 26-12-17, primer día hábil, y terminarán el 9-1-18, siendo el día 10/01/18 el denominado día de gracia hasta las 15 horas. El recurrente presentó el escrito por Lexnet el

(recurso de queja 794/18). En todas ellas se apela a la diligencia debida exigible al profesional que ve su escrito rechazado por el error para subsanarlo inmediatamente.

5.5. Presentación de prueba documental

No queremos extendernos en estas reflexiones acerca de la relación de las partes con el órgano judicial por medios informáticos, pero no podemos por menos dejar de plantear los problemas que surgen cuando se trata de aportar documentos al proceso laboral, bien en fase de prueba, como en fase de recurso (art 233 LRJS)

Pues bien, si la prueba documental ha de aportarse como regla general en el acto de juicio, y se trata de expedientes digitales, si se aporta en papel, habrá de digitalizarse con posterioridad, pues además ha de darse traslado en ese momento del juicio a la otra parte para su examen. Ello complica la posibilidad de aportarla en formato digital en ese momento del juicio.

Parece necesario que se regule de nuevo esta aportación de prueba documental en el acto de juicio adaptándola al proceso digital y tendría el legislador la solución ya en la propia ley procesal laboral, pues ya la reguló en el trámite de los despidos colectivos (art 124 LRJS).

En cuanto a los documentos a los que se refiere el art 233 de la LRJS la distorsión en la regulación se produce cuando se trata de que la Sala (tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Superior de Justicia) inadmita la unión del documento a las actuaciones, pues en ese caso el artículo dice que se devolverá a la parte el documento aportado, lo que casa mal con su aportación telemática, y la solución será tan sencilla como señalar que simplemente no se podrá tener en cuenta en la resolución que se dicte.

6. Bibliografía

DÍAZ REVORIO, E.: "Comunicaciones electrónicas con la administración de justicia". Ponencia en el CEJ 16-17 abril-18

10/01/18 a las 14:33 horas, es decir dentro del plazo, pero cometió un error en la identificación del proceso por lo que el sistema lo rechazó, e inmediatamente de conocer al día siguiente el rechazo presentó de nuevo el escrito dirigido al proceso correcto.

El artículo 135.5 LEC, establece que, cuando no sea posible la presentación por medios telemáticos, siendo el plazo perentorio, el remitente podrá proceder a su presentación en la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de la anomalía. En el presente supuesto, si bien no se trata de interrupción no planificada del servicio a lo que se refiere el citado artículo, parece que el error, que se considera posible dada la similitud de los números de procedimiento, puede tener el mismo tratamiento, y al ser corregido, nada más conocerse el mismo, procede estimar el recurso de queja".

DE LAMO RUBIO, J.: “La «sede judicial electrónica» y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”. Diario La Ley, Nº 9037, Sección Tribuna, 8 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer

DE LAMO RUBIO, J.: “Citación telemática a juicio y nulidad de actuaciones judiciales en el orden social”. Diario La Ley, Nº 9181, Sección Tribuna, 19 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer

MARTÍNEZ J.: “LexNET: Análisis de los artículos 56.5 y 60.3.2.^a LRJS y del cómputo de los plazos procesales en el orden jurisdiccional social en relación con el artículo 162 LEC”. Diario La Ley, Nº 8844, Sección Tribuna, 17 de Octubre de 2016, Ref. D-363, Editorial Wolters Kluwer

**CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL E INTERNACIONAL
EN EL NUEVO ESTATUTO DE LA VÍCTIMA. LAS FUNCIONES
INFORMATIVAS Y TUTIVAS DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DEL LETRADO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Questions of Procedural and International law in the frame of the new
status of the victim. The informative and tuitive functions of fundamental
Rights of the Judicial Administration Counselor**

Por María de la Luz Lozano Gago

Magistrada

Letrada de la Administración de Justicia (excedente)
Socia de la Fundación Internacional de Ciencias Penales
Cursando Máster en Derechos Fundamentales
marateneapalas@yahoo.es

Artículo recibido: 08/05/18 | Artículo aceptado: 23/06/18

RESUMEN

En el presente artículo se analizarán las cuestiones más relevantes de Derecho Internacional y Derecho Procesal en el Estatuto de la Víctima, Ley 4/2015 de 27 de abril –en vigor desde el 28 de octubre de 2015–, Ley que comprende en su articulado los derechos de las víctimas de delitos, tanto procesales como extraprocesales. Asimismo, se destacarán especialmente las importantes funciones de información y tutela judicial de derechos fundamentales que el texto de la misma atribuye al Letrado de la Administración de Justicia. Efectivamente, la Ley del Estatuto de la Víctima divide en los siguientes apartados: información, protección, participación y apoyo. Se hará especial hincapié en los derechos de las víctimas especialmente vulnerables y menores de edad y en el papel que el Letrado Judicial, en tanto que miembro de pleno derecho del órgano jurisdiccional, asume en relación con el amparo de las mismas.

ABSTRACT

In this article we will analyze the most relevant issues of International Law and Procedural Law in the Statute of the Victim, Law 4/2015 of April 27 -in effect from October 28, 2015–, Law that includes in its articles the rights of victims of crimes, both procedural and extraprocess. Likewise, the important functions of information and judicial protection of fundamental rights that it text attributes to the Judicial Administration Counselor will be highlighted. In

effect, the Victim Statute Law is divided into the following sections: information, protection, participation and support. Special emphasis will be placed on the rights of especially vulnerable victims and minors and on the role that the Judicial Administration Counselor, as a full member of the Court of Justice, assumes in relation to the protection.

PALABRAS CLAVE

Víctimas, menores, vulnerables, Letrados judiciales, proceso, Derecho Internacional, Tribunal, información, protección, derechos, participación.

KEYWORDS

Victims, minors, vulnerable, Judicial Administration Counselors, process, international law, court, information, protection, rights, participation.

Sumario: 1. De la dispersión normativa en materia de regulación de los derechos de las víctimas a la unificación: la promulgación de la Ley del Estatuto de la Víctima y las Directivas de la UE que traspone la misma. 1.1. Directivas de la UE sobre protección de las víctimas. 1.2. La promulgación del Estatuto de la Víctima. 2. Aspectos jurídicos del estatuto de la víctima. 2.1. Derechos procesales de las víctimas. 2.2. Cuestiones de Derecho Internacional en el Estatuto de la Víctima. 3. El Letrado de la Administración de Justicia. 3.1. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en general en tanto que miembro de pleno derecho del Tribunal. 3.2. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en la información a las víctimas de sus derechos, tanto procesales como extraprocesales en el Estatuto de la Víctima. 3.3. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en la protección de los derechos fundamentales de las víctimas en el Estatuto de la Víctima. 4. Conclusiones y propuestas “*de lege ferenda*”. 5. Bibliografía

1. De la dispersión normativa en materia de regulación de los derechos de las víctimas a la unificación: la promulgación de la Ley del Estatuto de la Víctima y las Directivas de la UE que traspone la misma

Según el preámbulo de la Ley 4/2015, con el Estatuto de la Víctima “se aglutina en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española. Es un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos. La efectividad de estos derechos hace necesaria la máxima colaboración institucional e implica no solo a las distintas Administraciones públicas, al Poder Judicial y a colectivos de profesionales y víctimas, sino también a las

personas concretas que desde su puesto de trabajo, tienen contacto y se relacionan con las víctimas”.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley del Estatuto de la Víctima- en adelante LEVD-, la escasa atención, en opinión de un sector de la doctrina, prestada a los derechos de las víctimas, así como el hallarse los mismos diseminados, y en cierto sentido mal conocidos, en diversos textos legislativos, fueron un revulsivo en cuya virtud se creó un clima favorable a la unificación en un solo texto normativo de los derechos de las víctimas, -tanto procesales como extraprocesales. En estimación de quien suscribe estas líneas, ello debe entenderse como plausible, pues facilita su conocimiento y la protección de los perjudicados, máxime si se toma en consideración el concepto amplio de víctima de que parte la ley como premisa. En efecto, según la misma, no sólo son víctimas los sujetos pasivos de la acción u omisión delictiva en sí misma considerada, sino que también se inscriben en tal conceptualización los que de modo reflejo padecen el hecho criminal, -como por ejemplo los familiares y allegados de las víctimas de homicidio, que pasan así a ser calificados como víctimas indirectas.

En cuanto a la cuestión de si las personas jurídicas pueden incluirse en el concepto de víctima de la Ley, aunque el artículo 2 de la LEVD sólo se refiera a la persona física, nada obsta a que la persona jurídica pueda optar por el ejercicio de la acción penal si ha devenido sujeto pasivo de un ilícito criminal⁹⁸. Sin embargo, esta conclusión no es unánime en la doctrina; así, hay quien considera que la persona jurídica no estaría comprendida en dicho concepto de víctima, por hallarse éste indisociablemente ligado a la personalidad⁹⁹. No obstante lo anterior, y pese a la omisión de la Ley al respecto, consideramos que no concurre óbice a la inclusión de las personas jurídicas en dicha noción, por cuanto materialmente nada impide que puedan efectivamente ser objeto de hechos delictivos como perjudicadas.

En cualquier caso, la Ley del Estatuto de la Víctima deja claro que el concepto de víctima es omnicomprendivo, y así lo establece desde la propia Exposición de Motivos¹⁰⁰, comprendiendo tanto la víctima directa como la indirecta, esto es "al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a

⁹⁸ Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015. Montserrat DE HOYOS SANCHO, Prof.^a Titular de Derecho Procesal y Directora del Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid Diario La Ley, N^o 8689, Sección Doctrina, 26 de Enero de 2016, Ref. D-40, Editorial LA LEY.

⁹⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., en "Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas", Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, n^o 54, año 2016.

¹⁰⁰ En efecto, la noción de víctima se extrapola "a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito" (apartado IV de la EM de la LEVD).

cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria" Además, los derechos que recoge la ley serán extrapolables, según el Preámbulo, "a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutaban o no de residencia legal".

En efecto, y según los artículos 1^o y 2^o de la LEVD:

Artículo 1. Ámbito

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.

Artículo 2. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos: 1.^o A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar. 2.^o En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

1.1. Directivas de la UE sobre protección de las víctimas

Las Directivas de la UE más importantes en materia de protección de las víctimas son:

- Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos, en la que ya descuellan la preocupación por la tutela de los derechos fundamentales de las víctimas.

- Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, sobre lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, con medidas tales como: la innecesidad de denuncia –artículo 15.1-, la obligación de adopción de medidas tuitivas antes, durante y después del proceso – artículo 19.1 y 2-, tutela de los derechos fundamentales de los menores a la intimidad, imagen e identidad –artículo 20.6-, “*inter alia*”.

- Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, de normas mínimas, que regula los derechos de información y apoyo de las víctimas, así como de participación en el proceso penal y de protección, con especial incidencia en los necesitados de tutela especial. A destacar que incide la misma en la protección de las víctimas frente a la llamada en la Criminología “victimización secundaria”, regulando que en las declaraciones se evite la confrontación de las mismas con el infractor, la protección de su intimidad, la regulación asimismo de la prueba anticipada y la evitación del contacto visual con el imputado (artículos del 19 al 23). Gran importancia adquiere en esta Directiva el principio de individualización, debiendo ser tratadas las víctimas de manera respetuosa y atenta con su condición y circunstancias (artículos 3-2 y 4-7) Debe destacarse que en el caso de los menores incluso se presume su vulnerabilidad (artículo 22-4) Asimismo las personas con la capacidad modificada serán objeto de especial consideración (artículo 22-3).

1.2. La promulgación del Estatuto de la Víctima

La aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, que regula el estatuto de las víctimas de delitos (LEVD), responde a la necesidad de incorporar al Derecho español los contenidos de la Directiva de octubre de 2012 al Derecho interno. Es más, desde el punto de vista estructural, el Estatuto de la Víctima español presenta un esquema muy similar a la Directiva 2012/29/UE, dividiéndose en cuatro grandes apartados: disposiciones generales (con inclusión de una definición de víctima), derechos relativos a la información y el apoyo, derechos procesales y protección.

