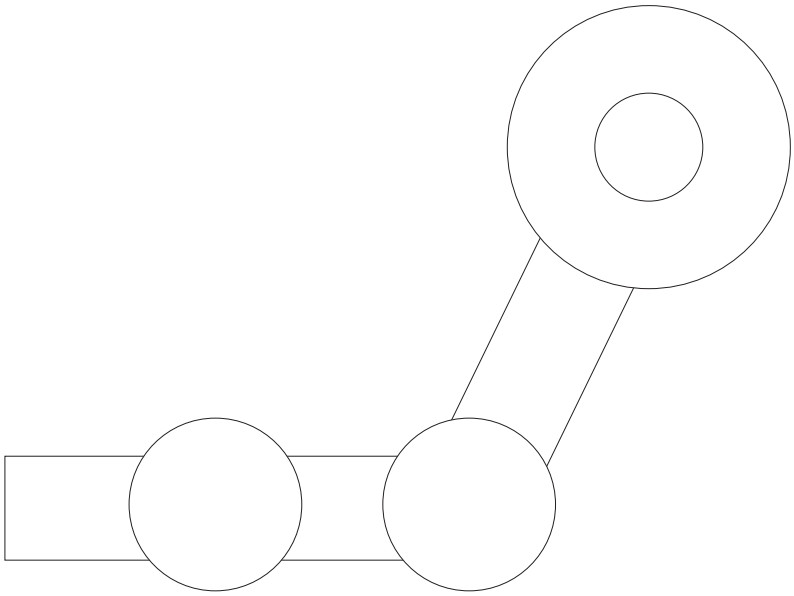
JORNADAS DE JUECES DE PUEBLO: CUESTIONES PRÁCTICAS CIVILES Y PENALES



FUNDACION
Antonio Carretero

© De la edición: FUNDACIÓN Antonio Carretero
fac@juecesdemocracia.es
www.juecesdemocracia.es
Núñez Morgado 3, 4º B
28036 Madrid

Edita: Fundación Antonio Carretero

Diseño: esloqueves.es
Imprime: Imagraf Impresores
Depósito Legal: MA-¿?/08

Sumario

PRESENTACIÓN 9

PARTE CIVIL

Reflexiones prácticas sobre el juicio verbal, multas e indemnizaciones a testigos o peritos, acceso a documentación médica y proceso monitorio 15

Algunas cuestiones acerca del juicio ordinario, la figura del testigo-perito, prueba documental y medidas cautelares 61

PARTE PENAL

Doce tesis en materia de detención policial preprocesal 115

Las diligencias urgentes y los juicios de faltas inmediatos 149

Aproximación al auto de cuantía máxima 189

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 7 27/10/08, 10:11

PRESENTACIÓN

Jueces para la Democracia tiene entre sus fines estatutarios el de «*realizar estudios y actividades encaminadas a la mejora del servicio y administración de justicia, en general*» y de ahí que siempre haya abogado por la formación continuada como uno de los pilares esenciales de la carrera judicial.

La presente publicación tiene su origen en la Jornadas de Jueces de Pueblo celebradas en Oviedo los días 10 y 11 de abril de 2008. Estas jornadas, que anualmente y desde hace ya varios años organiza la asociación, constituyen un privilegiado punto de encuentro entre los jueces de las primeras promociones, tanto asociados como no asociados, con intervención de magistrados y otros profesionales del derecho, a fin de debatir sobre la problemática jurídica de los juzgados mixtos.

Con un formato muy flexible, alejado del tradicional y rígido sistema de curso, se acerca a un seminario por cuanto lo más destacable de las jornadas son las intervenciones de los asistentes y el intercambio enriquecedor de conocimientos, experiencias y pareceres con los ponentes-moderadores.

Además de temas estrictamente jurídicos, las jornadas tocan temas transversales de carácter social o humanístico (por poner un ejemplo, en las últimas jornadas se habló de derecho y cine) tan importantes en la formación de lo que, entendemos desde Jueces para la Democracia, debe ser un buen juez: cercano a la sociedad y sensible con lo que le rodea, intelectualmente despierto y curioso.

Tras las experiencias acumuladas, surgió la idea de esta publicación que no pretende, como no puede ser de otra manera, exponer y desarrollar todos los temas tratados en las distintas ediciones, sino recoger algunas de las cuestiones jurídicas que han generado más debate e interés en las últimas jornadas.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 9 27/10/08, 10:11

Los asuntos tratados no lo han sido con vocación doctrinal o dogmática, sino de una manera más informal, eminentemente práctica, nada militante, propia de una publicación de esta naturaleza, que quiere servir de guía y ayuda a los jueces, quienes podrán encontrar aquí una respuesta rápida y precisa a algunas de las dudas jurídicas que más frecuentemente se plantean en los juzgados mixtos.

Esta publicación se estructura en dos partes. Una primera, dedicada a la jurisdicción civil, se centra en cuestiones que no están satisfactoriamente resueltas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que han originado disparidad jurisprudencial, relativas al juicio ordinario, verbal, monitorio, prueba documental y medidas cautelares, así como otros temas comunes a los proceso declarativos. Así, destacan asuntos como la *ficta confessio* en el juicio verbal; la posibilidad de hacer ver a las partes la insuficiencia probatoria y sugerir las pruebas oportunas; la relevancia de la función conciliadora de la audiencia previa; la figura del testigo-perito; la detallada regulación de la prueba documental en coherencia con su consideración de prueba estrella del proceso civil; las dudas que suscita la regulación de las medidas cautelares; los problemas que plantea el juicio verbal a la luz de los principios que lo inspiran, de concentración y unidad de acto; los interrogantes que plantea el nuevo proceso monitorio como consecuencia de su naturaleza jurídica y fuerza expansiva etc.

La segunda parte, dedicada a las cuestiones penales, comienza con un exhaustivo análisis, muy crítico además, en el que los autores desgranan sus doce tesis sobre la detención preventiva como medida cautelar, centrándose en el carácter instrumental de ésta respecto al proceso penal, y con el objetivo declarado de generar un debate que permita elaborar un catálogo de buenas prácticas en la materia. También tratan la garantía constitucional del habeas corpus, destacando su naturaleza de válvula de seguridad del sistema de detención preventiva. De nuevo, sus autores, magistrados destinados en Juzgados de Instrucción, ponen el

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 10 27/10/08, 10:11

dedo en la llaga acerca de las viciadas prácticas judiciales en la materia, como sucede con la sistemática inadmisión a trámite de las solicitudes ignorando palmariamente la jurisprudencia constitucional.

Por último, una compañera analiza de forma rigurosa la tramitación de las diligencias urgentes y de los juicios inmediatos por falta desde la perspectiva de un juzgado mixto con guardia semanal, poniendo sobre la mesa, con evidente sentido práctico, los problemas más habituales que generan estos procedimientos. Finalmente, el último trabajo examina el auto de cuantía máxima partiendo de su naturaleza híbrida civil-penal.

Esperamos que esta publicación os sea de interés, os ayude y os invite a reflexionar.

SECRETARIADO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 11 27/10/08, 10:11

PARTE CIVIL

REFLEXIONES PRÁCTICAS SOBRE EL JUICIO VERBAL, MULTAS E INDEMNIZACIONES A TESTIGOS O PERITOS, ACCESO A DOCUMENTACIÓN MÉDICA Y PROCESO MONITORIO

1. Ficta confessio en JV

Una de las muchas cuestiones polémicas que la regulación del JV presenta en nuestra LEC es la relativa a la posibilidad de aplicar la consecuencia del art. 304 de tener por reconocidos los hechos en que la parte hubiera intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le fuese enteramente perjudicial.

Se discute si para que pueda entrar en juego la previsión en este sentido del art. 440 en relación con el 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es necesario que la parte solicite expresamente dentro de los tres días (cfr. Art. 440.1 párrafo 3º) la CITACIÓN PARA INTERROGATORIO de la contraria, o basta con la prevención que ya se hace constar en la citación (párrafo 2º).

> 440.1.2º «En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304. Asimismo, se prevendrá a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista.»
>
> 440.1.3º «La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.»

A) Un sector, con autores como Garnica Martín, Cordón Moreno y otros, sostienen la inexistencia de contradicción entre el 440.1.2º y

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 15 27/10/08, 10:11

el 440.1.3º, basándose en lo siguiente: el párrafo segundo se configura como una carga que pesa sobre la parte, de modo que advertidas las partes de que han de concurrir con los medios de prueba, si no asisten y se propone su declaración podría sufrir el perjuicio de la *ficta admissio*. Este primer párrafo se refiere a «los litigantes», «demandante y demandado».

El párrafo 3º estaría previsto para la citación de aquellos que las partes quieren que declaren en calidad de partes, se entiende que aún no siéndolo (terceros que pueden ser interrogados en sustitución del 301.2, con conocimiento personal 308.1, persona que intervino en nombre de persona jurídica 309.2). Parece que el párrafo 2º establece una carga para las partes de asistir a la vista, a la que deberán concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, pero que para el caso de que no puedan presentar ellas mismas a testigos o a personas que deban declarar como partes (pero no partes en sentido estricto), el párrafo 3º requiere esa previa indicación para ser citadas por el Tribunal.

B) Otros entienden que, sin perjuicio de la advertencia legal, es necesario que la parte solicite expresamente el interrogatorio de la contraria dentro de los tres días siguientes a la citación para la vista al igual que sucede con los testigos.

a) Según Montero Aroca la proposición deberá hacerse por medio de petición de citación conforme al 440.1.3, lo que exigirá una citación específica con los apercibimientos del 304.

b) En el mismo sentido, Banacloche Palao, (en Diario la Ley 20/2/2002 y en el Manual de Formación Continuada n.º29), sostiene que la referencia del 440.1.3º se refiere a las partes en sentido estricto, y que por tanto la interpretación contraria privaría de todo sentido a este párrafo tercero. También aduce razones de interpretación social de la norma, en orden a la evitación de desplazamientos y presencias innecesarias y antieconómicas de los justiciables.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 16 27/10/08, 10:11

c) La SAP Cuenca núm. 180/2003 (Sección 1), de 9 julio, indica que algún sector de la doctrina ha calificado sin exageración el precepto que se comenta como de «críptico pasaje normativo», siendo que el mayor número de los autores que se han ocupado de la cuestión consideran que como quiera que las partes, cuando hubieran otorgado en forma su representación procesal, no están obligadas a comparecer personalmente al acto del juicio verbal, y como la prueba de interrogatorio de partes ha de proponerse y practicarse si fuera posible, como todas las demás, en el acto de la vista, el único modo en que podrá asegurarse la personal presencia de quien se proyecta interrogar es haciendo uso de las facultades que otorga el artículo 440 en su tercer párrafo, es decir, solicitando la citación de la parte contraria a los concretos efectos de protagonizar la referida prueba. Cuando esa explícita citación no se hubiera realizado por falta de propuesta de la parte que pretenda interrogar a la contraria, esta Sala considera que sin perjuicio de que la prueba de interrogatorio de partes podrá igualmente proponerse y practicarse caso de que la contraria haya comparecido, no será dable, sin embargo, en caso de ausencia, hacer uso por el órgano jurisdiccional de las facultades que genéricamente le otorga el artículo 304 (*ficta confessio*), toda vez que en, tal caso, prácticamente vendría a obligarse, de facto, a que las partes comparecieran de forma personal al acto del juicio, aun cuando hubiesen otorgado su representación procesal, so pena de ser sorprendidas por la contraria con la proposición de una prueba (imposible de practicar en caso de ausencia) y que pudiera determinar tener a la parte por conforme con los hechos aducidos por la contraria.

Un entendimiento distinto dejaría para la sentencia comentada en todo hueco de contenido el tercer párrafo del artículo 440.1, por cuanto no podría entenderse entonces a qué supuestos pudiera estar aludiendo el legislador. Quedaría sin contenido alguno por lo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 17 27/10/08, 10:11

que a las partes en la litis se refiere, siendo absolutamente ocioso, completamente innecesario entonces, solicitar que el Tribunal cite a persona ninguna para que declare en el juicio en calidad de parte.

Si la citación inicial a juicio resultara suficiente, ante la incomparecencia de la parte, para que se consideraran admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304, parece que nada impediría que, conforme a ese mismo precepto, se le impusiera también a la parte ausente la multa a que se refiere el artículo 292.4, cuando es lo cierto que en el ámbito del juicio verbal y otorgada la correspondiente representación procesal, no está la parte obligada a comparecer personalmente al acto del juicio, dependiendo, además en tal caso, la imposición de la multa de que la parte contraria solicitase o no en el acto del juicio, y sin conocimiento previo de la ausente, la prueba de interrogatorio.

d) En el mismo sentido las SAP Asturias 03/04/07 y 07/06/06, interpretando que el 304 LEC añade un plus a lo establecido en el 440.1, ya que exige que la parte haya sido citada para el interrogatorio.

A la vista de las anteriores posturas, entendemos que:

1) Aunque sí hay supuestos de declaración como parte de quien no es tal a los que se aplicaría el 440.1.3, que así no quedaría vacío de contenido convirtiéndolo en superfluo dada la obligatoriedad derivada del párrafo 2º para las partes (no para los testigos) de comparecer sin necesidad de citación, esto vendría a suponer una situación más gravosa para las partes en un JV que en uno ordinario, donde en la audiencia previa se resuelve la situación al saber la parte si no será necesaria su presencia física, y no tendría sentido esa obligatoriedad de facto de acudir personalmente en un JV incluso cuando se hubiera designado procurador, mucho menos cuando en el JO no se daría tal situación.

2) Tampoco se sostienen consecuencias como la de imposición de la multa, y aunque el uso de la *ficta confessio* haya de ser pruden-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 18 27/10/08, 10:11

te, no automática, y debidamente ponderada en cada supuesto, en relación sobre todo con la disponibilidad probatoria (por ejemplo para casos en que la única prueba posible para las partes es precisamente su declaración y no puede favorecerse la generación de una situación de falta de prueba porque el demandado decida no comparecer a la vista), lo más adecuado, será la exigencia de esa previa indicación de la intención de practicar el interrogatorio de la parte contraria.

3) El propio art. 304 además se refiere al caso de *la parte citada para el interrogatorio*, y de que *en la citación se apercibirá* al interesado de la consecuencia de su incomparecencia, lo que viene a avalar la necesidad de citación también en el caso del JV pese a la confusa redacción del art. 440.1 LEC. Es decir que en el JO tras la audiencia previa la parte ha sido citada para ser interrogada con las pertinentes advertencias para caso de incomparecer (lo conveniente sería entregar cédula de citación al Procurador de la parte citada para el interrogatorio al amparo de los arts. 28 y 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y de este modo lo coherente sería que en el JV también se produzca tal citación expresa consecuencia de haberse solicitado el interrogatorio como premisa necesaria para la consecuencia aquí examinada.

2. Interrupción de la vista por más de 20 días

Estudiaremos la problemática derivada de la necesidad de interrumpir la vista de un verbal para la práctica de una prueba cuando se sobrepasa el plazo de los 20 días para reanudar la vista. De acuerdo con el art 193.2 y .3 LEC la vista se reanudará una vez desaparecida la causa que motivó su interrupción y cuando no pueda reanudarse la vista dentro de los veinte días siguientes a su interrupción, se procederá a la celebración de nueva vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible. Así, en caso de no procederse a celebrar nueva vista sino a

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 19 27/10/08, 10:11

reanudar la anterior fuera de plazo, se sostiene por ciertos sectores que estaremos en un supuesto de nulidad.

El problema se plantea ya que la doctrina es prácticamente unánime en el rechazo de las diligencias finales en el JV por su ubicación sistemática (dentro de las normas del Juicio Ordinario), su vinculación al JO en otros preceptos (271.1, 286.3 LEC), la falta de toda previsión en el JV y los principios que informan este procedimiento, elementos todos ellos que determinan que las diligencias finales queden circunscritas al Juicio Ordinario.

En la práctica puede advertirse a las partes de esta posibilidad para que manifiesten lo que les convenga antes de acordar la interrupción, requiriéndoles expresamente para que indiquen si consideran que ello les produce indefensión, lo que en cualquier caso no les vincula jurídicamente.

Pero, de cualquier modo, no se entiende que se aplique de forma automática e inflexible este plazo, y no por ejemplo para los señalamientos que no cumplan los plazos legales o incluso para las resoluciones que se dicten fuera de plazo, que no por ello devienen nulas.

En última instancia, ¿qué ocurriría si se reanudase la vista más allá de los 20 días hábiles? A continuación reseñamos tres de las no muy frecuentes sentencias que han visto la cuestión en apelación:

> **SAP** Madrid sección 11 del 14 de Febrero de 2005 (ROJ: SAP Madrid 1367/2005): No estamos ante una cuestión procesal que requiera una decisión judicial sino ante un supuesto de aplicación automática de la ley al haber transcurrido más de 20 días desde la interrupción de la vista.
>
> SAP Burgos sección 2 del 11 de Mayo de 2007 (ROJ: SAP Burgos 373/2007): QUINTO.—Es cierto que el art. 193.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Cuando no pueda reanudarse la vista dentro de los veinte días siguientes a su interrupción se procederá a la celebración de nueva vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible». Ahora bien, no basta una infracción procedimental para decretar nulidad de actuaciones, es preciso que, a consecuencia de la misma, se haya podido causar indefensión … real y

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 20 27/10/08, 10:11

efectiva, en el sentido de que haya existido privación del derecho de defensa, y un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella.

[Teniendo en cuenta que el demandado, ahora recurrente en apelación, cuando recurre la providencia de 1 de Septiembre de 2005, en la que se le da traslado del dictamen del perito de designación judicial y se le concede un plazo de diez días para que formule conclusiones, se limita a solicitar la reanudación de la vista interrumpida, para que se proceda a practicar las pruebas periciales de parte, (tal y como se había acordado en la vista interrumpida), y para poder pedir aclaraciones y explicaciones al perito judicial; no solicitando se celebre una nueva vista, ni alegando indefensión alguna por el hecho de que ya, a esa fecha, hubiere transcurrido más de los 20 días previstos en el art. 193.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es evidente que esta circunstancia no ha generado un perjuicio real y efectivo a la recurrente.]

SAP Cáceres sección 1 del 06 de Mayo de 2004 (ROJ: SAP Cáceres 324/2004): En consecuencia, ha resultado infringido el apartado 3 del artículo 193 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el Juzgado de instancia consideró el acto celebrado el día 16 de Diciembre de 2.003 como continuación de la vista iniciada el día 1 de Octubre del mismo año, cuando, al haberse sobrepasado en exceso el plazo de 20 días previsto en el indicado precepto (independientemente de la causa de la dilación), debería de haberse señalado nueva vista, decisión que ha incidido sobre el Derecho de Defensa habida cuenta de que la denegación de las pruebas —al menos de la testifical propuesta por la parte apelante— vino motivada precisamente por considerar que aquel acto era continuación de la primera vista y no una vista nueva, de modo que, constatada la vulneración de una norma esencial de procedimiento establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con efectiva vulneración del derecho de defensa (artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ha de decretarse la Nulidad de las actuaciones practicadas en los términos que, posteriormente, se indicarán.

Por tanto, frente a una rígida y puramente objetiva posición, que lleva a la nulidad por el simple hecho de sobrepasar el plazo de los 20 días indicado, cabe entender que el mero exceso en el plazo legalmente

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 21 27/10/08, 10:11

concedido para la reanudación de la vista interrumpida no lleva de forma automática a la declaración de nulidad, sino que habrá que comprobar que ello efectivamente cause indefensión. Si bien es cierto que el proceso no es disponible, el razonamiento contrario debería llevar también a nulidades por no respetar los plazos para señalamientos o para dictado de resoluciones, que ni siquiera se plantean.

No vemos por qué seguir un criterio más rígido en caso de interrupción de vistas. Además, partiendo de la exigencia de que la interrupción lleve a una efectiva indefensión, podría defenderse que en caso de que las partes se hubieran mostrado conformes con la reanudación fuera del plazo, ello sería un elemento que jugaría en contra de la potencial apreciación de la nulidad.

En cualquier caso, la admisión de las diligencias finales en estos supuestos acabaría con el problema, que también afecta a la economía procesal, y que puede perjudicar a todos los testigos, peritos, partes, etc. que ya hubieran intervenido, que siempre serán la mayoría. El recurso a la unidad de acto y concentración propia del JV para proscribir las diligencias finales en su seno podría soslayarse permitiéndola como se hace precisamente con la interrupción que no exceda de plazo legal. Además, el nuevo señalamiento para la fecha «más inmediata posible» supondrá casi siempre un notable retraso en la resolución de la litis.

El mismo problema se daría en el JV en caso de admitirse diligencias de prueba a practicar mediante auxilio judicial. Como es lógico, la admisión de la prueba tiene lugar en el momento de la vista lo cual obligaría a interrumpir la misma al darse el supuesto del 193.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la casi total seguridad de que la vista debería celebrarse de nuevo al transcurrir el plazo de 20 días del apartado 3º quedando sin efecto lo actuado. Para estos supuestos, algún autor sostiene que incluso cabría considerarlo como un caso de prueba anticipada del artículo 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 22 27/10/08, 10:11

el procedimiento, dado que se prevé la imposibilidad de practicarla en el momento generalmente previsto por causa de las personas que se encuentran en lejano lugar que haría imposible el cumplimiento de los plazos legales. No obstante este recurso parece demasiado forzado, al menos más que el de no respetar los plazos de suspensión, lo que según la doctrina expuesta no sería vicio de nulidad mientras no causara efectivamente indefensión a las partes.

3. Indemnización a testigos que finalmente no declaran

El art. 375 LEC establece que los testigos que declaren tendrán derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado (…).

La interpretación y aplicación práctica de este precepto plantea cuestiones en cuanto a la legitimación para la solicitud de esta indemnización; el procedimiento a seguir; el contenido de la indemnización; y la posible utilización de criterios objetivos para su cuantificación.

Partimos de la base de que el deber de colaboración del ciudadano en la Administración de Justicia y la posibilidad de ser sancionado en caso de no hacerlo nos deben exigir ser especialmente diligentes en el ofrecimiento de estas indemnizaciones a los testigos, así como interpretar de una forma amplia los casos a los que se aplicaría.

3.1. Legitimación activa para la percepción de la indemnización

El art. 375 LEC prevé la indemnización únicamente para los testigos que declaran. De este modo, es posible que se lleve a una persona para que haga «pasillo», pierda una mañana, y finalmente (porque no se admite la prueba, porque en la vista no se propone, o porque se renuncia a ella, o porque el tribunal ya se considera suficientemente ilustrado) no preste declaración, con lo que no tendría derecho a ser indemnizado.

Entendemos que en estos casos, acreditada la presencia en sede judicial, han de ser igualmente indemnizados. A la parte proponente

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 23 27/10/08, 10:11

le corresponde cuidarse de proponer testigos inútiles o superfluos. En este sentido:

> AAP Huelva Civil sección 1 del 22 de Octubre de 2007 (ROJ: AAP H 518/2007) Recurso: 210/2007 Ponente: JESUS FERNANDEZ ENTRALGO: «Algo semejante sucede con la dicción del art. 375, apdo. 1 en relación con los testigos, y por lo mismo se impone una interpretación correctora del mismo, ya que en su expresión literal parece subordinar el derecho de los testigos a percibir de la parte que les haya propuesto «una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado», al hecho de «que declaren». Una interpretación rígida de este precepto podría conducir a que los testigos cuyo testimonio sea obviado porque el tribunal considere que con las testificales precedentes «ya ha quedado suficientemente ilustrado» (art. 363); los obligados por su estado o profesión a guardar secreto (art. 371, apdo. 1), o que rehúsen responder sobre hechos pertenecientes a «materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado» (art. 371, apdo.), y aquéllos respecto de los cuales se declare íntegramente impertinente el interrogatorio (v. gr., por referirse a conocimientos impropios de un testigo, ex art. 368, apdo. 2) corran con los gastos realizados para comparecer ante el órgano jurisdiccional, sin posibilidad de repercutirlos a la parte que los convocó».

En el mismo sentido, Ilda Méndez López (Diario La Ley n.º 6719, 23-5-07), expone que el fundamento de esta indemnización está en la necesidad de resarcir debidamente los gastos y perjuicios sufridos por los testigos como consecuencia de su intervención en el proceso, en contrapartida a la obligación de comparecer que les impone el art. 292 LEC bajo sanción de multa y responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad.

Entiende esta autora que gozan de legitimación activa a este respecto no sólo el testigo «que declare», sino también todos aquellos que hayan sido llamados al proceso aunque finalmente se haya renunciado, o no se los haya propuesto como prueba, o la parte se haya arriesgado a que el tribunal obvie las declaraciones de testigos sobre un mismo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 24 27/10/08, 10:11

aspecto cuando hubiere propuesto más de tres. Si el fundamento está precisamente en ser contrapartida de esa obligación de comparecer, no puede excluirse de esta vía a los indicados.

Incluso entiende que también debería extenderse este derecho:

a) Al testigo-perito (art. 370 LEC), tanto por cuestiones de fondo (dado que esencialmente es un testigo), como sistemáticas (ya que esta regulado dentro de la prueba de testigos, no en la prueba pericial).

La naturaleza de esta figura es la de testigo, como su relación con los hechos sobre los que vaya a declarar, independientemente de que además tenga conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

b) A los casos de declaración de tercero sustituto de la parte persona jurídica ex art. 309 Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la persona física no pertenezca ya a la entidad y deba por ello ser interrogado como testigo.

c) Al profesional de la investigación privada cuyo informe es impugnado por la parte, debiendo declarar como testigo (265.1.5º). Estos informes se deben aportar con las alegaciones iniciales de las partes. En caso de que la parte perjudicada por los hechos en ella contenidos los reconozca, el informe hará prueba plena en relación con los hechos a los que se contrae, pero si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará la correspondiente prueba testifical. Esta actuación genera un crédito procesal resarcible a través de la vía del art. 375, con independencia de los emolumentos que le puedan corresponder en relación a la elaboración del informe correspondiente y que serán a cargo de quien se lo hubiera solicitado.

Rechaza la autora su aplicación en el supuesto contemplado en el art. 380.1, según el cual se recibirá declaración como testigos sobre hechos aportados al informe no reconocidos como ciertos por la parte a quien puedan perjudicar, a los autores de los informes a los que se

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 25 27/10/08, 10:11

refiere el art. 265.1.4º LEC, que no son sino los peritos de parte que elaboran informes a presentar con la demanda o contestación.

No se explica por qué se desvirtúa su condición de peritos estableciendo su intervención como testigos en el proceso, y la solución sería entender que existe un error en la redacción del art. 380.1, que debería referirse al art. 265.1.5º, y no al 265.1.4º, ya que:

a) Ello sería congruente con lo dispuesto en el propio 265.1.5º, según el cual cuando estos informes de profesionales de la investigación privada no sean reconocidos por la parte a quien perjudiquen se practicará prueba testifical.

b) Sería igualmente congruente con las reglas especiales que para la declaración testifical prevé el 380.1, que entre otras cosas exige la previa acreditación de la habilitación profesional del autor del informe, en la línea de lo dispuesto en el 265.1.5º, que se refiere a los profesionales de la investigación privada legalmente habilitados.

c) Sería por último congruente con el contenido del 380.2, que prevé la declaración como testigo-perito conforme al 370.4 para el caso de que el informe contuviera también valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores, lo que carecería de sentido si la referencia del 380.1 al 265.1.4º fuese correcta, ya que tales conocimientos son los propios de los peritos por definición, por lo que sólo cobraría sentido si se refiere a los profesionales de la investigación privada como figura diferenciada de los peritos.

3.2. Contenido de la indemnización

Abarca los gastos y perjuicios, que se fijarán por el tribunal atendiendo a los datos y circunstancias que se hubiesen aportado.

Esto parece excluir los casos en que simplemente se reclama por la pérdida de un día de permiso, por ejemplo por un agente de Guardia Civil de tráfico que debe acudir a un juicio en día libre, ante la falta de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 26 27/10/08, 10:11

datos y circunstancias para valorar el perjuicio que ello en sí mismo supone.

No obstante, el concepto de perjuicio, entendido en un sentido amplio y no como estricto «lucro cesante» o ganancias dejadas de obtener por oposición al de gasto, sí podría incluir la simple disponibilidad, el mero uso del tiempo ajeno, como ocurre en el caso de los candidatos a jurados que finalmente no son seleccionados como jurados titulares o suplentes, quienes perciben de una sola vez la retribución equivalente a media jornada (30,35 euros según Orden del Ministerio de Justicia 2352/02 de 5 de septiembre).

La regulación respecto a los gastos de los jurados podría servir en caso de falta de elementos para valorar económicamente el tiempo del testigo, así como en su caso los gastos de viaje (0,17 euros por kilómetro en caso de utilizar automóvil; 0,07 euros si se usa motocicleta) y los de alojamiento (58,90 euros el alojamiento incluido desayuno; 18,33 euros por comida y por cena). Podría pensarse en una aplicación analógica de tales retribuciones previstas en la Ley del Jurado y Real Decreto 385/96 de 1 de marzo por el que se establece el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones de jurado que en su art 3 regula las «retribuciones» de los jurados, y en los arts. 4, 5 y 6 las indemnizaciones por conceptos de gastos de viaje, alojamiento y manutención. Cantidades que se cuantifican en la referida Orden Ministerial.

Ello facilitaría el real y efectivo cumplimiento de la previsión del art. 375 LEC en los casos en que el testigo reclame la indemnización pero no aporte prueba, ya que la experiencia demuestra que cuantitativamente son pocos los testigos que reclaman estos gastos, y muchos menos los que los documentan y prueban en forma adecuada. Esta situación podría en parte subsanarse con una adecuada citación a los testigos, explicativa de sus derechos y los requisitos necesarios para conseguir la indemnización estudiada, aunque esto no sería aplicable a los testigos no citados judicialmente.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 27 27/10/08, 10:11

Conllevaría además la utilización de criterios objetivos, introduciendo un elemento de mayor seguridad jurídica e igualdad. Cierto que para los testigos no está prevista una «retribución», como para los jurados, sino una indemnización por gastos y perjuicios, pero también lo es que los candidatos que finalmente no son seleccionados ni siquiera como suplentes están en una situación muy similar a la de los testigos, y en ese caso la contraprestación económica parece más cercana a una indemnización, dado que propiamente no realizan tarea que deba «retribuirse».

3.3. Forma y procedimiento de la solicitud

No se regula. Si bien para la reclamación de otros créditos procesales privilegiados por la vía de los arts. 34 y 35 LEC se necesita un escrito para iniciarlos, no es menos cierto que a los testigos no se les puede presumir ni exigir los conocimientos procesales-jurídicos que tendrán los abogados y procuradores, por lo que no hay problema en que se reclamen a través de una mera comparecencia o incluso oralmente en el acto del juicio al concluir su declaración. La exigencia de escritos sería gravar aún más al testigo, además de exigir un formalismo no previsto por la norma. Además, según el art. 375.2, el Tribunal dictará auto una vez finalizado el juicio o vista, lo que permite suponer que la reclamación la ha realizado una vez prestada su declaración.

No obstante, hemos visto cómo se extiende este derecho a los testigos que acuden al proceso aunque no declaren, por lo que deben ser compatibles ambas posibilidades, de reclamación oral en la vista o por una comparecencia o escrito posterior.

No se establece traslado a la parte que haya de pagar la indemnización, aunque sí se prevé la posibilidad de recurrir en reposición, pero nada obsta a dar la palabra a tal efecto al obligado cuando la reclamación se produce en la vista.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 28 27/10/08, 10:11

3.4. Problemas en caso de condena en costas

Estas indemnizaciones se integran en el concepto de costas (art. 241.1.4º: derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso), de manera que el condenado en costas debería reembolsar a la parte que la pagó la indemnización satisfecha a los testigos.

Se plantea en el JV el problema derivado de la citación judicial de testigos interesada por el demandante, la cual se produce antes de conocer la contestación, y por ello incluso la propia pertinencia de la prueba. Imaginemos que el demandado reconoce los hechos que esos testigos hubieran debido acreditar con su intervención. En este supuesto, no puede hablarse de «actuación inútil o superflua» (art. 243.2) excluyendo su importe de la tasación.

Parece que el Tribunal no puede dejar de citar a estos testigos al no tener elementos para valorar su pertinencia y utilidad y preverse en el art. 440.1.3º (…deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas han de ser citadas por el tribunal a la vista…»). Quizás fuese recomendable (vid. en Análisis crítico de la LEC: propuestas de mejora, Manuales de Formación Continuada n.º 29) una modificación de la norma en el sentido de que la parte proponente razonara su petición, manifestando no sólo su imposibilidad de traer los testigos a la vista, sino también el motivo por el que interesa su comparecencia, razonando el tribunal su decisión.

En otros casos (por ejemplo citación de más de tres testigos, renuncia por la propia proponente, etc), sí podría defenderse su configuración como actuación inútil o superflua para la exclusión de su importe de la condena en costas.

En el caso de que el condenado en costas gozase del beneficio de la justicia gratuita, se plantea quién ha de cargar con el pago de las indemnizaciones, pues la Ley 1/96 de Asistencia Jurídica Gratuita se refiere a periciales, testimonios, instrumentos y actas notariales, derechos

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 29 27/10/08, 10:11

arancelarios, inserción de anuncios, pero no prevé las indemnizaciones a testigos. En tales casos, entendemos, por una interpretación analógica que tales indemnizaciones deberían ser satisfechas con cargo a los fondos públicos, sin perjuicio de las previsiones existentes en la propia LAJG para el caso de que el beneficiario alcanzare mejor fortuna.

4. Impugnación de la cuantía no determinante del procedimiento en el juicio verbal

Tanto el art. 255.1 (dada su posición sistemática en la LEC) como el 422.1 LEC dan a entender que la impugnación de la cuantía sólo procede cuando ésta afecta al cauce procedimental o a la posibilidad de casación.

Sin embargo, en el caso de que no afecte al tipo de procedimiento, la determinación de la cuantía no por ello deja de tener una gran relevancia, determinando las costas, no faltando autores que admiten su discusión. Por otro lado, el propio artículo 255, en su número 3 distingue como conceptos diferentes «la cuantía» y «la clase de juicio por razón de la cuantía» como posibles objetos de impugnación por el demandado en el JV, a resolver en la propia vista antes de entrar en el fondo.

Ante la falta de previsión legal, se discute si en esos casos en que la cuantía no afecta al procedimiento ni a la posibilidad de recurrir en casación, ha de resolverse en la vista o dejarse para sentencia. En el caso de que no se hiciese así, no cabría más discusión que la relativa a la tasación de costas por excesivas, es decir se remitiría indefectiblemente la discusión al incidente de tasación de costas. Con ello también se privaría a esta decisión de la posibilidad de revisión en segunda instancia (art. 246.3 LEC).

En apelación, mayoritariamente la jurisprudencia menor remite la discusión sobre la cuantía al tratamiento genérico de la tasación de costas, no exigiendo pronunciamiento del tribunal de instancia más que en los casos del art. 255.1 LEC.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 30 27/10/08, 10:11

SAP Murcia sección 5 del 25 de Abril de 2006 (**ROJ: SAP Murcia 704/2006**): …pero aun cuando no está exento de razón el apelante, … la impugnación de la cuantía de acuerdo con lo dispuesto en el art. 255 de la LEC sólo cabe para el caso de que la determinación de la misma tenga influencia en el tipo de procedimiento o relación con el recurso. Siendo que la jurisprudencia tiene establecido, que no cabe recurso de apelación, si el mismo no tiene influencia en el fallo de la sentencia, fallo que no es impugnado en el recurso, por lo que sin perjuicio de que la cuestión se resuelva en el trámite de tasación de costas si las hubiere, no procede estimar el recurso de apelación.

SAP Oviedo sección 7, de 17-7-06 (**ROJ: SAP Oviedo 3145/2006**): …es claro que, en principio, conforme establece el artículo 255-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el demandado sólo puede impugnar la cuantía de la demanda cuando pueda verse comprometida la clase de procedimiento, o la posibilidad de recurrir en casación, siendo así que en el presente caso no ocurre ni una cosa ni otra, … y si bien debe entenderse que el demandado podrá impugnar también la cuantía en la contestación, a efectos de hacer valer sus derechos en una eventual impugnación de la tasación de costas, si la impugnación sólo pudiera tener efectos sobre dicha tasación, el Tribunal sólo tiene obligación de resolver —a esos sólos efectos— en la resolución que ponga fin a dicha impugnación, y no anticipadamente, en el trámite del artículo 255-3 de la LEC.

SAP Madrid sección 6 de 19-4-05 (**ROJ: SAP MA 1589/2005**): En cuanto a la impugnación de la cuantía, carece de trascendencia su determinación al tratarse de un procedimiento que se sigue en el juicio verbal por razón de la materia …, por lo que carece de sentido su impugnación, conforme al artículo 255.1 del mismo testo legal, pues el procedimiento nunca podrá ser otro y no tiene relevancia a los efectos de una ulterior casación, por lo que el perjuicio que la recurrente aprecia, a la hora de la tasación de costas, será procedente su valoración en el trámite de una hipotética impugnación de las mismas.

Si bien alguna excepción existe como la SAP Baleares, sección 3, 14-6-04 (ROJ: SAP Baleares 920/2004) aunque condicionándolo a la concurrencia de datos suficientes para fijar correctamente la cuantía

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 31 27/10/08, 10:11

y limitándose a indicar que en tal caso «no existe inconveniente en que así se haga».

> La parte demandada impugnó la concreta cuantía fijada en la demanda en el acto del juicio verbal, sin que por el tribunal «a quo» se realizará pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, motivado quizás por la intrascendencia de la cuestión en al clase de juicio, pues la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien ha sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute, con independencia de la cuantía de la demanda, se decidirán por los trámites del juicio verbal, según dispone el artículo 250.4º de la L.E.C.
>
> Ahora bien, la posibilidad de que el demandado pueda impugnar la cuantía fijada en la demanda, va ligada a dos supuestos que se contemplan en el artículo 255 de la L.E.C., a saber: a) cuando entienda que de haberse determinado de forma correcta el procedimiento a seguir será otro, y, b) cuando resultare procedente el recurso de casación. Sin embargo, en determinados supuestos la fijación de la cuantía, si existe contradicción entre las partes, puede afectar a los derechos del Procurador actuante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1º de Real Decreto 1373/2003 de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los Procuradores de los Tribunales, por lo que en dichos casos estima la Sala que si concurren datos suficientes para fijar correctamente la cuantía no existe inconveniente en que así se haga. Esto es lo que ocurre en el presente supuesto en el que impugnada la cuantía por la parte demandada, la parte actora nada ha dicho ni alegado en justificación a la cuantía señalada en la demanda, y, por ello, resultando acreditado el valor catastral y señalado con claridad la concreta porción objeto del presente procedimiento de protección sumaria de la posesión, procederá, con estimación del recurso que por vía de impugnación ha sido formulado por la parte demandada, estimar el mismo, fijando la cuantía en 614,04 euros.

Por ello parece que el tenor legal es claro, y sin perjuicio de considerar «recomendable» el resolver la cuestión en la sentencia y permitir su revisión en segunda instancia, no puede considerarse una obligación exigible al órgano judicial fuera de los casos del art. 255.1.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 32 27/10/08, 10:11

5. Oficios para acceder a documentación clínica de la contraparte

Su necesidad surge generalmente en materia de tráfico o de seguros. El problema se plantea desde una óptica constitucional: el derecho a la intimidad personal de la parte se puede ver comprometido con un acceso masivo a su historia médica (a nadie interesa, tratándose de dilucidar por ejemplo si existen patologías previas en una rodilla, si el paciente ha sido tratado además de una enfermedad de transmisión sexual).

Tenemos que tener en cuenta que la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, expresamente prevé que el acceso a la historia clínica con fines judiciales, se rige por la LO 15/99 de Protección de Datos de carácter personal y la Ley 14/1986 General Sanitaria, quedando ese acceso limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

La voluntad del legislador parece moverse en esta línea de mayores exigencias en cuanto al respeto a los datos personales que afectan a la intimidad, como lo demuestra la inclusión de un nuevo apartado 5.bis en el art. 256.1 LEC (ley 19/06 de 5 de junio), sobre diligencias preliminares, en virtud del cual todo juicio podrá prepararse por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley.

El principal problema que plantea esta limitación es la forma de articularla tanto en la proposición de prueba como en la determinación judicial de los términos del oficio a librar. Y ello porque lo más sencillo —y también lo menos respetuoso con la intimidad— es admitir que se libre un oficio recabando los datos clínicos (historia o documentación clínica) sin ningún tipo de limitación, de forma masiva. También es lo más cómodo para los Servicios Sanitarios, que no tienen que hacer ningún filtrado de la información que facilitan.

a) La primera solución será la de exigir al proponente de la prueba que la plantee centrando con precisión la clase de información que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 33 27/10/08, 10:11

solicita (p. ej. datos clínicos relativos a intervenciones o consultas relacionadas con tal o cual aspecto médico).

b) Otra posible solución para evitar que los datos sanitarios acabasen circulando, en forma de copias, en manos de cualquiera, sería la de poner a disposición del perito de la parte solicitante la copia de la historia clínica pero siempre unida a los autos, para que éste las pueda consultar por exhibición pero sin hacer entrega de copia del todo, y permitirle en última instancia que concrete los particulares que sí estén relacionados con los fines del pleito cuyas copias podrían interesarle para la elaboración de su dictamen.

6. Multas por incomparecencia de testigos o peritos

Otro típico contratiempo que se plantea en las vistas es la incomparecencia de testigos o peritos debidamente citados, con la perturbación que ello supone. El artículo 292 prevé que la infracción del deber de comparecer se sancione con multa (de 180 a 600 euros) previa audiencia del interesado.

Plantea, como mínimo, dos problemas:

A) Cauce procedimental y vías de recurso. Ante la falta de toda previsión legal, parece que se habrá de tramitar en el procedimiento declarativo en que haya surgido la cuestión.

En cuanto a los recursos posibles frente a la sanción se plantea si cabría recurso de audiencia en justicia y posterior alzada. Generalmente, las Salas de Gobierno entienden que no, porque no se trata del ejercicio de potestades de naturaleza disciplinaria como las previstas en el 194.2 y 556 LOPJ, sino que son puramente procesales y jurisdiccionales, remitiendo al régimen impugnatorio de la correspondiente ley de enjuiciamiento. De ser así, habríamos de entender que reposición y apelación.

Parece que su imposición sería mediante providencia: el precepto habla de que «Al tiempo de imponer la multa … el Tribunal requerirá

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 34 27/10/08, 10:11

mediante providencia…», además de la analogía con el supuesto de multas coercitivas periódicas por falta de colaboración del art. 591 LEC, que se imponen mediante providencia y frente a las que no se prevé expresamente recurso.

Esta providencia sería recurrible en reposición (art. 451), pero el auto que hipotéticamente resolviera este recurso no puede considerarse definitivo (no pone fin a la instancia como indica el art. 207 LEC), ni tampoco está expresamente prevista la posibilidad de recurrirlo en apelación (art. 455), además del hecho de que supondría dar apelación a quien no es parte.

La respuesta práctica a este problema viene muy condicionada por lo que en la realidad viene siendo la respuesta de las Salas de Gobierno. Cierto que pese a haber una similitud muy clara con los casos de los arts. 194.2 y 556 LOPJ, en estos artículos sí que se habla expresamente de imposición de la multa mediante «acuerdo», así como de la posibilidad de audiencia en justicia y alzada ante la Sala de Gobierno. Y que esto, unido al hecho de que la regulación de este tipo de multas se ha incardinado en la LEC, no en la LOPJ, puede avalar la consideración de acto jurisdiccional ajeno a estos recursos previstos en la LOPJ. Desde este punto de vista, tampoco debiera existir mayor problema por el hecho de que frente a nuestra resolución como Juez de instancia no quepa recurso, como no cabe en otros supuestos por ejemplo en seno de procedimientos de ejecución.

Sin embargo, existen argumentos para defender que se trata de un acto gubernativo, lo que implicaría resolverlo en el pertinente expediente con los recursos de audiencia y alzada generalmente previstos en los arts. 555 y 556 LOPJ:

a) No es tan sencillo considerar estos actos como jurisdiccionales y así excluirlos de su tratamiento gubernativo y aplicación de la LOPJ. Por definición, en los casos de multas coercitivas a terceros (no a la propia parte que por ejemplo se resiste a señalar bienes en

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 35 27/10/08, 10:11

una ejecución sino al empresario que no le retiene el sueldo) o en los supuestos de multas del art. 292 a testigos o peritos, estas sanciones se aplican a quienes no son parte en el procedimiento, lo que en puridad les vedaría el acceso a los recursos, tanto al de apelación como al de reposición. De hecho, los arts. 448 y 453 hablan de que «contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en esta ley», y de que «admitido a trámite el recurso de reposición, se concederá a las demás partes personadas plazo común para impugnarlo». Ya hemos visto los óbices que plantearía la admisión de la apelación.

Y parece innegable que los testigos y peritos no son partes, por lo que no tendrían legitimación para la interposición de los recursos.

b) El art. 557 LOPJ indica que «Cuando fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados, se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores.»

De este modo, estando ante lo que podemos denominar «corrección especial», prevista en la LEC, debería aplicarse la regulación de los arts. 555 y 556 LOPJ , por indicación de la Ley Orgánica.

Ello justificaría, además, la ausencia de regulación específica en cuanto al procedimiento de imposición y recursos en estos supuestos en la LEC. precisamente por estar ya regulado en la LOPJ . Esta última es norma de carácter orgánico, y el art. 557 no circunscribe su aplicación a los casos en que la forma de imposición y recursos frente a las correcciones especiales previstas en la legislación procesal no se hubieran previsto en la ley ordinaria sino que parece dar por supuesto que no lo estarán, aplicándose el régimen ya previsto en la LOPJ .

Así, cabría imponer la corrección «en los propios autos o en procedimiento aparte», con sumisión al régimen de recursos del art. 556 LOPJ , igual que el del art. 194 LOPJ para otros casos de correcciones.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 36 27/10/08, 10:11

c) Lo anterior sería además más garantista, visto que la multa puede alcanzar los 600 euros, lo que aconsejaría que pudiera revisarse su motivación e imposición, considerando para ello más accesible el sistema de la LOPJ , que no presenta los problemas derivados de la falta de condición de parte del sancionado.

Cierto que la LEC no prevé su imposición mediante «acuerdo», pero el art. 292 LEC tampoco prevé expresamente su imposición por providencia, sino únicamente que se requiera al perito o testigo mediante providencia al tiempo de imponerle la multa para que comparezca cuando se le cite de nuevo bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia. De modo que nada excluye de forma clara la posibilidad de considerar que nos encontramos ante un acto gubernativo, imponer la sanción por acuerdo y realizar la citación bajo apercibimiento del art. 292 LEC mediante providencia.

En cualquier caso, entendemos que las dudas deberían ceder ante las consideraciones anteriormente expuestas y el tenor del art. 557 LOPJ , que parece dar mejor cabida a la cuestión, además de la obvia similitud con los supuestos específicamente regulados en la LOPJ .

B) Impuesta la multa, su exacción se efectuará, lógicamente por el procedimiento de apremio. ¿Es necesario y posible abrir una ejecución? Tampoco le vemos mayor inconveniente a acudir a esta ejecución «de oficio», como en la multas coercitivas periódicas o para satisfacer por vía de apremio las responsabilidades pecuniarias derivadas de un juicio de faltas, dado que se trata de sanciones en las que el ejecutante es el propio Estado. No somos ajenos, sin embargo, al hecho de que esta solución se encuentra en el límite del impulso de oficio de los autos a que refiere el 179 LC, pues el órgano judicial corre el riesgo de confundirse con la figura del ejecutante, lo que plantearía la posibilidad de la actuación por parte del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, en tanto que el destinatario del importe de la multa va a ser el Tesoro.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 37 27/10/08, 10:11

7. Conceptos y cantidades reclamables en el juicio monitorio

Una de las cuestiones más debatidas y que con mayor frecuencia se plantea es la relativa a la utilización del procedimiento monitorio y el tipo de deudas cuya reclamación debemos admitir en el mismo. Y esto por la íntima conexión que tiene con las garantías que en el proceso civil también debemos salvaguardar, evitando la indebida utilización de un procedimiento rápido y que permite la obtención de un título ejecutivo con el mero silencio del requerido de pago, razón por la que entendemos que debemos prestar especial atención a que la reclamación sea clara y comprensible para su destinatario.

7.1. En determinados supuestos la duda es simplemente procedimental:

Permitir o no la reclamación de una determinada deuda que tiene a su vez previsto un procedimiento de reclamación específico en la LEC:

a. Cheque, pagaré o letra de cambio.

Nada obsta a su reclamación vía monitorio. El concepto de documento en el art. 812 LEC es más amplio que el manejado para el cambiario, y este último *sólo procederá*, (art. 819) si se presenta cheque, pagaré o letra que reúnan los requisitos exigidos por la LCCH, mientras que al monitorio *podrá acudir* quien acredite documentalmente la deuda de forma documental.

Conforme a los arts. 49 y 66 LCCH, el tenedor tendrá acción directa para reclamar en vía ordinaria o a través del proceso especial cambiario, y la letra sólo lleva aparejada ejecución en éste último, pero no en el juicio monitorio, encaminado precisamente a la obtención de tal título ejecutivo. De modo que sin pretender valerse de la fuerza ejecutiva del título en cuestión, puede perfectamente acudirse con el mismo al monitorio.

b. Honorarios de letrados o procuradores.

Aunque se altera la regla competencial de la jura de cuentas, donde el tribunal que conoce del asunto conoce la actuación y pro-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 38 27/10/08, 10:11

cedencia de lo reclamado, lo cierto es que se trataría de una elección del acreedor, con procedimiento y consecuencias distintas, ya que el auto que resuelve, conforme a los arts. 34 y 35, no es susceptible de recurso pero no prejuzgará la sentencia que pueda recaer en juicio ordinario ulterior, frente a la imposibilidad de discusión en ulterior proceso que establece el art. 816 LEC. Pero tampoco habría ningún impedimento para la reclamación en el monitorio cumpliendo los requisitos de éste.

7.2. En otros casos se trata más bien de dilucidar si atendiendo al origen de la deuda ésta puede reclamarse en el monitorio, en íntima conexión con las garantías del crédito al consumo y derechos de los consumidores. Así en la deuda derivada de cuenta corriente, cláusula penal, vencimiento anticipado, gastos bancarios del cobro o costes e intereses de la ley 3/04 como supuestos que más frecuentemente se plantean en la práctica.

A) Deuda derivada de cuenta corriente.

Cuando haya pacto de liquidez, se aporte contrato y haya liquidación practicada conforme a lo pactado. El problema se centra sobre todo en la determinación de la cantidad líquida exigible de forma comprensible para el requerido.

Manuel Chamorro Posada, parte de que los efectos de la cuenta corriente se traducen en una novación modificativa de las obligaciones nacidas de los contratos cuya ejecución en cuanto a la obligación dineraria se inserta en el mecanismo contable, así como en la compensación de los respectivos importes contablemente novados con obtención de un saldo, cuya determinación en los momentos preestablecidos desencadena su exigibilidad. Entiende que para la determinación de la cantidad debida, para su liquidación, cabe un sistema bilateral, o bien unilateral permitido por el art. 153 LH para las cuentas corrientes bancarias:

«Artículo 153.[Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito]…

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 39 27/10/08, 10:11

> Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes.
> A la escritura y demás documentos designados en la regla tercera del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.
> Para ello será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta que a continuación se dice.
> Para que pueda determinarse al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados: uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga, en los cuales, al tiempo de todo cobro o entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente.
> No obstante, en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora. En este caso, para proceder a la ejecución se notificará, judicial o notarialmente, al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo éste alegar en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad...»

El procedimiento monitorio no sólo sirve para el cobro de créditos de pequeños comerciantes; también se utiliza para entidades de cobro, crédito, bancos, etc., y no debe utilizarse para evitar las garantías de los arts. 572 y 573 LEC, preceptos que recogen las críticas del TC (STC 10-2-92) al art. 1435 LEC 1881. Debe exigirse al menos el contrato y la liquidación para posibilitar que el deudor sepa cuánto debe comprobando la liquidación. Algo parecido a lo que ocurre con las prevenciones que para la determinación de la cantidad líquida exigible prevé el art 153 LH.

Así, para la determinación de la cantidad líquida exigible, debe exigirse en el monitorio:

a) O bien la existencia de pacto habilitante para la liquidación unilateral con fijación de saldo exigible (con los respectivos justifi-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 40 27/10/08, 10:11

cantes de las remesas al menos del último periodo de liquidación ya que se entienden consentidas las anteriores por silencio),

b) O bien, a falta de tal pacto habilitante de liquidación unilateral, que esta vaya seguida de supervisión por tercero (fedatario).

B) Cláusula penal

¿Se puede inadmitir la reclamación de cantidad estipulada en una cláusula penal por ejemplo para incumplimiento de una cláusula de permanencia?

La respuesta es sí, pues la facultad-deber de someter a revisión moderadora la cláusula penal debe llevar a concluir que la cantidad no es exigible, por lo que no es posible requerir de pago, al no ser líquida. El art 1154 Código Civil dice que el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (AC 2002\1245) considera inadmisible reclamar vía monitorio las consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de un contrato en tanto en cuanto se trata de una cláusula penal susceptible de ser moderada por los tribunales aún de oficio (STS de 17-3-1998 [RJ 1998\1351]) y también el art. 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios permite declarar nula de oficio las cláusulas donde se incorporen unas consecuencias indemnizatorias excesivamente altas para los consumidores, por lo que no puede estimarse líquida la deuda en la forma exigida.

C) Cuotas pendientes de vencimiento en virtud de cláusula de vencimiento anticipado

Es aquel supuesto de contrato por el que una entidad financiera o banco se reserva la posibilidad de resolver anticipadamente el mismo y reclamar todas las cuotas pendientes ante el impago de alguna de ellas, normalmente dos. El problema radica en que tales cuotas incluyen tanto capital como intereses remuneratorios por el aplazamiento que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 41 27/10/08, 10:11

realmente no se devengan, pero se reclama la totalidad, e incluso en algún supuesto gastos, comisiones e intereses de demora.

Las AAPP lo vienen admitiendo si tiene amparo por estar pactado en el contrato sin perjuicio de la posibilidad de oponerse, entendiendo que el documento presentado es suficiente para acreditar el principio de prueba exigido, sin perjuicio de la posibilidad de oponerse y entrar entonces a conocer el Tribunal.

> SAP MAD 20ª, 20-6-07. El Juzgado de instancia ha admitido a trámite parcialmente la petición inicial de juicio monitorio … considerando que se no se puede proceder al requerimiento de pago al deudor por las cantidades correspondientes a intereses de demora, comisión por devolución ni el «capital pendiente», al no ser ninguna de dichas partidas deuda exigible de las del artículo 812, y, además, por estimar que el procedimiento monitorio no es apto para el examen de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de arrendamiento financiero que se aporta con la petición inicial de procedimiento monitorio.
>
> AP entiende que debe admitirse a trámite y requerir de pago al existir previsión contractual y hay suficiente principio de prueba, sin perjuicio de la posibilidad de oponerse.
>
> La posibilidad de acudir al procedimiento monitorio en contratos con cláusula de vencimiento anticipado, por la totalidad de la deuda aplazada, ha sido ya admitida por otras Secciones de esta Audiencia Provincial, entre ellas la Sección 12ª (S 2 de junio de 2004) la Sección 11ª (S 20 de junio de 2004), y la Sección 9ª (S 14 de enero de 2005).
>
> AAP TARRAGONA, 3ª, 30-5-07. Admite igualmente la reclamación de las cuotas pendientes, comprensivas de capital e intereses, más los intereses de demora pactados, comisiones, etc. Viene a decir que una cosa es la admisión a trámite del monitorio y el consiguiente requerimiento de pago, para lo que basta una comprobación de una buena apariencia de la deuda reclamada, y otra la eventual oposición que realice el requerido. Esta resolución cita doctrina de otras AAPP:

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 42 27/10/08, 10:11

SAP de Asturias Sección 5ª «conforme autoriza la doctrina científica, cuando el contrato contenga una cláusula de vencimiento anticipado, de manera que tal impago de uno de los plazos pactados acarrea el vencimiento de los demás, el Juez deberá considerar vencida la obligación como hizo el TS, por ejemplo, en la sentencia de 31-7-1986, y librar requerimiento de pago monitorio, una vez que se le acredite, en virtud del principio de prueba, dichos extremos, esto es, la existencia de una estipulación contractual de tal naturaleza y la aportación del recibo o recibos no satisfechos». SAP de Tenerife Sección 4ª de 9-9-2002 « se pronuncia en el sentido de estimar la aportación de dicha clase de contrato como principio de prueba a los efectos de admisibilidad del proceso monitorio, sin perjuicio, según expone, de que los deudores puedan oponerse alegando las excepciones de que dispongan. O la cita a la de la AP de Barcelona Sección 14ª de 30-5-2002, de la que se destaca que: «Recuerda el principio general según el cual la cláusula que admite al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo por incumplimiento del prestatario de su obligación de pago es válida y admisible (SSTS13-12-1996 o 31-6-1996) sin que la eventual decisión judicial al respecto, en caso de controversia, tenga carácter constitutivo sino meramente declarativo, y por ello declara que el contrato de préstamo constituye documento idóneo para seguir proceso monitorio».

SAP Las Palmas 5ª, 17-3-06. En lo que hace referencia a la determinación de la cantidad adeudada, en razón al vencimiento anticipado de ciertas cuotas reclamadas por la actora, cabe, asimismo, destacar que sobre esta cuestión se ha pronunciado ya autorizada doctrina señalando que cuando el contrato contenga una cláusula de vencimiento anticipado, de manera tal que el impago de uno de los plazos pactados acarree el vencimiento de los demás, el Juez deberá considerar vencida la obligación, como hiciera el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 31 de julio de 1986, y librar el requerimiento de pago monitorio, una vez que se le acrediten, en virtud de un principio de prueba, dichos extremos (Vid., al respecto, SAP de Asturias de 11 de octubre de 2002, AC 2002\2372).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 43 27/10/08, 10:11

SAP MAD 11ª, 26-4-07, en igual sentido.

No obstante se plantean **dudas**, sin entrar a fondo en la naturaleza de esta cláusula y limitándonos a su exigibilidad en el monitorio:

a) Se ha discutido la validez de estas cláusulas por contravenir los arts. 1256 CC («La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.») lo que se salva si se concede a ambas partes la facultad examinada, o los arts. 1125, 1127 y 1129 CC (no exigibilidad de la obligación a plazo hasta que el día llegue, no estando entre los supuestos de pérdida del derecho al plazo el de incumplimiento por el obligado de sus obligaciones), lo que sin embargo se supera por el art. 10 LGDCU (26/84) al considerar abusiva la cláusula si no se concede el mismo derecho al consumidor, salvo por incumplimiento del contrato o motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron su celebración, así como el art. 10 de la Ley de Crédito al Consumo, que otorga al consumidor la posibilidad de reembolso anticipado del préstamo incluso sin pacto al respecto.

Por tanto se admite la validez del pacto.

b) Posible carácter abusivo de la reclamación, es decir, de la aplicación en el caso concreto del vencimiento anticipado. Se puede entender (SAP de Asturias, Sección 4ª, 21-11-01) que el pacto por el que se permite a la entidad financiera reclamar los intereses remuneratorios de las cuotas pendientes de pago tenía la naturaleza de una cláusula penal, que como tal en principio tenía función liquidatoria de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y es moderable por los Tribunales y que, además, es incompatible con los intereses moratorios pues éstos, tal y como establece el art. 1101 del Código Civil no son más que la indemnización de los daños y perjuicios dimanantes del retraso en el cumplimiento (art. 1152: En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 44 27/10/08, 10:11

cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado, y art. 1154, sobre moderación de la pena por los tribunales).

Por tanto, por un lado, ese pacto válido en abstracto podría ser nulo por abusivo en su concreta aplicación, por lo que habría que examinar el resultado que propicia la cláusula:

a) Cuantitativamente, visto el estado de la ejecución contractual en un estadio muy temprano, restando la práctica totalidad de las cuotas, o por incumplimiento aislado seguido de pago de las cuotas posteriores, se considera excesivo el vencimiento anticipado de todo el capital junto con intereses correspondientes a plazos que no se van a producir realmente.

b) Acumulación a tales intereses remuneratorios de los de demora.

c) Otras circunstancias que como consecuencia de la declaración de vencimiento anticipado lleven a un incremento desproporcionado de la cantidad debida.

De este modo, si es necesario examinar las concretas circunstancias de aplicación de ese pacto que en abstracto se considera válido pero en su concreta aplicación pueda resultar nula por abusiva, cabría defender su iliquidez y no acreditación de su exigibilidad, y por ello no admitir su reclamación en el monitorio.

Ahora bien, ese examen previo de oficio podría desnaturalizar el monitorio, ocurriendo algo similar a lo que ocurre con el control de oficio de los intereses abusivos, que prácticamente se admite sólo por la AP de Girona, y que se trata más adelante, donde mantenemos que este examen de oficio es perfectamente posible.

Por otro lado, en cualquier caso su propia configuración como cláusula penal, en sí misma, ya podría sustentar su inadmisión dado el deber moderador ex art. 1154. Cuanto más si se le añade lo anterior sobre su posible nulidad (vid. «Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias», «Estudios de Derecho Judicial 55/04», con cita de STS 2-11-2000; SAP Ast 11-7-01; SAP VAL 9ª, 12-4-05 (JUR 165/048),

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 45 27/10/08, 10:11

AST 6ª, 28-2-05 (JUR 2005/326), AAP AST 1ª, 31-5-04 (AC 2004/860), SAP AST 4ª, 21-11-01 (AC 2002/539), SAP PONTEVEDRA 1ª, 4-11-05 (AC 2005/2379).

D) Gastos bancarios para el cobro, por devolución de efectos

¿Se pueden incluir en la reclamación los gastos derivados de la devolución de efectos por el banco por falta de fondos o descubierto en la cuenta del deudor en la que se presenta la factura?