En cuanto a los antecedentes legislativos de la misma, efectivamente se hallaban dispersos:

La referencia normativa fundamental respecto a los derechos de las víctimas ha sido la Ley 35/1995, por la que se prevén ayudas económicas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual a cargo del presupuesto público.

Así pues, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, establece que la declaración de los testigos menores deberá realizarse evitando confrontarlos visualmente con el inculpado –artículo 448.3 de la LECrim.

Y en lo que interesa al objeto del presente estudio, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma procesal relativa a la oficina judicial, en su artículo 11 introdujo en el apartado 4 del artículo 15 de la Ley 35/1995 la obligación de que el Letrado de la Administración de Justicia garantice que las víctimas, al realizar la denuncia o en su primera comparecencia ante el órgano competente, sean informadas de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Asimismo, compete al Letrado judicial velar por que la víctima sea informada de la fecha y lugar del juicio y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

En la LECrim se introducen más medidas de protección de víctimas menores o con capacidad modificada, como por ejemplo las que se arbitran en los artículos 325 o 731 bis de la LECrim en cuya virtud el Juez puede decidir que en cualquier procedimiento la comparecencia o intervención del investigado, testigo o perito, siempre que pueda resultar perjudicial, se pueda llevar mediante videoconferencia.

Por último, debe traerse a colación el Reglamento que desarrolla la ley sobre el Estatuto de la Víctima, el cual se aprobó por Real Decreto de 27/04 del Estatuto de la Víctima y que regula las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito, aprobado el 11 de diciembre de 2015 y en vigor desde el 1/1/2016. Esta norma reglamentaria desarrolla la materialización del deber de información a que "ut infra" nos referiremos, y aborda además el trámite de las indemnizaciones a las víctimas en supuestos de Derecho Internacional, designando a las OAV como autoridades asistenciales a tales fines

2. Aspectos jurídicos del estatuto de la víctima

En este apartado se abordarán las principales cuestiones jurídicas que se abordan en el Estatuto de la Víctima, tanto los derechos procesales de las víctimas, como aspectos relevantes de Derecho Internacional que se regulan en el mismo. El proceso es el cauce institucionalizado de satisfacción de derechos e intereses legítimos, por antonomasia. El Letrado de la Administración de Justicia desempeña un papel importante en su condición de director jurídico del proceso, de "juez del procedimiento"¹⁰¹, desde su posición de miembro de pleno derecho del órgano jurisdiccional, y en tal sentido, el proceso, en tanto que materialización del derecho a la tutela judicial efectiva, es ordenado por el mismo, y con la LEVD el letrado de justicia deviene en baluarte de los derechos que la legislación procesal confiere a las víctimas. Ya en otros órdenes jurisdiccionales ha destacado dicha función del letrado judicial en tanto que

¹⁰¹ MOLINER TAMBORERO, ex Presidente del CGPJ y del TS, ponencia grabada para LAWYERPRESS TV, con ocasión de la entrada en vigor de la LRJS.

componente del Tribunal y en protección de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el orden penal, STS 408/06 de 12 de abril, STS 1189/03, de 23 de septiembre, STS 17/14, de 28 de enero, y en concreto, la primera de las citadas, "*ad exemplum*", señala que «(...) el secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión del derecho fundamental se realizó dentro de sus límites», recaídas a propósito de la presencia del Letrado de la Administración de Justicia dirigiendo la diligencia de entrada y registro y garantizando judicialmente la tutela de los derechos fundamentales que la resolución autorizante limita¹⁰². O en el orden jurisdiccional de lo social, en el que la conciliación puede ser repelida por el letrado de justicia en caso de resultar fraudulenta, velando así el mismo por los derechos fundamentales de los trabajadores.

La Ley reguladora del Estatuto de la Víctima pretende ser una ley integral, global, que suponga no sólo la consagración de unos derechos procesales de la víctima, sino que yendo más allá del proceso, el legislador ha configurado un completo acervo de derechos de aquélla, -los cuales son tanto procesales como extraprocesales-, confiriéndoles amplia protección. Así, como indica la propia Exposición de Motivos de la LEVD: "III. El presente Estatuto de las víctimas tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad (...) Por otro lado, la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en el proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal".

2.1. Derechos procesales de las víctimas

Si bien, como se ha matizado, la LEVD trasciende la tutela de los derechos procesales de las víctimas, extrapolando aquélla a los extraprocesales, dado que al objeto del presente estudio interesa resaltar la función del Letrado de la Administración de Justicia en tanto que director y ordenador material del proceso en materia de tutela de las víctimas, merece especial atención el examen de los derechos procesales de las víctimas, pues su materialización quedará bajo la égida de aquél. Ya en la doctrina alemana, el Letrado de la Administración de Justicia fue considerado desde antiguo, concretamente por Rosenberg, como

¹⁰² "El Letrado de la Administración de Justicia: la necesaria adaptación orgánica y funcional de su estatuto a su posición real en el Tribunal tras la última Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", por Patricio ARRIBAS ATIENZA, María DE LA LUZ LOZANO GAGO, Jaime FONT DE MORA RULLÁN, Letrados de la Administración de Justicia, Diario La Ley, N^o 8936, Sección Tribuna, 8 de Marzo de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

“órgano de la Administración de Justicia absolutamente independiente”¹⁰³, y siguiendo a Herce Quemada¹⁰⁴, “los greffiers tienen la consideración de cooperadores indispensables de los Jueces y forman parte integrante del Tribunal”, concluyendo el eminente procesalista últimamente citado que al Letrado de la Administración de Justicia “se asigna la alta misión de velar por la pureza del procedimiento, y el proceso es un instituto que no podría desarrollarse normalmente sin la intervención del mencionado funcionario”.

Así pues, si se parte de la estructura de la LEVD, nos encontramos que tras el Título I, que reconoce una serie de derechos extraprocesales, comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido ejercer o no algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal, se consagra un Título II, que sistematiza los derechos de la víctimas en cuanto a su participación en el proceso penal, independientemente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del Título III. Por ende, en estos dos últimos Títulos se plasman los principales derechos procesales de las víctimas. Como derechos de contenido procesal propiamente dicho, el Título II del Estatuto de la víctima del delito regula los siguientes:

a) En primer término, el derecho a ser parte en el proceso penal. Con carácter general, dispone el artículo 11 de la LEVD que “toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir”. Corolario de lo anterior es el artículo 109 bis de la LECrim, que disciplina el ejercicio de la acción penal por las víctimas directas e indirectas, los casos de pluralidad de víctimas y la legitimación de asociaciones y personas jurídicas encargadas de la defensa de los derechos de las víctimas. A su vez, el precitado artículo 11 agrega un deber, “*rectius*”, de toda víctima al consignar que 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”.

b) En segundo término, el derecho a poner en cuestión el eventual sobreseimiento de las actuaciones, que recoge el artículo 12, conforme al cual la víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso. A tal efecto la resolución de sobreseimiento será comunicada a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas de cuya identidad

¹⁰³ ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1931 (3^a edición), página 71, citado por HERCE QUEMADA: “El Secretario Judicial, su carácter e intervención en el proceso”.

¹⁰⁴ Op. citada en nota 6.

y domicilio se tuviera conocimiento. En los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, se comunicará a las personas a que se refiere el apartado b) del artículo 2. En estos supuestos, el Juez o Tribunal podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización. En correlación con lo anterior, se modifican los artículos 636 y 779 de la LECrim.

c) En tercer término, la víctima que haya intervenido en la causa tendrá derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto de los causados al Estado, cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y tal condena se deba a la iniciativa de la víctima con respecto a delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima (artículo 14).

d) En cuanto a justicia gratuita, prevé el artículo 16 que las víctimas podrán presentar sus solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el funcionario o autoridad que les facilite la información a la que se refiere la letra c) del artículo 5.1, o ante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de la Administración de Justicia.

e) Por último, las víctimas tendrán derecho a obtener, de conformidad con lo dispuesto en la LECrim, la devolución sin demora de los bienes restituibles de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso, salvo que exija lo contrario el correcto desarrollo del proceso penal o que su conservación sea necesaria en un procedimiento de investigación técnica de un accidente.

Descuella especialmente el artículo 13 de la LEVD referido a la ejecución penal y por cuya virtud las víctimas tienen, según dicho precepto, legitimación para recurrir: a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos que especifica; b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra anterior; y c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del

Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Según el mismo precepto, las víctimas estarán también legitimadas para: a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad. b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

Por su parte, y para completar el cuadro de derechos procesales de las víctimas, el Título III de la LEVD recoge una serie de medidas tuitivas encaminadas básicamente a evitar la victimización secundaria, esto es, que el proceso suponga una aflicción adicionada a la propia del delito para aquéllas – de ahí la necesidad de reducir sus declaraciones, o el derecho a hacerse acompañar salvo resolución motivada, etc-, medidas las cuales deben actualizarse al compás del propio iter procesal.

En cualquier caso, ha de resaltarse que la función de informar a las víctimas tanto de sus derechos como de las medidas predisuestas *ex lege* en orden a su protección compete al Letrado de la Administración de Justicia, que deviene así en garante de su efectividad, no sólo "*in limine litis*" o al inicio de la causa, sino durante todo su decurso, pues también le corresponde "su actualización".

2.2. Cuestiones de Derecho Internacional en el Estatuto de la Víctima

En la LEVD hay una importante disposición en materia de falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de un delito, por haberse cometido en otro Estado de la Unión Europea, y que es la contenida en su artículo 17, el cual especifica que "en el caso de que las autoridades españolas resuelvan no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, remitirán inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido". Nótese que el indicado precepto se expresa en términos imperativos, es decir, "remitirán", lo cual no es baladí, por cuanto ello supone que no basta con que el juez español se declare incompetente por falta de jurisdicción conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se inhiba, dejando a salvo el derecho de la víctima a entablar la acción ante el tribunal competente, sino que precisamente para proteger los derechos de las víctimas dicho precepto compele al mismo a remitir la denuncia a las autoridades competentes del lugar de comisión del delito, y además, "inmediatamente", como con claridad se desprende de su tenor. Precisamente por la trascendencia del precepto en

análisis, conviene traerlo a colación en el presente estudio en su integridad. Establece el mentado artículo 17 de la LEVD, en efecto, "que las víctimas residentes en España podrán presentar ante las autoridades españolas, denuncias correspondientes a hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros países de la Unión Europea.

En el caso de que las autoridades españolas resuelvan no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, remitirán inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos y se lo comunicarán al denunciante por el procedimiento que hubiera designado conforme a lo previsto en la letra m del artículo 5.1 de la presente Ley". Por ende, dado el caso en la práctica, el juez o magistrado debe remitir copia testimoniada bajo la fe pública judicial del letrado de justicia con su correspondiente traducción al idioma oficial del Estado de la Unión Europea en que se hubiera cometido el posible ilícito penal a la autoridad judicial europea que resultare competente, pudiendo dirigirse el juez nacional a tales efectos a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional-Área Penal, del Ministerio de Justicia. Además deberá hacerlo a la mayor brevedad posible, "inmediatamente", como señala el artículo, y no solo ello, sino que tal remisión deberá ponerse en conocimiento del denunciante y según el modo que éste hubiera elegido ex letra m del artículo 5.1 de la LEVD. Este último precepto citado, por su lado, establece que "Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos: (...) m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad". Pues bien, este deber informativo, como "ut infra" se explicitará, corre a cargo del Letrado del Tribunal, ex artículos 5º LEVD y con más detalle 27 del REVD.