El deudor está obligado en virtud del contrato y la factura al pago de una cantidad determinada, a la que se añade otra suma derivada de la comisión que el banco cobra por la devolución. Parece que esa cantidad no obedece a la relación que media entre las partes contratantes, sino de la forma de pago y a una relación que se daría entre el acreedor y la entidad bancaria, ajena a la que une a aquél con el deudor requerido.

No obstante debe admitirse, ya que ha sido la culpa, dolo o morosidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones la que genera ese gasto extrajudicial en el pago, que constituye una cantidad líquida, vencida, y exigible, siendo una consecuencia que si bien no prevista expresamente en el contrato sí es conforme a la buena fe el uso y la ley vista la naturaleza del contrato (arts. 1101, 1168, 1258 CC). Esos gastos traen causa del descuento de recibos, usual y ordinario en el tráfico. (SAP Asturias sección 7 del 23 de Enero de 2003).

E) Costes de cobro (asesoramiento y confección del documento por profesionales que actúan representando al acreedor). Se reclaman en ocasiones invocando la ley 3/04 de medidas de lucha contra la morosidad —art. 8—

Entendemos que ello vulnera el espíritu de la regulación del monitorio, en el que en principio en caso de pago no hay costas y no se exige postulación procesal, siendo un procedimiento ideado para el pronto y ágil cobro de créditos documentados, vencidos y exigibles.

No parece que pueda sostenerse que se trate de un perjuicio derivado del impago, toda vez que tal postulación no es necesaria, existiendo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 46 27/10/08, 10:11

incluso impresos para posibilitar la reclamación. Ante esto, es el acreedor el que elige acudir a una representación profesional no exigida en el monitorio, pero incluso de optar por el declarativo correspondiente, cuando no fuese por la cuantía exigible la postulación procesal, el art. 32.5 LEC excluye los honorarios de abogado y procurador de las costas. Lo básico es la innecesariedad de esos gastos, frente al caso anterior de los gastos de devolución.

7.3. Intereses en el monitorio

7.3.1. Reclamación de intereses que se devenguen desde la solicitud inicial hasta el efectivo pago

Son frecuentes las peticiones de requerimiento de pago por la cantidad de principal, los intereses que la parte propone ya liquidados como vencidos a tal fecha y además los que se devenguen hasta el efectivo pago, en ocasiones precisados en una cantidad diaria que se devengará (tantos euros diarios) hasta el completo pago.

Nos planteamos si cabe admitir esta reclamación en el monitorio.

Algunas Audiencias han entendido que sí deben admitirse. El monitorio no debe situar al acreedor en peor condición que el declarativo/ejecutivo, y los esos intereses son determinables mediante simples operaciones aritméticas de modo que el deudor puede fácilmente conocer el importe reclamado a medida que se van generando diariamente los intereses.

Sin embargo, entendemos más ajustada a la naturaleza del monitorio la opción contraria, que además evitaría potenciales problemas.

El objeto del requerimiento ha de ser una cantidad líquida y concreta, siendo obligatorio así el desglose de las sumas reclamadas por principal e intereses, y la determinación del tipo a que éstos se calculan. Al menos no deben admitirse requerimientos por los intereses por vencer, por una cantidad X diaria, o por porcentajes imposibles de calcular. No cabe admitir que la cantidad por la que se requiere sea simplemente

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 47 27/10/08, 10:11

determinable debiendo liquidarse de forma definitiva al tiempo de practicarse el requerimiento, ya que, como dice el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 Bilbao:

a) La agilidad y simplicidad propias de la naturaleza del monitorio quedarían muy afectadas si está pendiente de una liquidación posterior al tiempo de la efectividad del requerimiento, quedando así la cuantía fuera del inmediato control judicial.

b) La indeterminación inicial contradice los arts. 812 y 814, que hablan de «cantidad determinada» y de expresar en la petición inicial de la «cuantía de la deuda».

c) El art. 816.2, al decir que desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés del art. 576 LEC (que también habla de los intereses pactados o convenidos por las partes), parece contrario a un devengo anterior de intereses.

d) Puede quedar indeterminado y pendiente de esa posterior liquidación incluso el procedimiento a seguir por la cuantía en caso de oposición. Parece contradecir el tenor del art. 818.2. ¿Cuándo se determinaría? ¿En el momento de la oposición? ¿En el de la revisión judicial?

e) Nuestro ordenamiento jurídico ofrece para la reclamación de cantidades debidas diferentes cauces procedimentales con distintos requisitos, características y exigencias. La acumulación en la petición de los intereses que se devenguen hasta el efectivo pago es posible en un declarativo o en una ejecución, y no se discute que esos intereses sean determinables, que haya convenio de las partes al respecto ni que el deudor los deba, pero el monitorio presenta unas características propias (agilidad y sencillez, rápida obtención de título ejecutivo con el simple silencio del requerido) y también unas contrapartidas, que serían la absoluta determinación y concreción de las cantidades al tiempo de acordar el requerimiento, del mismo modo que quien paga ante el requerimiento no es condenado en costas. Para la recla-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 48 27/10/08, 10:11

mación y obtención de estos intereses y costas, el actor tendría la carga de acudir al proceso que las ampare (declarativo/ejecutivo).

En la misma línea la SJPI Bilbao de 4-12-03 (en igual sentido la SAP Cádiz, 1ª, 12-3-03) se basa en la indeterminación de la cantidad reclamada:

a) Esas cantidades posteriores al cierre del cálculo por el actor al momento de interponer su petición no están determinadas, exigencia que es indisponible según el art. 812.1 de la LEC. Puede haberse devengado la cantidad, pero si no se ha determinado, no puede realizarse el requerimiento.

b) Incluso en el caso de que se fije la cantidad diaria que procede por intereses, se está dejando al deudor sin posibilidad de saber cuál es la cantidad «determinada» por la que debe hacerse el requerimiento. El cálculo del solicitante se basa en una eventualidad que puede no suceder, pues puede haber habido abonos extrajudiciales entre el momento de realizar el cálculo y el de presentación de la demanda, o el de incoar este procedimiento y el de realización del pago. En ese caso, no serían los intereses los de la cantidad señalada por la parte.

c) La especialidad del juicio monitorio es, esencialmente, que un documento recoja la existencia de deuda dineraria, vencida y exigible, en cantidad determinada. Se está pensando en reclamaciones que surgen en el tráfico económico y que se documentan con una simple factura o recibo. Por lo tanto, cuando el solicitante presenta el contrato, aún interpretando extensivamente lo señalado en los arts. 812 y 815 de la LEC, está optando por un procedimiento que lo único que le exige es la determinación concreta, tajante y específica, de la cantidad a abonar.

7.3.2. Reclamación de la aplicación de los intereses del art 7 ley 3/04

En algún supuesto hemos visto la reclamación de estos intereses alegando que son legales. La simple lectura de los preceptos de la ley descarta esta posibilidad.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 49 27/10/08, 10:11

La Ley 3/04 de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tiene por objeto, según su art. 1: «combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración».

Las definiciones de «empresa» y «Administración» dejan al margen a la persona física consumidora.

Según el art. 3, «será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración», excluyendo expresamente de su ámbito: a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores, como el presente, y b) …los pagos de indemnizaciones por daños.»

Para los casos en que se incurra en dolo, negligencia o morosidad, el Código Civil, art. 1101, prescribe la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación lo fuera de pago de una cantidad, la consecuencia es el abono del interés pactado o en su defecto el legal (art. 1108), pero no, como hemos visto, el de la ley 3/04.

7.3.3. Intereses nulos por abusivos conforme normativa de protección de consumidores

Vistos los arts. 51 y 53 CE, 8, 2 y 10 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, 10 bis de la (antigua) LGDCU y la enumeración de cláusulas de su DA I, 19.4 Ley de Crédito al consumo, Ley 3/04 de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, arts. 4, 6, 7 y 9, parece haber acuerdo en que los intereses excesivos atendidos dichos preceptos, serían nulos.

La cuestión radica en resolver si el Juez, de oficio, y en el momento de admisión a trámite del monitorio, puede o debe controlar tales intereses.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 50 27/10/08, 10:11

A favor de este control de oficio se pronuncia la AP Gerona. Básicamente, derivan de lo expuesto la iliquidez de la deuda y por ello inadmiten la solicitud.

En contra: SAP Bcn 17: abusividad requiere proceso declarativo; AAP Bcn, 13, de 8-10-07. Ese examen desnaturaliza el monitorio. La propia Exposición de Motivos de la LEC refiere como punto clave del monitorio la aportación de documentos de los que resulte una base de buena apariencia jurídica de la deuda. La técnica monitoria se basa en la aportación documental que «prima facie» justifique la deuda que reclama, y en la falta de exteriorización de oposición del deudor a tal reclamación, por lo que debe ser éste quien invoque tal abusividad al oponerse, y no el Juez quien de oficio examine tales extremos. No se discute el carácter abusivo, pero en ese primer momento sólo debe controlarse el soporte documental de la apariencia de la deuda reclamada.

Sin embargo, entendemos que cabe defender la inadmisión de las reclamaciones que incluyan este tipo de intereses. No se trata de declarar la nulidad de un contrato o parte del mismo (nulidad por ser la cláusula contractual manifiestamente contraria a la ley, y por tanto entendemos que apreciable de oficio por el Juzgador sin incurrir en incongruencia), ya que tal pronunciamiento necesita un procedimiento declarativo, sino más bien de considerar de oficio que al ser nula y por ello no poder tenerse por puesta la referida cláusula, no podrían ser considerados exigibles en el monitorio. Ello además de que al ser moderables podrían aplicarse también los razonamientos expuestos ut supra a propósito del vencimiento anticipado y la indeterminación de la cantidad.

El Texto Refundido de la LGDCU de 16/11/07, en su artículo 85.6, considera nulas por abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, con la consiguiente sanción de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el art 83 que expresamente prevé para estos supuestos de cláusulas abusivas la facultad moderadora del Juez.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 51 27/10/08, 10:11

En su art 89.7 califica como de abusivas en todo caso las condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites del 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, a la que por tanto ahora existe remisión expresa y no sólo por vía de criterio interpretativo («en ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.»), que por tanto será nulo conforme al art. 83 como ya hemos visto.

Tales cláusulas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art 83.1). En este sentido, sentencias de la Audiencia de Asturias de 02-02-2005 y 29-11-2005 (sección 5ª), o la de 27/12/07 (sección 7ª), en la que analizando la apreciación de oficio, se señala que el sistema de protección de consumidores que dimana de la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea parte de la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad y obliga a los Estados a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, fin que no podría alcanzarse si se confiase tal meta exclusivamente al planteamiento por parte de esos consumidores.

Se admite la posibilidad de declarar nulidad de oficio condicionada y controlada a determinados supuestos en que se haya constatado la existencia de pactos o cláusulas manifiestamente ilegales, contrarios a la moral, al orden público o constitutivos de delito (SSTS 3 y 20 de junio de 1996, 24 de abril de 1997, 12 de diciembre de 2000, desde decisiones como las de las Sentencia de 19-2-1894, 29-3-1932, 29-10-1949, 31-3-1981, 7-7-86, 15-12-93, etc.)

> SAP Asturias sección 5ª del 29-11-05: Cuestión distinta cabe señalar con respecto a los intereses de demora fijados por la actora Hispamer al tipo del 2'5% mensual. Esta Sala ha venido de manera reiterada y constante entendiendo como abusivos los intereses de demora, aún pactados, en cuanto excedan de los fijados en el art. 19-4 de la LCC, y que se cuantifican en el tipo resultante de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 52 27/10/08, 10:11

2,5 veces el legal del dinero, y tal criterio lo ha aplicado a los contratos de préstamo cuando ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, haciéndolo incluso de oficio (auto de 30-1-04 que cita las sentencias de 20-10-99, 10-3-00 y 31-1-01).

Cabe señalar en este sentido, como más recientes, la sentencia de 2-2-05 y el auto de esta Sala de 30-12-04, en el que se reitera dicho criterio y se cita el auto de 31-1-03 de la Audiencia Provincial de Burgos en el que se afirma que un sector mayoritario de las Audiencias Provinciales, a los efectos de valorar si los intereses pactados son abusivos, tiene en cuenta con carácter orientativo el art. 19-4 de la Ley de Crédito al Consumo.

En la sentencia de 26-01-05 se alude expresamente a la aplicación del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, acudiéndose, en los casos de que los intereses pactados superen 2'5 veces el interés legal del dinero, a la facultad moderadora que el artículo 1.154 del C.C. Reconoce el Juez a propósito de la pena convencional, habida cuenta de la similitud que esta figura presenta con el supuesto enjuiciado, calculando los intereses moratorios en la indicada proporción.

Por último, y respecto a la posibilidad de la aplicación de oficio de la nulidad de las cláusulas que, como la presente o similares, se consideran abusivas, cabe citar, de acuerdo con el criterio que, como se dijo, sigue esta Sala de modo constante, la sentencia de la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial de 29-4-03 en la que se declaró que, a pesar de que tal alegación no fue formulada, la naturaleza abusiva de las cláusulas incluídas en un contrato es cuestión que puede considerarse de oficio al hallarse incluída en las que la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios entienda como condiciones abusivas de crédito.

La SAP Las Palmas (Sección 5), de 21 noviembre, justifica con base en Jurisprudencia del TS la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad no invocada por la parte, siempre con carácter restrictivo, para supuestos de encubrimiento de actos ilícitos, pero también en caso de contradicción manifiesta con mandatos legales claros.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 53 27/10/08, 10:11

Consideramos que encajaría en este último supuesto los mandatos legales del art. 19.4 LCC y 85 LGDCU, sobre todo teniendo en cuenta el ámbito en que suelen presentarse, de clara desigualdad entre las partes y de contratos con complicados clausulados, remisiones a condiciones particulares, en los que el tipo de interés en muchas ocasiones está fraccionado por meses y el sistema de liquidación suele ser mediante formulas ciertamente oscuras para el ciudadano, y vista la dimensión constitucional de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. La contravención de la norma imperativa es clara, y el mandato de tal norma, la prohibición de esos intereses por encima de lo indicado en el 19.4 LCC está ahora expresamente prevista en la LGDCU.

Así, se admite esta apreciación de oficio de la nulidad de un contrato o cláusula del mismo ante patentes incumplimientos de la normativa en vigor que desembocan en su nulidad radical o de pleno derecho si nos ceñimos al tenor del texto legal (LGDCU). Se trata, pues, de cláusulas que incluso de haber sido aceptadas expresamente y previamente informadas están al margen de la ley que los regula de forma clara y terminante en los términos arriba expuestos.

> La cuestión que se suscita es si tal nulidad puede o no ser apreciada de oficio, … nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión planteada, entre otras, en su STS 16-3-01, precisando que la nulidad de pleno derecho puede, incluso, ser declarada de oficio cuando se trate de infracciones de un precepto claro y terminante. STS de 15-12-93 … «que si bien, en principio y acatando el art. 359 LEC para que pueda decretarse la nulidad de los contratos debe ser solicitada en debida forma por la parte que la pretenda y a quien sus efectos perjudican, no es tan absoluto y rígido el precepto procesal mencionado, que impida a los Tribunales de Justicia el hacer las oportunas declaraciones, cuando los pactos y cláusulas que integran el contenido de aquéllos sean manifiesta y notoriamente contrarios a la moral o ilícitos, pues lo contrario conduciría a que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 54 27/10/08, 10:11

pudieran tener apoyo y base fundamental en hechos torpes o constitutivos de delitos, absurdo ético-jurídico inadmisible», y la de 29-10-1949 dice «sin que obste a su desestimación … que actores y demandados aceptasen mutuamente la validez de la cláusula referida, porque los Tribunales pueden y deben apreciar 'ex officio', como base de un fallo desestimatorio, la ineficacia o la inexistencia de los actos radicalmente nulos».

8. Competencia territorial en juicio monitorio

Otra cuestión que recurrentemente se plantea entre los Juzgados de instancia es el círculo de inhibiciones de monitorio de uno a otro por falta de competencia territorial, siempre por la vía del art. 58 LEC con el visto del Fiscal.

El art. 58 invocado, sólo permite la apreciación de oficio de la falta de competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda, lo que no ocurre en los supuestos examinados, en los que el Juzgado ya ha declarado previamente su competencia.

El art. 48 LEC permite la apreciación de la falta de competencia objetiva en cualquier momento, para cuyo auto resolutorio sí cabe recurso (art 66), a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la competencia territorial (arts. 58 y 67).

No obstante, el TS considera el fuero territorial del 813 como imperativo, necesitado por ello de un tratamiento semejante al de la competencia objetiva, por lo que aplica analógicamente la regla del art. 48, y no la del 58 LEC, aunque no resuelve expresamente el problema de los recursos aplicables: los de la competencia territorial o los de la objetiva.

El AAP MADRID secc 14, 23-7-07 expone las dos posibilidades y se inclina, cambiando su criterio, por la del 48 LEC. A favor de mantener la competencia del órgano que admitió el escrito inicial, está el que conforme a los arts. 58 y 59 no puede de oficio revisar su competencia (queda en manos de las partes a través de la declinatoria); también el

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 55 27/10/08, 10:11

argumento analógico con la ejecución, con competencia imperativa apreciable de oficio pero que una vez despachada ejecución no podrá revisarse de oficio.

A favor de la revisión de oficio tras la admisión se esgrime que se trata de una norma competencial imperativa que excluye la posibilidad de sumisión; en otro caso se deja en manos del actor el elegir los Juzgados competentes con su unilateral declaración en la demanda, y además esto no supone modificar una resolución firme sino realizar un nuevo juicio sobre la competencia territorial con base en datos antes desconocidos.

El TS ha resuelto la cuestión de la competencia territorial entendiendo que la competencia será del órgano que incoa el procedimiento a no ser que se acredite que ya en el momento de interposición del escrito inicial el requerido de pago no tenía su domicilio en el respectivo partido judicial, no bastando con que así sea en el momento de practicar el requerimiento. Es decir que sólo en estos casos se excluye la aplicación del 411 LEC y se acude al 48. Si no se acredita este extremo debería el órgano requerir de pago por auxilio judicial.

Esto es muy difícil de probar en la práctica en el seno del monitorio, pese a lo cual se comprueba lo frecuente de las referidas inhibiciones, con la consecuencia de que el procedimiento en principio ideado para el cobro rápido y ágil de créditos, se convierte en un peregrinaje de juzgado a juzgado sin que el acreedor consiga que se practique el requerimiento.

> **ATS Civil secc1ª 31-7-07**. En cuanto a la competencia, la fija en el momento de presentación de la demanda con aplicación del 411 LEC, salvo que se acredite no sólo que el deudor no residía en el momento de ser requerido en el correspondiente partido, sino que ya entonces residía en otro partido. La falta de prueba de estos extremos (sólo se acredita que no vivía entonces en el primer partido y que en el momento actual vive en otro) lleva a estimar que la competencia es del primer Juzgado en dos sts de 31-7-07. La primera por que se averiguó domicilio

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 56 27/10/08, 10:11

de persona distinta, la segunda por falta de prueba de que en el momento inicial ya tenía domicilio en el segundo partido.

ATSJ Valencia Secc 1ª 25-9-07. La doctrina del TSJ era que la competencia territorial se determinaba por la presentación de la demanda y aceptación de competencia territorial (en función de lo previsto en el articulo 58 de la LEC, en relación con la norma especial de competencia territorial establecida para este tipo de procedimientos en el articulo 813 de dicha Ley, y en concordancia con el principio de la perpetuatio jurisdictionis —expresamente recogido en su artículo 411 —, debe entenderse que el momento de determinación de la competencia territorial es el de la admisión de la demanda y no con posterioridad, lo que presupone que si el actor, basado en la relación jurídica determinante de la deuda reclamada, la presenta en el Juzgado competente conforme a la regla especial delimitada por el domicilio o residencia del deudor —normalmente conocidos por haber sido facilitados por él mismo—, o, de no ser conocidos, el del lugar en que éste pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago, por el hecho de su admisión a trámite queda consolidado ese elemento competencial, que ya no podrá verse afectado por razón de que posibles circunstancias sobrevenidas condicionen el que el requerimiento de pago tenga que efectuarse en otra circunscripción, pues ello no afecta a la competencia que con anterioridad se ha reconocido y cuyo planteamiento de oficio no cabe una vez admitida la demanda, sin perjuicio de que la parte demandada cuando comparezca pueda proponer la correspondiente declinatoria en los términos legales.).

Sin embargo se hace eco de la JP del TS que interpreta en el sentido que habrá que examinar si el cambio de domicilio fue anterior o posterior a la aceptación de la competencia.

El ATS Civil secc 1ª, 14-9-07 aborda el concepto de domicilio y explica como para el monitorio basta la mera situación física independientemente de la voluntad de permanencia. La competencia se determina atendiendo al domicilio en el momento del requerimiento de pago siempre que ya fuera real y efectivo al tiempo de interponerse la demanda.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 57 27/10/08, 10:11

Otra duda que se plantea es la alegación de la falta de competencia territorial/declinatoria**:** hay quien la admite sólo en el juicio declarativo posterior a la oposición; otros también ante el propio requerimiento del monitorio; o articularlo en la contestación al mismo como motivo de oposición.

El Auto del JPI n.º 1 Bilbao de 12-3-04 rechaza la posibilidad de interponer declinatoria en este momento, indicando que el momento para plantear la declinatoria conforme al 64.1 LEC son los 10 primeros días del plazo para contestar a la demanda ó 5 desde la citación para la vista. No tiene sentido permitir tal incidente en el monitorio, ya que por un lado la regulación de los arts. 63 y ss. sólo se refieren a los juicios ordinario y verbal, no al monitorio (que tiene regulación específica que únicamente permite silencio/pago/oposición), y por otro lado, porque se exigiría para el incidente de declinatoria la correspondiente postulación procesal, que en el monitorio no es exigible hasta que haya oposición. Podríamos añadir que no parece muy coherente con la naturaleza del monitorio, como procedimiento tendente a la ágil y rápida satisfacción de créditos líquidos y exigibles el complicar su tramitación de esta manera.

Parece que podría defenderse el que no cupiese declinatoria, sino únicamente oposición, anunciando o no esa declinatoria que en el declarativo se interpondrá.

Sin embargo, hay sectores que la admiten. En cualquier caso, vista la postura del TS, no vemos obstáculo para aplicar el art. 48 y declarar de oficio la falta de competencia territorial al tener conocimiento de la misma, sin tramitar la declinatoria como tal (o el recurso de reposición, que se inadmitiría al tener que hacerse valer a través de la declinatoria). Es decir, dar traslado a solicitante y Ministerio Fiscal (salvo que se hubiera interpuesto la declinatoria mediante escrito firmado por abogado y procurador en cuyo caso también daría traslado al requerido, con los efectos que ello implica en cuanto a la imposibilidad de discutir al órgano competente resultante su competencia) y resolver.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 58 27/10/08, 10:11

9. Posibilidad de citación edictal fuera de los casos del 815.2 (Gastos comunes de comunidades de propietarios)

Cuestión en que como indica el Seminario de Aspectos Procesales del Proceso Monitorio (CGPJ MAO705) se encuentran también dos posturas.

Algunas resoluciones admiten esta posibilidad, ya que el artículo 815 se remite al 161, y por ahí al 156, que concluye admitiendo como última solución la de acudir a la citación edictal. Se esgrime el derecho de acceso a la Jurisdicción obteniendo una resolución de fondo del litigio por los Tribunales, rechazando la «sobreprotección» del deudor que conoce su deuda y trata de esquivar su localización.

En contra, el sentir mayoritario (AP Guadalajara 6-4-06; Coruña 4ª, 31-1-06), y al que nos adherimos, resalta las graves consecuencias para el deudor en un procedimiento en que se alteran las normales consecuencias de la rebeldía o falta de oposición, que conlleva un despacho directo de la ejecución, sin necesidad de que el actor acredite la base de su pretensión y el Juzgado resuelva, partiendo de la ficción de que ese silencio implica un reconocimiento de la deuda. No debe añadirse otra ficción (la de que la publicación de edictos equivale a la entrega de cédula), además del carácter excepcional de este medio de notificación. No habría, propiamente, pronunciamiento del Juzgado sino ejecución directa sin más sustento que la aportación documental inicial del monitorio, pero la clave para el despacho de la ejecución no son los documentos aportados inicialmente sino el silencio del requerido.

Se impediría además al ejecutado volver sobre lo que se le exigió en el monitorio (816.2).

Posibles soluciones para los casos de falta de conocimiento del domicilio/paradero del demandado.

a) Citación edictal. Ya examinado.

b) Archivo provisional con posibilidad de reapertura de averiguarse un domicilio en el partido judicial, no procediendo el archivo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 59 27/10/08, 10:11

definitivo hasta que no caduque la instancia conforme al 237 LEC. (AP Murcia 5ª 25-4-06).

c) Archivo definitivo. En principio parece más práctica que tener un monitorio dos años archivado sin ni siquiera haber podido comprobar la competencia territorial del órgano. (AP Guadalajara 6-4-06).

CARLOS MARTÍNEZ DE MARIGORTA MENÉNDEZ
JUEZ

JULIO MARTÍNEZ ZAHONERO
JUEZ

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 60 27/10/08, 10:11

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DEL JUICIO ORDINARIO, LA FIGURA DEL TESTIGO-PERITO, PRUEBA DOCUMENTAL Y MEDIDAS CAUTELARES

1. Juicio ordinario

1.1. La facultad o el deber del art. 429.1 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El art. 429, con la rúbrica «Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio» dispone en su apartado 1º:

> «Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.
>
> Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.
>
> En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.»

A) En primer lugar, cabría discutir su naturaleza jurídica ¿es un deber o una facultad?

El artículo emplea términos imperativos «lo pondrá de manifiesto a las partes». Sin embargo, emplea el potestativo «podrá» cuando se refiere a las concretas pruebas que podrían resultar convenientes y que el juez puede o debe sugerir.

A la vista de los términos literales, da la sensación de que para el juez es un deber advertir la insuficiencia probatoria, y una facultad bajar a la arena a indicar las pruebas concretas «convenientes» (lenguaje extrajurídico, cuando la ley emplea con precisión términos como pertinencia y utilidad).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 61 27/10/08, 10:11

Pues bien, también considero que, en cuanto a la prueba o pruebas convenientes, aunque el precepto emplee términos facultativos (podrá) el juez estaría obligado a señalar las pruebas que estime convenientes siempre que se dé el supuesto de hecho de la norma, pues facultad no es arbitrariedad.

La doctrina no parece distinguir entre los dos planos (advertencia de insuficiencia y pruebas convenientes) y la mayoritaria entiende que es una facultad judicial, como Barona Vilar y Martín Ostos, y lo mismo la jurisprudencia. Podríamos distinguir así entre una facultad de advertencia (insuficiencia probatoria) y una facultad de sugerencia (pruebas convenientes).

Lógicamente, dependiendo de la respuesta a esta cuestión podremos conocer el alcance de las consecuencias de su inaplicación.

La SAP de Ciudad Real, de 28 de mayo de 2002 (RJ 2002\178917), sostiene su carácter imperativo pero matiza su alcance al señalar «viene referido a una carencia objetiva y absoluta de prueba sobre un hecho afirmado por una de las partes, que a su vez, sea preciso establecer para resolver el pleito. No abarca por tanto la mayor o menor convicción que un determinado medio de prueba pueda representar a priori, ni desde luego es excusa para el litigante que nada hace para levantar la carga de alegar y probar que sobre el pesa» y además, la sentencia reconoce que el deber es de menor intensidad en lo que se refiere a la prueba conveniente para mitigar la insuficiencia probatoria, concretamente señala: «y esto ya no es un deber con la misma intensidad que el anterior, en cuanto la norma contenida en el segundo inciso del precepto, cuyo destinatario es el Juez, está redactada en sentido potestativo el Juez puede señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente».

Concluye que las consecuencias son distintas según estemos ante la insuficiencia probatoria (nulidad) o ante la indicación de la prueba conveniente (donde la nulidad es discutible).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 62 27/10/08, 10:11

La SAP de La Rioja, de 31 de enero de 2005 (RJ 2005\94202), se inclina por su carácter potestativo, a modo de facultad del juzgador al decir: «la facultad que establece el art. 429-1 de la Ley Procesal Civil no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes, por no ajustarse a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho precepto debe enmarcarse en sus justos límites que resultan de la interpretación sistemática respecto de toda la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar que la facultad admonitoria del Juez es potestativa, así como la expresión «podrá» del inciso segundo de dicho art. igualmente confirma».

La SAP de Burgos, Sección 2ª, núm. 408/2002, de 23 de julio (JUR 2002\233618) rechaza la existencia de una obligación de juez de prever el resultado de la prueba (juez adivino) y alerta contra el riesgo de pérdida de la imparcialidad : «Desde un punto de vista muy general, ha de partirse de que la interpretación del art. 429.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892), de Enjuiciamiento Civil, no puede hacerse en los términos que pretende la parte recurrente. La tesis de la apelante no sólo dejaría sin efecto, de hecho, la aplicabilidad de otro precepto del mismo Texto Legal, cual es la regla de la carga de la prueba, pues parece inferirse del recurso la tesis de que es obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar, lo que no deja de ser ciertamente inimaginable, pues el Juez no sabe cuál va a ser el resultado de las pruebas, sino que, desde una perspectiva general, debe ser dicho precepto aplicado con singular cuidado, pues una aplicación inmeditada del mismo puede conducir a la quiebra del más elemental principio de la imparcialidad judicial, ya que indicar sin más y como pretende la parte apelante qué hechos pudieran resultar no acreditados y las pruebas necesarias para que ello no suceda, si bien pueden favorecer a una de las partes, sin duda cabe que perjudique a la otra, quien cabe que, en su estrategia procesal, juegue, precisamente, con el hecho de que no quede acreditado por quien le corresponda la base de la pretensión.»

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 63 27/10/08, 10:11

Su carácter potestativo o de facultad judicial es destacada por sentencias como las de la AP de Córdoba, de 15 de diciembre de 2004; SAP de Badajoz, de 3 de mayo de 2002 (JUR 2002\207199) destaca que si el juez «no advirtió tal insuficiencia hasta el momento de dictar sentencia es claro que las actuaciones no se pueden retrotraer al momento de la proposición de prueba para dar entonces posibilidad a la parte de que proponga la prueba que sea necesaria para acreditar su derecho.»

La SAP de las Islas Baleares, de 9 de febrero de 2006 (AC 2006\22), sostiene que el precepto contiene una facultad judicial y ello por lo siguiente: «i) Del tenor literal del precepto que no utiliza términos imperativos tipo «el juez deberá» sino que hace depender la iniciativa probatoria de oficio de una previa consideración del juez («cuando el juez considere»). ii) De interpretarse que el art. 429 impone un deber, el juez debería controlar de oficio la idoneidad de los medios probatorios propuestos, como si se trataran de presupuestos procesales, lo que violaría el principio de aportación de parte (art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). iii) El art. 429.1.II está ubicado entre la fijación de los hechos controvertidos (428.1) y tras la proposición de prueba (4291.I) pero al no haberse practicado todavía la prueba e ignorarse el resultado de ésta, no puede exigirse al juez que adelante su valoración para identificar posibles insuficiencias probatorias. iv) El art. 249.1.II no puede configurar una nueva responsabilidad judicial, la de la búsqueda de la certeza probatoria, incompatible con los sistemas procesales como el nuestro que no se basan en la investigación de oficio de los hechos alegados».

B) Otras consideraciones:

a) La insuficiencia probatoria se refiere a los hechos controvertidos, por lo que es imprescindible su fijación con carácter previo. El problema es que exige al juez un juicio anticipado sobre la suficiencia o insuficiencia de las pruebas. A mi juicio, hay que distinguir dos planos: aquel hecho controvertido respecto al cual se han propuesto pruebas que, por diversas razones, no son idóneas para acreditarlo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 64 27/10/08, 10:11

(v.gr testigos respecto a un contrato mercantil cuya cuantía excede de 1.500 pesetas cfr. art. 51 del Código de Comercio); por otro lado, si existen pruebas que en principio podrían acreditar plenamente el hecho, pero luego resultan insuficientes, no cabría argüir infracción de este art. (el juez no es un adivino). Lo digo por el juego de la aplicación del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, resulta perturbador que no se haga uso de dicha facultad y luego se apliquen las consecuencias de la insuficiencia probatoria al amparo del art. 217.

b) No es necesario que sobre un hecho no se haya propuesto prueba alguna, bastando que las pruebas propuestas puedan resultar insuficientes.

c) El precepto no permite proponer prueba de oficio, pero a veces se hace y algún autor lo defiende como Fairén Guillén o Gimeno Sendra.

De una lectura del artículo no se desprende esta posibilidad que, además, choca con el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precisamente este segundo autor, al amparo de la excepción del segundo inciso del art. (que permite al juez acordar de oficio que se practiquen pruebas cuando así lo establezca la ley) entiende que cabe la remisión al art. 429.

d) ¿Qué sucede si la prueba sugerida por el juez es la de documentos y la parte acoge dicha sugerencia y pretende aportarlos con posterioridad, por lo tanto, al momento procesal legalmente previsto? ¿Y si es la pericial?

En principio, cabría afirmar que no hay que distinguir donde la ley no distingue. El precepto habla de «pruebas convenientes» y como tales pueden ser cualquier tipo de pruebas pero, eso sí, no acudiendo a fuentes de prueba distintas de las que obren en los autos, y así hay que entender el inciso «ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos».

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 65 27/10/08, 10:11

No obstante, resulta evidente que existe una diferencia fundamental tanto temporal como cualitativa entre pruebas como el interrogatorio de partes, de testigos o el reconocimiento judicial, y la prueba documental. Así, mientras que aquellas pruebas se proponen en el mismo acto de la audiencia previa, los documentos, como regla general, ya habrán debido de ser aportados y lo que hace la parte es solicitar que se tengan por reproducidos (art. 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) Además, las consecuencias no son las mismas pues la falta de aportación de un determinado documento en el momento procesal oportuno, dejando a un lado los casos de inadmisión, conlleva la preclusión, esto es, el cierre del proceso a dicho documento, conforme al art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Existen diferentes posturas sobre la cuestión. Seoane Spielgelberg sostiene que en ningún caso pueden vulnerarse las normas que marcan el momento preclusivo de aportación de documentos al proceso. El juez no puede desconocerlas ni las partes, acogiendo la sugerencia del juez, aprovechar para solicitar documentos que debieron ser aportados en su momento. Abel Lluch considera igualmente que el uso del art. 429 está limitado por el principio de legalidad probatoria. Banacloche Palao, precisamente atendiendo a la manifestación del art. 429 de que el tribunal deberá ceñirse a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, concluye que no cabe aportar nuevos documentos pues la facultad del juez estaría limitada a pruebas relacionadas con elementos probatorios ya existentes.

En contra de este criterio, sin embargo, se manifiesta Picó i Junoy quien considera, en primer lugar, que la preclusión del art. 269 se refiere a la actividad probatoria documental de las partes y no a la que pueda surgir como consecuencia de la iniciativa del juez. En segundo lugar, que también las restantes pruebas, como el interrogatorio o la testifical, estarían afectadas por el principio de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 66 27/10/08, 10:11

preclusión, dejando el art. vacío de contenido, ya que en ese momento procesal ya habría precluido la posibilidad de solicitar dichas pruebas. Etxeberría Guridi sostiene la misma idea partiendo del hecho de que la ley procesal con el art. 429 ha tratado de compensar al juez ante la pérdida de iniciativa probatoria con la nueva regulación de las diligencias finales.

En la jurisprudencia, la SAP de Murcia de 15 de febrero de 2002, se inclina por la primera postura, al considerar, en un caso de prueba pericial, que la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite al amparo de este precepto subsanar la falta de prueba ni las pruebas propuestas de forma inadecuada.

A mi juicio, el argumento fundamental es que el tribunal deberá ceñirse a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos. Así, tratándose de documentos, hay que entender que dichos documentos deberán ya obrar en las actuaciones pues, a diferencia de otras pruebas como la testifical o el interrogatorio, cuya práctica se produce en el momento del juicio o vista, la prueba documental se practica con anterioridad, desde el momento en el que queda el documento incorporado a los autos y admitido como prueba documental.

Finalmente, el principio de igualdad de partes que rige en el proceso civil, configura de manera esencial la prueba documental y toda su regulación está orientada a permitir que cada parte pueda reaccionar ante los documentos presentados por la contrario, regulando de forma clara y precisa las consecuencias de la aportación extemporánea de documentos. Permitir, al amparo del art. 429, la aportación de documentos al margen del momento procesal oportuno, infringiría dicho principio de igualdad pues resultaría sorpresivo y dejaría a una de las partes sin posibilidad de reacción. Como señala Montero Aroca, la prueba documental es de vital importancia en el proceso civil pues está sometida a reglas especiales de valoración y generalmente incorpora los hechos base de la pretensión y de la

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 67 27/10/08, 10:11

causa de pedir. Como ya dijimos, es la prueba estrella del proceso y de ahí que la ley sea muy rigurosa en lo relativo al desarrollo de dicha prueba.

Respecto de la prueba pericial la SAP de La Rioja, de 31 de enero de 2005, (RJ 2005\94202) ya citada considera que la facultad del juez no puede suplir la inactividad probatoria de las partes cuando con su demanda no aportan, anuncian o solicitan la designación de perito.

e) Esta posibilidad también está contemplada en el juicio verbal por remisión del art. 444 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, de acoger las partes la sugerencia del juez, el juicio debería suspenderse, siendo de aplicación las causas de suspensión previstas en el art. 193.1, ordinales 2º, 3º e incluso 4º, por remisión, en este último caso, al mismo ordinal del art. 188.1.

Ahora bien, esta posibilidad legal no deja de chocar con el principio de concentración o unidad de acto que preside el juicio verbal y con la idea del legislador de que éste sea un juicio ágil y flexible. Y, en cierto modo, contradice el tenor literal del art. 440.1 párrafo 2º cuando previene, precisamente para evitar suspensiones y lograr que el juicio acabe en unidad de acto, que las partes han de acudir con los medios de prueba de que intenten valerse.

Considero que, *de lege ferenda*, debería proponerse la supresión de esta posibilidad en el juicio verbal donde, paradójicamente, más podría darse su aplicación. Pensemos en un juicio verbal sin intervención de profesionales del derecho por ser de cuantía inferior a 900 euros. Suelen ser controversias sencillas y puede darse el caso, dada la impericia técnica, que el litigante no solicite una prueba esencial para el éxito de su pretensión, y que ésta fuera advertida por el juez.

f) ¿Qué sucede si, llegado el juicio, una de las partes renuncia a una prueba y el juez considera que dicha prueba podría ser conveniente para acreditar un hecho controvertido que, en caso contrario,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 68 27/10/08, 10:11

podría verse afectado por insuficiencia probatoria? ¿Debe el juez en el acto del juicio hacer la advertencia?

Rotundamente no, pues el precepto tan solo permite hacer uso de la facultad (o cumplir el deber) en el momento de la audiencia previa, que es precisamente cuando se fijan los hechos controvertidos. La posibilidad legal está constreñida a un momento procesal determinado y sería sumamente perturbador extenderla a otras fases del proceso, sobre todo por cuanto en el acto del juicio, el juez, a la vista de la prueba ya practicada, podría haberse formado ya un conocimiento más preciso de lo ocurrido y, verificado el éxito o fracaso de las pruebas, correría el riesgo de decantarse demasiado claramente por una parte al hacer la advertencia ante una renuncia.

g) ¿Cómo se cohonesta este art. con las diligencias finales? Examen de art. 435.1.1ª.

El art. 435 no permite proponer como diligencias finales pruebas que pudieron proponerse en tiempo y forma y añade: «incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1º del art. 429».

Imaginemos, por tanto, que se solicitase como diligencia final una prueba que, según la parte, no pudo ser propuesta en tiempo y forma por no haber hecho uso el juez del deber legal que le impone el art. 429.1. Este planteamiento (Seoane Spiegelberg) parte de considerar que el artículo citado contiene un deber legal. Sin embargo, esta interpretación choca con la dicción del artículo que requiere precisamente que ante la manifestación del tribunal no se hubiera propuesto la prueba, en cuyo caso no podrá solicitarse como diligencia. Si ni siquiera se hizo la manifestación (porque el juez no la juzgó necesaria) no cabe plantear la cuestión en sede de diligencias finales, con independencia de que se pueda alegar vulneración de norma procesal por no haberse aplicado el art. 429.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 69 27/10/08, 10:11

En conclusión, se trata de un precepto perturbador pues constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico y como tal debió ser mejor definido, sobre todo para eliminar dudas sobre su naturaleza (facultad/deber) íntimamente relacionadas con las consecuencias de su inaplicación (vulneración de norma procesal, nulidad de actuaciones). Y es perturbador, además y por encima de todo, por cuanto parece querer configurar un nuevo papel del juez en el proceso civil, desde el momento en el que a través de este precepto puede estar tomando partido por las pretensiones de las partes. Me explico, las pretensiones se configuran por elementos fácticos y jurídicos, sin que queda atribuir inicialmente y desde el punto de vista teórico, mayor relevancia a unos que a otros, todos deben confluir para el éxito de la pretensión. Respecto a los elementos fácticos, no basta con su alegación sino que si son contradichos hay que probarlos. De esta manera, hecho y su prueba son presupuestos para el éxito de la pretensión. Sin hecho no hay prueba y sin prueba no hay hecho, jurídicamente hablando. Al permitir la ley al juez incidir sobre la prueba (advirtiendo la insuficiencia de la prueba respecto a un hecho y sugiriendo la forma de suplir la insuficiencia) está, en cierta forma, apoyando la pretensión (contribuyendo a su éxito) que se sustenta, entre otros, en ese hecho. En la práctica, puede incluso que dicho hecho sea el elemento fáctico fundamental para el éxito de la pretensión.

A modo de apunte y para finalizar la cuestión, el Tribunal Supremo está estudiando el asunto planteado como recurso extraordinario por infracción procesal. Esperamos impacientes.

1.2. La función conciliadora de la audiencia previa. En relación con lo anterior ¿Cómo afecta a la audiencia previa que el Procurador acuda sin poder especial o sin poder general con facultades especiales?

El art. 414 que lleva por título «Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia» señala:

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 70 27/10/08, 10:11

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

2. Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado.

Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

3. Si no compareciere a la audiencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

También se sobreseerá el proceso si a la audiencia sólo concurriere el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si fuere el demandado quien no concurriere, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente.

4. Cuando faltare a la audiencia el abogado del demandante, se sobreseerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si faltare el abogado del demandado, la audiencia se seguirá con el demandante en lo que resultare procedente.»

Una de las funciones de la audiencia previa, tan importante cualitativamente como las demás (función saneadora, delimitadora y probatoria) es la que podríamos denominar **conciliadora**. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en los preceptos relativos a la audiencia previa,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 71 27/10/08, 10:11

prevé la posibilidad de acuerdo en varios pasajes (vid. arts. 414.1, 414.2, 415 y 428.2 y 3).

Así, en primer lugar, la norma obliga al juez a realizar una labor de verificación de la existencia del acuerdo «comprobará si subsiste el litigio entre ellas»; o de la posibilidad del mismo: »Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.»

En segundo lugar, la ley adjetiva faculta al juez a realizar una labor activa de intermediación para la consecución del acuerdo, pero ya en un momento posterior. De otro modo no cabe interpretar sino lo previsto en el apartado 2º del art. 428 cuando dice: «A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el art. 415 de esta Ley.»

Como vemos, la ley procesal habla de exhortar, lo cual va más allá de una mera labor de comprobación, pues permite al juez que se implique activamente para lograr el acuerdo. El hecho de que esta segunda posibilidad de acuerdo, con la intervención activa (no pasiva) del juez, se dé una vez avanzada la audiencia previa y fijados los hechos controvertidos, es coherente con el hecho de que en este momento procesal el juez podrá tomar ya un conocimiento más preciso y cabal del núcleo de la controversia, con lo que estará en mejores condiciones (actuando razonablemente y sin comprometer su imparcialidad prejuzgando el fondo del asunto) de sugerir la posibilidad de acuerdo no en abstracto, sino en concreto, ofreciendo soluciones o salidas más o menos precisas a las pretensiones de las partes. Sin embargo, la Exposición de Motivos (XII) parece no distinguir el distinto papel del juez ante el acuerdo (o posible acuerdo) y habla de intento de acuerdo en ambos momentos.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 72 27/10/08, 10:11

Finalmente, la ley, en su art. 428.3, prevé una especie de acuerdo fáctico, pues dice «Si las partes no pusieran fin al litigio mediante acuerdo, conforme al apartado anterior, pero estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas, el tribunal dictará sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia».

Este acuerdo sobre los hechos, que excluye el juicio, debe ser pleno y total sobre todos y cada uno de los hechos relevantes. Aquí el juez puede tener un papel decisivo, pues es frecuente que en los escritos iniciales se hagan alegaciones fácticas que no resulten relevantes en orden a las pretensiones de las partes concretadas en los suplicos, y por ello debe procurar dejar fuera aquellos hechos controvertidos pero que no resultan trascendentes en orden a resolver el litigio. Como siempre, el juez debe ser prudente y, como toda virtud se apoya en el saber, debe haber tomado conocimiento preciso sobre lo pretendido. En definitiva, que el éxito o fracaso de la función conciliadora requiere de un esfuerzo del juzgador, quien deberá llegar a la audiencia previa habiéndose estudiado ya el pleito.

Respecto a la cuestión de la ausencia de poder especial o de poder general con facultades especiales cuando la parte no comparece personalmente sino a través de su Procurador, las consecuencias dependerán de nuestra consideración acerca de la función conciliadora de la audiencia previa:

a) **Sobreseer el proceso** (si es el procurador actor) o continuarlo únicamente con el actor (si es el procurador demandado) al amparo del último inciso del párrafo segundo del apartado 2º del art. AP Burgos, Sec. 2.ª, 429/2005, 4-10-2005; AP Madrid, Sec. 21.ª, 230/2005, 29-4-2005; AP Cáceres, Sec. 2.ª, 1/2003, 13-1-2003; AP Málaga, Sec. 5.ª, 740/2006, 21-11-2006.

b) **Conceder un plazo de subsanación** (al amparo del art. 231) AP Lleida, Sec. 2.ª, 509/2001, 20-11-2001; AP Girona, Sec. 2.ª, 131/2006, 28-6-2006 con cita abundante de otras.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 73 27/10/08, 10:11

c) **Sólo sería necesario verificar la suficiencia del poder otorgado al Procurador en caso de que exista posibilidad de acuerdo**. AP Las Palmas, Sec. 4.ª, 391/2006, 10-10-2006; AP Pontevedra, Sec. 6.ª, 353/2006, 15-6-2006. En contra de esta posibilidad, AP Madrid, Sec. 25.ª, 275/2006, 18-12-2006 que señala «Las exigencias y consecuencias legales así establecidas en la norma procesal aplicable, excluyen interpretaciones parciales referidas a lo ocurrido en los autos o a la voluntad de las litigantes en cuanto a la posible consecución de acuerdos transaccionales, ya que implicaría dejar la aplicación del texto normativo, de orden público, a la voluntad o intención de los litigantes en relación a si están o no dispuestos a llegar a acuerdos que pongan fin a la controversia, de todo punto inadmisible por el carácter imperativo de los preceptos analizados.»

Además, esta misma resolución considera que el beneficio de justicia gratuita conlleva el otorgamiento al Procurador de un poder general, exigiéndose poder especial para transigir: «La ley de asistencia jurídica gratuita define el contenido de la obtención del beneficio, circunscrito a la representación real y efectiva del beneficiario hasta la terminación del proceso, art. 31, definiendo el art. 7 la extensión temporal, sin que en ninguno de los preceptos de la ley y del reglamento se entienda que la designación de procurador de oficio lleva implícita la facultad de transigir, renunciar o allanarse a que alude el art. de la LEC anteriormente analizado, siendo lo cierto que el art. 25.1 de la LEC, párrafo primero, alude al poder general para pleitos, que faculta al procurador para realizar válidamente los actos procesales comprendidos de ordinario en la tramitación de aquellos. Facultad general que es la que debe entenderse conferida con la designación de procurador de oficio.

El art. 25.2 establece la necesidad de apoderamiento especial, entre otras, para la renuncia, el allanamiento y la transacción. La exigencia así establecida debe ser suplida en el caso de designación de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 74 27/10/08, 10:11

procurador de oficio mediante apoderamiento ante el Secretario del Tribunal, art. 24.1 de la LEC, para que pueda representar a la parte en caso de no comparecer por sí misma al acto de la audiencia previa, no habiendo sido así fue correcto el sobreseimiento decretado.»

No comparto esta postura. Como he dicho, considero que la función conciliadora de la audiencia previa es tan importante como las demás y por ello no cabe excluirla a priori. La ley trata de que en todos lo casos haya un sujeto con capacidad negociadora (la propia parte o procurador con poder especial) y si bien cabría defender esta postura si se entiende que el juez debe limitarse a constatar la existencia o inexistencia de acuerdo, no es admisible cuando el juez puede intentar el acuerdo de las partes, pues en tal caso se estaría dejando a la voluntad de la partes lo que es una facultad del juez. En cambio, si comparto lo relativo al llamado «poder de oficio», práctica habitual que se admite de forma generalizada.

d) **Postura que considera imprescindible la presencia de Procurador en la Audiencia Previa incluso cuando las partes comparezcan personalmente**. AP Madrid, Sec. 19.ª, 345/2006, 4-12-2006.

1.3. Audiencia previa que concluye quedando los autos pendientes de dictar sentencia al amparo de los arts. 428.3 (acuerdo sobre hechos y cuestión jurídica) y 429.8 (única prueba admitida la documental ya aportada sin impugnación y/o la pericial sin necesidad de citación a la vista ni de ratificación). ¿Es conveniente o incluso necesario dar trámite de alegaciones? ¿Cabe recurso contra la decisión del juez declarando los autos conclusos para sentencia sin necesidad de juicio?

Si bien no está expresamente previsto, tampoco los artículos citados lo excluyen. Podría acudirse a la aplicación del art. 185.4 pues, si bien se refiere a la vistas, lo relevante es que practicada la prueba (y la documental lo es) es procedente conceder la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos, y formular concisamente alegaciones

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 75 27/10/08, 10:11

sobre la prueba. En este caso, realizar alegaciones sobre la valoración probatoria de la documental aportada de contrario, pues aunque no se impugne la documental, cabe estar en desacuerdo con las consecuencias probatorias que la parte que lo aporte pretende extraer de la misma. Si bien en el caso del 428.3 (acuerdo sobre hechos y cuestión jurídica) no hay prueba como tal, la posibilidad de rectificar hechos o conceptos siempre podría quedar abierta.

Amén de lo anterior, los artículos citados no prevén expresamente que se dará por concluida la audiencia y se procederá a dictar sentencia, sino únicamente esto último, por lo que cabe que la audiencia no concluya sino hasta que se dé este último turno de intervenciones.

En cualquier caso, estimo que lo adecuado es concederlo si las partes lo piden e incluso planteárselo si nos hemos quedado con alguna duda o precisamos de algún tipo de aclaración, en analogía con lo previsto en el apartado 4º del art. 433 («Si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique»)

Respecto a la posibilidad de recurso, la ley no lo prevé expresamente, quizá porque parte de que los litigantes estarán conformes y que la no necesidad del juicio ha sido, por así decirlo, consensuada entre las partes (o la parte, generalmente en lo casos de rebeldía) y el juez. Sin embargo, la hipótesis es razonable sobre todo en el caso del acuerdo sobre los hechos y la reducción del litigio a una cuestión jurídica. No obstante, dado que el precepto exige acuerdo de la partes sobre los hechos, parece que el supuesto será extraño. Cabe que exista un acuerdo sobre los hechos relevantes y no sobre algún hecho accesorio o intrascendente, al parecer del juez, pero no de las partes.

Finalmente, señalar que el artículo peca de redundante pues si hay acuerdo sobre los hechos, la discrepancia siempre será jurídica, siendo innecesaria esta precisión.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 76 27/10/08, 10:11

2. El testigo-perito

El art. 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define al testigo-perito como aquél que «posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio» en cuyo caso «el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.»

En coherencia con dichas manifestaciones, la ley prevé que las demás partes podrán advertir al tribunal de la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el art. 343 de esta Ley.

La correcta definición de la figura del testigo-perito es un tema relevante ante la confusión (a mi juicio injustificada en los casos que se me han planteado) que tienen algunos letrados (también alguna Audiencia, si se me permite el atrevimiento) sobre la misma y la frecuencia de este medio de prueba.

Caben hacer las siguientes consideraciones sobre el particular:

a) Como su propio nombre indica y se desprende claramente del artículo que lo regula, el testigo-perito es, ante todo y por encima de todo, un testigo, que por lo tanto ha debido de tomar conocimiento (tener noticia) de los hechos de forma espontánea, extraprocesalmente (por haberlos visto u oído o porque se los hayan contado), bien de forma directa o por referencia; y no como consecuencia de ser llamado por cualquiera de la partes para tomar contacto con los hechos ya acaecidos y elaborar un informe sobre los mismos, que es lo propio de un perito.

b) Es un testigo que, además, posee conocimientos periciales (v.gr representante del taller al que se le pregunta sobre la forma de ocurrencia del accidente con relación a los daños, arquitecto que intervino en la ejecución de las obras litigiosas etc...)

c) La razón para admitir tal testigo es que tenga conocimiento de los hechos, y no en razón de sus conocimiento periciales. Por

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 77 27/10/08, 10:11

lo tanto, el juicio de pertinencia y utilidad debe bascular sobre su relación con los hechos. Así, sus manifestaciones técnicas se agregan a sus respuestas sobre hechos, con lo que sería inadmisible que sólo se le preguntara por sus conocimientos periciales. Por ello, hay que rechazar todo intento de «colar» un dictamen pericial que, por las razones que sean, no ha sido aportado a la causa o lo ha sido extemporáneamente, mediante la declaración en juicio del perito autor del mismo proponiéndolo como testigo-perito.

d) Al testigo-perito se le toma juramento o promesa como tal testigo y no juramento o promesa de objetividad (art. 335.2)

e) Como tal testigo podrá ser indemnizado (art. 375).

f) No es testigo-perito el perito que ha elaborado un dictamen a instancia de parte, y cuya declaración es solicitada por las partes para ofrecer explicaciones o aclaraciones sobre el dictamen pericial, como tampoco el perito judicial cuya comparecencia a juicio es requerida (vid. arts. 346 y 429.5).

A pesar de lo anterior, hay resoluciones judiciales que no lo ven así.

La SAP A Coruña, Sec. 4.ª, 143/2006, 24-3-2006, Recurso 153/2006 PONENTE: JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG considera admisible la proposición como testigo perito de la autora de un dictamen pericial aportado por el demandado en el acto del juicio verbal.

Sin embargo, otra SAP A Coruña, Sec. 4.ª, 258/2006, 31-5-2006 Recurso 214/2006, del mismo ponente, en una sentencia que juzgo contradictoria con la anterior, ha considerado una claro fraude de ley procesal el que la parte pretendiera incorporar un dictamen a través de la declaración como perito-testigo, al amparo del art. 370.4, de quien no reunía tal condición jurídica, sino la de perito.

> «No ofrece duda que testigo-perito y perito aportan o pueden aportar al proceso conocimientos técnicos, científicos o artísticos de una determinada rama del saber humano, ahora bien a los efectos de determinar si nos hallamos ante una

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 78 27/10/08, 10:11

> u otra figura va a depender de la forma de ponerse en relación con los hechos enjuiciados, de modo histórico (testigo) o por la circunstancia de ser requerido para valorar un hecho con trascendencia para un eventual proceso sin previo conocimiento (perito)»

La SAP Murcia, Sec. 5.ª, 227/2006, 16-5-2006, Recurso 49/2006 PONENTE: MIGUEL ANGEL LARROSA AMANTE, admite como testigo perito al autor de un dictamen pericial en el que no se contenía el juramento o promesa del art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerarlo documento privado que es ratificado en el acto del juicio.

Más correctamente, a mi juicio, la SAP Pontevedra, Sec. 6.ª, 135/2006, 1-3-2006, Recurso 5162/2005, PONENTE: JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO delimita con precisión el concepto

> «Hay, sin duda, una evidente confusión conceptual sobre lo que, en verdad, es un testigo-perito. Repárese, antes de nada, en que el testigo-perito es, antes que nada, testigo y de hecho es regulada esta figura (art.370.4 LEC) en los preceptos que disciplinan la prueba testifical. Ocurre que como ese testigo que presencia los hechos, está dotado de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a sus respuestas sobre los hechos, pero evidentemente sobre los hechos que él ha presenciado, de los que, a diferencia del perito, ha tomado conocimiento antes y fuera del proceso.
>
> Nada de eso ocurre en este caso. En realidad, el Sr. Humberto fue concebido inicialmente por la aseguradora como perito del que recabó el informe sobre el extremo concreto a que antes hicimos referencia (precisamente lo propio del perito, a diferencia del testigo-perito, es la emisión de un dictamen por escrito, en tanto el segundo, sin emisión de dictamen, solo declara oralmente sobre lo visto y oído); incomprensiblemente, es, sin embargo, propuesto como testigo, lo que inevitablemente condiciona el sentido y alcance de su declaración. Pero, como ya dijimos antes, la parte proponente se debe al resultado de sus propios actos procesales, de cuya trascendencia se le supone enterado. Prácticamente el Sr. Humberto solo podría declarar sobre la adveración de su escrito; adviértase

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 79 27/10/08, 10:11

> que, según su propio escrito, ni siquiera vio el coche dañado, sino fotografías y el atestado y valoraciones de daños.
>
> Por consiguiente, ni como perito, ni como testigo-perito puede ser admitida su declaración, pues no fue llamado en el primer concepto, y carece del segundo, y, desde luego, las valoraciones vertidas en juicio no pueden ser tenidas en cuenta, pues se ha pretendido obtener de una fuente de prueba —testigo— una información que corresponde a fuente de prueba radicalmente diversa.»

Finalmente, la SAP Zaragoza, Sec. 5.ª, 64/2006, 10-2-2006 Recurso 669/2005 PONENTE: JAVIER SEOANE PRADO, analiza un caso en el que la juzgadora a quo, incorrectamente al parecer de la Sala (expresado de forma implícita) llamó como testigo perito al autor de un dictamen pericial aportado con antelación a la audiencia previa. Rechaza el argumento de los demandados, que alegaron indefensión, pues tuvieron oportunidad de conocer el dictamen con antelación y pudieron pedir a la autora explicaciones o aclaraciones, siendo valorado conforme a la sana crítica.

A modo de conclusión, quizá parte de la confusión (o estrategia) en torno a esta figura procede de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil donde tenían la consideración de prueba documental los dictámenes periciales de parte. Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no hay tal distinción, todos los dictámenes periciales, sean los aportados por las partes, sean los emitidos por un perito designado judicialmente, tienen la consideración de prueba pericial. Este mismo razonamiento se contiene en la sentencia antes citada, SAP A Coruña, Sec. 4.ª, 258/2006, 31-5-2006, Recurso 214/2006.

3. Documental

3.1. ¿Cuándo se debe hacer el requerimiento del art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?; ¿Qué consecuencias tiene su incumplimiento?; ¿Es admisible la entrada y registro domiciliario en caso de negativa injustificada?

Cabe que un documento que la parte pretende aportar no se halle a su disposición. En tal caso, deberá, al menos, designar el lugar donde

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 80 27/10/08, 10:11

se encuentra (art. 265.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) Pero si el documento en cuestión lo tiene la otra parte, la ley le concede la posibilidad a la contraria de solicitárselo. El art. 328 así lo establece al disponer, con la rúbrica «Deber de exhibición documental entre partes» lo siguiente:

> 1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.
>
> 2. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél.
>
> 3. En los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.» (apartado 3º añadido por art. 1.8 de Ley núm. 19/2006, de 5 junio (RCL 2006, 1141).

El inconveniente principal de este artículo es que guarda silencio sobre el momento procesal para solicitar él o los documentos en poder de la contraparte.

Siguiendo a Bonet Navarro (vid. Cuestiones relativas a la prueba, en la obra colectiva «Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora». Manual de Formación Continuada n.º 29. CGPJ), en una primera aproximación, y partiendo del propio artículo, parece que si el documento en cuestión es necesario por guardar

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 81 27/10/08, 10:11

relación con el objeto del proceso, y dado que éste queda fijado con los escritos iniciales (demanda, contestación, reconvención y contestación a la reconvención) la necesidad surge antes de la audiencia previa, y debe efectuarse la solicitud con anterioridad, para así conseguir que dicho documento quede incorporado a las actuaciones en el momento de la audiencia y puedan las partes pronunciarse sobre el mismo (art. 427). Si, por el contrario, se refiere a la eficacia de los medios de prueba (esto es, cuando a la hora de practicar una prueba debe partirse, bien principal, bien accesoriamente, del documento en cuestión) y dado que la prueba se propone en la audiencia, la necesidad puede surgir en dicho momento. Esto, lógicamente, aplicado al verbal, puede suponer el fracaso de la vista.

Por lo tanto, la regla debería ser la de efectuar la solicitud tan pronto como surja la necesidad del documento:

a) En los escritos iniciales, si hace referencia a la tutela pretendida.

b) En la audiencia previa, si guarda relación con alegaciones complementarias y/o aclaratorias o se refiere a hechos nuevos (art. 426.4).

c) En el escrito de ampliación de hechos (art. 286).

d) Si se refieren a la eficacia de los medios de prueba y salvo que se trate de documentos relativos al fondo del asunto (en cuyo caso debieron solicitar su exhibición en los escritos iniciales) cuando se proponga la prueba o se practique la misma.