Otra disposición relevante en materia de Derecho Internacional es el artículo 33 de la LEVD, a cuyo tenor "Los poderes públicos promoverán la cooperación con otros Estados y especialmente con los Estados miembros de la Unión Europea en materia de derechos de las víctimas de delito, en particular mediante el intercambio de experiencias, fomento de información, remisión de información para facilitar la asistencia a las víctimas concretas por las autoridades de su lugar de residencia, concienciación, investigación y educación, cooperación con la sociedad civil, asistencia a redes sobre derecho de las víctimas y otras actividades relacionadas".

3. El Letrado de la Administración de Justicia

3.1. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en general en tanto que miembro de pleno derecho del Tribunal

El Letrado de la Administración de Justicia, al cual también puede denominarse Letrado judicial o Letrado del Tribunal, como miembro de pleno derecho del órgano jurisdiccional, desempeña una importante función en la justicia española. Su consideración de parte integrante del órgano investido de "iurisdictio", hace al mismo responsable del amparo de las víctimas, informándolas convenientemente y velando por su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 de nuestra Constitución.

En efecto, el Letrado Judicial forma parte integrante de los Juzgados y Tribunales a quienes se atribuye la potestad jurisdiccional en el artículo 117.3 de la Constitución (la sentencia del Tribunal Supremo de 28/01/2014, F.J. 7^o primer párrafo, señala que: "el Letrado de la Administración de Justicia -ahora Letrado de la Administración de Justicia- forma parte del órgano jurisdiccional" -sic.). La potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero para juzgar rectamente es necesario, como paso previo, dotar de seguridad jurídica y ordenar adecuadamente los actos procesales que conforman el juicio debido a que todos tienen derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución, para que no se produzca la indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la misma.

Efectivamente, la potestad jurisdiccional se compone en las facultades de decisión, documentación, ordenación y ejecución. De ellas la decisoria ("*ius dicere*") se atribuye a los jueces y magistrados (artículo 117.1) y la documentadora (fe pública judicial) a los Letrados de la Administración de Justicia (artículo 454 LOPJ), siendo las otras dos funciones (ordenación y ejecución) compartidas.

3.2. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en la información a las víctimas de sus derechos, tanto procesales como extraprocesales en el Estatuto de la Víctima

El Letrado de la Administración de Justicia desempeña una importante función informativa de los derechos de las víctimas, por lo que procede a continuación examinar el contenido de tal deber, así como el momento procesal oportuno para su cumplimiento y el modo o cauce que deberá emplear en orden a ello:

- El Letrado judicial ha de informar a la víctima de sus derechos, y no sólo de los mismos, sino además, de los demás particulares que se establecen en la ley (vid. artículos 5 LEVD y con mayor detalle el artículo 27 del REVD), una

vez que el caso se presenta ante la Justicia y se halla pendiente de resolver ante la misma.

- El momento procesal oportuno en orden al cumplimiento de tal deber es el mismo del ofrecimiento de acciones al perjudicado que regula el artículo 109 de la LECrim, por lo que dicha obligación informativa es simultánea con aquél.

- El modo de cumplir dicha función de información en principio no se halla tasado por la ley, si bien podrán utilizarse en orden a tal fin impresos estandarizados (vid. artículos 5 de la LEVD y 7 del REVD). Dicha función es delegable en el personal especializado de asistencia a las víctimas ex artículo 109 de la LECrim, y comprende, si así es solicitado por el perjudicado, el deber de información del día de celebración del juicio ex artículos 785.3º y 791.2º de la LECrim modificados por la LEVD).

En la primera comparecencia que se practique en sede judicial el Letrado de la Administración de Justicia efectuará una información al ofendido por el delito de sus derechos (artículos 5, 7 y 13 LEVD), y se le realizará el ofrecimiento de acciones (artículos 109 y 109 bis LECRIM), empleando un lenguaje claro, sencillo, comprensible, teniendo en cuenta las características de la persona y sus necesidades. En ese mismo momento procesal de la primera comparecencia judicial de la víctima, el letrado de justicia habrá de preguntar a aquélla si desea recibir notificaciones y en qué modo - correo electrónico, domicilio o dirección postal. Un ejemplo práctico de estos deberes informativos, de capital trascendencia, sería la comunicación del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dirigida a los Letrados judiciales del orden penal de tal ámbito territorial, remitida a los mismos por correo electrónico de 10/02/2012, en la que se indicaba que debían (los letrados de la Administración de Justicia) facilitar "la inmediata comunicación a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, las medidas cautelares y órdenes de protección, para el seguimiento de las medidas y los datos relativos a las órdenes de protección impuestas y facilitar de esta forma el apoyo jurídico y psicosocial a las víctimas"¹⁰⁵. La Circular 2/2014, de 1 de julio, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa a actuaciones procesales de protección de las víctimas de trata de seres humanos y víctimas de violencia de género y doméstica y las Oficinas de Asistencia las Víctimas, en su apartado Cuarto establece: "En aplicación del Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia de género y doméstica, el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado que acuerde la orden de protección o medida cautelar velará para que se comunique tanto la propia existencia de la

¹⁰⁵ Guía práctica para la aplicación del estatuto de la víctima en los órganos judiciales y fiscalía de la provincia de Soria. Soria, a 20/12/2016.

orden como las diferentes situaciones procesales que afecten al imputado, incluyendo la fase de ejecución de la pena. Dicha comunicación se efectuará al Punto de Coordinación de órdenes de protección que corresponda así como a la Oficina de Asistencia a la Víctimas, salvo en aquellos supuestos en que ambos estén integrados”.

En el mismo sentido, el Art. 15, 4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre: “El Letrado de la Administración de Justicia cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, sea informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación el daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente cuidará de que la víctima sea informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso”.

Asimismo, también ha de resaltarse que según el artículo 10 de la LEVD el Letrado de la Administración de Justicia derivará a la víctima a la OAVD en atención a la gravedad del delito, a su vulnerabilidad, o cuando ésta lo solicite, lo que reitera el artículo 35 REVD. De dichas normas se desprende que tal derivación será procedente siempre en el caso de delitos graves (con resultado de muerte o lesiones graves, cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, de odio, discriminación, trata de seres humanos, violencia de género o doméstica, etc...) y, en el caso de delitos menos graves o leves, cuando sea conveniente debido a la especial vulnerabilidad de la víctima.

Finalmente, cuando se trate de delitos enumerados en el artículo 57 CP, el Letrado de la Administración de Justicia debe comunicar a la víctima todos los actos procesales que afecten a su seguridad (artículo 109 LECrim último párrafo). Téngase en cuenta que actos procesales es un concepto más lato que el acotado “resoluciones judiciales”, por lo que todo el “iter procesal” sería objeto de deber informativo por parte del Letrado judicial, en tales casos tasados en el artículo 57 del CP.

Además, cuando el juez de vigilancia penitenciaria vaya a resolver sobre la situación del condenado, con carácter previo, el letrado judicial deberá dar traslado a la víctima por cinco días para alegaciones.

3.3. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en la protección de los derechos fundamentales de las víctimas en el Estatuto de la Víctima

Desde el punto de vista crítico, la técnica legislativa empleada es defectuosa, por cuanto se hallan en presencia auténticos derechos fundamentales de las víctimas, por lo que lo correcto hubiera sido regularlos por Ley Orgánica y no por Ley Ordinaria¹⁰⁶. Así, están en juego derechos sin duda fundamentales de las víctimas como el de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución -que comprende tanto el derecho a las notificaciones, como el derecho a recurrir por ejemplo, regulados en la LEVD-, o el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la seguridad, a la libertad, a la intimidad, etc. No ha de perderse de vista que en cualquier caso, la dignidad misma inherente al ser humano es el alfa y omega de todos los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente o en Convenios Internacionales y demás fuentes del Derecho¹⁰⁷.

El papel del Letrado del Tribunal en este sentido es especialmente primordial en orden a la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, también denominado "derecho al fair trial o al proceso justo" en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Tan es así, que como efectivamente indica TOMASELLI ROJAS, la relevancia de los deberes informativos y de orientación eficaz a cargo de los letrados de justicia es tal, que su omisión puede llegar a la consecuencia de no poder la víctima personarse con Abogado y Procurador en la causa como acusación particular, lo cual puede acarrear la nulidad de la instrucción penal.¹⁰⁸ En efecto, el artículo 109 de la LECrim, dispone el deber del letrado judicial de instruir a la víctima del derecho a mostrarse parte en la causa, obligación a cargo del mismo en exclusiva. Además, el artículo 776 de la LECrim, reformado por la LEVD, le atribuye asimismo la función de informar al perjudicado de las medidas asistenciales existentes para su protección. El artículo 5 de la LEVD asigna asimismo al Letrado del Tribunal el deber de información de medios de apoyo, participación, protección y personación. La correlación de dichos deberes informativos, así como su amplitud, con la tutela judicial efectiva en tanto que derecho fundamental es incontrovertible. Deviene de este modo y "*ope legis*" el Letrado judicial en cauce institucionalizado de primer orden en aras a la

¹⁰⁶ El artículo 81.1 de la Constitución establece que "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)".

¹⁰⁷ <https://confilegal.com/20170215-estatuto-la-victima-solucion-problema/>

¹⁰⁸ TOMASELLI ROJAS, A.L., "El estatuto de la víctima y el Letrado de la Administración de Justicia: garantía informativa, deber de comunicación y recursos", Diario La Ley, Nº 8908, Sección Tribuna, 25 de enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

efectividad del derecho a un proceso justo y debido en tanto que derecho fundamental de la persona, pues mal puede realizarse éste en la práctica sin el cumplimiento de los antedichos deberes informativos por su parte. Además, como indica TOMASELLI ROJAS, el Letrado del Tribunal debe dejar claro al ofendido que bien puede intervenir en el proceso o bien declarando y aportando pruebas en definitiva o bien como parte acusadora, y debe ilustrar de ello a la víctima con meridiana claridad¹⁰⁹. Con ello se está dando vigencia práctica al derecho a la tutela judicial efectiva.

"A fortiori", ha de tenerse en cuenta que en el caso de las llamadas víctimas especialmente vulnerables, los deberes de tutela de sus derechos fundamentales cobran especial trascendencia. Así por ejemplo, en el caso de menores de edad y personas con la capacidad modificada, el juez puede acordar la grabación audiovisual de sus declaraciones en el proceso penal, bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia, garante así de su contenido e integridad - vid artículo 26 de la LEVD y demás preceptos concordantes. En estos casos, el Letrado judicial es garante último de los derechos fundamentales de intimidad y dignidad de las víctimas, debiendo velar en la ejecución de la práctica de las declaraciones por la evitación de la confrontación visual directa de la víctima con el agresor, así como teniendo el deber de potenciar el debido uso de la videoconferencia en tales actos procesales -vid artículo 230 de la LOPJ y demás preceptos concordantes. Asimismo, también descuelga el papel de aquél en su condición de juez del proceso en lo atinente a la reserva de datos de las víctimas en el iter procesal, más concretamente concurre una auténtica necesidad de observar especial diligencia en la ordenación procesal para que no se viertan o aparezcan datos personales tales como números de teléfono, direcciones postales o de correo electrónico o similares, o cualesquier otros no imprescindibles para dar a conocer a las partes la identidad del testigo - artículos 22 LEVD, y 235 bis y 236 y ss de la LOPJ). Este deber se refuerza en casos de víctimas menores de edad o con discapacidad, supuestos en los que existe la posibilidad de hacer anónimos los datos de las sentencias o resoluciones judiciales en general, también del letrado de justicia en su condición de autoridad judicial¹¹⁰. En esta línea, se resalta asimismo que se prohíbe a todas las autoridades judiciales, así como también a funcionarios judiciales y abogados y procuradores, y en general a todos los intervinientes en el proceso, la divulgación de datos que puedan dañar el derecho fundamental de intimidad de los ofendidos por hechos

¹⁰⁹ Artículo citado en nota al pie 8.