Un caso particular se produce en el juicio verbal (vid. Consulta febrero 2008 de Sepin, Referencia: SP/CONS/59167) pues la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena que la prueba sea propuesta y practicada en el propio acto de la vista, al contrario que en el juicio ordinario en el que ambos actos se realizan en fases procesales distintas (audiencia previa y juicio, respectivamente). Por lo tanto, si el requerimiento se realizara en el acto del juicio y la contraparte no trajera el documento en cuestión, abocaría necesariamente a su suspensión.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 82 27/10/08, 10:11

No obstante, el art. 440 (en relación con el 265.4) impone a las partes el deber de comparecer en la vista con los medios de prueba de que intenten valerse, por lo que es evidente que, cuando dicho medio de prueba consista en una documental que obra en poder de la otra parte, aquél que pretenda emplearla deberá dirigir escrito al juzgado solicitando su exhibición, puesto que su aportación al proceso no depende de él. El actor podrá hacerlo en la demanda, de manera que el juzgado, al admitirla y citar a juicio, requerirá a la demandada para que aporte al acto de la vista la documental requerida. Si no lo hace así, o en el caso de que sea el demandado el que requiera de la demandante una determinada documental, algún autor como Montero Aroca propone dos soluciones: acudir a la aplicación analógica de la prueba anticipada (vid. art. 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); aplicar el régimen del art. 440.1, solicitando la documental en los tres días siguientes a la recepción de la citación para la vista.

Esto, además, parece más coherente con el sistema procesal de práctica de la prueba que pretende que la exhibición de los documentos por la parte contraria se produzca en el mismo acto de la vista del juicio verbal, siendo el principio de unidad el que rige en esta materia conforme al art. 290. Lo cual, empero, no obsta a que quien solicita la exhibición documental de la contraria pida que dichos documentos estén a su disposición antes del acto de la vista, para así poder estudiarlos con más tiempo a fin de evitar la indefensión.

A modo de conclusión, el silencio del art. y su indudable trascendencia constitucional desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24 de la Constitución Española) debe llevarnos a interpretarlo de manera que prevalezca el derecho fundamental y en el sentido más favorable a su eficacia. Así las cosas, lo razonable es estar al caso concreto. Tratándose de juicio ordinario, si el documento se solicita en la audiencia previa, no plantearía problema alguno hacer el reque-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 83 27/10/08, 10:11

rimiento en el acto para que el documento se incorporase a los autos antes del juicio, sin que se cause ningún tipo de indefensión ya que el referido documento, que obra en poder de la otra parte, es plenamente conocido por ésta. En el juicio verbal, dado el principio de concentración y de unidad de acto, lo conveniente sería solicitarlo antes de la vista y con suficiente antelación. La actora podría solicitarlo en su demanda o posteriormente, dentro de los tres días siguientes a la citación para la vista, aplicando analógicamente el art. 440.1 párrafo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil previsto para las partes y los testigos, dada la identidad de razón, que no es otra que la necesidad de colaboración del tribunal en las actuaciones de prueba. El demandado también debería solicitarlo en este momento, por idénticas razones, a fin de evitar el fracaso de la vista.

Lo anterior, además, enlaza con las consecuencias de la negativa a la exhibición. Así, el apartado 1º del art. 329 permite dar valor probatorio a la copia simple del documento o a la versión del mismo que ofrezca el solicitante. El apartado 2º, sin embargo, permite al juez dejar de lado esta posibilidad (apartarla) y formular requerimiento de exhibición, requerimiento cuyo incumplimiento no está sancionado expresamente, pero que cabe pensar que podrá dar lugar a la comisión de un delito de desobediencia. El problema surge por cuanto la dicción literal del precepto parece indicar que, si se formula el requerimiento, no cabe atribuir valor probatorio a la copia simple o a la versión que dé el solicitante del documento en cuestión.

Sin embargo considero que, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar la regla de la facilidad y/o disponibilidad probatoria (art. 217.6) la interpretación del art. 329 en relación con el art. 328 debe hacerse de forma más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la prueba del art. 24 de la Constitución Española. En consecuencia, carece de sentido que el requerimiento prive al juez de la posibilidad de sancionar el incumplimiento de un «deber» con la atribución del valor probatorio.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 84 27/10/08, 10:11

Así, el precepto contempla dos situaciones distintas: en el primer caso, se limita a dar traslado a la parte de la solicitud de la contraria, y sanciona la negativa injustificada a tal solicitud con la consecuencia determinada en el apartado 1º; en el segundo caso, el Juez se implica activamente pues, dando un paso más, convierte la solicitud en requerimiento judicial, que es algo cualitativamente distinto. Al ser un requerimiento judicial (orden expresa, clara, terminante y legítima) su incumplimiento llevaría aparejada la desobediencia, sancionable penalmente, pero no la sanción civil que debería ser la posibilidad de atribuir valor probatorio. No creo que haya problema alguno en considerar que cuando la ley dice: «en lugar de lo que en dicho apartado se dispone», no quiere eso significar que el requerimiento impida esta posibilidad desde ese momento y en adelante, sino que, en un sentido lógico, el requerimiento impide «a limine» esa posible consecuencia, pero no implica que la excluya definitivamente.

Puede parecer algo alambicada la interpretación pero, desde el punto de vista constitucional, la creo sostenible, a diferencia de la posible entrada y registro para hacerse con el documento en cuestión que examinaré a continuación.

A pesar de que el precepto no lo recoge expresamente, un sector de la doctrina (Montero Aroca, Muñoz Sabaté) juzga posible la entrada y registro en el supuesto de que el requerimiento fuera desatendido, y ello por aplicación analógica del art. 261.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de diligencias preliminares. En contra se pronuncian otros autores, como Sacristán Represa o Suárez Robledano, aludiendo a la falta de previsión legal y a la imposibilidad de acudir a la analogía y a la interpretación extensiva cuando se ven afectados derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio.

Personalmente, estoy en contra de esta posibilidad:

a) Falta de previsión legal expresa, exigible cuando de afectar a un derecho fundamental se trata.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 85 27/10/08, 10:11

b) La analogía con las diligencias preliminares no es admisible, por la misma razón expuesta y más aún por cuanto considero que no existe analogía (identidad de razón) entre los dos supuestos. Si el documento que se halla en poder de la otra parte es imprescindible o necesario, la parte debió haber solicitado su exhibición como diligencia preliminar que precisamente tienen por objeto preparar un juicio, mientras que el requerimiento de un documento tiene por objeto facilitar la prueba a la parte solicitante.

c) Además, mientras que las diligencias preliminares son números clausus, la entrada y registro al amparo del art. 328 tendría potencialmente por objeto conseguir la exhibición de cualquier documento referido al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. Así, mediante la entrada y registro prevista en las diligencias preliminares se puede lograr la exhibición de títulos y documentos (vid. 261.2º, excluyendo las cosas, que no son documentos) que, por remisión al art. 256, tienen que ser necesariamente alguno de los siguientes: documentos que contengan el acto de última voluntad del causante, de la sociedad o comunidad, contrato de seguro, otros documentos que prevean expresamente las leyes especiales. Quiere esto decir que el alcance de la entrada y registro como diligencia preliminar será siempre más limitado que en sede del art. 328, lo cual carece de sentido cuando se habla de analogía, que además afecta a un derecho fundamental por lo que deberá siempre ser interpretada restrictivamente. En definitiva, que mediante la aplicación analógica no cabe extender el alcance de la medida más allá del previsto en la norma de cobertura.

d) La entrada y registro domiciliario, como toda medida que afecta a un derecho fundamental, requiere una resolución judicial motivada que debe respetar el principio de subsidiariedad, en el sentido de que no quepa otra medida menos gravosa para lograr el fin pretendido. Sin embargo, como ya expuse, en el caso de negativa injustificada con requerimiento posterior desatendido, el efecto

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 86 27/10/08, 10:11

pretendido se podría lograr atribuyendo eficacia probatoria a la copia simple o a la versión del documento dada por el solicitante, lo cual no requiere forzar tanto las normas y no compromete derecho fundamental alguno.

3.2. La prueba documental: aportación de documentos, con especial relación a la audiencia previa, e impugnación de los mismos

La prueba documental tradicionalmente ha sido considerada la reina de las pruebas del proceso civil. Actualmente, la ley procesal contiene una regulación precisa y detallada, no exenta, por lo demás, de cuestiones polémicas.

Voy a centrarme en los documentos materiales o de fondo, y no en los procesales, porque son menos problemáticos. Quizá el caso habitual sea la demanda a la que no se acompaña la escritura de poder, en cuyo caso es práctica generalizada, por no decir unánime, requerir para subsanar con amparo en el art. 231 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. 11.3 de la LOPJ).

A) Momento de aportación de los documentos

La regla general es que los documentos materiales deben aportarse con los escritos iniciales (arts. 265 y 266 tanto en el verbal como en el ordinario) y en el juicio verbal el demandado en la propia vista (art. 265.4).

Cabe aportar los originales o las fotocopias y, si no se dispone de ellos, deberá, al menos, designarse el archivo o protocolo en que se encuentre. Si el documento se halla en un archivo, protocolo o expediente del que se pueden obtener copias fehacientes, se entenderá que la parte pudo obtener el documento para aportarlo y no podrá limitarse a designar el lugar donde se halla (presunción de disponibilidad). La ley no distingue entre archivos o protocolos públicos o privados.

En la audiencia previa el actor, tratándose de documentos cuyo interés o relevancia deriva de la contestación (art. 265.4), o cualquiera de las partes en los casos de documentos justificados por las alegacio-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 87 27/10/08, 10:11

nes complementarias, rectificaciones, peticiones o adiciones y hechos nuevos (art. 426.5).

Después de la demanda y contestación y, en su caso de la audiencia previa, cualquiera de las partes, e incluso en momentos posteriores a ésta, pero antes de la vista o juicio, cualquiera de los documentos que se hallen en algunos de los supuestos del art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En ningún caso (art. 271) pueden aportarse documentos después de la vista o juicio, salvo el caso de la diligencia final prevista en la regla 3ª del art. 435 y con excepción de los documentos del apartado segundo del artículo (sentencias o resoluciones judiciales o administrativos).

B) Consecuencias de la falta de aportación en los momentos procesales legalmente previstos

I. Inadmisión (artículos 266, 439.2.3º y 4)

Hay determinados documentos cuya falta de aportación con la demanda inicial acarrea esta grave consecuencia, en la medida en que impide el derecho de acceso al proceso de una determinada pretensión. Dado que este derecho al proceso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, la inadmisión como consecuencia sólo puede ser de aplicación cuando esté expresamente prevista en el ordenamiento jurídico. La normativa procesal es coherente con este principio y así el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la regla de que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en las leyes (un precepto similar se contiene en el juicio verbal, artículo 439.5).

El artículo 269.2 prevé expresamente que no se admitirán las demandadas a las que no se acompañen los documentos a los que se refiere el artículo 266, el cual a su vez dispone:

«Se habrán de acompañar a la demanda:

1º Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de respon-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 88 27/10/08, 10:11

sabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable.

2º Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos, cuando éste sea el objeto de la demanda.

3º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

4º El documento en que conste fehacientemente la sucesión «mortis causa» en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.

5º Aquellos otros documentos que esta u otra Ley exija expresamente para la admisión de la demanda.»

Al amparo de la remisión que hace el ordinal 5º a lo dispuesto en esta o en otra ley, podemos señalar los siguientes casos:

— A las demandas dirigidas a garantizar la efectividad de derechos reales inscritos deberá acompañarse certificación literal del registro de la Propiedad que acredite la vigencia del asiento. (art. 439.2.3º).

— A las demandas sobre contratos inscritos en el registro de venta a plazos de bienes muebles y formalizados en modelo oficial, deberán acompañarse acreditación del requerimiento de pago, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien en los términos establecidos en la ley, así como certificación de la inscripción del bien en el registro. (art. 439.4).

En otros casos, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la obligatoriedad de acompañar determinados documentos a la demanda, sin establecer consecuencia alguna en caso de falta de aportación:

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 89 27/10/08, 10:11

— Los artículos 770 y 777 exigen acompañar a la demanda de divorcio o separación contenciosa o consensuada, certificación de la inscripción del matrimonio, así como del nacimiento de los hijos y propuesta de convenio regulador en su caso.

— A la petición inicial del proceso monitorio deberá acompañarse alguno de los documentos exigidos en el artículo 812, y al cambiario letra de cambio cheque o pagaré que reúna los requisitos legales. En el caso de monitorios al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal, su artículo 21.2 exige certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de deuda con el visto bueno del Presidente.

— El artículo 782.2 exige acompañar a la solicitud de división judicial de la herencia certificado de defunción del causante.

Como vemos, en el algunos casos los documentos exigidos son presupuesto de admisión (artículos 266, 439.2.3º y 4.) y en otros pueden llegar a serlo (artículos 770 y 777, 782.2, 812 y 819).

Cabe preguntarse si, en el primer supuesto (documentos condición de admisibilidad), es legalmente exigible el requerimiento de subsanación al amparo del artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En puridad no sería necesario, pero considero que hay que estar al caso concreto, sobre todo dadas las graves consecuencias que podría acarrear la inadmisión de la demanda. A mi juicio, como regla general debe darse posibilidad de subsanación, salvo que de la demanda se deduzca de forma clara e inequívoca la ausencia de voluntad de cumplir con el requisito procesal.

En los demás casos, cuando el documento no se configura de forma expresa como requisito de admisión, resulta evidente que debe darse plazo para subsanar la omisión del documento, con la misma salvedad anteriormente señalada.

Si el requerimiento de subsanación no fuera atendido de forma satisfactoria, la consecuencia, en cualquiera de los casos, sería la inadmisión de la demanda.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 90 27/10/08, 10:11

Un caso peculiar lo constituye el justificante del pago de la tasa que determinadas personas jurídicas deben abonar para acceder a la jurisdicción al amparo de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Esta ley, en su artículo 35.7.2 prevé que el justificante deberá acompañarse a todo escrito procesal (como una demanda) sin el cual «el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días». El artículo 6 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 661/03, de 24 de marzo, al referirse a los efectos de la falta de liquidación prevé que el Secretario comunique esta circunstancia en el plazo de cinco días a la Delegación de la Agencia Tributaria con la finalidad de que esta Delegación efectúe de oficio la liquidación.

Así las cosas, la mayoría de las audiencias se inclinan por considerar que el justificante del pago de la tasa no es requisito admisibilidad de la demanda. Así lo razona el auto de la Audiencia Provincial núm. 50/2004 de Barcelona (Sección 17), de 29 marzo (JUR 2004\154819) La Audiencia Provincial de Madrid, en reunión de 26 de septiembre de 2006 para unificación de criterios de las secciones civiles, acordó que «En caso de impago de la tasa judicial debe ordenarse que continúe la tramitación, dando cuenta del impago a la Hacienda Pública.»

II. Preclusión y devolución sin posibilidad de recurso (arts. 269 y 272).

El artículo 269 dispone en su primer apartado «Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que, según los preceptos de esta Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, si no se dispusiese de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente.»

A su vez, el artículo 272 establece que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, inadmitirá el documento extemporáneo mediante providencia mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado. En

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 91 27/10/08, 10:11

consecuencia, ningún rastro deberá quedar en los autos de dicho documento. Además, contra la providencia de inadmisión no cabe recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de alegar contra la inadmisión en la segunda instancia.

Algunas cuestiones polémicas:

A) Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ¿sigue en vigor la distinción entre documentos fundamentales y no fundamentales a la hora de su aportación?

Siguiendo a J. Mª Ribelles Arellano (vid. La prueba, en la obra colectiva La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia. Estudios de Derecho Judicial n.º 44. CGPJ) el art. 504 de la LEC de 1881, que aludía a la necesidad de acompañar «a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho» fue mitigado en el rigor formal por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que distinguió, a los efectos establecidos en el precepto citado, entre documentos fundamentales, que necesariamente habían de acompañarse a la demanda, salvo las excepciones del art. 506 de la misma Ley, y los documentos no fundamentales, para los que regía el principio de libre aportación (STS 16 de julio de 1991, La Ley 1991-4, 884, o STS 24 de julio de 1996, La Ley 1996, 8.258, entre otras muchas). Por documentos fundamentales había que entender aquellos documentos básicos de la pretensión o que fundamentaban la causa de pedir, frente a los cuales se encontraban aquellos otros desprovistos de tal significación y que se encaminaban a combatir las alegaciones del adversario, a desvirtuar excepciones procesales o simplemente se trataban de documentos complementarios, accesorios o auxiliares.

Dado que el actual precepto 265.1 contiene una redacción prácticamente idéntica, se sostiene que continua en vigor la distinción con la actual Ley de Enjuiciamiento Civil. (De la Oliva, Montero Aroca).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 92 27/10/08, 10:11

En contra:

1° Que el art. 265.3. contempla uno de los supuestos tradicionalmente considerados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como documentos para los que regía el principio de libre aportación, como son los documentos relativos al fondo «cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda».

Carece de sentido que no haya recogido la misma doctrina respecto a los documentos fundamentales o no fundamentales, prueba de que ya no está vigente porque la ley, por omisión, ha rechazado darle cobertura legal como, por el contrario, si ha hecho con algún caso especial como el señalado.

2° El art. 270 regula los supuestos tasados de documentos que pueden presentarse después de la demanda y contestación o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, refiriéndose genéricamente a los «documentos relativos al fondo del asunto».

3° La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil regula de forma más completa y pormenorizada la aportación de documentos, por lo que no es necesario recurrir a una doctrina jurisprudencial que vendría justificada por la escueta regulación de la vieja Ley.

4º La inseguridad jurídica que genera la distinción, pues no siempre es fácil delimitar, sobre todo durante la tramitación del proceso y antes de la audiencia previa, que documentos merecen la consideración de no fundamentales.

B) ¿Cabe solicitar documental con anterioridad a la vista en el juicio verbal?

No creo que haya inconveniente (en el propio auto de admisión se podrían librar los oficios) si bien se debe ser prudente puesto que, si lo pide el actor, el juicio de pertinencia no puede ser completo ya que no ha habido todavía contestación y desconocemos el núcleo de la controversia. Si lo pide el demandado, quien ni siquiera ha contestado,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 93 27/10/08, 10:11

hay que ser más prudente aún pero la posibilidad no puede ser excluida ya que, en otro caso, abocaría a la interrupción de la vista. La base legal algunos la encuentran en una interpretación amplia del art. 440.1.III (muy forzado).

C) Los documentos aportados son admitidos por el juzgado, pero la prueba documental debe ser propuesta por la parte en la audiencia previa o en el verbal. Es decir, hay que diferenciar nítidamente los momentos de aportación de prueba y de proposición de prueba.

En cuanto al verbal, tiene su importancia. Así, en cuanto a los documentos, les exijo que los aporten al inicio. Es decir, a la parte actora le pregunto si trae algún documento nuevo ex 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o le permito aportar documentos que pueda haber traído al acto de la vista para rebatir las alegaciones de contrario. A la parte demandada, inmediatamente después de contestar, le pido que aporte los documentos que fundamenten su oposición. A continuación le doy un momento a la actora para examinarlos por si quiere decir algo o hacer alguna alegación en relación con lo expuesto de contrario; trámite de impugnación de documentos; fijación de hechos (posibilidad del 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre insuficiencia probatoria); proposición de prueba; práctica de la prueba y conclusiones.

La cuestión de la estructura es importante pues a veces me ha pasado que la parte pretende aportar un documento en fase de proposición de prueba. Como yo les pido expresamente que aporten los documentos al inicio (tras la ratificación y la contestación) rechazo dicho documento por extemporáneo. Quizá sea un poco riguroso pero lo juzgo más correcto pues de no hacerlo así tales documentos quedarían fuera de la fase de impugnación (donde se puede interesar su inadmisión) y, en su caso, de proposición de prueba sobre la autenticidad de los mismos.

D) ¿La parte que ha aportado un documento puede renunciar al mismo y solicitar que sea extraído de los autos?

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 94 27/10/08, 10:11

El principio de adquisición procesal viene a establecer la regla de que el resultado de la prueba aprovecha a todas las partes con independencia de quien la hubiera propuesto o aportado. Así, según la STS de 22 noviembre de 2006 (RJ 2007\39) «Es doctrina admitida por esta Sala que los resultados de las actividades procesales son comunes para las partes, de modo que aportado un documento a un procedimiento por una de las partes, ambas pueden aprovecharse de su contenido. Por ello esta Sala destaca la libertad del juez para valorar la prueba practicada sin atender la concreta parte que la haya aportado (sentencias de 10 mayo 1993, 20 julio 1998 [RJ 1998\5846], 30 abril 2001 [RJ 2001\2039], 24 abril 2003 [RJ 2003\3532], 20 octubre 2003 [RJ 2003\8242], 27 diciembre 2004 [RJ 2005\1240] y 31 mayo 2005 [RJ 2005\4253]).

3º. En consecuencia, las partes litigantes no disponen de la valoración de la prueba practicada; su disponibilidad finaliza cuando proponen la prueba y solicitan su práctica. El resultado va dirigido al Juez, que es libre de valorarla de acuerdo con lo que estime adecuado.»

Sin embargo, también cabe deducir la consecuencia de que la parte, una vez que la prueba ha sido propuesta y practicada, no puede disponer de la misma. Así, resulta evidente que interrogado un testigo, si la parte que lo propuso no está conforme con su interrogatorio, no podrá renunciar al mismo y solicitar que su declaración no sea tomada en consideración. Cuestión distinta es que la parte, como sucede en ocasiones, renuncie a la prueba antes de practicarse (la posibilidad de desistimiento está expresamente contemplada en el artículo 288 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en virtud del principio dispositivo y de aportación de parte.

Ahora bien, y en relación con lo anterior, ¿cuándo despliega sus efectos el principio de adquisición procesal en el caso de la prueba documental?. Dos son las posibilidades: desde la unión del documento a los autos (admisión); o desde que la prueba documental es admitida.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 95 27/10/08, 10:11

Dada la nítida diferenciación entre incorporación física e incorporación jurídica, considero que la parte podrá renunciar al documento mientras no se haya admitido como prueba, aún cuando ya obrara unido a las actuaciones. Esto, sin embargo, puede resultar perturbador, pues a diferencia de otras pruebas renunciables (como los interrogatorios o las testificales) que nunca habrán llegado a practicarse, la unión del documento a los autos y su presencia antes del momento de proposición de prueba, permite al juez tomar conocimiento de su contenido y formar un juicio de valor sobre las consecuencias del mismo.

Finalmente, cabe señalar que si la contraparte, aportado el documento por la contraria, lo impugna o lo relacionada con sus hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de su contestación, aunque la parte que lo aportó retirara el documento, la contraparte que se apoyó en el mismo podrá proponerlo como prueba documental, solicitando su aportación al amparo del artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entrando así en juego el principio de adquisición procesal.

E) Posicionamiento de las partes ante los documentos materiales presentados de contrario. No cabe impugnación genérica sino detallada y expresa.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la cuestión con detalle, pero adolece de cierta confusión, cuando regula el trámite de posicionamiento de las partes ante los documentos de la contraria. El art. 427.1 exige que cada parte se pronuncie sobre los documentos aportados de contrario hasta ese manifestando si los admite, impugna, reconoce o propone prueba acerca de su autenticidad.

Dados los términos imperativos del artículo 427 («se pronunciará») el juez debe exigir a las partes un posicionamiento expreso y concreto sobre todos y cada uno de los documentos aportados por la contraria. Esto quiere decir que no caben impugnaciones genéricas ni por la causa ni por el objeto. Formulas del tipo «impugno toda la documental aportada de contrario» no son admisibles. Hay que concretar qué

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 96 27/10/08, 10:11

documentos se impugnan (sin necesidad de exigir, eso sí, una enumeración exhaustiva sobre todo cuando nos encontramos ante voluminosas documentales) y por qué se impugnan (porque es falso, porque no está completo, porque ha sido dejado sin efecto por un documento posterior, porque no coincide con el original etc...).

Sin embargo, en los primeros años de vigencia de la ley si se pudo detectar cierta desidia o dejadez de las partes a la hora de pronunciarse de forma expresa sobre los documentos de la contraria. El profesor y magistrado Abel Lluch comparte este criterio, achacándolo a la inercia histórica y a la ausencia de un trámite similar en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Si la parte no realiza la concreción exigida por el juez, deberá ser apercibida de que en tal caso el documento se tendrá por no impugnado con los efectos legales que ello conlleva.

Respecto al motivo concreto de impugnación, también es práctica habitual aludir al valor probatorio, esto es, la parte manifiesta que no está de acuerdo con las consecuencias probatorias que la parte que ha presentado el documento extrae del mismo. Pues bien, es menester advertir a la parte de que, en puridad, esta manifestación no supone impugnación alguna, pues la valoración probatoria es algo que, siendo de competencia exclusiva del juez, no se puede impugnar y será objeto de cumplida respuesta en sentencia. Igualmente, como afirma Rodríguez Achútegui, las impugnaciones sin fundamento deben ser atajadas por los tribunales haciendo uso incluso de la facultad sancionadora de los arts. 320.3 y 326.2

Llegado a este punto, la impugnación de un documento público o privado, si prospera, impedirá que surta la fuerza o eficacia probatoria que le es propia conforme a los artículos 319 y 326.1. Pero esto es cuestión distinta de la exégesis judicial de su contenido, es decir que consecuencias probatorias obtiene el juez del documento en cuestión a la hora de acreditar los hechos controvertidos.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 97 27/10/08, 10:11

Vamos a analizar cada uno de los posicionamientos que pueden hacer las partes ante los documentos de la contraria.

Admisión: aquí se puede entender que las partes deberán pronunciarse sobre si procede o no admitir los documentos (v. gr por infracción 265.2 y 3, 428.5, 270.1) o bien que la parte procesal que no intervino en su redacción o confección no tiene dudas acerca de su autenticidad.

Impugnación: de la autenticidad del documento (autoría) o del contenido. Sin embargo, entiendo que no es necesario impugnar un documento cuando lo que se pretende desvirtuar es la veracidad de su contenido. A fin de cuentas, respecto al valor probatorio de documentos públicos y privados (arts 318, 319 y 326) pueden hacer prueba plena, además de la autoría y de los intervinientes, del acto, hecho o estado de cosas que documenten. Pero no hacen prueba de la veracidad intrínseca de las declaraciones o testimonios incluidos en el mismo (STS núm. 593/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 29 mayo, (RJ 2007\4342). Por ejemplo, un contrato de compraventa, puede no dudarse de su autenticidad y desplegará efectos haciendo prueba plena de los autores y firmantes del documentos, de las demás personas que intervinieron y de las estipulaciones del contrato, pero eso no significa que el contrato sea cierto (puede ser simulado) o que el precio pagado fuera distinto del que se hizo constar etc...

Por lo tanto la autenticidad y su posible impugnación debe limitarse a lo que la ley dispone que producirá prueba plena.

Reconocimiento: Implica reconocer la validez y autenticidad del documento en cuestión. Ahora bien dado el verbo empleado (re-conocer) parece que queda limitado a aquellos documentos que también fueron suscritos por la parte contraria, manifestando así que lo reconoce como auténtico.

En cualquier caso el reconocimiento puede versar sobre la autenticidad del mismo o sobre su contenido, cuando se acepta la veracidad intrínseca de las declaraciones o testimonios en el contenidos.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 98 27/10/08, 10:11

Proposición de prueba sobre la autenticidad: carga de la prueba: Cotejo de letras o con el original, cualquier otro medio admisible en derecho: El artículo 427 parece dar a entender que corresponde a cada parte proponer prueba sobre la autenticidad de los documentos aportados por la contraria pues, a la hora de posicionarse cabe que en su caso, proponga prueba sobre su autenticidad. Sin embargo, de una lectura de los artículos 328 y ss., 320, o 326 se deduce justamente lo contrario. Así, tratándose de un documento público impugnado, corresponde al impugnante la carga de demostrar que no es auténtico dada la presunción de veracidad de la que gozan estos documentos. Pero si, impugnado el documento público, la parte impugnante no propone prueba para demostrar que no es auténtico, habrá que entender, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el documento es auténtico y harán prueba plena en contra del que los impugnó.

Si es privado el documento, la carga se invierte, de modo que corresponderá al que sostenga su autenticidad la carga de acreditarla. De no hacerlo, se corre el riesgo de que el documento no surta efectos probatorios, pero en cualquier caso su valoración probatoria estará sometida a las reglas de la sana crítica (art. 326.2).

4. Medidas cautelares

4.1. ¿Cabe adoptar una medida cautelar distinta de la solicitada?

La Ley de Enjuiciamiento Civil en coherencia con el principio dispositivo, impide en su art. 721 adoptar medidas cautelares de oficio, salvo para los procedimientos especiales (vid. art. 762.2 capacidad; 768, filiación; 773, familia y Código Civil) así como que el tribunal pueda adoptar medidas más gravosas, pero ¿y menos gravosas?.El art. 726 parece admitir la sustitución. Si acudiéramos a una interpretación literal, la ley parece permitir, por omisión, esta última posibilidad, ya que si hubiera querido impedirla hubiera prohibido medidas distintas a las solicitadas y no solo más gravosas.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 99 27/10/08, 10:11

La congruencia (art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) tampoco se vería afectada siempre que no suponga alteración sustancial de los términos del debate. No obstante, plantea numerosos problemas prácticos.

a) Así, puede que al actor, que es el que ha de prestar la caución, no le interese dicha medida, amén de que deberá pechar con las consecuencias de la misma en caso de desestimación de la demanda en forma de daños y perjuicios.

b) La articulación de la defensa del demandado dependerá de la medida cautelar concreta solicitada.

c) Si la medida cautelar se adopta sin audiencia de las partes. El demandado siempre podrá oponerse, pero el actor, que podría estar disconforme con la decisión judicial, no podría recurrirla (art. 733 in fine).

Siguiendo a J.Mª Regadera (vid. Propuestas de mejora del procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil, en la obra colectiva «Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora». Manual de Formación Continuada n.º 29. CGPJ), de mantenerse esta posibilidad sería preciso exigir:

a) Solicitud del demandado.

b) Que el juez informe durante la vista de su intención de adoptar, en su caso, medidas menos gravosas.

c) De adoptarse la medida sin audiencia del demandado, el actor tuviera la posibilidad de recurrir la decisión.

En cualquier caso, lo que no debe hacerse con la adopción de la medida menos gravosa es alterar los términos del debate procesal, que vienen marcados por los elementos fácticos y jurídicos de sus pretensiones. En este sentido, ver el auto de la AP Madrid, Sec. 10.ª, 204/2005, 31-5-2005 Recurso 266/2005 PONENTE: ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS. «El Juez está facultado para adoptar una medida distinta de la solicitada cuando tenga la misma eficacia y sea menos gravosa».

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 100 27/10/08, 10:11

4.2. Tratamiento procesal de la ausencia u omisión de caución, y de la caución defectuosa

¿Qué sucede si la parte solicitante omite toda referencia a la caución?. ¿Cabe la subsanación al amparo del 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? Parece que la aplicación de este artículo se refiere el acto defectuoso, no al no realizado. Por lo tanto, si la caución se ofrece, pero no se especifica cuantía y/o tipo de la misma, no se justifica o, como sucede a veces, se deja a la apreciación del tribunal, entiendo que sí cabe subsanación bajo apercibimiento de inadmisión en caso contrario de la solicitud. Sin embargo, resulta quizás un tanto excesivo que el mero olvido u omisión involuntaria de la caución pueda conllevar la inadmisión de plano de la solicitud, con las graves consecuencias que ello supone.

Hay resoluciones que abogan por la subsanación siempre al amparo del art. 231 o incluso del 424 (demanda defectuosa) El primer artículo tiene el inconveniente antes analizado y el segundo, que la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a aclaraciones o precisiones pero no adiciones.