¹¹⁰ SSTEDH, caso Z c. Finlandia, de 25/02/1997; caso C.C c España de 6/01/2010 y SSTC 185/2002, 127/2003, 144/2003, 114/2006, 41/2009, 64/2011 así como artículos 235 bis y 236 y ss de la LOPJ.

delictivos, o de sus familias.¹¹¹ Nótese que a tenor del artículo 236.3 sexies de la LOPJ los Letrados de la Administración de Justicia son los responsables de seguridad a los efectos previstos en la legislación de protección de datos de carácter personal. En definitiva, el letrado judicial deberá garantizar que los datos de las víctimas y sus familiares sean tratados conforme a la LOPJ y se impida su difusión a terceros.

4. Conclusiones y propuestas “de lege ferenda”

A modo de conclusiones podemos aseverar que:

Primero.- Debió acometerse la regulación del Estatuto de la Víctima mediante Ley Orgánica, pues están en juego importantes derechos fundamentales, como ha quedado explicado.

Segundo.- Debe potenciarse la formación de todos los operadores jurídicos en materia de derechos de las víctimas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la LEVD. En la práctica, ha de concluirse que sobre todo deben incrementarse los programas formativos respecto de los grupos de víctimas especialmente vulnerables, sobre todo menores de edad y personas con la capacidad de obrar modificada, así como en materia de víctimas de violencia de género.

En este sentido, debe tenerse presente por Jueces, Letrados de la Administración de Justicia, y Fiscales, que el artículo 4º de la LO 3/07 obliga a todos ellos a tener en cuenta la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas del Ordenamiento Jurídico, así, literalmente, el precepto últimamente citado señala que: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Por tanto, es una responsabilidad de las autoridades judiciales, de especial calado en el caso víctimas mujeres, la observancia del principio de igualdad. El propio artículo 3º del Código Civil establece como criterio hermenéutico la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas las normas, y es claro que la sociedad camina y debe seguir caminando hacia un horizonte igualitario entre géneros.

Tercero.- En cualquier caso, la LEVD debe recibir un juicio positivo por su carácter global, uniformador, omnicomprensivo e incluso multidisciplinar, conforme a cuanto se ha desarrollado “*ut supra*”.

Cuarto.- En la práctica no deben escatimarse recursos económicos públicos en orden a la materialización de las previsiones normativas recogidas en el texto legislativo en examen, o de lo contrario, parte de las mismas quedarían reducidas a “*flatus vocis*” o meros signos pintados sobre el papel.

¹¹¹ SSTC 121/2002, 185/2002 en relación con art. 22 de la LEVD

Y como propuestas “*de lege ferenda*”, se postulan concretamente las dos siguientes:

Primera.- El nombramiento de defensor judicial de la víctima debería correr a cargo del Letrado de la Administración de Justicia y no del Juez, por lo que habría de modificarse el artículo 26 de la LEVD, a cuyo tenor: “2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

- a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
- b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.
- c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares”.

No se entiende bien dicha previsión a la luz del procedimiento de jurisdicción voluntaria de designación de defensor judicial que se regula en la Ley 15/15, y en el que dicho nombramiento de defensor judicial corresponde en exclusiva al Letrado de la Administración de Justicia, siendo necesaria su potenciación en el orden jurisdiccional penal en paralelo a la operada en los órdenes jurisdiccionales civil y social, fundamentalmente, dada la actual situación de congestión de los tribunales españoles, no concurriendo ningún óbice para que de igual modo que aquel profesional designa defensor judicial en el orden civil, proceda igualmente a ello en el orden jurisdiccional penal, siendo el fin de la institución en concreto exactamente el mismo en uno y otro orden judicial, a instancias del Ministerio Fiscal y con informe favorable del mismo, y con recurso último de revisión ante el Juez como garantía perfecta de cierre del sistema.

Segunda.- En línea asimismo con la propuesta que se formula en el correlativo que antecede, y partiendo asimismo de la regulación de la LOPJ al respecto de la mediación, y más concretamente de su artículo 456 apartado 6, letra e), a cuyo tenor: “6. Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: (...) e) Mediación.”, es palmario que asimismo en el proceso penal debe adscribirse al letrado judicial funciones en materia de la denominada

“justicia restaurativa” o “mediación”, que el mismo podría desempeñar con completa eficacia, dado su carácter independiente y su deber de imparcialidad, lo que lo hace especialmente idóneo para asumir funciones mediadoras en el proceso penal, sin que sea comprensible que contando la Administración de Justicia con dicho profesional altamente cualificado, integrante de un Cuerpo Superior Jurídico equivalente a nivel A1 en la escala oficial y con rango de autoridad, se piense en fórmulas de prevalencia de mediación extraprocesal a cargo de profesionales no judiciales – cuando lo deseable es optar por fórmulas en todo caso de alternatividad, pudiendo el ciudadano elegir libremente si acudir a servicios de mediación privados más o menos costosos o a este profesional independiente e integrante del Tribunal cual es el Letrado de la Administración de Justicia-, suponiendo ello asimismo un perjuicio a los derechos de los ciudadanos, que se pueden así ver obligados a costear unos servicios que de otro modo irían a cargo del Estado, e ignorándose así la previsión normativa específica de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye claramente la mediación al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia.

Debe tenerse en consideración que las víctimas, tras la comisión del delito, y enfrentadas a su vez al proceso, experimentan emociones negativas tales como angustia, tristeza, miedo, incertidumbre, etc., por lo que “la mediación, incluso en aquellos casos en que no logra cumplir todos sus objetivos, se manifiesta como una herramienta más idónea que el sistema de justicia convencional para satisfacer los intereses legítimos de la víctima y dar cobertura a sus necesidades. Naturalmente, ello provoca, por otra parte, un plus en la responsabilización del infractor; lo que se produce tanto en la vía jurídica, reconociendo el daño causado, como en la ética: la asunción del perjuicio causado supone en muchos casos la reconducción de su propia vida por sendas de normalización conductual y respeto al ordenamiento jurídico”¹¹². En este sentido, la mediación y la justicia restaurativa son cauce institucionalizado de reinserción social, y el Letrado de la Administración de Justicia habría de ser agente de la misma.

5. Bibliografía

ARRIBAS Y ATIENZA, P., LOZANO GAGO M.L., FONT DE MORA RULLÁN, J.: "El Letrado de la Administración de Justicia: la necesaria adaptación orgánica y funcional de su estatuto a su posición real en el Tribunal

¹¹² RÍOS MARTÍN, J.C. en AAVV, “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia” (2005- 2008), diciembre, Estudios, CGPJ, www.poderjudicial.es, 2008, página 266.

tras la última Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Diario La Ley, N^o 8936, Sección Tribuna, 8 de Marzo de 2017, Editorial Wolters Kluwer

BACA/ECHEBURÚA/TAMARIT (coord.): "Manual de victimología", Valencia: ed. Tirant lo blanch, 2006.

BRIENEN / HOEGEN: "Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems", Nijmegen 2000.

DE HOYOS SANCHO, M.: "Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015", Diario La Ley, N^o 8689, Sección Doctrina, 26 de Enero de 2016, Ref. D-40, Editorial LA LEY.

DUSSICH, J.: "La evolución de la victimología internacional y su situación actual en el mundo de hoy", en Revista de Victimología / Journal of Victimology, n. 1, 2015.

ECHEBURUA, E. / CRUZ, M.S.: "De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso", en Revista de Victimología / Journal of Victimology, n. 1, 2015.

FOHRING, S.: "An integrated model of victimization as an explanation of non-involvement with de criminal justice system", International Review of Victimology 2015, v. 21.

GIL GIL, A.: "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", InDret 2016 (4) LEAL MEDINA, J.: "Régimen jurídico de la víctima del delito. Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito", Diario La Ley, N^o 8287, 2014.

Guía práctica para la aplicación del estatuto de la víctima en los órganos judiciales y fiscalía de la provincia de Soria. Soria, a 20/12/2016.

HERCE QUEMADA, V.: "El Secretario Judicial, su carácter e intervención en el proceso", Madrid, 1949.

OLÁSOLO ALONSO, H. / KISS, A.: "El estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n^o 12, 2010.

PEREDA BELTRAN, N. / TAMARIT SUMALLA, J.: "Victimología teórica y aplicada", Barcelona 2013, ed. Huygens.

RÍOS MARTÍN, J.C.: en AAVV, Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia, (2005- 2008), diciembre, Estudios, CGPJ, 2008

SERRANO MASIP, M.: "Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal", InDret 2013.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: en "Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas", Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, n^o 54, año 2016

TAMARIT SUMALLA, J.: "Paradojas y patologías en la construcción social, jurídica y política de la victimidad". InDret 2013, n. 1.

TAMARIT SUMALLA, J.: "El necesario impulso de la justicia restaurativa después de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012", en AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, n. 1, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J. (coord.): "El estatuto de las víctimas de delitos", Valencia 2015: ed. Tirant lo blanch.

TOMASELLI ROJAS, A.L.: "El estatuto de la víctima y el Letrado de la Administración de Justicia: garantía informativa, deber de comunicación y recursos", Diario La Ley, N^o 8908, Sección Tribuna, 25 de enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

ESTADO DE ALARMA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: ESPACIO AÉREO

Alarm state in the Spanish constitutional system: Air space

Por Isidoro Espín López

Letrado de la Administración de Justicia
Doctorando en Derecho por la Universidad de Murcia
isidoro.espin@um.es

Artículo recibido: 20/02/18 | Artículo aceptado: 14/04/18

RESUMEN

El estado de alarma se configura como uno de los llamados estados excepcionales previstos en la gran mayoría de los países de nuestro entorno y que se establecen para dar respuesta a determinados acontecimientos extraordinarios que, de alguna forma, puedan producir una seria perturbación de la normalidad constitucional. En la Constitución española de 1978, estos mecanismos de defensa han sido establecidos en sus artículos 55 y 116. El primero contempla la posibilidad de suspender determinados derechos, y el segundo se refiere a la tipología de las situaciones excepcionales (los estados de alarma, excepción y sitio). Por lo que respecta al estado de alarma, únicamente ha sido declarado en una ocasión que tuvo lugar como consecuencia del cierre del espacio aéreo que tuvo lugar a causa de la huelga de controladores aéreos, dando lugar al Real Decreto 1673/2010.

ABSTRACT

The alarm state is configured as one of the so-called emergency states envisaged in the vast majority of the countries in our environment and that are established to respond to certain extraordinary events that, in some way, can produce a serious disturbance of constitutional normality. In the Spanish Constitution of 1978, these defense mechanisms have been established in articles 55 and 116. The first contemplates the possibility of suspending certain rights, and the second refers to the typology of exceptional situations (states of alarm, emergency and siege). With regard to the alarm state, it has only been declared on one occasion that took place as a result of the closure of the airspace that took place due to the strike of air traffic controllers, giving rise to Royal Decree 1673/2010.

PALABRAS CLAVE

Estado de alarma, Derecho de excepción, Estados excepcionales, Huelga, Controladores aéreos.

KEYWORDS

Alarm state, Right of emergency, States of emergency, Strike, Air traffic controllers.

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho de excepción. 2.1. Modelos de estados excepcionales. 2.2. El Derecho de excepción en España. 3. El estado de alarma. 4. Examen del Decreto 1673 de declaración del Estado de Alarma y Decreto 1717/2010 de prórroga, en relación con la huelga de controladores aéreos. 4.1. El Real Decreto 1673/2010 de declaración del estado de alarma. 4.1.1. Paralización de servicios públicos esenciales. 4.1.2. Calamidad pública. 4.1.3. Situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad. 4.2. El Real Decreto 1717/2010 de prórroga. 5. Auto del Tribunal Supremo y Sentencia del Tribunal Constitucional. 6. Consecuencias que se derivaron de la huelga en el ámbito penal y civil. 6.1. Consecuencias en el ámbito penal. 6.2. Consecuencias en el ámbito civil. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

El 4 de diciembre de 2010, el Boletín Oficial del Estado publicó el Real Decreto 1673/2010 de la misma fecha, el cual decretaba el primer estado de alarma de nuestra historia democrática. Esta declaración se produjo tras el cierre del espacio aéreo provocado por la huelga de los controladores aéreos.

El conflicto laboral de los controladores aéreos españoles tuvo lugar a lo largo del año 2010. Los hechos que lo desencadenaron se inician con el Decreto-Ley de 5 de febrero de 2010 por el que se devolvía el control a la entidad pública empresarial AENA —anteriormente los controladores se autorregulaban las cuestiones de gestión y control—. Posteriormente se aprueba la Ley 9/2010 de 14 de abril, que al tiempo de fijar nuevas condiciones laborales estableció una reducción del salario —la cual fue impugnada sin éxito por las asociaciones de controladores ante la Audiencia Nacional—. Y finalmente fue aprobado el Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecieron normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y requisitos de descanso de los controladores. Concretamente en el Real Decreto 1001/2010 se estableció que «la actividad aeronáutica anual no excederá de 1.670 horas, sin

perjuicio de la posibilidad de ser incrementada con horas extraordinarias hasta un máximo de 80 horas anuales...¹».

Después de anunciarse por los controladores que se estaba cumpliendo el total de las horas indicadas, sin que se llegase a un acuerdo con el Gobierno, el 28 de noviembre de 2010 se produjeron cierres parciales en el espacio aéreo gallego al no comparecer a su puesto de trabajo 10 de sus 28 controladores alegando que habían cumplido el horario anual establecido. Ante esta situación el Gobierno anunció que ratificaría la jornada laboral, lo cual verificó por Real Decreto de 3 de diciembre de 2010, obteniendo por respuesta el abandono masivo de los puestos de control por los controladores alegando no estar en condiciones psicofísicas para trabajar, conforme a lo establecido en la Ley de Navegación Aérea.

La primera medida adoptada por el Gobierno ante esta situación y tras un elevado número de cancelaciones de vuelos, fue la militarización, no de los controladores, sino del espacio aéreo, a fin de gestionar el control del tráfico y seguridad aérea, si bien, no produciéndose los efectos deseados con esta medida, tras Consejo de Ministros extraordinario celebrado al día siguiente se decretó el estado de alarma, acordándose la movilización de todos los controladores aéreos españoles al establecerse que los mismos quedasen sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el Real Decreto² como a las leyes penales y disciplinarias militares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

En el presente trabajo —con unas referencias previas al Derecho de excepción en España y en el Derecho comparado— se analiza jurídicamente el Real Decreto 1673/2010 por el que se decretó el estado de alarma y el Real Decreto 1717/2010 que acordó su prórroga, así como las resoluciones del

¹ Tal y como señalan VIDAL PRADO, C., y DELGADO RAMOS, D., [VIDAL PRADO, C., DELGADO RAMOS, D.: “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 92, 2011, p. 245-Nota al pie N.º 5] «El conflicto, es, fundamentalmente, de índole económica. La Navegación Aérea en España es de las más caras de la Unión Europea, con un coste, según la Memoria de AENA referente al año 2009, de 809 millones de euros para la “ayuda de la navegación en ruta”, la labor de los controladores. Los controladores aéreos españoles (unos 2.400) son los mejor pagados de toda la Unión Europea, con una retribución media, hasta la aprobación del Real Decreto-Ley, de unos 350.000 euros. Dicho Real Decreto-ley, y la Ley posterior, redujo su retribución media hasta los 200.000 euros. Reducción que fue operada por una doble vía: disminución de horas extra (de 600 hasta 80 voluntarias) e incremento de las horas ordinarias (desde 1.300 hasta 1.670). Su jornada laboral pasó, por tanto, de 1.200 horas (y la posibilidad de hasta 600 extraordinarias) a 1.670 horas (con solo 80 horas extraordinarias como máximo)».

² Dispone el artículo 6 del RD 1673/2010 que «El Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el artículo 3 del presente real decreto»

Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional tras los recursos contencioso-administrativo y de amparo interpuestos por la Unión Sindical de Controladores Aéreos, para finalmente examinar las consecuencias civiles y penales derivadas de la declaración del estado de alarma.

2. El Derecho de Excepción

La posibilidad de que se produzcan acontecimientos extraordinarios que, de alguna forma, entrañen una seria perturbación de la normalidad constitucional obliga a formular las oportunas previsiones normativas con las que enfrentar la sobrevenida situación de crisis. A este conjunto de normas — que ha de ser entendida como un mecanismo de carácter extraordinario que se necesita para la defensa del Estado de Derecho— se le denomina doctrinalmente «derecho de excepción»³.

Doctrinalmente, se ha afirmado que, conceptualmente, el Derecho de excepción es una garantía frente a las situaciones de crisis constitucionales imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades.⁴ A través de este mecanismo, se procede a concentrar en manos del Gobierno, poderes o funciones que, en tiempo normal deben estar divididas o limitadas.⁵ Por tanto, con esta situación se altera el régimen normativo de la Constitución, pudiendo el Gobierno, cuando se den excepcionales circunstancias, dejar en suspenso determinados derechos a través de Decreto —aunque más adelante veremos que nuestro Tribunal Constitucional ha conferido a esta norma el rango de Ley—.

Por otra parte no ha sido pacífica la cuestión relativa a la necesidad del establecimiento de un Derecho de excepción, estableciéndose las llamadas teorías políticas —que lo rechazan— y las teorías jurídicas —que defienden su establecimiento—.

Entre las posiciones favorables cabe destacar la de Hauriou, quien afirma que es preferible establecer una normativa excepcional que dicte el poder ejecutivo antes que arriesgar la subsistencia del Estado constitucional por defender la competencia del Poder Legislativo para elaborar fuentes de Derecho superior⁶.

Entre las teorías que lo rechazan cabe señalar la defendida por Wigny,

³ GUTIERREZ NOGUEROLES, A.: “Las garantías institucionales de Derechos. La suspensión de derechos”. AAVV. Dir. MARIA VICTORIA G.A. y G.M., *Derecho Constitucional III*, Madrid 2003, Editorial Colex, p. 407.

⁴ LAFUENTE BALLE, J.M., «Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio I», *Revista de Derecho Político*, N.º 30, 1989, p. 25.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español”. *Ed. Revista de Derecho Privado*, 1977, pp. 14 -24.

⁶ HAURIOU, M. (cit. en LAFUENTE BALLE, J.M., op. cit., pp. 25 y 26).

quien afirma que no existe tal derecho, por cuanto se trata de actos jurídicos realizados en situación de fuerza mayor⁷; y la que defiende Rossi, quien niega el carácter excepcional del derecho de excepción porque tanto las circunstancias ordinarias como las extraordinarias están sujetas a reglas jurídicas que serán de aplicación en uno u otro caso, según cuales sean las circunstancias de cada momento, por lo que habría que entender que las reglas ordinarias ceden ante las reglas jurídicas previstas para las circunstancias excepcionales⁸.

Sin perjuicio de todos estos posicionamientos doctrinales, es lo cierto que tanto en la doctrina extranjera como en la española se ha impuesto mayoritariamente el criterio de la defensa de su establecimiento, justificándolo fundamentalmente, en su necesidad para la protección jurídica y defensa de la Constitución como Norma Superior del ordenamiento jurídico ante las graves alteraciones de la normalidad constitucional.

2.1. Modelos de Estados excepcionales

En línea con la polémica doctrinal mantenida sobre la justificación del Derecho de excepción, se pueden clasificar los modelos doctrinales en dos grandes categorías: los que establecen la imposibilidad de excepcionar cualquier prescripción constitucional, y aquellos que establecen un Derecho de excepción. A su vez, en estos últimos se distinguen dos sub-modelos: la dictadura constitucional y el estado excepcional⁹.

En el primer grupo podemos incluir las constituciones de Bélgica de 1831 (artículo 130) y de 1994 (artículo 187) y la de Luxemburgo (artículo 113), las cuales, en los artículos citados prohíben expresamente la suspensión de preceptos constitucionales.

En una posición intermedia se sitúa la Constitución italiana de 1947, que no prevé expresamente un estado de excepción, si bien, en su artículo 78 se refiere al estado «*di guerra*» que acordado por las cámaras permite conceder al Gobierno los poderes necesarios para el restablecimiento de la normalidad constitucional.

En cuanto al modelo que establece la llamada dictadura constitucional, lo encontramos en el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958¹⁰, el cual

⁷ WIGNY, P. (cit. en LAFUENTE BALLE, J.M., op. cit., p. 26).

⁸ ROSSI, L. (cit. en LAFUENTE BALLE, J.M., op. cit., p. 27).

⁹ LAFUENTE BALLE, J.M., op. cit., p. 30.

¹⁰ Francia, *Constitución de 1958*, Artículo 16 «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas para tales circunstancias, previa

establece los presupuestos para la atribución al Presidente de la República de los poderes excepcionales. En una línea similar la Constitución de EEUU no regula un estado de excepción propiamente dicho. Sin embargo los poderes de su presidente propios de su sistema de república presidencialista, permiten al mismo como Jefe de las Fuerzas Armadas, previa autorización del Congreso y del Senado adoptar medidas legislativas y reglamentarias en casos de alteraciones del estado constitucional.

Por lo que respecta al tercer modelo, conocido como estado excepcional, es definido por nuestra doctrina, como «el derecho de excepción basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis; si bien con la previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos»¹¹. A este modelo se ajustan Alemania, Gran Bretaña y España.

2.2. El Derecho de excepción en España

En nuestro ordenamiento, estos mecanismos de defensa han sido previstos en los artículos 55 y 116 de la Constitución. El primero contempla la posibilidad de suspender determinados derechos, y el segundo se refiere a la tipología de las situaciones excepcionales (los estados de alarma, excepción y sitio), fijando las directrices que debe seguir el legislador orgánico al que remite expresamente su regulación en detalle. El cumplimiento de dicha remisión normativa, fue llevado a efecto por la aprobación por las Cortes Generales la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOEAES).

3. El Estado de alarma

Por lo que respecta al Estado de Alarma, se encuentra regulado en el capítulo II de la LOEAES (artículos 4 a 12). El presupuesto para su declaración parte de la existencia de alguna alteración grave de la normalidad, que conforme al artículo 4 puede consistir en:

«a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación

consulta oficial con el Primer Ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional».

¹¹ CRUZ VILLALÓN, P.: *“Estados excepcionales y suspensión de garantías”*. Madrid, Tecnos, 1984, p. 17.

graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

En relación con estos supuestos que pueden motivar la declaración del estado de alarma, se ha afirmado doctrinalmente¹² que, dada su naturaleza excepcional, solo admiten una interpretación restrictiva.

En este sentido, el Gobierno podrá, cuando se produzca alguna de estas cuatro circunstancias de alteración de la normalidad constitucional, a iniciativa propia o, en su caso, del Presidente de la Comunidad Autónoma afectada, declarar el estado de alarma mediante la aprobación del correspondiente Decreto, en el que quedarán fijados el ámbito territorial afectado, la duración (que no podrá exceder de 15 días) y los efectos a que dará lugar. De este decreto, deberá dar cuenta al Congreso de los Diputados, sin que sea necesaria la intervención previa de esta Cámara legislativa. Si, en cambio, se necesitará autorización del Congreso para autorizar la prórroga.

En cuanto a los efectos a que da lugar el estado de alarma son:

A) En primer lugar, conforme al artículo 9 de la LOEAES, las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente.