Es interesante, en tal sentido, el auto de la Audiencia Provincial núm. 136/2006 Madrid (Sección 14), de 17 julio Recurso de Apelación núm. 300/2006 (AC 2006\2388)

> «Así las cosas, no estamos ante una omisión involuntaria, estamos ante una petición de principio de la parte que desfigura el proceso cautelar, y que pretende la adopción de medida cautelar sin caución, y obviamente ante la desestimación de una pretensión absolutamente desestimable por la sencilla razón de que el art. 728.3 LECiv (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892) subordina siempre la medida a la caución, salvo que la propia LECiv u otra norma digan lo contrario; y ni la LECiv lo dice, ni se nos ha citado norma de cobertura que ampare la pretensión del recurrente.»

No comparto, sin embargo, el razonamiento contenido en el auto de la AP de Castellón de 20 de mayo de 2003 (AC 2003\1819) pues se apoya en el argumento de que la caución es un fundamento del cumplimiento de la medida cautelar, pero no de su adopción. En el mismo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 101 27/10/08, 10:11

sentido Auto Audiencia Provincial núm. 21/2004 Almería (Sección 1), de 13 febrero Recurso de Apelación núm. 17/2004 (AC 2004\571).

Correctamente, a mi juicio, el auto citado de la AP de Madrid señala: «Como dice la Sección 10ª de esta Audiencia, el ofrecimiento de caución es presupuesto procesal necesario para la adopción de las medidas. En el escrito de petición de medidas ha de ofrecerse la caución no como un requisito más, si no como algo fundamental, ya que la defensa del demandado también incluye ese aspecto. No son indiferentes los tipos de caución, y más si se les pone en relación con la clase de medida a que en definitiva pueda adoptarse; no es lo mismo la caución para el embargo preventivo que la de una acción de cesación por violación de patente o marca, ni es indiferente la solidez de una u otra caución, y desde luego no es indiferente el método de calculo de la caución según el caso. Del mismo modo no se satisface la carga procesal de definir la caución trasladándola al arbitrio del Juez; el órgano judicial tiene la facultad de exigirla antes de decretar la ejecución de la medida, pero no es quien deba levantar cargas procesales ajenas, y menos sustituir a la parte en la necesidad de alegación previa, y hacerlo en momento en que la defensa del sujeto pasivo de la medida pueda sufrir merma.» (la negrita es propia).

Considera subsanable la falta de ofrecimiento el auto de la Audiencia Provincial núm. 116/2003 Santa Cruz de Tenerife (Sección 4), de 22 septiembre Recurso de Apelación núm. 406/2003. AC 2004\67.

Hay resoluciones como AP Madrid, Sec. 12.ª, 71/2006, 7-2-2006 que no consideran necesario que el solicitante fije el importe de la caución ya que ésta será la determinada por el Juez.

En contra, auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de 29 de enero de 2006 (Rodríguez Achútegui) « En cuanto a la caución, en esta materia el art. 732.3 de la LEC es tajante: deberá ofrecerse caución «especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone». Dos son, por tanto, los requisitos que el ofrecimiento

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 102 27/10/08, 10:11

debe cumplir, la concreción del tipo de cautela que se ofrece al juzgado, que permite valorar su eficacia para cumplir su función, y la cuantificación de su importe, con la finalidad de que se sopese la suficiencia de lo ofrecido para responder, como indica el art. 728.3, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

En cuanto a lo primero, su tipo, el último párrafo del art. 728.3 abre diversas opciones al solicitante para que se puedan concretar cualquiera de las modalidades previstas en el párrafo segundo del art. 529.3 de la LEC. Respecto a la cuantía, no puede delegarse en el juzgado su concreción, pues la misión del órgano jurisdiccional es ponderar si lo ofrecido es o no suficiente para garantizar la finalidad legal para la que se constituye la garantía de la cautela, responder de unos eventuales daños y perjuicios».

A mi juicio, el art. 732, que se intitula «SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES» es claro y meridiano al respecto, configurando el ofrecimiento de caución como un requisito esencial de la solicitud, no de la adopción de la medida. La ubicación sistemática en el precepto citado y los términos imperativos del mismo «habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de que tipo o tipos de ofrece constituirla y con justificación del importe» abonan esta interpretación. Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la caución en dos momentos procesales distintos. En primer lugar, en el art. 732 citado como requisito de la solicitud, en segundo lugar, como presupuesto de su ejecución material (arts. 737 y 738).

Cuestión distinta es la consecuencia de la omisión de caución:

a) Si se debe a un error u omisión, cabe subsanación.

b) Si se debe a la voluntad patente de la parte de no ofrecer caución por entenderla innecesaria, procede la inadmisión sin trámite de subsanación (por aplicación del mismo art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 103 27/10/08, 10:11

c) Si se ofrece caución pero no es especifica el tipo o la cuantía, o esta no se justifica, cabe subsanación y, de no subsanarse, la desestimación de la solicitud.

d) Entiendo que la subsanación debe ser previa a la vista, para permitir al demandado acudir sabiendo que caución se ofrece y de qué tipo y cuáles son los argumentos que la justifican, pues en caso contrario se le puede colocar en situación de indefensión.

e) En cualquier caso, la interpretación de los preceptos debe ser hecha desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que se integra la tutela cautelar (STC núm. 238/1992 [RTC 1992\238] y núm. 218/1994 [RTC 1994\218]) y siempre en el sentido que más favorezca el ejercicio de un derecho fundamental.

4.3. Medidas cautelares sin audiencia del demandado. ¿Es recurrible la resolución que deniega su adopción sin audiencia? Si se entiende que no es procedente su adopción inaudita parte ¿hay que citar a la vista del 734 o se debe denegar sin más sin perjuicio de que la parte pueda reiterar su solicitud?

Considero que, dado que la regla general es la resolución previa audiencia; que se trata de una decisión de tramitación, no de fondo (resuelve si es o no necesario oír al demandado); y a fin de evitar dilaciones en la sustanciación del procedimiento, lo correcto es entender que no cabe recurso con derogación de la regla general contenida en el art. 451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El derogado art. 135.4 de la Ley de Patentes ya preveía la irrecurribilidad de la decisiones sobre tramitación cautelar. Otra cosa es que se dicte un auto donde se deniegue la adopción sin audiencia y se dé por finalizado el procedimiento, es decir, no se convoque a las partes a una audiencia, en cuyo caso si sería aplicable el art. 736.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues supone de facto una denegación de la medida.

Por lo tanto, juzgo más adecuado, en el caso de que entienda improcedente la adopción sin audiencia, directamente citar a las partes a la

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 104 27/10/08, 10:11

celebración de la comparecencia de medidas, y ello máxime cuando es bastante habitual en la práctica solicitar las medidas inaudita parte sin sustento fáctico o jurídico alguno.

4.4. Prueba de las medidas cautelares. ¿El solicitante puede proponer prueba en la vista de la medida cautelar al amparo del 734.2? ó ¿precluye esta posibilidad con la solicitud conforme al art. 732.2? ¿Qué solución cabe dar a la aportación de documentos? ¿Cabría aportar documentos consecuencia de las alegaciones que hiciera el demandado? ¿Cómo se incorporan al pleito de medidas las documentales obrantes en el pleito principal? ¿Cabe practicar alguna prueba con carácter anticipado fuera del caso del inciso 2º del numero 2 del 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

A) El actor sólo puede proponer prueba en la solicitud, incluso la que se refiere a documentos aportados con la demanda, debiendo hacer constar expresamente que se aportan como prueba de la medida cautelar (auto de la AP de Baleares de 7 de noviembre de 2003 con cita de otros de la AP de Cádiz de 21 de marzo de 2002 y de Málaga de 3 de diciembre de 2001. Más reciente la resolución de la AP Madrid, Sec. 10.ª, 49/2006, 20-1-2006 Recurso 252/2005 PONENTE: ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS que sostiene que en el acto de la vista, el solicitante no puede alegar hechos nuevos ni valerse de medios de prueba no instados con la solicitud; la resolución de la AP Cantabria, Sec. 2.ª, 545/2006, 18-10-2006, Recurso 372/2006, PONENTE: MILAGROS MARTINEZ RIONDA dice que la solicitud de prueba en la demanda de medidas cautelares debe ir unida a ésta, sin que pueda proponerse en un momento posterior; de AP Málaga, Sec. 6.ª, 184/2004, 9-6-2004 Recurso 1009/2003 PONENTE: José Javier Díez Núñez, que explica el fundamento de la restricción y como interpretarla en relación con el art. 734 señalando:

> «normativa ésta que fue introducida en el texto legal como consecuencia de enmienda interesada adicionar por el Consejo General de la Abogacía y que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 105 27/10/08, 10:11

encuentra su justificación en que la protección del derecho de defensa del demandado aconseja que éste conozca de qué medios va a servirse el actor y, por tanto, para éste la posibilidad de proponer prueba debe precluir en el momento de la solicitud de adopción de medidas cautelares, y si bien, ciertamente, en apariencia, parece entrar en contradicción con la establecido en el art. 734.2 al recoger expresamente que «en la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuántas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes...», debe interpretarse en el sentido de que junto con la demanda inicial se han de acompañar los documentos que justifiquen la adopción de la cautela pedida y, en su caso, pedir la práctica de los medios de prueba que conduzcan a fundar la pretensión, los cuales deben admitirse por el órgano judicial antes del señalamiento de la vista para su práctica en la comparecencia, preclusión que rige en relación a la justificación de los presupuestos de la tutela cautelar, pero no en relación con la parte demandada, ya que para ésta el momento de la vista, y no otro, es el de la exposición de sus alegaciones y de aportación de las pruebas, no cabiendo posibilidad alguna de apreciar situación de desigualdad de armas procésales entre las partes, ya que para la actora solicitante de medidas cautelares el momento de aportación y proposición de prueba es preliminar en relación con el de la parte adversa, siendo de apreciar en el caso analizado que la recurrente si bien aportó documentos con su escrito inicial, sin embargo omitió hacer referencia alguna en dicho momento procesal a la posible proposición de algún medio probatorio a practicar, de ahí que deba entenderse que la denegación de prueba acordada judicialmente sea plenamente ajustada a derecho...»

B) La solución contraria se acoge a una interpretación flexible y coordinada del art. 732 en relación con el 734. Así, cabe señalar el auto de la AP de Zaragoza de 24 de abril de 2002 o de la AP Cádiz, Sec. 4.ª, 9/2004, 2-4-2004 Recurso 47/2004 PONENTE: ANTONIO MARIN FERNANDEZ que señala al respecto: «Lo que dispone el art. 732.2 ha de ser complementado por lo que al respecto dispone el propio art. 734.2 que admite que en dicho trámite las partes, y no solo la parte demandada, pueda servirse de cuantas pruebas disponga que justamente se admitirán en dicho acto».

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 106 27/10/08, 10:11

Caben las siguientes soluciones, siguiendo al J.Mª Regadera (vid, obra citada), a las que pueden hacerse las consiguientes objeciones:

a) El art. 732 debe entenderse en sus estrictos términos, de forma que para el actor precluye la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas, sin que a ello sea óbice lo prevenido por el art. 734 al mencionar que las partes pueden servirse en la vista de cuantas pruebas dispongan, ya que esa mención viene limitada con anterioridad por el art. 732.

Entender que el art. 734 viene limitado por el art. 732 no es admisible desde el momento en el que, como hace la ley en otros pasajes, se podía haber empleado la fórmula «sin perjuicio».

b) El art. 732 significa la preclusión de la posibilidad de proponer prueba, sin perjuicio de la suspensión de la vista para la práctica de las pruebas que, propuestas, no puedan practicarse en ese acto.

No es coherente con la celeridad y rapidez del procedimiento cautelar, incompatible con suspensiones de este tipo.

c) El art. 732, en cuanto al momento de preclusión para la proposición de prueba, sólo se refiere a aquellas medidas que se adoptan sin audiencia del demandado, conforme a lo dispuesto por el art. 733.2. En otro caso, si se celebra vista, rige el art. 734, de forma que el actor podrá proponer la prueba que tenga por conveniente, aunque no haya hecho mención a la misma en su escrito de solicitud.

Esta interpretación carece de base legal, pues el art. 732 trata del contenido y requisitos de toda solicitud de medida cautelar, mientras que el art. 733.2 añade los requisitos que debe contener cuando se pretenda su adopción sin audiencia del demandado.

d) La regla general es la del art. 732.2, pero admite las excepciones contempladas en la regulación general de la prueba. Así, el actor podrá proponer prueba en la vista si se trata de rebatir las alegaciones del demandado, si existen hechos nuevos, etc.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 107 27/10/08, 10:11

No la considero aceptable desde el momento en el que la regulación de las medidas cautelares merece todo un título, y el procedimiento un capítulo íntegro. No hay regla general y excepciones derivadas de la regulación general de la prueba. Las reglas son las que son, no hay lagunas que integrar, sino aparentes antinomias que resolver.

e) La norma del art. 732.2, en su tercer párrafo, sólo es aplicable a las medidas cautelares a que se refiere el propio art. 732.2 en su segundo párrafo, esto es, aquéllas en las que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas.

Carece, a mi juicio, de fundamento, pues el último párrafo que dispone la preclusión de la solicitud de prueba está situado en el apartado segundo del art. 732, que regula lo que debe acompañarse a la solicitud de toda medida cautelar, previendo una peculiaridad para las que pretendan la prohibición o cesación de actividades ilícitas. Nótese como en el texto legal, la regla de la preclusión no es un inciso del párrafo segundo, con lo que cabría admitir sin dudas la interpretación propuesta, sino que es un tercer párrafo, dentro del apartado 2º, con el mismo valor que los otros dos y sin que, por lo tanto, pueda predicarse su valor solo y exclusivamente en relación con el párrafo 2º.

La interpretación que juzgo adecuada es la primera, pero no por la razón expuesta, me explico: el párrafo 3º del apartado segundo dice claramente que el actor sólo puede proponer prueba con la solicitud y de ahí el término «preclusión» que viene de «pre cluere», que significa cerrar anticipadamente. ¿Qué es lo que se cierra anticipadamente? la posibilidad de proponer prueba que, de ordinario, se haría en el momento de la vista (art. 734). El art. 734 no contradice esta regla pues dice textualmente «sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes...» Se está refiriendo, pues, al momento de resolución sobre la prueba (admisión/inadmisión) y sobre su práctica una vez admitida, pero no alude a la proposición de la misma, a salvo, lógicamente, el caso de la parte demandada, que es la primera vez que comparece. Disponer de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 108 27/10/08, 10:11

una prueba significa para el actor llevarla al juicio (un testigo, un documento del que no disponía y que fue mencionado en la solicitud etc.) y hacer posible su práctica previa su admisión. Si bien podrá decirse, como alguna resolución citada, que el órgano judicial debe resolver con carácter previo sobre su admisión para hacer posible su práctica en el acto de la comparecencia, a mi juicio es similar a lo que pasa con los juicios verbales donde el actor puede solicitar que se cite a la parte contraria o a un testigo. El órgano judicial accede, pero luego en el acto del juicio, a la vista de la contestación a la demanda, puede juzgar la prueba impertinente, inútil o ilícita.

A mi juicio, es el momento de la vista donde en cualquier caso se admite la prueba, a la vista de la proposición de la actora con la solicitud, y del demandado en la comparecencia.

4.5. Vista de la medida cautelar. Estructura

Dado que el art. 734 no se remite a la vista del verbal (como hace la ley en ocasiones expresamente) o del ordinario, parece que lo correcto es integrarlo con el art. 185 referido a las vistas en general, por lo que después de practicada la prueba se dará la palabra a las partes para que puedan formular alegaciones sobre el resultado de la prueba, así como rectificar hechos o conceptos (v.gr sobre la cuantía de la caución).

4.6. Costas en las medidas cautelares cuando son adoptadas tras celebración de vista a la que acudió el demandado oponiéndose. ¿Cómo interpretar el silencio de la ley a diferencia de los casos del 736 (denegación) y 741 (estimación o desestimación de la oposición del demandado a medida cautelar acordada sin oírle)?

A) No cabe imposición de costas (vid. Auto de la Audiencia Provincial Las Palmas núm. 181/2003 (Sección 3.º), de 3 noviembre (JUR 2004\ 26630); Auto de la AP Ciudad Real. (Sección 1.º). de 27 febrero 2003:

1. Porque la ley no lo prevé expresamente y, como dice el auto de la AP Las Palmas, Sec. 3.ª, 194/2006, 3-11-2006, Recurso 513/2005

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 109 27/10/08, 10:11

PONENTE: CAROLINA MESA MARRERO. «el silencio de dicha norma sobre las costas procesales «no puede ser entendido como un descuido o una laguna que deba llenarse analógicamente, sino como una decisión legal «a sensu contrario» de no imponer costas en el caso de que se admita la medida cautelar peticionada».. y, añado, máxime cuando la ley regula las costas en dos supuestos determinados (desestimación de la medida adoptada con audiencia, 736.1; y estimación o desestimación de la oposición a la adoptada sin audiencia, 741.2).

2. Porque cuando se convoca vista no hay verdadera oposición del demandado (a diferencia de las adoptadas inaudita parte, según el art. 739) sino simple audiencia. El demandado es ajeno a la petición del actor. Aquél no provoca la vista sino que se limita a acudir, en su caso, cuando es citado. Sin embargo, cuando es denegada, al ser una actuación superflua provocada por el actor, éste ha de pechar con las consecuencias en forma de imposición de las costas. Cabe citar el art. 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual cada parte deberá pagar los gastos y las costas causadas a su instancia, salvo que haya imposición de costas.

3. Por el carácter instrumental y accesorio de la medida cautelar que hace que en materia de costas corra la suerte que tenga el pleito principal. En este sentido AP Baleares, Sec. 3.ª, 14/2005, 1-2-2005 Recurso 627/2004 PONENTE: GUILLERMO ROSELLO LLANERAS.

4. No procede la imposición de costas al demandado, en caso de adopción de la medida cautelar solicitada, al resultar desproporcionado acordar la medida y condenarlo en costas según AP Alicante, Sec. 5.ª, 137/2007, 18-7-2007. Recurso 208/2007 PONENTE: MARIA TERESA SERRA ABARCA que cita otro de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de julio de 2003.

B) Criterio del vencimiento objetivo (Auto de la Audiencia Provincial Valladolid núm. 162/2002 (Sección 3.º), de 28 octubre (JUR 2002\285448), de la Audiencia Provincial Asturias núm. 63/2003 (Sección 7.º), de 30 abril (JUR 2003\231922).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 110 27/10/08, 10:11

4.7. Medidas cautelares «ante demandam». Para que continúen en vigor la demanda debe presentarse dentro de los 20 días siguientes a su adopción. ¿Qué se entiende por adopción?: la fecha de la resolución acordándola, la fecha de prestación de la caución o la fecha de su ejecución según el tipo de medida.

Entiendo que la fecha de la resolución no puede ser, pues hasta que no se produzca la notificación al solicitante no surge la carga de presentar la demanda (vid art. 133.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La fecha de prestación de la caución tampoco, pues una cosa es adoptar una medida, acordarla, y otra ejecutarla, darle efectividad y cumplimiento, para lo cual la caución se convierte en un presupuesto ineludible. De hecho, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 738 distingue nítidamente estos dos momentos cuando dice «acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento»

La fecha de su ejecución por las misma razones expuestas.

¿Puede interrumpirse, prorrogarse, suspenderse o ampliarse el plazo?

No, al amparo del art. 134, salvo casos de fuerza mayor o aplicación del art. 16 de la LAJG por indefensión y referida a solicitud anterior al inicio del proceso, pues a pesar de referirse el art. citado a supuestos de prescripción, puede extenderse a casos como el presente donde la no presentación de la demanda dejaría sin efecto la medida cautelar afectando así al derecho a la tutela judicial efectiva.

4.8. ¿A quién corresponde acordar una medida cautelar solicitada durante los trámites de preparación e interposición de un recurso de apelación?

El art. 723.2 dispone «Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.»

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 111 27/10/08, 10:11

El auto del TS, Sala 1.ª, de 19 de julio de 2005 Recurso 92/2005 PONENTE: JUAN ANTONIO XIOL RIOS ha declarado «Desde el punto de vista teleológico, pues, el art. 723.2 LEC debe ser interpretado en el sentido de que la competencia para la adopción de las medidas cautelares únicamente se desplaza al tribunal superior en grado desde el momento en que, presentado el escrito de interposición, se acuerda la remisión de los autos originales al tribunal competente para conocer del recurso»

PABLO SURROCA CASAS
JUEZ

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 112 27/10/08, 10:11

PARTE PENAL

DOCE TESIS EN MATERIA DE DETENCIÓN POLICIAL PREPROCESAL

Planteamiento

En el presente trabajo analizaremos los supuestos de privaciones de libertad que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden practicar en el desempeño de sus funciones de prevención e investigación de infracciones penales, antes de la intervención de los órganos judiciales. Es evidente que se trata de una cuestión compleja, no exenta de múltiples matices, y difícilmente condensable en el marco de una exposición corta. Pese a ello, hemos intentado hacer un esfuerzo de síntesis con la finalidad de ofrecer lo que consideramos el esqueleto básico en la materia. Si así logramos, al menos, generar un debate que permita la posterior obtención de conclusiones con objeto de elaborar un futuro catálogo de buenas prácticas en este campo, habremos conseguido nuestro modesto propósito. En esta dirección, como nuestra meta es eminentemente práctica, para facilitar la discusión hemos considerado conveniente articular la exposición mediante la formulación de doce hipótesis que irán seguidas de una breve explicación.

Anticipamos ahora dos de los efectos derivados de la aplicación de la interpretación que ofrecemos. En primer lugar, la reducción drástica del número de detenciones policiales. Ello provocará, en segundo término, y aunque pueda parecer paradójico, un incremento de la seguridad ciudadana pues, en términos de costes de oportunidad, habrán más funcionarios policiales disponibles para dedicarse a tareas efectivas de prevención e investigación de delitos, al disminuir las necesidades directas de efectivos inherentes a toda detención. La cifra estadística de 40.712 detenciones practicadas por los Mossos d'Esquadra en Cataluña en el año 2006[1] es suficientemente elocuente.

[1] POLICÍA DE LA GENERALITAT: *Balance estadístico del año 2006.* www.gencat.net/mossos/cme/contingutpdf/Memoria2006.pdf

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 115 27/10/08, 10:11

Y ya, sin más preámbulos, entramos en materia.

1. El derecho fundamental afectado por la privación de libertad es la libertad ambulatoria

A) El valor jurídico que protege el artículo 17 CE es la libertad física, entendida como mera libertad deambulatoria o de movimientos[2]. Esta definición abstracta de valor se traduce, cuando se trata de enunciar una fórmula para su tutela, como la «*libertad de abandonar el lugar donde se encuentre el sujeto*»[3], formulación que estimamos primordial para la comprensión de las hipótesis de privaciones de libertad de origen policial.

B) Por tanto, quedan fuera del ámbito de protección de la norma todos aquellos aspectos del derecho a la libertad no vinculados con la libertad física o deambulatoria. Del mismo modo, el derecho a no ser privado de la posibilidad de moverse no comprende necesariamente el derecho a circular por todas partes, pues, pese a su proximidad conceptual, la CE ha regulado este último derecho en el artículo 19 como el derecho a la libre circulación y residencia, sujetándolo a un régimen jurídico distinto.

2. La privación de libertad puede afectar al derecho fundamental a la seguridad individual

A) El artículo 17.1 CE equipara la libertad y la seguridad. Ahora bien, como el CGPJ indicó en su informe al anteproyecto de la LOPSC[4], la seguridad de que habla el precepto no es la seguridad ciudadana a que se refiere el artículo 104, sino la seguridad como garantía de la libertad personal.

---

[2] DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: Sistema de derechos fundamentales. Thomson-Civitas, 2003.
[3] MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN: Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1996. CGPJ.
[4] CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**:** *Informe de 20.12.1990, al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 116 27/10/08, 10:11

B) Por tanto, debe distinguirse entre seguridad ciudadana, entendida como orden público, que tiene el valor propio de un interés constitucional legítimo, y seguridad individual, que constituye un derecho fundamental, y que equivale, como el TC ha dicho, a la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados. De ahí que la seguridad ciudadana no pueda limitar la libertad individual del mismo modo en que un derecho fundamental limita a otro, porque no es un derecho fundamental,

C) Por ello, la seguridad individual está directamente en función del modo como los cuerpos policiales desarrollen el cometido que les asigna el artículo 104 CE[5]. De lo que se sigue que cuando la policía, en el ejercicio de las funciones de su cargo, priva injustificadamente de libertad a una persona, no sólo vulnera su derecho a la libertad, sino que también compromete su derecho a la seguridad individual.

3. La detención preventiva practicada por los FCSE es una especie del género privación de libertad, caracterizada por afectar a la persona de quien se sospecha ha cometido un delito. Las FCSE pueden practicar privaciones de libertad distintas a la detención preventiva

A) La redacción del artículo 17 CE ofrece un primer interrogante: ¿Privación de libertad y detención preventiva significan lo mismo o, por el contrario, la segunda es una especie del género connotado por la primera?

En nuestra opinión, el término «privación de libertad» constituye el género del que la «detención preventiva» sería la especie. Y ello, por dos motivos básicos:

a) El propio precepto indica que «*nadie puede ser privado de libertad…sino en los casos y en la forma previstos en la ley*», Si dicho precepto permite la regulación por ley de los supuestos de privación

[5] Andrés Ibáñez, Perfecto: *Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la Ley Corcuera.* Revista información y debate de Jueces para la Democracia n.º 13.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 117 27/10/08, 10:11

de libertad, el legislador puede establecer hipótesis normativas distintas a la detención preventiva.

b) En su significado primario, la detención preventiva es la privación de libertad de quien se sospecha que ha cometido una infracción penal, circunstancia que, por su especial significación, llevó al constituyente a consignar en los apartados segundo y tercero del artículo 17 los derechos básicos de la persona preventivamente detenida. Pero ello no implica ni que no quepan otras hipótesis de privación de libertad, ni que a esas hipótesis necesariamente no les sean aplicables todos o algunos de los derechos contemplados para la detención preventiva.

B) Sobreviene así un segundo interrogante ¿en el marco de sus funciones constitucionales, las FCSE sólo disponen de la detención preventiva como instrumento, o pueden practicar otras privaciones de libertad distintas?

El Tribunal Constitucional, en la conocida sentencia 98/1986, de 10 de julio, afirmó de modo terminante que no pueden «*encontrarse situaciones intermedias entre la detención y la libertad*». Dicha afirmación no puede, sin embargo, ser descontextualizada, por lo que conviene recordar que se formuló en el ámbito de un proceso de amparo en materia de *habeas corpus.* De ahí que, a nuestro juicio, lo que se quiso afirmar es que, a los efectos de dicho procedimiento, no ha de existir ninguna situación fáctica de privación de libertad que quede exenta de protección constitucional, pues conceptualmente no puede existir situación intermedia alguna entre aquélla en la que un sujeto puede alejarse de un lugar determinado y aquélla otra en la que esto no es posible.

Por tanto, no queda excluida la posibilidad de que las FCSE puedan practicar privaciones de libertad distintas a la detención preventiva, como de hecho viene sucediendo pese a la resistencia jurisprudencial a admitirlo. Cuestión distinta es la conveniencia de que tales supuestos

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 118 27/10/08, 10:11

debieran regularse con todas las garantías, como tendremos ocasión de examinar posteriormente.

C) En lo sucesivo, por razones terminológicas, denominaremos *detención preventiva* a la situación fáctica de privación de la libertad ambulatoria de una persona practicada por las FCSE en el marco de las funciones de investigación de delitos, empleando el término de *otras privaciones de libertad* para calificar otros supuestos de privaciones de la libertad ambulatoria adoptadas por las FCSE. Son los casos de cacheos, requerimientos para la identificación y controles en las vías públicas, a que nos referiremos al final de la exposición.

4. Como regla, sólo la autoridad judicial puede privar de libertad

A) Según Gimeno Sendra[6], la CE consagra un principio inequívoco de monopolio jurisdiccional en materia de imposición de penas privativas de libertad que deriva de los artículos 117.3 y 25.3.

B) Dicho monopolio, podemos añadir, ha de extenderse, igualmente, a todas las privaciones de libertad, esto es, no sólo las adoptadas definitivamente sino también con carácter cautelar. Y ello, en atención a la función primordial atribuida al Poder Judicial de «garantía de los derechos», fruto de la independencia e imparcialidad consustanciales sólo a este poder del Estado. Más concretamente, esa exclusividad jurisdiccional, se predica, por lo general, de la jurisdicción penal. En este ámbito, el principio de legalidad (material, artículo 1 CP, y formal, artículo 1 LECR), nos permite afirmar que, como regla, *la restricción del derecho a la libertad del ciudadano sólo puede ser adoptada por el Juez penal, y ello, exclusivamente, como consecuencia de la fundada sospecha de la comisión de un delito y a través del proceso preestablecido*.

[6] GIMENO SENDRA, VICENTE: *El proceso de habeas cor*pus, Tecnos, 1985, pags 28 y ss.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 119 27/10/08, 10:12

5. Las detenciones preventivas policiales son detenciones «a prevención» de la autoridad judicial, por lo que su legitimidad descansa en su carácter instrumental del proceso penal

A) Una excepción aparente al referido monopolio jurisdiccional la constituyen los supuestos de detención policial regulados en los artículos 489 y ss. de la LECR. Sin embargo, cuando los agentes policiales practican una detención bajo la cobertura de dichos preceptos, no lo hacen en ejecución de una supuesta potestad administrativa, sino en su calidad de *agentes de la Policía judicial*, como consecuencia de la comisión de un hecho punible y en función de la instauración de un ulterior proceso penal. En consecuencia, la Policía judicial actúa como órgano auxiliar de la jurisdicción penal, por lo que las diligencias que realiza lo son «a prevención» hasta tanto el Juez Instructor asuma la dirección del proceso.

B) Ello permite sostener que las detenciones que la policía practica lo son también, en el sentido expresado, «a prevención» de la autoridad judicial, de ahí su naturaleza de diligencia provisionalísima y medial, de lo que se sigue que la medida de la legitimidad de la detención policial vendrá dada por su instrumentalidad respecto del proceso penal. De ahí, también, que el principio de legalidad procesal resulte *sólo en apariencia* derogado.

6. La policía sólo *debe* detener «a prevención» a las personas sorprendidas en flagrante delito, intentado o consumado, y a las personas sospechosas de cometer un delito, cuando exista un fin legítimo que justifique la detención. Es desproporcionada la detención por faltas

A) Del tenor literal del artículo 492 LECR, se sigue que las FCSE tienen obligación de detener a las personas que se encuentren en los supuestos fácticos previstos en la norma. El automatismo producto de la obligatoriedad tiene la virtualidad de resolver ex lege el problema de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 120 27/10/08, 10:12

los criterios. Sin embargo, en el caso de la detención policial, entendemos que no pueden desvincularse los supuestos en los que cabe la detención de los fines legítimos de la misma, pues podría darse el caso de que, procediendo la subsunción, careciera de objeto la privación de libertad (v.gr: cuando la persona a detener, pese a haber cometido un delito flagrante, ofreciera absolutas garantías de comparecer ante el Juez). Por tanto, una lectura constitucional del precepto pasa por entender que el deber de detener no surge de la mera constatación de un hecho que tenga acomodo en la norma, sino de la paralela verificación de que concurren los fines legítimos que pudieran justificar la privación de libertad. Esta interpretación tiene, además, aval en la redacción del artículo 553 LECR.