B) Y por otra parte, conforme al artículo 11, la adopción de medidas extraordinarias que, sin llegar a ser una suspensión de derechos (lo cual si se produce en los estados de excepción y sitio), pueden limitar o condicionar el ejercicio de los mismos, tales como límites de circulación o permanencia de personas y vehículos en horas y lugares determinados; practicar requisas temporales de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas o talleres; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; y finalmente impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados

¹² Así se ha pronunciado, Ana Aba Catoira, [ABA CATOIRA, A.: "El estado de alarma en España", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 332], indicando que «Por tanto, por lo que se refiere a los supuestos que pueden motivar la declaración del estado de alarma, la Ley Orgánica establece única y exclusivamente cuatro que por su naturaleza excepcional solo admiten una interpretación restrictiva de modo que cualquier otra interpretación que se salga de las previsiones normativas supone una vulneración de la Constitución y de la Ley de desarrollo.

y el funcionamiento de los servicios y de los centros de abastecimientos de productos de primera necesidad.

4. Examen del Decreto 1673/2010 de declaración del Estado de Alarma y Decreto 1717/2010 de prórroga, en relación con la huelga de controladores aéreos

4.1. El Real Decreto 1673/2010 de declaración del estado de alarma

Tal y como adelantamos en la introducción de este trabajo, el 4 de diciembre de 2010 el Gobierno decretó el estado de alarma, tras lo que, según el texto de la exposición de motivos del Real Decreto 1673/2010, constituía una calamidad pública de enorme magnitud por el abandono de sus obligaciones de los controladores civiles de tránsito aéreo, lo que impidió el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación por todo el territorio nacional.

Añadía la exposición de motivos que «para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación».

El artículo 1 del Real Decreto 1673/2010 declaró el estado de alarma al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartado c, en relación con los apartados a. y d. de la LOEAES. Por tanto, el Decreto gubernamental consideró que la crisis de los controladores aéreos supuso la «paralización de servicios públicos esenciales» lo que constituyó una «calamidad pública» que a su vez produjo una «situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad». Se ha discutido doctrinalmente si se cumplieron tales presupuestos, no habiéndose conseguido una respuesta unánime. Examinaremos de forma separada cada uno de ellos.

4.1.1. Paralización de servicios públicos esenciales

No cabe duda de que el transporte aéreo de viajeros es un servicio público esencial para la comunidad. Ello resulta evidente por sus propias características sustanciales y por su relevancia para los ciudadanos. Por otra parte existe numerosa normativa que regula la navegación y seguridad aéreas, tales como la Ley 48/1960 de 21 de julio, sobre navegación aérea; el Reglamento comunitario 1070/2009 de 21 de octubre, sobre el sistema europeo de aviación; la Ley 21/2003 de 7 de julio, de seguridad aérea; y la reciente Ley 9/2010 de 14 de abril, de prestación del servicio de tránsito aéreo. Estas normas consideran la

navegación aérea y su seguridad como un servicio público esencial para la comunidad¹³.

No obstante, algún autor ha señalado que nada obstaría tampoco a que, a los solos efectos del artículo 4.c) de la LOEAES, no fuera necesaria la previa existencia de una calificación expresa o formal por una Ley de que un servicio público es o no esencial, cuando ello resulte evidente o de lógica deducción a la vista de las características sustanciales de dicho servicio¹⁴.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, éste utiliza como criterio para determinar si un servicio público es esencial el hecho de que «*la actividad tenga la aptitud instrumental de ser condición material para el ejercicio y disfrute por parte de los ciudadanos de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos*»¹⁵.

A la vista de esta interpretación constitucional se podría pensar que el transporte aéreo de viajeros, no es condición material para el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación por el territorio nacional. Sin embargo, debemos recordar que conforme al artículo 3 del Código Civil las normas han de ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, por lo que, si atendemos, como se señaló anteriormente, a las características sustanciales de este servicio y su relevancia para los ciudadanos, a lo que hay que añadir igualmente el interés de este servicio para los poderes públicos, de notoria utilidad para miles de viajeros, nos lleva a la conclusión de la esencialidad de este servicio público.

Por tanto, se puede afirmar que el Real Decreto cumplió el requisito previsto en el artículo 4.c) de la LOEAES, más aun cuando, antes del ejercicio de huelga por los controladores aéreos, no se pudo asegurar por la Administración competente el mantenimiento y el funcionamiento de este servicio esencial para la comunidad y con ello dar cumplimiento al artículo 28 de la Constitución.

4.1.2. Calamidad pública

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término calamidad significa «Desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas». Es incontrovertible por tanto, que nos encontramos ante una situación calamitosa, si cientos de miles de personas se ven afectadas por el cierre del espacio aéreo español.

¹³ Concretamente el Preámbulo de la Ley 9/2010 de 14 de abril, de prestación del servicio de tránsito aéreo establece que «...los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA son empleados públicos que prestan un servicio público esencial para nuestra sociedad, como es el control del tránsito aéreo...».

¹⁴ ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: “La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo”. *Revista Aranzadi Doctrinal* 9/2011 parte Tribuna, 2011, p. 4.

¹⁵ STC 26/1981, de 17 de julio.

Lo que no obstante, sí que ha sido discutido es si esta calamidad estaría tipificadas o no en el artículo 4.a) de la LOEAES, dado que este precepto se refiere a catástrofes, calamidades o desgracias públicas «tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud».

No obstante existir opiniones en contra¹⁶ que consideran el artículo 4.a) como una «enumeración cerrada», consideramos, siguiendo el criterio que han señalado otros autores¹⁷ que no se puede considerar que para la declaración del estado de alarma, cualquier calamidad pública tenga que estar necesariamente incluida en los supuestos previstos en el artículo 4.a), no siendo una lista cerrada, dado que el precepto emplea los términos «tales como», de lo que se puede deducir que no se trata de una redacción exhaustiva de supuestos. Por otra parte, la redacción de dicho precepto es lo suficiente ambigua como para que tengan cabida tanto desastres naturales o accidentes graves, como situaciones de conmoción social.

4.1.3. Situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad

El artículo 1 del Real Decreto 1673/2010 estableció que se decretaba el estado de alarma al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartado c, en relación con los apartados a. y d. de la LOEAES. Concretamente el apartado d) se refiere literalmente a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. En relación con ello, se ha planteado doctrinalmente la cuestión de si una situación de desabastecimiento podría darse con una situación de conflictividad social, como la del caso que nos ocupa, o por el contrario solo podrían tener su origen en catástrofes o calamidades que generasen la efectiva falta de productos.

Algún sector doctrinal sostiene que cabe que se produzca el desabastecimiento por la conflictividad social, al suponer la paralización de los servicios esenciales, con lo que se daría el supuesto de la letra c) más el requisito de la letra d)¹⁸. Por su parte otros autores opinan que podría declararse el estado de alarma por una huelga que provocase un desabastecimiento de

¹⁶ HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: “Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985”, *Revista General de Derecho Penal*, N.º 15 – 2011, pp. 17-18.

¹⁷ SANDOVAL CORONADO, J.C.: “Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales a propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, p. 11:8.

¹⁸ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: “Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio”. *Revista de Política comparada* núm. 5, 1981, p.101.

productos de primera necesidad pero no así en los supuestos de paralización de un servicio público en que no se produzca el supuesto del desabastecimiento¹⁹.

En relación a esta cuestión, entiendo que no se puede afirmar categóricamente que se diese una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad y por tanto nos parece más justificada la tesis del profesor Cruz Villalón. En este sentido se han pronunciado otros autores, que han matizado que el cese del tráfico aéreo en un puente en supuestos de vacaciones o incluso que impida a ciudadanos acudir a citas importantes, de carácter familiar, trabajo u ocio, no puede considerarse como una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad²⁰.

Ello no obstante, no impide considerar que el estado de alarma fue jurídicamente apropiado por las circunstancias de paralización de un servicio público esencial y por una situación calamitosa, ambas previstas en el artículo 4 de la LOEAES, el cual establece que procederá decretar el estado de alarma cuando se produzca «alguna» de las alteraciones que ya hemos expuesto.

4.2. El Real Decreto 1717/2010 de prórroga

De conformidad con el artículo 116.2 de la Constitución y el artículo 6.2 de la LOEAES, el Gobierno puede prorrogar el plazo previsto de quince días, si bien, para ello requiere la autorización expresa del Congreso de los Diputados, que puede establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. En efecto, de conformidad con el artículo 162 del Reglamento del Congreso de los Diputados, en el trámite parlamentario los grupos parlamentarios pueden presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga, sometiéndose a votación finalizado el debate tanto la solicitud del Gobierno como las propuestas presentadas.

La declaración de prórroga ha sido igualmente discutida y acusada de vicios de inconstitucionalidad ante las dudas surgidas sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 116 y sobre la concurrencia de las causas previstas en el artículo 4 de la LOEAES hasta el punto de que algunos juristas la han calificado de «prórroga por incertidumbre», en cuanto que no se acredita o justifica su necesidad sino que se prorroga el estado de alarma para prevenir, concretamente que no se altere el tráfico aeroportuario²¹.

En cuanto al plazo por el que se ha de acordar la prórroga, se ha planteado la posibilidad de prorrogar el estado de alarma de forma indefinida, dado que, no se determina plazo para ella, al contrario que para la declaración inicial, en la cual el plazo máximo son quince días. No obstante, siendo una de

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales ...op. cit.*, p. 99.

²⁰ HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *op. cit.* p. 19.

²¹ ABA CATOIRA, A.: "El estado de alarma en España" *op. cit.*, p.339.

las características esenciales del derecho de excepción su temporalidad se admite mayoritariamente que el plazo ha de ser determinado.

La vigencia del estado de alarma finalizó tras firmarse un Real Decreto el 13 de enero de 2011 que anulaba el de 3 de diciembre de 2010, considerándose por el Gobierno que la crisis aeroportuaria había finalizado al estar garantizado el derecho a viajar sin problemas tras el restablecimiento de la normalidad en los aeropuertos y hallarse en vías de negociación el convenio colectivo de los controladores aéreos.

5. Auto del Tribunal Supremo y Sentencia del Tribunal Constitucional

Contra la declaración del estado de alarma, se interpuso por la Unión Sindical de Controladores Aéreos recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual fue inadmitido por Auto de dicha Sala de 30 de mayo de 2011, al considerar que carecía de jurisdicción para conocer del recurso, dado que, el acto emanaba del Gobierno como órgano constitucional del Estado y no como máximo rector de la Administración Pública, no siendo por tanto una actuación administrativa que pudiese ser controlada por el orden contencioso-administrativo.

Algún autor consideró que era cuestionable dar el «valor de ley» al Decreto gubernamental ante el silencio constitucional y legislativo al respecto, añadiendo que dado que el constituyente y el legislador orgánico quisieron por razones de urgencia que fuese el Gobierno el órgano estatal inicialmente legitimado para declarar el estado de alarma, de haber querido que el decreto tuviera rango de ley, lo hubiera establecido normativamente²².

Finaliza Contreras Cerezo, que hubiera sido aconsejable, ya que era la primera vez que se aplicaba el estado de alarma desde la promulgación de la Constitución, que el Tribunal Constitucional hubiera analizado desde la función de garante de los derechos y libertades fundamentales, la afectación de aquellos que denuncian como vulnerados, los recurrentes en amparo; lo que implicaría el análisis de los presupuestos para la declaración del estado de alarma, efectuando así un juicio de constitucionalidad.

Lo cierto es que, interpuesto recurso de amparo por la Unión Sindical de Controladores Aéreos contra el Auto del Tribunal, por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución, el alto Tribunal ha resuelto dicho recurso con la reciente Sentencia 83/2016 de 28 de abril, que ha confirmado el auto del Tribunal Supremo, declarando que los Reales Decretos del Gobierno, de declaración del estado de alarma y su prórroga, son actos administrativos con rango o valor de Ley, no

²²CONTRERAS CERESO, P.: “El estado de alarma. Controladores aéreos”. *Diario la Ley* N.º 7881, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2012.

pudiendo por tanto ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de su control por el Tribunal Constitucional a través de los procedimientos de constitucionalidad de las Leyes.

La sentencia afirma al respecto que la decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma tiene «un carácter normativo, en cuanto (...) dispone la legalidad aplicable durante su vigencia». Por tanto «aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros; la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley». Idéntica conclusión alcanza el Tribunal respecto al decreto de prórroga.

La sentencia aclara que esta decisión no supone que los decretos que declaran el estado de alarma queden exentos de todo control judicial. De hecho, podrán ser impugnados ante el Tribunal Constitucional «al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto²³». En cuanto a los actos y disposiciones que se dicten durante la vigencia del estado de alarma, podrán ser recurridos por los ciudadanos afectados ante los tribunales ordinarios.²⁴

6. Consecuencias que se derivaron de la huelga en el ámbito penal y civil

6.1 Consecuencias en el ámbito penal

Las medidas a adoptar en el estado de alarma se encuentran establecidas en los artículos 9 a 12 de la LOEAES. En relación a las mismas el artículo 1.2 del mismo texto legal establece que serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y que su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.

El Real Decreto que declaró el estado de alarma establecía en su preámbulo que las medidas son las imprescindibles para hacer frente a la situación y resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma. En este

²³ En este sentido ALVAREZ VELEZ [ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: “Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016 de 28 de abril”, *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N.º 34, 2016, p. 337] ha afirmado que « En definitiva, en las situaciones excepcionales el planteamiento clásico, que atribuye las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial a tres órganos distintos, resulta insuficiente. De este modo, el equilibrio constitucional y la propia defensa de la Constitución hacen que la auténtica colaboración entre los poderes prime en todo momento pero especialmente en momentos de crisis. La STC que hemos visto aclara nuestro sistema de fuentes en relación a las decisiones gubernamentales en relación con el estado de alarma, decisiones que tienen “carácter normativo, en cuanto (...) disponen la legalidad aplicable durante su vigencia”. Su control corresponde al Tribunal Constitucional ante el que podrán ser impugnados “al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto”

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, GABINETE DEL PRESIDENTE, OFICINA DE PRENSA - «Nota informativa N.º 48/2016».

sentido dispuso en el artículo 3 que «...todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar...» «...en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre».

Respecto a esta medida —la cual es considerada como una *consecuencia en el ámbito penal de la declaración del estado de alarma*—, se ha afirmado que tiene su soporte en el artículo 12.2 de la LOEAES al establecer el mismo que «En los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo»

Por algún autor²⁵ se ha afirmado que la medida efectivamente es conforme con el artículo 12.2 citado añadiendo que «...no puede calificarse jurídicamente desproporcionada en el caso del RD 1673/2010. Como se ha dicho, la misma se dirige a fines legítimos: restaurar el espacio aéreo español, cerrado por la voluntad unilateral de un personal técnico...».

Sin embargo, una mayoría de la doctrina²⁶ considera que el artículo 12.2 de la LOEAES vulnera la Constitución, dado que se asimila movilización con militarización, lo cual contraviene el artículo 117.5 de la Constitución, conforme al cual el ejercicio de la jurisdicción militar solo puede llevarse a cabo fuera del ámbito estrictamente castrense en el estado de sitio, por lo que esto lo excluye del estado de alarma.

En el mismo sentido algunos autores se han pronunciado al analizar el caso que nos ocupa indicando que «la movilización de personas civiles, en este caso, los controladores de tránsito aéreo de AENA durante el estado de alarma, no es un ámbito estrictamente castrense, y quedan excluidos los estados de alarma y excepción. Por ello, no puede ejercerse, de ningún modo, la jurisdicción militar durante el estado de alarma sometiendo a los controladores de tránsito de AENA al Código Penal Militar de 1985 y a la jurisdicción militar²⁷».

Otros autores analizando las repercusiones penales de la declaración analiza las diversas interpretaciones del término «movilización» —en el sentido de militarización, en el sentido de militarización parcial y en el sentido de

²⁵ ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., «La declaración ...» *op. cit.* p. 8.

²⁶ CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales...* *op. cit.* p.79; LAFUENTE BALLE, J.M., «Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio II», *Revista de Derecho Político*, N.º 31, 1990, p. 37.

²⁷ HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *op. cit.* p. 40.

sometimiento a la autoridad militar— para concluir en una posición ecléctica, afirmando que se puede someter a los movilizados a los dictados de la legislación castrense, pero las infracciones a esta normativa no podrán ser Juzgadas por tribunales militares, lo cual infringiría la Constitución²⁸.

Consideramos que en este caso debe suscribirse la referida opinión dominante en la doctrina, añadiendo además —como del mismo modo se ha puesto de relieve doctrinalmente— que hubiera sido posible hacer valer el delito de sedición previsto en el artículo 20 de la Ley 209/1964 penal y procesal de la navegación aérea²⁹.

6.2 Consecuencias en el ámbito civil

Al analizar las consecuencias en el ámbito civil de la declaración del estado de alarma, es inevitable mencionar el artículo 1902 del Código Civil, el cual establece que «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». En el caso que nos ocupa, está fuera de toda duda que miles de ciudadanos se vieron afectados por el cierre del espacio aéreo, ocasionándoseles por ello daños y perjuicios. Asociaciones de usuarios afectados han interpuesto acciones legales para resarcir sus legítimos intereses económicos³⁰.

Sin embargo, por lo que respecta al procedimiento para reclamar el resarcimiento por daños y perjuicios, la cuestión ha resultado más controvertida. En este sentido, algún autor ha señalado que «es sumamente dudoso que la responsabilidad civil de los “controladores” aéreos se pueda exigir directamente por los usuarios dañados y perjudicados...» «...dado que su condición de empleados, sujetos a una entidad pública (AENA) que, como perteneciente a la Administración, responde por la responsabilidad patrimonial o extracontractual ante aquéllos³¹».

En efecto, tratándose de entidades públicas, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública

²⁸ SANDOVAL CORONADO, J.C., «Presupuesto del Estado de Alarma...» *op. cit.* pp. 11:20-23.

²⁹ CORDOBA RODA, J., «Navegación aérea y delito de sedición» *Diario la Ley*, N.º 7563 *Sección Columna*, 2011, pp. 1-4.

³⁰ El Diario ABC ECONOMÍA de fecha 27 de octubre de 2016 publica que un Juzgado de Instrucción de Palma de Mallorca ve indicios de sedición en 84 controladores aéreos, desestima la petición de archivo de los mismos y concede plazo para que las partes puedan solicitar la apertura de juicio oral.

³¹ ALMAGRO NOSETE, J.: “La responsabilidad civil de los controladores aéreos”, *Diario la Ley*, N.º 7563 *Sección Columna*, 2011, p.1

correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». Por su parte, la Administración, caso de ser condenada, podrá repetir contra las autoridades y personal a su servicio.

Lo anterior obsta a que pueda ejercitarse la acción civil «ex-delicto» para el caso de estimarse la comisión de un hecho delictivo conforme a los artículos 110 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 116 y ss. del Código Penal.

7. Conclusiones

La declaración del estado de alarma se configura como una medida necesaria ante situaciones que alteren gravemente el orden constitucional, siendo preferible una regulación que permita activarlo ante tales estados a fin de contribuir a una mayor seguridad jurídica.

Por su parte, al examinar la declaración del estado de alarma como consecuencia de la huelga de los controladores aéreos que dio lugar al cierre del espacio aéreo, algunos autores se han mostrado contrarios a la declaración del estado de alarma señalando que el mismo fue demasiado excesivo para la resolución del problema planteado. Consideramos, como también así lo hacen otros autores, que sí fue necesario, entendiéndolo que se cumplían todos los presupuestos para su declaración establecidos en la LOEAES. Se ha afirmado con toda razón que «no admite duda razonable el derecho del Estado a defenderse»³², y es lo cierto que los hechos acaecidos requerían una inmediata reacción del Gobierno, dado que los derechos de miles de ciudadanos se vieron menoscabados.

Por el contrario, lo que no era procedente era adoptar la medida de considerar a los controladores personal militar aplicándoles el Código Penal Militar. Se trata de una medida excesiva que implica que los Tribunales Militares pudieran tener que actuar respecto a determinada población civil —en este caso militarizada por Decreto del Gobierno— pero fuera de los supuestos del estado de sitio conforme al artículo 117.5 de la CE. En su lugar podría haberse aplicado la legislación penal general y especial.

Aunque es cierto que el problema quedó solventado políticamente, no así lo ha sido jurídicamente, dado que, cuestiones como la concreción legal de la «movilización» a la que se refiere el artículo 12.2 de la LOEAES, a fin de evitar las dudas de inconstitucionalidad surgidas, o abordar una revisión de los presupuestos necesarios para decretar el estado de alarma adaptándolos a la realidad vigente, merecerían un esfuerzo por parte del legislador a fin de crear una regulación más eficaz.

³² PORRES AZKONA, J.A.: «La defensa extraordinaria del Estado», *Revista de Estudios Políticos* N.º 216, 177, p. 168

8. Bibliografía

ABA CATOIRA, A., «El estado de alarma en España», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

ALMAGRO NOSETE, J. «La responsabilidad civil de los controladores aéreos», *Diario la Ley*, N.º 7563 Sección Columna, 2011.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., «Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016 de 28 de abril», *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N.º 34, 2016.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., «Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio» *Revista de Política comparada*, N.º 5, 1981.

CONTRERAS CERESO, P., «El estado de alarma. Controladores aéreos» *Diario la Ley* N.º 7881, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2012.

CORDOBA RODA, J., «Navegación aérea y delito de sedición» *Diario la Ley*, N.º 7563 Sección Columna, 2011.

CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., «La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo», *Revista Aranzadi Doctrinal 9/2011 parte Tribuna*, 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español», *Ed. Revista de Derecho Privado*, 1977.

GUTIERREZ NOGUEROLES, A., «Las garantías institucionales de Derechos. La suspensión de derechos» AAVV. Dir. MARIA VICTORIA G.A. y G.M., *Derecho Constitucional III*, Madrid 2003, Editorial Colex.

HIGUERA GUIMERÁ, J.F., «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985», *Revista General de Derecho Penal*, N.º 15 – 2011.

LAFUENTE BALLE, J.M., «Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio I», *Revista de Derecho Político*, N.º 30, 1989.

PORRES AZKONA, J.A., «La defensa extraordinaria del Estado», *Revista de Estudios Políticos* N.º 216, 1977.

SANDOVAL CORONADO, J.C., «Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales a propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012.

VIDAL PRADO, C., DELGADO RAMOS, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 92, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, GABINETE DEL PRESIDENTE, OFICINA DE PRENSA - «Nota informativa N.º 48/2016».



Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores. Acta Judicial no comparte necesariamente las opiniones y juicios expuestos en los trabajos firmados.

Las obras se publican bajo una licencia [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-Sin Obra Derivada 3.0 España](#): No se permite un uso comercial de la obra original ni generar obras derivadas (texto legal).