B) Del contenido de los artículos 490, 492, 495, y 553 LECR (que exigen una nueva redacción dadas las incongruencias y reiteraciones superfluas que en ellos se observa) se deduce, a los efectos que nos ocupan, que las FCSE pueden detener a las siguientes personas:

a) Personas que intentaran cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. Este enunciado sólo puede ser interpretado en el entendido de que alude a los supuestos de flagrante tentativa de delito, por lo que resulta superfluo.

b) Personas sorprendidas en flagrante delito. Como recuerda la STC 314/1993, ni la «urgencia de la intervención policial», ni el «conocimiento fundado», ni la «constancia» de la perpetración del delito justifican la detención por este motivo. El delincuente ha de ser «sorprendido» y, además, por los agentes policiales que proceden a su detención. A este respecto, Andrés Ibáñez[7] recuerda que «de Aguilera de Paz a Carnelutti, delito flagrante lo es el *resplandeciente* y *mientras se ve*, *o sea, para el que lo ve cometer»,* por lo que se trata de una categoría conceptual de pacífica inteligencia a todo lo largo y ancho de la

[7] ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: Obra citada.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 121 27/10/08, 10:12

doctrina y la jurisprudencia. No es, por tanto, tampoco admisible una hermenéutica del concepto en los términos contenidos en el artículo 795.1. regla primera LECR, que otorga la consideración de delito flagrante, a los efectos de la aplicabilidad de los trámites del Juicio Rápido para la investigación y enjuiciamiento de los hechos, a supuestos tales como al hecho de sorprender al delincuente, no ya cometiendo el hecho, sino también inmediatamente tras su comisión, con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él, pues en estos casos la confirmación probatoria se produce a través de la denominada prueba por presunciones o indiciaria, lo que es obviamente incompatible con el carácter *testimonial* del delito flagrante.

c) Personas sospechosas de la comisión de un delito. Como se desprende del texto legal, en estos casos, será preciso: a) Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito; y, b) Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. Es evidente que en una fase tan preliminar de la investigación no resulta exigible un nivel indiciario tan sólido como el que, en su caso, justificaría el dictado de auto de procesamiento, o la adopción de la prisión preventiva. Sin embargo, ello no debe conducir necesariamente a relajar las exigencias, que dependerán de las circunstancias concretas de cada caso.

d) Personas que intentaran cometer, que fueran sorprendidas cometiendo o de las que se sospeche que han cometido una falta. Conviene recordar, en primer término, que las faltas intentadas sólo son punibles cuando se trate de infracciones contra las personas o contra el patrimonio (artículo 15.2 CP). En segundo lugar, la regla general es que no se podrá detener por falta, a no ser que el sospechoso no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle (artículo 496 LECR). El sintagma «*domicilio conocido*» ha de ser interpretado de forma finalista, por lo que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 122 27/10/08, 10:12

si no existe riesgo de ilocalización posterior por parte del Juzgado, aunque no exista domicilio conocido, ha de descartarse la detención (v.gr: se trata de persona cuyo paradero habitual se conoce aunque carezca de domicilio por vivir en la calle). Por otra parte, ponderando la escasa entidad de las infracciones leves, no parece proporcionado el recurso a la detención policial tampoco en los supuestos de eventual ilocalización, pues, teniendo en cuenta las penas que conminan las faltas, podría ocurrir que la detención implicara un perjuicio mayor que el daño supuestamente causado por su ejecución, pues no es inconcebible sostener que para el sospechoso sea más beneficioso abonar la multa prevista en el tipo que sufrir la privación de libertad. Desde esta perspectiva, la detención tendría una naturaleza punitiva no sólo incompatible con el artículo 25.3 CE, sino también con el derecho a la presunción de inocencia.

De ahí que sea suficiente con proceder conforme dispone el artículo 493 LECR (tomar «nota del nombre, apellidos, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona» que «será oportunamente entregada al Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa»). En esta dirección, en caso de imposibilidad de identificación, siempre podrá procederse conforme dispone el artículo 20.2 LOPSC. Asimismo, la instauración de los denominados Juicios de Faltas Rápidos, haría innecesaria la privación de libertad que contempla el artículo 20.2 LOPSC o la detención, en caso de negativa al acompañamiento, más allá del tiempo preciso para identificar al autor y citarlo a juicio, pues, como es sabido, la vista podría celebrarse en ausencia de la persona denunciada siempre y cuando conste debidamente citada a la misma, citación que la reforma operada por la Ley 38/2002 encomienda a las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por último, de tener lugar la hipotética detención, siempre habría de abonarse en caso de recaer sentencia de condena, lo que no es praxis frecuente.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 123 27/10/08, 10:12

7. La detención preventiva es exclusivamente instrumental del proceso penal. La persona investigada no es un instrumento del proceso

A) En sentido puramente sociológico es indudable que, con independencia de las funciones legalmente previstas, la detención policial vinculada con el proceso penal desempeña o puede desempeñar de hecho una *función* de inmediata preservación del orden público, pues mediante la misma se restablece el statu quo perturbado y apacigua el contexto social en el que se producen los hechos. Bajo el mismo prisma, la posibilidad de la detención produce o puede producir un efecto disuasorio o preventivo de carácter general. Igualmente, el poder de detener concita o puede concitar el respeto a la policía apuntalando el principio de autoridad.

B) Siendo esto así, la naturaleza puramente gubernativa, en sentido radical, de tal *función* es indiscutible. Ahora bien, del análisis de la normativa legal no se desprende que el desempeño de dicha *función* sea la meta perseguida por los preceptos reguladores de la detención preventiva, de ahí que su *finalidad* haya de ser necesariamente otra.

a) La lectura del artículo 496 LECR parece dar a entender que la detención preventiva persigue exclusivamente conjurar el riesgo de que el sospechoso se sustraiga a la acción de la justicia, por lo que se trata de asegurar la puesta a disposición judicial. De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 exigía que la puesta a disposición fuese inmediata, al establecerse sanciones para la autoridad policial que demorase la entrega innecesariamente más de 24 horas. En este contexto, ha de interpretarse el referido plazo atendiendo a la distancia que había de recorrerse con el detenido para su presentación ante el Juez y los medios de transporte existentes en la época.

La citada norma, no obstante, no puede disociarse del sistema diseñado por la LECR, que sigue formalmente vigente pese su desajuste con la práctica policial-judicial. De la lectura conjunta de los

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 124 27/10/08, 10:12

artículos 282, 284, 286 y 295 LECR, se desprende que, constatada la comisión de un hecho punible, excepcionalmente y de no poder intervenir directamente el Juez, la policía asumía la práctica de las diligencias precisas hasta el momento en que la autoridad judicial pudiese hacerse cargo de las mismas. Diligencias cuya práctica, en cualquier caso, no podía prolongarse más de 24 horas. Entre las mismas, se contemplaban las actuaciones precisas para la comprobación del delito, descubrimiento de los delincuentes y para la recogida de los efectos, instrumentos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro. Es indudable que una de esas diligencias podía ser precisamente la detención del sospechoso, pero no lo es menos que la misma no podía desvincularse de la necesidad de puesta a disposición judicial, ni cumplir otros fines que dicho aseguramiento, dada la inexistente atribución a la policía de una función de investigación autónoma. De ahí que cupiera no detener, pese a no haberse concluido aún las diligencias a prevención, si no existiera riesgo de huida.

b) Explica Asencio Mellado[8] que de la situación expuesta se pasa a otra distinta en la práctica en la que la policía judicial se independiza en su función investigadora. La redacción del artículo 17.2 CE se inserta en este contexto, no sólo al ampliar el plazo máximo de detención de 24 a 72 horas, tal y como hizo en 1945 el Fuero de los Españoles en su artículo 18, sino al introducir un plazo relativo con la fórmula de que «*no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*». Evidentemente, los medios de transporte existentes en el año 1978 no hubieran justificado el plazo de 24 horas. Por el contrario, hubieran exigido la puesta a disposición inmediata.

[8] Asencio Mellado, José María: *La libertad de movimientos como derecho fundamental.* **Manuales de formación continuada n.º 22-2004. Consejo General del Poder Judicial..**

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 125 27/10/08, 10:12

Por tanto, tal ampliación del plazo constituye el reconocimiento expreso de que se atribuye a la policía una función autónoma de investigación, lo que permite ampliar el plazo de puesta a disposición hasta un máximo de 72 horas, y deja en cuestión el contenido de los artículos 284, 286 y 295 LECR. Evidentemente, no se «presenta» ya el Juez en el lugar de los hechos a formar el sumario provocando con ello el cese de las diligencias a prevención policiales. Por el contrario, es la propia policía quien se desplaza al Juzgado presentando el atestado, generalmente con la persona detenida.

Esta situación, según el citado autor, se encuentra, además, en directa relación con un nuevo entendimiento del proceso que ha experimentado un nuevo impulso tras la reforma operada por la ley 38/2002, al introducir los denominados Juicios Rápidos, en los que surge la impresión de que la detención se articula como presupuesto casi ineludible para el correcto funcionamiento del nuevo sistema procedimental, como resulta del artículo 796 LECR que parece identificar el plazo de investigación policial con el de detención, como si se tratara de la misma cosa. La ley, por tanto, no califica la detención como obligatoria, pero, en realidad, parece venir a considerarla imprescindible, dada la necesaria disponibilidad del imputado para llevar a término las diligencias urgentes.

c) Bajo estas premisas, sobreviene la siguiente duda: ¿La CE confiere a la detención una *finalidad* añadida al mero aseguramiento de la puesta a disposición judicial permitiendo la misma para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos? ¿Coexisten en nuestro ordenamiento otras *finalidades* para la detención?

Distinguiremos los dos supuestos de detención objeto de nuestro marco de análisis, y, dado que a lo largo de la exposición, hemos destacado como nota esencial de la detención su carácter instrumental del proceso penal, los relacionaremos con el artículo 13 LECR.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 126 27/10/08, 10:12

C) Personas sospechosas sorprendidas en caso de flagrante delito, sea intentado o consumado.

a) Esclarecimiento de los hechos.—Si, por definición, el delito flagrante es el delito testimonial, presenciado por los propios agentes que practicaron la detención, no se entiende qué tipo de averiguaciones hayan de realizarse para el esclarecimiento de los hechos que permitan demorar la puesta a disposición judicial. Compartimos la afirmación de que es consustancial a la propia naturaleza de la intervención policial que los rasgos concretos de lo sucedido y su calificación jurídica provisional, sean objeto de delimitación gradual, no pudiendo ser, en la mayor parte de los casos, conocidos en su integridad por el funcionario policial cuando ha de intervenir, por lo que basta que se calibren a simple vista y por las apariencias externas la gravedad de la acción y las sospechas provisionales de la participación del sospechoso en la misma. Igualmente lo es que, durante la confección de las diligencias policiales, se irá produciendo la progresiva concreción de la situación fáctica y jurídica que motivará la incoación de diligencias judiciales. Ahora bien, es indudable que la detención no constituye en sí un instrumento o técnica de descubrimiento de hechos, y que, por tanto, la presencia o ausencia del sospechoso en dependencias policiales es, o debiera ser, heurísticamente intrascendente (los agentes policiales pueden seguir practicando diligencias independientemente de la presencia o ausencia de la persona sospechosa). Por tanto, el esclarecimiento de los hechos no puede justificar este concreto tipo de detención.

Se podría objetar que resultará en todo caso preciso recibir declaración en sede policial al sospechoso. Pero ciertamente, la válida imputación no la formaliza ni la traslada la policía, sino el Juez en la comparecencia del artículo 775 LECR. Es más, en una visión no inquisitiva del proceso, el interrogatorio del imputado, y, con mayor razón del sospechoso, no es una necesidad de la acusación, sino un

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 127 27/10/08, 10:12

derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino sólo para oponerse a la imputación o hacer posible al acusado su propia defensa. Por tanto, tampoco la necesidad de práctica de dicha diligencia justifica la detención.

b) Identificación del delincuente.—Si el artículo 20 LOPSC permite no sólo la identificación en el acto, sino también el requerimiento al sospechoso para acompañamiento a diligencias policiales a los solos efectos identificativos, no resultaría, en principio, precisa la detención preventiva. Cabría objetar los casos de negativa al acompañamiento a dependencias policiales, si bien en esta hipótesis, dado que de ello podría inferirse un evidente riesgo de sustracción a la acción de la justicia, procedería la detención preventiva, pero ya amparada en la necesidad de puesta a disposición judicial.

c) Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer y recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación.—La naturaleza «a prevención» de la detención preventiva exigiría la realización de un pronóstico del que cupiera concluir que la libertad del detenido podría hacer peligrar la obtención de fuentes de prueba relevantes. Dicho pronóstico no podría efectuarse sobre la base de una mera conjetura vinculada a un peligro abstracto. Por el contrario, resultaría precisa la presencia de datos reveladores de la existencia del peligro concreto. Por tanto, y salvo que el riesgo pudiera provenir del propio afectado, no resultaría justificada la detención por este solo motivo. En este sentido, invocando, además, los principios rectores de la prisión provisional, dada la proximidad morfológica entre ambas instituciones, el principio de necesidad exigiría que no hubiera otra alternativa menos gravosa para la consecución del fin perseguido, de tal modo que siendo plausible el cacheo superficial, quedaría descartada la detención.

d) Proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas. —Es imposible soslayar el entronque

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 128 27/10/08, 10:12

de este supuesto con el de la orden de protección regulada en el artículo 544 ter LECR. Ahora bien, ha de tenerse presente nuevamente el principio de necesidad antes referido, de tal forma que siendo tarea de las FCSE «*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*» (artículo 1.1. LOPSC), en principio siempre cabría afirmar la existencia de alternativas menos gravosas para la consecución del fin perseguido (protección policial sobre la víctima, al menos hasta la correspondiente decisión judicial), máxime cuando, precisamente por no haberse aún sometido el asunto al Juez, una decisión de estas características desconocería forzosamente la presunción de inocencia.

e) Con ello, concluimos el itinerario trazado, regresando al verdadero riesgo a conjurar: la sustracción del sospechoso a la acción de la justicia. Por tanto, valorados la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pueda imponerse, y los datos identificativos del delincuente (obtenidos del mismo, o a través del procedimiento previsto en el artículo 20 LOPSC), si de ello cabe extraer un pronóstico razonable de que, caso de no producirse la privación de libertad, el sospechoso resultará ilocalizable, habrá de practicarse la detención, debiendo descartarse en el contrario. En definitiva, se trata de asegurar la puesta a disposición judicial para que sea efectivo el traslado de la imputación judicial. Dicho aseguramiento es congruente con la verdadera finalidad de la detención preventiva como medio exclusivamente instrumental del proceso, lo que no equivale a convertir al sospechoso en instrumento del proceso a través de su automática detención. Por tanto, cuando se afirma la naturaleza instrumental de la detención, se quiere decir exclusivamente que la misma se justifica en la medida en que impida el riesgo de parálisis de la causa en atención a la ilocalización de la persona investigada.

f) Por último, y respecto del grado de confirmación indiciaria del sustrato fáctico que permitirá a la autoridad policial efectuar la

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 129 27/10/08, 10:12

inferencia de la existencia del ilícito, de la participación del detenido en el mismo y de la concurrencia de los *motivos* justificativos de la detención, creemos acertada la formulación de Jorge Barreiro [9], expresiva de que en este ámbito la interpretación ha de ser teleológica, vinculando la entidad y solidez de los indicios exigibles con la naturaleza de la institución procesal a aplicar, dada la heterogénea dimensión y gravedad de sus efectos. Así, si los efectos y consecuencias del auto de prisión son mucho más gravosos para el imputado que los del acuerdo policial de la detención, lógicamente han de requerirse también unos indicios de mayor entidad en el primer caso que en el segundo. De ahí que el nivel de exigencia sea naturalmente inferior, lo que no equivale en modo alguno a soslayar la exigencia. Se trata, pues, de una cuestión de grado de confirmación de hipótesis.

D) Personas sospechosas de la comisión de un delito. Lo argumentado en el caso anterior, cobra plena vigencia aquí, por lo que puede darse por reproducido su contenido con algunas salvedades:

a) Esclarecimiento de los hechos. —Si en el caso anterior indicamos que la detención no venía justificada por la necesidad de esclarecimiento de los hechos, dado el carácter flagrante de éstos, en el presente caso, *a fortiori,* ha de ser descartada, en la medida en que para su práctica el propio artículo 492 LECR exige que la autoridad policial tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito así como de que la persona a quien se intente detener tuvo participación en el mismo. Por tanto, si se tienen tales motivos racionalmente bastantes, es que habrá existido ese previo esclarecimiento fáctico.

b) Inaplazabilidad de la actuación policial. —Si la actuación policial lo es, como venimos afirmando, «a prevención» de la autoridad

[9] JORGE BARREIRO, ALBERTO**:** *La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15/2003 y doctrina del Tribunal Constitucional).* Revista información y debate de Jueces para la Democracia n.º 51.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 130 27/10/08, 10:12

judicial, la detención, amparada en este supuesto, sólo puede entenderse justificada cuando la urgencia de la situación impida que la Policía pueda poner los hechos en conocimiento del Juez, de modo que éste se encuentre en disposición de ordenar directa e inmediatamente la detención al amparo de los artículo 486 y 494 LECR. En relación con el último precepto citado, parece conveniente la supresión de la referencia *a prevención con las autoridades y agentes de la Policía Judicial,* pues el Juez no ordena la detención «a prevención» de la policía, sino sobre la base de la reserva jurisdiccional que en materia de privación de libertad establecen los artículos 117.3 y 25.3, ambos de la CE. Dicho en otros términos: la detención policial constituye jurídicamente la excepción a la regla del monopolio jurisdiccional en la materia. Si la estadística invierte la situación, ello es un signo más de que en puridad el Juez tiene un papel pasivo en la investigación y de que ha dejado de ser el director del proceso, lo que cuestiona el mantenimiento del actual modelo de instrucción penal.

Dos ejemplos pueden aclarar la situación. En la práctica se observan numerosas detenciones policiales amparadas en este supuesto en las que no sólo no se advierte la situación de urgencia que justifique la intervención policial directa, sino en las que, de seguro, de ser remitidas las diligencias policiales al Juzgado comunicando la existencia de los indicios que avalan la participación del sospechoso en el hecho investigado e incluso, (¿por qué no?), sugiriendo al propio órgano judicial la conveniencia de la detención, muy probablemente el Juez, con prudente criterio, acordaría previamente la citación del sospechoso para recibirle declaración como imputado en lugar de su inmediata detención. Así, puede ocurrir, en primer lugar, que la policía conozca la identidad del sospechoso y su ubicación. De no concurrir motivos de urgencia que hagan inaplazable la actuación policial, al ser imposible esperar a la decisión judicial sin que se cause un notable perjuicio a la investigación, no se explica la razón habilitante de la intervención

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 131 27/10/08, 10:12

policial si lo es «a prevención». En segundo lugar, no es infrecuente encontrarse con atestados que contengan el siguiente contenido: «*Las gestiones encaminadas para la localización y detención del Sr. X han sido, al cierre de las presentes diligencias, negativas. Por todo lo expuesto en las presentes diligencias policiales, y dado que, a criterio del instructor (del atestado), existen indicios suficientes para considerar al Sr. X como autor de los hechos, y ya que esta persona no ha podido ser localizada, desde esta instrucción (policial), se ha dado de alta una orden policial de detención, a fin de que cuando se localice al Sr. X, sea detenido y oído en declaración en relación con los hechos a que se refieren estas diligencias*». En este segundo supuesto, con mayor razón, la urgencia de la decisión policial es más difícilmente visible.

En el fondo, lo que sucede es que la declaración en sede policial de la persona investigada, y generalmente detenida, se ha convertido en la regla, como diligencia *sine qua non* del atestado. Ello es otro signo de que la autoridad policial es la verdadera fuerza motriz y orientadora de la instrucción, lo que también tiene indudables efectos reflejos, pues cuando la excepción jurídica se convierte en la regla fáctica, se corre el riesgo de que el uso genere la convicción judicial de su bondad. De ahí a considerar como prueba de cargo la confesión del sospechoso prestada en dependencias policiales, aun cuando las condiciones *situacionales* en las que se hubiera prestado no fueran las más apropiadas desde el prisma del proceso debido, no hay más que un paso.

8. La detención preventiva sólo podrá durar el tiempo estrictamente necesario para que se produzca la puesta a disposición judicial

A) Los artículos 17.2 CE y 496 LECR presentan una evidente antinomia que ha provocado un intenso debate doctrinal. En cualquier caso, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo (SSTC 288/2000 o 224/2002 entre muchas otras), parten de la existencia de un plazo relativo (el tiempo estrictamente necesario para la realización de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 132 27/10/08, 10:12

las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos), y de un límite absoluto (72 horas), sin que hayan afrontado de modo directo la cuestión.

B) Si hemos afirmado, por el contrario, que la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos no constituyen per se motivo de detención, al ser precisamente la presencia de hechos con apariencia delictiva el presupuesto que pudiera justificar la detención (la intervención policial ha de producirse «*porque haya pasado o esté pasando algo*», y no «*para ver qué pasa*»[10]), se suscita la cuestión de la duración de la detención una vez practicada, interrogante al que sólo cabe una respuesta: el estrictamente necesario para que se produzca la puesta a disposición. Por tanto, un tiempo no necesariamente coincidente con el preciso para la conclusión de las diligencias policiales de investigación, cuyo ritmo puede ser perfectamente distinto, bastando la confección de un atestado mínimo que permita el traslado de la imputación, sin perjuicio, como es natural, de la remisión de los atestados ampliatorios que resulten pertinentes en el curso de la instrucción. De ahí que difícilmente sea sostenible la necesidad del plazo de 72 horas cuando de lo que se trata es de la conducción de la persona detenida a las dependencias judiciales, por lo que estimamos más que suficiente, como regla, el plazo de 24 horas.

C) A las anteriores afirmaciones se podría oponer el argumento de que, en atención a la naturaleza del hecho, el Juez podría no estar en condiciones de decidir sobre la puesta en libertad o prisión provisional, pero es indudable que las acusaciones disponen del plazo que la LECR otorga al Juez para decidir, 72 horas (artículo 499 LECR), a fin de instar la práctica de las diligencias conducentes al efecto, quedando en tanto la persona, ahora sí, imputada, detenida pero bajo salvaguarda judicial.

[10] Andrés Ibáñez, Perfecto: Obra citada.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 133 27/10/08, 10:12

9. Las decisiones policiales en materia de detención han de explicitarse motivadamente en los atestados

A) La motivación de las decisiones que impliquen el ejercicio de un poder es consustancial al Estado democrático de derecho. Esta motivación, como es tópico afirmar, al exteriorizar el fundamento de la decisión, permite comprobar su razonabilidad y grado de ajuste con el ordenamiento jurídico, y por ello, un ulterior control no sólo por parte de los órganos del Estado, sino también por los propios ciudadanos, afectados directamente o no por la decisión. El artículo 54 de la LRJAP y PAC, establece que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. Por tanto, si la Administración actúa con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (articulo 103 CE), debe aplicar dicha norma, y siendo indudable que la detención limita un derecho fundamental, han de motivarse las decisiones que lo restringen.

B) En consecuencia, los atestados deben reflejar de modo específico, y sería conveniente su inclusión en diligencia *ad hoc*, no sólo el hecho de la detención, sino el supuesto legal que la fundamenta y la finalidad concreta que se persigue con la medida, no de modo estereotipado, sino razonablemente fundado (lo que no excluye la mención sucinta). Del mismo modo, deben expresarse las razones por las que, una vez producido el acto de la detención, se estima imprescindible el mantenimiento de la privación de libertad hasta la puesta a disposición judicial, pues puede acontecer que en el curso de la detención decaigan los motivos que la justificaron (constancia fehaciente de arraigo personal del detenido), aunque ello sería poco probable teniendo en cuenta la inmediatez con que habría de producirse la puesta a disposición judicial.

Esta obligación permitiría, en todo caso, perfilar con meridiana claridad si efectivamente se ha producido una detención «a prevención», o, por el contrario, se trata de una detención inicialmente practicada o posteriormente mantenida, por puras razones de orden público.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 134 27/10/08, 10:12

10. Las otras privaciones de libertad: el sometimiento a las diligencias policiales de identificación, cacheos y controles constituye una privación de libertad distinta a la detención preventiva que presenta un relevante déficit regulativo contrario al derecho a la seguridad individual (art. 17.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)

A) De la doctrina del TS y TC[11] se extrae la siguiente conclusión: Las hipótesis de requerimientos para la práctica de identificaciones, cacheos superficiales y controles policiales en la vía pública o establecimientos abiertos al público, no afectan al derecho fundamental a la libertad, siempre y cuando estas «*inmovilizaciones*» de personas, sean momentáneas, proporcionadas, necesarias e instrumentales para tareas de prevención o indagación de infracciones penales. Constituyen, en definitiva, un «sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía» al que una persona puede verse obligada «incluso en el curso de controles preventivos» (SSTC 107/1985 y 22/1988).

B) Por el contrario, al analizar el supuesto contemplado en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana, el TC afirmó que nos encontrábamos ante un supuesto de privación de libertad.

Dicho artículo prevé el requerimiento policial al ciudadano para su acompañamiento a dependencias policiales con objeto de proceder a su identificación, cuando se trate de persona no identificada de la que razonable y fundadamente pueda presumirse que se encuentre en disposición actual de cometer un ilícito penal o que haya incurrido ya en infracción penal o administrativa, concurriendo, además, la circunstancia de que la identificación no pueda lograrse por otro medio que no sea la conducción a dependencias policiales.

[11] ATS Sala II 1055/1996, de 3 de junio, FJ 2º, ATS Sala II 1179/1996, de 4 de junio FJ 5º, STS Sala II 525/2000, de 31 de marzo, STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3º, STC 22/1988, de 18 de febrero, FJ 1º, STC 341/1993, de 18 de noviembre, FFJJ 4º a 6º.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 135 27/10/08, 10:12

En este caso, el TC ha sostenido que la medida supone «*por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer un tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de una persona, instrumental de prevención o indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad*», aun cuando el afectado prestara el consentimiento a su práctica (STC 341/1993). En este sentido, se razona que dado que la desatención al requerimiento puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas (artículos 20.4 y 26.h) LOPSC), pese a que la actitud del requerido que acata la orden policial expresa una voluntad, no se trata necesariamente de una voluntad libre, pues «*no cabe hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 CE cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención*». Concluye, por ello, el Alto Tribunal, que en este caso nos encontramos ante una modalidad autónoma de privación de libertad, en la que al privado de libertad han de reconocerse algunos de los derechos del artículo 17 CE. En concreto, 1.- El derecho a ser informado de la razón de la privación de libertad y de los derechos que como privado de libertad le asisten; 2.- El derecho a no declarar, salvo respecto de aquellos extremos precisos para su identificación; y, 3.- El derecho a que las diligencias de identificación no se prolonguen más allá del tiempo imprescindible.

C) El examen de los supuestos contemplados en la legislación vigente (fundamentalmente, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y el Texto Articulado de la sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y seguridad vial y el Reglamento General de Circulación) revela cómo se imbrican, con redacción ambigua, actuaciones relativas a la prevención e investigación de delitos, con actuaciones referentes a la prevención e indagación de infracciones administrativas (la lectura de los

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 136 27/10/08, 10:12

artículos 19 y especialmente del 20 LOPSC es altamente recomendable, pues la misma no despeja la duda sobre si se trata de actuaciones que sólo pueden practicarse en el marco de las funciones de investigación de hechos delictivos, o también para la prevención no sólo de delito sino igualmente de infracciones administrativas) lo que, si se parte de la presunción de la racionalidad del legislador, nos induce a pensar que no se trata de un efecto casual, sino deliberadamente perseguido, que permite a los cuerpos policiales, consciente o inconscientemente, enmascarar la naturaleza de su actuación, sustrayéndose al control judicial.

D) La clarificación del debate pasa, a nuestro juicio, por partir de las siguientes premisas:

a) Pese a la racionalidad de posiciones doctrinales que parten de la premisa contraria (véase Portilla Contreras[12]), entendemos que la voluntad del afectado no puede admitirse empíricamente como factor decisorio para afirmar la inexistencia de una privación de libertad cuando no existan alternativas seguras al acatamiento de la orden policial. Por tanto, existiendo un alto grado de incertidumbre sobre las consecuencias derivadas de la negativa al sometimiento a la medida de que se trate, es cuestionable que en el momento de recibir la orden el sujeto tenga *libertad para abandonar el lugar en el que se encuentra*.

b) La existencia o no de afectación al derecho a la libertad no puede depender de la legitimidad del acto. En este sentido, genera también incertidumbre la afirmación de que pese a que el artículo 17 CE otorga al ciudadano *la libertad de abandonar el lugar donde se encuentre el sujeto,* el sometimiento a un cacheo en la vía pública no afecta al derecho siempre y cuando sea momentáneo, proporciona-

[12] Portilla Contreras, Guillermo: *La lógica del sospechoso.* Revista información y debate de Jueces para la Democracia n.º 12. Identificaciones, controles, cacheos policiales y otros «entretenimientos» de la libertad. Revista información y debate de Jueces para la Democracia n.º 26.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 137 27/10/08, 10:12

do, necesario e instrumental para tareas de prevención o indagación de infracciones penales o administrativas. ¿Y si el cacheo no reuniera las referidas condiciones? ¿Constituiría entonces una privación de libertad? ¿No es contrario al paradigma interpretativo en materia de derechos constitucionales sostener que la existencia o no de afectación al derecho depende de la legitimidad del acto? Esto es, una detención no deja de ser tal, ni de afectar al derecho a la libertad por el hecho de ser legítima. Cuestión distinta es que en la ponderación de valores en conflicto, se estime legítimo el sacrificio de la libertad.

c) La escasa duración de la *inmovilización* tampoco puede servir por sí sola de criterio diferencial, pues o el sujeto puede alejarse del lugar o no puede alejarse del mismo, si bien puede servir para descartar los supuestos de bagatela. A estos efectos, basta con afirmar, para descartar los supuestos que necesariamente han de quedar fuera del ámbito de protección por su nimiedad, que para que podamos hablar de privación de libertad la duración ha de ser lo suficientemente larga para que el sujeto pasivo de la misma, en ese espacio de tiempo, pudiera haber abandonado el lugar, como afirma Schmidhäuser[13].

d) Será, por tanto, la conjunción de los factores de voluntad condicionada y temporalidad en el sentido antes indicado, la que permita concluir que existirá una privación de libertad siempre y cuando el sujeto conminado para someterse a la medida de que se trate carezca de alternativas jurídicamente seguras al acatamiento de la orden, y por ello haya de permanecer en el lugar de que se trate por un tiempo lo suficientemente largo para que el mismo sujeto, en ese espacio de tiempo, pudiera haber abandonado el lugar. La privación de libertad, además, será ilegítima, cuando, bien la deci-

[13] Citado por De Hoyos Sancho, Montserrat.: *La detención por delito.* Aranzadi Editorial, 1998.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 138 27/10/08, 10:12

sión de adopción, bien la ejecución de la decisión, no se ajusten a la legalidad vigente.

e) Ello remite al verdadero problema: hay que convenir en que nos encontramos entonces ante una situación altamente anómala pues tenemos una pluralidad de supuestos de privación de libertad dispersos en la LOPSC, LOFCSE, y LTSV, cuya regulación actual vulnera el derecho a la seguridad individual y el principio de seguridad jurídica (salvo el caso examinado en el artículo 20.2, ya analizado por la STC 314/1993). En este sentido, surgen interrogantes tales como ¿Cuáles de la pluralidad de supuestos previstos en dichos textos legales constituyen situaciones de privación de libertad y cuales no? ¿Qué finalidad legítima persiguen los actos que constituyan privaciones de libertad, la investigación de delitos o también la prevención de los mismos y de puras infracciones administrativas? ¿Cómo se aplican? ¿Qué derechos asisten a los privados de libertad en cada caso?). Además, persiste otra duda: ¿qué pasaría si el afectado se niega a cooperar? Puesto que ya está privado de libertad, ¿cabría emplear la fuerza indispensable o habría que convertir esa inicial privación de libertad en detención? ¿En qué casos cabe dicha transmutación?