Director ejecutivo

Fernando Javier Cremades López de Teruel

Editor

Jesús Sancho Alonso

ISSN 2603-7173

www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial

Dirección de comunicación con la Revista
revista@letradosdejusticia.es

Para el envío de trabajos deberá registrarse en la página web

Normas de publicación
<http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial>
Puede verlas también en la página 134

Consejo Editorial

Presidente

Rafael Lara Hernández (Presidente del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, España)

Vicepresidente

Ernesto Casado Rodríguez (Director de la Comisión de Estudios e Informes del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, España)

Director ejecutivo

Fernando Javier Cremades López de Teruel (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Editor

Jesús Sancho Alonso (Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia, España)

Secretario

José Palazuelos Morlanes (Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, España)

Vocales

Luis Fernando Toribio García (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Pedro María González Romo (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Isabel Morales Mirat (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Juan Antonio Rico Fernández (Letrado de la Administración de Justicia, España)

José Luís Santos Hevia (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Comité Científico

María José Alonso Más (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)

María Luisa Atienza Navarro (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

María Asunción Barrio Calle (Letrado de la Administración de Justicia, España)

José Bonet Navarro (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)

Emiliano Borja Jiménez (Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València, España)

María José Cañizares Castellanos (Secretario Coordinador de Almería, España)

Vicente Cuñat Edo (Catedrático Emérito de Derecho Mercantil. Universitat de València, España)

Daniel de la Rubia Sánchez (Secretario Coordinador de Granada, España)

José Ramón de Verda y Beamonte (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Jesús Estruch Estruch (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Antonio Fernández de Bujan y Fernández (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

Carmen García Cerdá (Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, España)

Jaume Herráiz Pagés (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Pablo Izquierdo Blanco (Magistrado, España)

Francisco Marín Castán (Magistrado. Presidente de la Sala Primera Tribunal Supremo, España)

Alfredo Martínez Guerrero (Letrado de la Administración de Justicia, España)

María Dolores Mas Badía (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Diego Medina García (Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España)

María Pilar Montés Rodríguez (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Manuel Ortells Ramos (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)

Guillermo Palao Moreno (Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universitat de València, España)

Inmaculada Revuelta Pérez (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)

Ricardo Rivero Ortega (Catedrático de Derecho Administrativo. Rector de la Universidad de Salamanca, España)

Ángel Sánchez Blanco (Catedrático Emérito de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga, España)

Remedios Sánchez Ferriz (Catedrática de Derecho Constitucional. Universitat de València, España)

Antonio Vercher Noguera (Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo, España)

Rafael Verdura Server (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

PETICIÓN DE PUBLICACIONES

La Revista Acta Judicial pretende ofrecer un espacio de difusión del estudio e investigación en el campo del Derecho español. La Revista está abierta a todo tipo de trabajos doctrinales relacionados con el Derecho público y privado, tanto en su perspectiva sustantiva como procesal y en el ámbito y dimensión autonómica, nacional, europea e internacional, debiendo tener, en este último caso, claros vínculos con el Derecho español. Al mismo tiempo, se pretende ofrecer un canal de reflexión y difusión de estudios técnicos sobre nuevas tecnologías y ciberseguridad que tengan aplicación, incidencia o influencia en el Derecho español.

La Revista Acta Judicial tiene una periodicidad semestral, publicándose en los meses de enero y julio.

La revista está abierta a la recepción de artículos originales, hasta el 15 de mayo para el número de julio y el 15 de noviembre para el número de enero.

Se establece un sistema de evaluación de artículos de revisión por pares, en el que intervienen un mínimo de dos evaluadores externos a la entidad editora de la Revista Acta Judicial.

Acta Judicial se edita en Madrid, España, bajo el ISSN 2603-7173

Le agradecemos la difusión que pueda aportar a la revista informando de su disponibilidad y periodo de recepción de colaboraciones a quién considere que puede interesar.

Normas de publicación

Para publicar en la Revista Acta Judicial, los autores interesados deben enviar sus textos en formato de Word (doc, docx) en cualquiera de sus versiones, a través de la página web de la Revista.

1. Contenido del artículo

Los artículos deben tener una extensión entre 15 y 40 páginas (sin contar los resúmenes, las palabras clave y el sumario), si bien con carácter excepcional se podrá admitir hasta 50 páginas, siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo. Se seguirá estrictamente la [plantilla](#) que la Revista pone a disposición del autor, cuyo uso se recomienda para facilitar el trabajo. Consulte la [información para autores](#) disponible en la página web de la Revista.

El artículo enviado para su publicación deberá contener los siguientes elementos:

1. Título del artículo, en español y en inglés.
2. Nombre completo del autor o autores (máximo 4), con indicación de su filiación (profesión o actividad académica) y una dirección electrónica de contacto.
3. Un resumen de 250 palabras como máximo (en español y en inglés).
4. Palabras clave: entre cinco y diez (con un máximo de 2 líneas), separadas por comas (en español y en inglés).
5. Sumario, consistente en los epígrafes y sub-epígrafes del artículo.
6. El texto del artículo, en español, incluyendo en él los cuadros y figuras (si las hubiera), con una extensión mínima de 15 hojas y máxima de 40 hojas, o 50 hojas con carácter excepcional y siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo.
7. Bibliografía. Al final del texto se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del artículo. Todas las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía. Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según el año de publicación.
8. El autor podrá incorporar en el texto o pié de página del artículo palabras o conjunto de palabras con hiperenlaces que considere oportunos (por ejemplo, enlace a normas en el BOE, sentencia en el CENDOJ o Tribunal Constitucional), que quedarán en azul y no tendrán subrayado. Siempre que no sean citas, que deberán tener el formato específico de las citas.

2. Formato del artículo

La no adecuación a la [plantilla](#) de Word establecida para la Revista y que se pone a disposición de los autores (tipo de letra, sangrado, espacios, formatos de edición, estructura,...), es motivo de rechazo directo del artículo presentado, pudiendo ser invitado desde el Comité Editorial a modificarlo según plantilla y enviarlo de nuevo.

A continuación se establecen una serie de reglas que el autor deberá seguir a la hora de escribir su artículo, así como unas normas sobre el formato que, si no se utiliza la plantilla facilitada por la Revista, deberá tener en cuenta tomando como base el formato que por defecto establece Word:

1. Tamaño de hoja. Los artículos deben estar escritos en un tamaño de hoja A4, con márgenes de 3 cm por cada lado (superior, inferior, izquierdo y derecho), con letra base Palatino Linotype, tamaño 12 puntos y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. En una sola columna. Solo con “sangría especial” en “primera línea” de 1,25 cm ([pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word](#)).

2. Título del artículo en español. Debe estar en letra Mayúscula, Palatino Linotype 14, centrado en negrita (con el estilo “Título 1” de la plantilla).

3. Título del artículo en inglés. Debe estar en letra Minúscula, Palatino Linotype 12, centrado en negrita (con estilo “Title in English” de la plantilla).

4. Autores. Debe constar el nombre y apellidos de los autores, en letra Palatino Linotype 12, centrada (con estilo “Título 2” de la plantilla).

5. Filiación autores. Debe constar la profesión, actividad académica, etc., Palatino Linotype 10, centrada (con estilo “Filiación” de la plantilla).

6. Correo electrónico autores. Debe constar el correo electrónico de contacto del autor, Palatino Linotype 10, centrada (con estilo “Filiación” de la plantilla).

7. Resumen y Abstract. Deberán tener una extensión máxima de 250 palabras, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo “Normal” de la plantilla).

8. Palabras clave y Keywords. Deberán tener entre cinco y diez palabras, tanto en español como en inglés, separadas por comas, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo “Normal” de la plantilla).

9. Cuerpo del artículo. Con letra base Palatino Linotype 12 puntos, justificado y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. Solo con “sangría especial” en “primera línea” de 1,25 cm.

10. Epígrafes y sub-epígrafes. Los títulos de los diferentes apartados (epígrafes y sub-epígrafes) deberán ir en minúscula y negrita precedido de la correspondiente numeración no automática, que seguirán las siguientes pautas:

- 1.
- 1.1.
- 1.1.1.
- 1.1.1.a.

Al terminar un epígrafe o sub-epígrafe hay que dejar un espacio entre el texto y el epígrafe siguiente.

El título de los epígrafes y sub-epígrafes deben tener activados el “control de líneas viudas y huérfanas” y “Conservación con el siguiente” (en “Paginación” de “Líneas y saltos de página” de la sección “Párrafo” de Word. ([Pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word](#)).

11. Notas al pie. Las notas al pie del texto, estarán enumeradas correlativamente al final de cada página (en letra Palatino Linotype 10, justificado, con espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior). [Pinche aquí para consultar sobre notas al pie](#).

12. Numeración de página. Los números de las páginas estarán centrados, en fuente Palatino Linotype, tamaño 10.

13. Bibliografía. Al final del texto del artículo, se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del mismo.

TODAS las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía.

Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según año de publicación.

14. Hiperenlaces. No tendrán subrayado y quedarán con su característico color azul (según el estilo de la plantilla “Hipervínculo”). En caso de ser una cita, debe tenerse en cuenta el formato específico de las citas.

3. El formato de las citas y bibliografías

El formato de las citas habrá de recoger los elementos necesarios para la correcta identificación del autor, la publicación, su edición y página de la cita.

3.1. Publicaciones impresas

Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre (mayúsculas): *“Título libro entrecomillado en cursiva”*. Editorial. Ciudad, año de publicación. Y página de la cita.

Ejemplo: ESPAÑA PEREZ, J.: *“Título del libro entrecomillado en cursiva”*. Ed. Anagrama. Pamplona, 2017. Pág. 55-56.

Capítulo de libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre (mayúsculas): *“Título del capítulo entre comillas”*, en APELLIDOS, Inicial del nombre (mayúsculas): *“Título libro en cursiva”*. Editorial. Ciudad, año de publicación. Y página de la cita.

Ejemplo: ESPAÑA GONZALEZ, J.: "Título del capítulo entre comillas", en GOMEZ PEREZ, A.: "Título del libro entrecomillado en cursiva". Ed. Comares. Granada, 2017. Pág. 55-56.

Artículo:

APELLIDOS, Inicial del nombre (mayúsculas): "Título artículo entre comillas", *Nombre de la revista en cursiva*, núm. de la revista, mes si lo tuviere, año. Y página de la cita.

Ejemplo: ESPAÑA ESPAÑA, J.: "Título artículo entre comillas", *Revista de Derecho Político*. UNED. Nº 83, enero-abril, 2012. Pág. 212.

Referencias repetidas durante el artículo

En caso de referencias repetidas durante el artículo, deberá usarse el término "op. cit"

Si se cita una sola obra del autor, ejemplo: ESPAÑA ESPAÑA, J. op. cit. p. 212.

Si se citan varias obras del mismo autor, ejemplo: ESPAÑA ESPAÑA, J.: "Título del libro... op. cit. p.55.

Referencias repetidas en la misma página

En caso de referencias repetidas en la misma página, deberá usarse el término "ibídem".

Debe tener en cuenta que al seguir la maquetación establecida las páginas no sufrirán modificaciones y por tanto las referencias no sufrirán alteraciones.

Ejemplo: Ibídem p. 22.

3.2. Publicaciones electrónicas

No irán subrayadas, en la referencia llevarán incrustado el hipervínculo. El formato de la referencia es igual que el de las publicaciones impresas añadiendo al final después de punto. [Alojado en <http://www>. indicando solo el dominio dónde está alojada la página, y, a continuación entre paréntesis, última fecha en que se ha realizado la consulta.

Nota: si el enlace es muy extenso y no permite incluir toda la dirección, se deberá utilizar un "acortador de direcciones web".

PAGINAS WEB, Referencias de Internet/ Internet: Autor u Organismo, Año. Título del artículo, libro o trabajo. [Alojada en <http://www>. (consultado el dd/mm/aaaa)

Ejemplo: [Ministerio de Justicia. Sedes en proceso de despliegue de la Oficina Judicial](https://www.administraciondejusticia.gob.es). [Alojado en <https://www.administraciondejusticia.gob.es> (consultado el 24/06/2017)]

También puede consultar las normas de publicación en la [página web](#), [pulsando aquí](#).

Los autores ceden los derechos de transformación, reproducción y comunicación pública de los textos completos de sus artículos a efectos de su inclusión en la base de datos de Dialnet, así como en otras necesarias para garantizar el impacto de las obras.



Tercera época

ACTA JUDICIAL

Revista editada por Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia

<http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial>

revista@letradosdejusticia.es

La Revista Acta Judicial y su signo distintivo son marcas registradas