E) Son numerosos los interrogantes, por lo que, constatado el déficit regulativo actual, consideramos indispensable el adecuado desarrollo legal de las hipótesis normativas y de su régimen jurídico mediante LO (artículo 81 CE), para su inserción en dos textos separados: los supuestos vinculados con el proceso penal deberían ubicarse en su sede natural, esto es, la LECR, y los desvinculados del mismo en la LOPSC. Y ello, con objeto de evitar el riesgo ya aludido de encubrimientos de actuaciones puramente gubernativas bajo el pretexto de actuaciones de investigación de ilícitos penales. En cuanto al tenor de las regulaciones, ofrecemos dos propuestas para la reflexión:

a) En cuanto a los derechos reconocidos a los sujetos afectados en los diversos supuestos de privación de libertad: 1.- El derecho a no declarar

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 139 27/10/08, 10:12

debe ser incondicional, pues lo contrario *cosifica* a la persona privada de libertad y genera la tentación de recurrir a técnicas abusivas para obtener información de la misma. No compartimos por ello la tesis del TC de que en el supuesto del artículo 20.2 LOPSC, haya de excluirse este derecho. 2.- Siempre y cuando en los supuestos a regular una persona privada de libertad haya de acudir o permanecer un tiempo, por corto que sea, en dependencias policiales, el derecho a la asistencia Letrada ha de resultar inexcusable. Díez Picazo, en este sentido, aclara que la previsión del artículo 17 CE es distinta a la que hace el artículo 24 CE como garantía del proceso penal, por lo que una y otra garantía de asistencia letrada (una, al detenido, y, otra, al imputado o acusado) cumplen funciones diferentes. En el caso del artículo 17 CE, el objeto primario de la asistencia letrada es garantizar que el detenido no sea objeto de abusos, no preparar una defensa futura. No compartimos, tampoco, la tesis del TC de que en el supuesto del artículo 20.2 LOPSC haya de excluirse este derecho. 3.- El derecho al procedimiento de *habeas corpus*, no debe ofrecer ninguna duda en ninguno de los casos a regular.

b) En cuanto a la previa intervención judicial, tal y como sucede en algunos supuestos contemplados en el derecho comparado[14], cabría plantearse la posibilidad de que para establecer controles en las vías públicas, con objeto de proceder a la identificación, cacheo de personas y registros de vehículos, a salvo de fundadas razones de urgencias que lo impidieran, resultara precisa la obtención de previa resolución judicial autorizante.

Se podrá decir que con ello se corre el riesgo de incurrir en un vicio reglamentista, pero consideramos preferible asumir tal riesgo que tolerar la actual situación de incertidumbre, que estimamos incompatible no sólo con el principio de seguridad jurídica sino también con el derecho fundamental a la seguridad individual, pues,

[14] De Hoyos Sancho, Montserrat: *Obra citada.*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 140 27/10/08, 10:12

como ha dicho la STC 15/1986, dicho derecho, con fórmula obligadamente esquemática, equivale a «*certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*».

11. Los Juzgados de Guardia tienen el inexcusable deber de recibir a las personas detenidas que les sean presentadas dentro de su horario de apertura

A) Cambiamos ahora de perspectiva. Se trata de analizar la corrección de la actuación de los órganos judiciales en materia de detención policial. Ha de recordarse, en este sentido, que de los artículos 497 y 499 LECR se desprende que el Juez, tras practicar, en su caso, las primeras diligencias, deberá elevar la detención a prisión o decretar la libertad del detenido en el plazo de 72 horas a contar desde que aquél le hubiese sido entregado.

De la lectura de los citados preceptos y de la doctrina en materia de detención policial hasta ahora expuesta puede decantarse el principio de que, por analogía con las hipótesis de detención policial, se establecen dos plazos para que el Juez reciba declaración al detenido y adopte la correspondiente decisión en materia de situación personal. Uno, absoluto, de 72 horas, y otro, relativo, consistente en el tiempo imprescindible, plazos que han de computarse desde la puesta a disposición judicial (en la terminología en que se expresa el artículo 17.1 CE) o desde la entrega del detenido a Juez (en la terminología de la LECR, véanse los artículos 496 a 500).

B) Ello remite a otro problema: ¿cuando se entiende producida la puesta a disposición judicial? En esta dirección, se ofrecen dos opciones: bien considerar que tiene lugar mediante la comunicación al Juzgado, por cualquier medio del que quede constancia suficiente, de que se han concluido las diligencias policiales, desplazando al Juez la decisión sobre el momento temporal en el que haya de producirse la *entrega material* del detenido, bien entender que se produce mediante la *entrega física* del detenido en dependencias judiciales.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 141 27/10/08, 10:12

Existen sólidos argumentos que militan a favor de la primera tesis. Así, si la puesta a disposición judicial tiene un concreto objeto, la audiencia de la persona detenida, si esta no es inmediatamente posible, no existe puesta a disposición. Desde otra óptica, de admitirse la posibilidad de puesta a disposición puramente formal, se correría el riesgo de consagrar extensiones indebidas del plazo máximo de detención policial de 72 horas, pues de hecho, el detenido seguiría encontrándose bajo la custodia de la misma autoridad que lo detuvo más allá del citado plazo e incluso con la posibilidad de su prolongación hasta 72 horas más (artículos 497 y 499 LECR). Por último, una interpretación sistemática exige esta intelección, pues si la garantía institucional que implica el proceso de habeas corpus tiene por objeto la presentación del detenido ante el Juez, ello es signo de que puesta a disposición y entrega física son términos equivalentes.

En la misma dirección se pronuncia de modo unánime la jurisprudencia constitucional, con la salvedad de la STC 21/1997, de 10 de febrero, en cuyo F.J.4º se dice que: «*…el sentido y la finalidad de esta exigencia constitucional no requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el Juez —aunque ello debe constituir la forma normal, por implicar una mayor garantía del detenido—, sino que la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las 72 horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención, y quede bajo el control y decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el artículo 17.1 reconoce*».

Sin embargo, no puede soslayarse la excepcionalidad del caso examinado por el Alto Tribunal[15]. La propia Sentencia así lo reconoce cuando

[15] (*abordaje en alta mar, previa autorización judicial, de un buque por parte del Servicio de Vigilancia Aduanera en fecha 23.1.95, en el que se ocuparon 2000 kg de cocaína, y se detuvo a la tripulación, con la particularidad de que tres días después, ante la circunstancia de que el buque había de ser conducido a las Islas Canarias, donde aún tardaría unos días en llegar, el Juez Central de Instrucción, tras los trámites oportunos, dictó auto de prisión provisional, atendida la imposibilidad de entrega física de los detenidos en el plazo legal*).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 142 27/10/08, 10:12

señala que la presencia física del detenido ante el Juez debe constituir la forma normal, *por implicar una mayor garantía,* de lo que cabe concluir que el Alto Tribunal parte de la «concepción material» que venimos postulando.

En apoyo de lo expuesto, cabe citar, además. la Decisión del TEDH de 12.1.99, caso Rigopoulos contra España, en la que, en relación con el mismo caso, declaró la inadmisibilidad de la demanda, interpuesta por uno de los tripulantes, en la que se alegaba la violación del artículo 5.3. CEDH («*Toda persona detenida preventivamente deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento*»). El Tribunal consideró que si bien, a primera vista, el plazo de 16 días que duró la privación de libertad hasta la entrega física del detenido al Juez no parecía acorde con la noción de «conducido sin dilación» enunciada en el art. 5.3 del Convenio, cabía que circunstancias absolutamente excepcionales pudieran justificar un retraso de dicha naturaleza, lo que había de ser examinado en cada caso, alcanzando la conclusión de que en el supuesto enjuiciado, valorando las circunstancias concurrentes, no podía considerarse sobrepasado el marco temporal contenido en el artículo 5.3. del Convenio.

C) Ello nos lleva a analizar la posibilidad que asiste al Juez de rehusar con causa legítima la puesta a disposición, impidiendo que la misma tenga lugar, lo que nos remite al examen de los horarios de apertura de los Juzgados de Guardia y a la regularidad de los denominados protocolos expresos o tácitos en materia de conducciones policiales y turnos de detenidos.

D) En tres interesantes resoluciones[16] dictadas al resolver por vía de amparo recursos deducidos frente a autos de denegación de incoación del procedimiento de habeas corpus, el Alto Tribunal ha asentado el

[16] SSTC 288/2000, 224/2002 y 165/2007.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 143 27/10/08, 10:12

principio de que la existencia de dichos protocolos «*no puede justificar un alargamiento desproporcionado del período de detención, una vez declarada la conclusión de las investigaciones policiales*». Se trataba, en síntesis, de supuestos en los que, por no entrar en el correspondiente turno tras la conclusión de las diligencias policiales (generalmente, un único turno de mañana, a las 9:00), el detenido permanecía privado de libertad hasta el día siguiente a las 9:00 horas. El Alto Tribunal no ha afrontado todavía, por el contrario, la compatibilidad entre los artículos 17.2 CE y 184.1 LOPJ («*Todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales*»), de una parte, y las disposiciones del Reglamento 1/2005 reguladoras del servicio de guardia de los órganos jurisdiccionales en materia de horarios de apertura de los órganos judiciales.

En el fondo, se trata de encarar la cuestión de qué sucede en el espacio de tiempo que media entre la conclusión de las actuaciones policiales, expresada usualmente mediante una diligencia de «cierre» del atestado, y la entrada del detenido en la sala o despacho judicial en el que ha de prestar declaración. Dicho en otras palabras: ¿cómo se distribuyen los riesgos derivados de la prolongación de la custodia policial sobre el detenido una vez han concluido las diligencias policiales? Y, ¿qué sucede con el derecho fundamental en juego?[17].

E) A nuestro juicio, del examen de la normativa vigente, praxis judicial, y del aserto jurisprudencial de que no cabe justificación en

[17] **Instrucción 12/2007 de la Secretaría del Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FCSE para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial**. *La regla segunda recuerda que cuando, finalizadas las diligencias, concurran circunstancias que exijan —sin agotar el plazo de 72 horas- retrasar el momento de poner físicamente al detenido a disposición del Juez, se obrará siempre bajo las instrucciones de éste, haciéndolas constar por diligencia, al igual que cualquier otra eventualidad, de tal forma que siempre quede constancia detallada del uso del tiempo en el que el detenido ha estado bajo custodia policial.*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 144 27/10/08, 10:12

estos casos para que se produzcan alargamientos desproporcionados del período de detención, se extraen las siguientes consecuencias:

a) Una vez concluidas las diligencias policiales, el detenido tiene derecho a ser puesto inmediatamente a disposición judicial.

b) Sólo circunstancias muy justificadas pueden justificar el rechazo del sistema judicial a dicha puesta a disposición, siempre y cuando ello no suponga la vulneración del límite máximo de 72 horas establecido en el artículo 17.2 CE.

c) Entre estas circunstancias se encuentran los horarios de apertura de los Juzgados de Guardia. En este sentido, del Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales resultan, a los efectos que nos ocupan, tres tipologías de prestación del servicio de guardia: a) Partidos judiciales con treinta y tres o más Juzgados de Instrucción. En estos casos, el servicio da comienzo a las 9:00 horas de cada día, prolongándose de modo ininterrumpido durante 24 horas; b) Juzgados únicos. El servicio de guardia será permanente y se prestará durante la jornada diaria de trabajo; y, c) Demás Juzgados. El servicio se presta con periodicidad semanal, en régimen de jornada partida, de 9 a 14 horas en horario de mañana y de 17 a 20 horas en sesión de tarde, de lunes a sábado, prestándose el servicio en domingos y festivos de 10 a 14 horas.

Por tanto, dado que el servicio de guardia tiene, entre otros objetos, «*la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial*» (artículo 42 Reglamento 1/2005), el detenido tiene derecho, como mínimo, a ser puesto a disposición judicial dentro del período de guardia de cada Juzgado.

d) Los protocolos en materia de conducción de detenidos tienen como objeto establecer la conveniente coordinación de la actuación de las FCSE y los Juzgados de Guardia, pero la existencia de turnos de conducciones no permite rehusar la puesta a

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 145 27/10/08, 10:12

disposición judicial de una persona detenida que, por las razones que fueren, quedare fuera del turno correspondiente, pues, en palabras del propio Fiscal ante el Tribunal Constitucional en una de las SSTC citadas: «*La única causa que pudo justificar que se demorara la puesta a disposición judicial del detenido es que la organización del servicio del Juzgado de guardia y la de las conducciones de detenidos desde las dependencias policiales hasta el Juzgado de Guardia determinaran que los traslados de detenidos se hicieran antes de las 14:00 horas de cada día, por lo que, concluido el atestado a esa hora, la conducción del detenido tenía que efectuarse al día siguiente. Pero aun dando por supuesto que ello sea cierto, no se puede considerar que como consecuencia de dicha organización de los servicios del Juzgado de Guardia y de las conducciones policiales, se pueda justificar la prolongación de una detención preventiva, porque tal limitación no se contempla ni en el artículo 17 CE ni en la legislación dictada en su desarrollo*».

F) Para cerrar este apartado, dejamos señalado que con independencia de la adscripción a una u otra opción interpretativa (puesta a disposición material o puesta a disposición formal —de hecho, también existen argumentos en apoyo de esta segunda tesis como el cuestionamiento técnico del aserto de que el sistema pueda *rechazar* la puesta a disposición judicial, objeción que jamás se plantearía en la denominada tesis formal—), lo relevante es la inexcusable obligación que pesa sobre el órgano jurisdiccional de recibir a las personas detenidas siempre y cuando sean presentadas dentro del horario de apertura del Juzgado de Guardia, pues resultaría paradójico exigir a las FCSE agilidad en la actuación para reducir el período temporal de privación de libertad, para tolerar extensiones injustificables del plazo de detención imputables exclusivamente a los órganos judiciales encargados, por definición, de velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 146 27/10/08, 10:12

12. El procedimiento de habeas corpus es el pilar esencial de la regularidad de un sistema jurídico que admite detenciones preventivas

A) Concluimos la presente exposición afirmando la decisiva importancia del procedimiento de *habeas corpus* para el correcto funcionamiento del sistema.

B) Si hemos afirmado, entre otras cosas: a) Que los supuestos de sometimiento a diligencias policiales de identificación, cacheos superficiales y controles en las vías públicas constituyen supuestos de privación de libertad; b) Que la detención preventiva sólo puede tener como objeto legítimo la puesta a disposición judicial; c) Que dicha puesta a disposición no justifica por lo general extensiones del plazo de detención preventiva superiores a las 24 horas; y, d) Que existe un deber judicial de admitir la puesta a disposición dentro de los horarios de apertura de los Juzgados, el remedio más eficaz para poner coto a eventuales infracciones de dichos principios protegiendo de raíz, al mismo tiempo, el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, es precisamente el procedimiento de *habeas corpus,* pues otras opciones como el recurso a la vía penal frente a los posibles responsables de ilícitas privaciones de libertad, actúan a posteriori, por lo que si bien pueden reparar el daño causado, carecen en sí mismas de eficacia protectora inmediata del derecho.

C) Por el contrario, en la práctica se constata la infrautilización del procedimiento, no tanto por ausencia de peticiones, sino por la viciosa práctica judicial de la inadmisión *a limine* del procedimiento, en flagrante e incomprensible vulneración de la consolidada y archiconocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular.

D) Dejamos tan sólo apuntada aquí la cuestión, pues el análisis del procedimiento y de sus disfunciones constituirá el objeto de la última ponencia de esta tarde, reiterando, una vez más, su importancia como válvula de seguridad del sistema de protección de la libertad indivi-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 147 27/10/08, 10:12

dual, como recuerda la exposición de motivos de la LO 6/1984, esa *gran desconocida.*

José Luis Ramírez Ortiz
Magistrado

Xermán Varela Castejón
Magistrado

(Artículo publicado en la Revista Jueces para la Democracia, Información y debate n.º 62 julio/2008.)

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 148 27/10/08, 10:12

LAS DILIGENCIAS URGENTES Y LOS JUICIOS DE FALTAS INMEDIATOS

1. Las diligencias urgentes o «juicios rápidos»

A) Perspectiva-marco: El presente trabajo está orientado a la tramitación procesal de las Diligencias Urgentes (D.U.) y Juicios de faltas inmediatos que, dentro de las más recientes modificaciones legales que ha sufrido la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituye uno de los «quebraderos de cabeza» que sufren los Juzgados de Instrucción de guardia, especialmente los mixtos o de pueblo, en los que o bien la guardia es permanente (Juzgados únicos), o bien la guardia se extiende durante ocho días, siendo el último de los días reservado para la celebración de las diligencias urgentes sin detenido y de los juicios de faltas inmediatos. Atendidas las características de este tipo de procedimientos, me centraré, en su mayor parte, en la tramitación de los mismos en los Juzgados «de pueblo», puesto que los Juzgados de las grandes ciudades tienen unas características y problemática distintas que necesitarían de su propio estudio pormenorizado, lo que entiendo que excede de este trabajo.

Igualmente, el trabajo se centrará, en primer lugar, en la mera instrucción de las D.U. en los Juzgados de instrucción o en los Juzgados mixtos, pero no se extenderá al estudio de la tramitación posterior en los Juzgados de lo Penal, a pesar de que considero de gran importancia el que los Jueces y Magistrados que instruyen (instruimos) este tipo de procedimientos conozcamos el final del proceso (en los casos en que no hay conformidad ante el Juzgado de Instrucción, o en los contados supuestos en que se dicta sentencia de conformidad tras D.U. ante los Juzgados de lo Penal, como veremos), y en qué medida el trabajo que realizamos en cada Juzgado sirve o no, después, para que el juicio oral se desarrolle con normalidad, sobre todo en la medida en que puede

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 149 27/10/08, 10:12

que el Juzgado de Instrucción practique diligencias inútiles por lo que respecta al Juicio oral posterior, o porque deje de practicar otras que se consideren fundamentales para poder llegar, en su caso, a una sentencia condenatoria. Esta «fase final» que nunca vemos en los Juzgados de Instrucción (puesto que no se nos comunica, en ningún caso, ya sea en sede de D.U., ya en cualquier otro procedimiento, el resultado de las causas que instruimos) debería ser objeto, igualmente, de un estudio especializado que excede del fin que persigue este trabajo.

B) Las diversas vías para incoar las D.U: Centrada ya la cuestión objeto de estudio en este primer apartado, debemos iniciar el análisis de las vicisitudes procesales de las D.U. por el principio, es decir, señalando las formas diversas que pueden llevar a incoar este tipo de procedimiento «rápido»: como sabemos, la finalidad primordial de la reforma que incluyó, actualizándolo, el sistema de D.U., era la rapidez en la instrucción de las causas, de manera que se reformó tanto el procedimiento abreviado como también los conocidos como «juicios rápidos», con posibilidad incluso de que en los Juzgados de Instrucción, durante el servicio de guardia, se pudiera llegar a dictar sentencia de conformidad, cumpliéndose los requisitos legales.

Las posibilidades de que en el Juzgado de Guardia se lleguen a incoar unas D.U., siguiendo en parte a Ernesto Pedraz Penalva, son las siguientes:

a) Que se reciba en el Juzgado de Guardia un atestado policial, y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia, siempre que se cumplan el resto de requisitos señalados en el propio artículo 795 (que luego se estudiarán).

b) Que se reciba en el Juzgado de Guardia un atestado policial y que la policía judicial haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia a una persona por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurran el resto de las circunstancias

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 150 27/10/08, 10:12

señaladas en el art. 795 de la LeCrim. Tanto esta modalidad de incoación como la vista en el punto anterior son las más usuales u ordinarias en la práctica, y los requisitos necesarios serán examinados en el siguiente apartado de este trabajo.

c) Por transformación de Diligencias Previas (D.P.) en D.U., conforme al artículo 779.1.5: es decir, cuando *«el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.»*Con relación a esto, el artículo 801 regula la conformidad del acusado ante el Juzgado de Instrucción, con la «bonificación» de rebaja de un tercio de la pena más grave de las solicitadas por la acusación, y a tenor de ese artículo 801, únicamente será posible transformar unas D.P. en D.U. en caso de que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. Además, en el caso de tratarse de pena privativa de libertad, que la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión, es decir, sólo cabe transformar las D.P. en D.U. cuando pueda llegar a dictarse una sentencia de conformidad en el propio Juzgado de Guardia, atendida la remisión a los artículos 800 y 801, y no al artículo 795. Dentro de esta tercera posibilidad o vía para incoar D.U. tras haber incoado, previamente, D.P., considero que debe incluirse aquel supuesto en el que, incoadas unas D.U. durante el servicio de guardia, se produce la transformación en D.P. ante la imposibilidad de practicar alguna

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 151 27/10/08, 10:12

de las diligencias de investigación consideradas imprescindibles para poder continuar con el procedimiento de D.U., como por ejemplo algún informe pericial, o la declaración de algún testigo, etc,… Si el imputado reconoció los hechos que se le imputaban en su declaración judicial, la transformación posterior de la causa en D.P. no puede perjudicar al imputado, porque la única posibilidad de aplicarle la rebaja del tercio de la pena más grave de las solicitadas por la acusación es en el ámbito de unas D.U. Por ello, considero que sería de aplicación a este supuesto el citado artículo 779.1.5º, de manera que en el seno de las D.P., una vez practicadas aquellas diligencias que impidieron que la tramitación siguiera como D.U., constando el reconocimiento de los hechos por parte del imputado, a presencia de Letrado, deberá citarse a las partes a comparecencia y, en caso de que se den todos los requisitos, ordenar la transformación, de nuevo, de la causa en D.U., para que el imputado pueda conformarse en el Juzgado de Instrucción que, por otra parte, es probable que ya no se encuentre de guardia en ese momento de la conformidad (o al menos, no en la misma guardia en que se incoó por primera vez la causa como D.U.).

Respecto de la tramitación a que se refiere el artículo 779.1.5º, que remite al 800 y al 801, según considera M.R. Estéfani, la remisión que se realiza no puede ser global a toda la tramitación de dichos artículos, puesto que se duplicarían actuaciones con la evidente carencia de eficacia práctica: ya que el artículo 779.1.5º regula la convocatoria realizada por el Juez de Instrucción cuya finalidad es, precisamente, que las partes acusadoras manifiesten si formulan o no acusación y la defensa está conforme con ella, por mucho que tal comparecencia se celebre antes de acordar la transformación en D.U., no tiene sentido que una vez transformada se vuelva a celebrar la comparecencia del artículo 800 para conocer la acusación y si existe o no conformidad con ella. Por tanto, tras la transformación,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 152 27/10/08, 10:12

se preguntaría a las partes si solicitan la apertura de juicio oral y una vez contestado afirmativamente, se dictaría Auto de apertura de Juicio Oral, celebrándose posteriormente el mismo y se dictaría la sentencia de conformidad.

d) Como consecuencia de la estimación de recursos interpuestos durante la tramitación procesal: me refiero a aquellas causas en las que, una vez incoadas unas D.U., con base en alguno de los motivos señalados en la LeCrim, estas se transforman en D.P., mediante el correspondiente Auto; al ser recurrible ese Auto, la estimación de ese recurso (de reforma o apelación), daría lugar a continuar la tramitación como D.U. Igualmente, en caso de que el Juez de Guardia opte por incoar directamente D.P. por considerar que no concurren los requisitos de las D.U., lo hará mediante Auto, recurrible: la estimación del correspondiente recurso dará lugar a la necesaria incoación de la causa como D.U.

En cambio, y por exclusión expresa del artículo 795 LeCrim, no podrán tramitarse por el procedimiento de D.U. aquellas causas en las que existan varios delitos conexos y alguno de ellos no pueda ser tramitado como D.U. (porque no concurran los requisitos que luego veremos), ni tampoco aquellas causas en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302. En ambos casos parece que la LeCrim excluye la tramitación como D.U. atendida la previsible complejidad procesal que tendrán esas causas. Deberíamos añadir que tampoco podrán ser objeto de D.U. aquellas causas que se incoen por denuncia ante el propio Juzgado de Guardia, pues no existirá el atestado policial que la LeCrim requiere para incoarlas, ni aquellas en las que a pesar de existir atestado policial, la Policía Judicial no haya detenido (y puesto a disposición judicial) al denunciado, o no lo haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia. Respecto de esto último, si bien la LeCrim parece descartar totalmente la posibilidad de que un Juez de Guardia incoe D.U. a la vista de un atestado policial que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 153 27/10/08, 10:12

reúna los requisitos necesarios (normalmente, que se trate de uno de los delitos competencia de los Juzgados de los Penal cuya instrucción se prevea que será sencilla), pero en el que la policía judicial no haya detenido ni citado al denunciado para ante el Juzgado de Guardia, lo cierto es que algunos compañeros sí que incoan en esos casos D.U., citando el propio Juzgado a los implicados, o bien solicitando a la policía que practique dichas citaciones. Entiendo que esta postura debe ser admisible por cuanto, insisto, la única manera que tiene un denunciado de conformarse con «premio» de rebaja de un tercio es mediante la tramitación de D.U., aunque creo que lo más correcto, procesalmente hablando, sería utilizar la vía del artículo 779.1.5º, cuando en las D.P. el imputado reconoce los hechos, como ya se ha visto, y por tanto, incoar unas D.P. para, en caso de que el imputado reconozca los hechos, poder transformar en D.U., en vez de incoar directamente unas D.U.

Por último, debemos hacer mención, como excluidas en su tramitación como D.U., a aquellas causas que, a pesar de reunir todos los requisitos, conforme al Titulo III del Libro IV de la LeCrim, para ser tramitadas como D.U., deban ser instruidas y sentenciadas por órganos especiales, como por ejemplo, el TSJ respectivo o el TS, como ocurriría por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el imputado sea miembro de la carrera judicial (o fiscal): imaginemos a un Juez o Magistrado cogido «in fraganti» conduciendo un vehículo a motor con una tasa de alcohol que por sí sola sea constitutiva de delito: en ningún caso será posible la tramitación como D.U. (ni por tanto, la rebaja del tercio de la pena).

C) Ámbito de aplicación de las D.U.: análisis de los requisitos previstos en el artículo 795 de la LeCrim: La Ley establece diferentes requisitos que deben concurrir para que sea posible la incoación de unas D.U. durante el servicio de guardia:

a) Que se trate de la instrucción y enjuiciamiento de *delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 154 27/10/08, 10:12

con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que, como hemos visto en el apartado anterior, el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial.

b) Además de lo anterior, que implica que solamente cabrá tramitar como D.U. aquellos delitos competencia de los Juzgados de lo Penal, nunca de las Audiencias Provinciales, debe concurrir cualquiera de los siguientes requisitos:

1º Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, *se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.*

2º Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

b) Delitos de hurto.

c) Delitos de robo.

d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.

e) Delitos contra la seguridad del tráfico.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 155 27/10/08, 10:12

f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.

g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.

h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

3º Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

Atendido que la forma «ordinaria» de incoar D.U. pasa porque el Juzgado de Guardia reciba un atestado policial en los términos del artículo 795 de la LeCrim, debemos atender ahora a esa potestad «preinstructora» de la Policía Judicial (entendiendo incluidas las diversas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con competencias de Policía Judicial) que la modificación legislativa introdujo en el sistema procesal penal, comenzando con el papel de «calificadora», en primera instancia, de los hechos objeto del atestado. Es cierto que todo atestado conlleva una primera calificación jurídica de los hechos realizada por la propia policía, que, evidentemente, no vincula al Juzgado que recibe el atestado. Sin embargo, en el caso de los atestados tramitados como «juicios rápidos», la calificación jurídica inicial que realiza la policía es de capital importancia, precisamente, y como ya adelantaba, porque de una correcta calificación dependerá que efectivamente se detenga o se cite ante el Juzgado al denunciado y, en su caso, a testigos, perjudicados, etc,…y que se complete el atestado con los demás requisitos señalados en la LeCrim, de manera que, una vez recibido en el juzgado de Guardia, se puedan incoar unas D.U. En otro caso, si no se reúne alguno de los requisitos fundamentales previstos en la Ley, fundamentalmente la detención o citación del imputado, creo que no sería posible incoar la causa como D.U., sin perjuicio de que, en caso de reconocimiento de los hechos a presencia de Letrado, se proceda a

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 156 27/10/08, 10:12

la transformación de las D.P. en D.U. Así, con la finalidad de agilizar la instrucción de las causas penales, el Legislador ha dejado en manos de la policía una función netamente jurisdiccional.

Por otro lado, el artículo 796 de la LeCrim establece cuáles son las actuaciones que deberá llevar a cabo la Policía Judicial para elaborar el atestado que podrá dar lugar a la incoación de D.U. en el Juzgado de Guardia. Entre dichas actuaciones, se encuentran las citaciones de testigos, perjudicados, ofendidos y compañías de seguros, aunque según entiende Juan Aguirre Seoane, con relación a los testigos no debería establecerse su citación ante el Juzgado de Guardia (y esa no necesidad de citación se recoge expresamente respecto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando conste su declaración en el mismo, art. 796.4º, último párrafo), ya que, salvo que sea necesario preconstituir la prueba por existir algún peligro de que no pueda practicarse en el acto del juicio oral posterior, o bien tenga por objeto ampliar la declaración prestada a presencia policial, no existe ningún motivo para reproducir su testimonio ante el Juzgado de Guardia: así, para las D.P. del Procedimiento Abreviado, el artículo 777.2 de la LeCrim establece que solamente se tomará declaración ante el Juzgado de Instrucción a aquellos testigos o víctimas *«cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes».* Por tanto, según entiende el autor citado, si la declaración del testigo ha sido fundamental al objeto de redactar el atestado, su declaración ya constará en el mismo, y no tendría sentido que viniera al Juzgado

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 157 27/10/08, 10:12

de Guardia al efecto de ratificarse en esa declaración, sobre todo en el caso de que finalmente no haya conformidad y el Juicio Oral se celebre ante el Juzgado de lo Penal, puesto que deberá repetir, otra vez, lo ya declarado ante la policía y ratificado ante el Juzgado de Guardia. Únicamente en los casos de riesgo de que se «malogre» la prueba, o en los casos en que sea necesario para ampliar su declaración prestada a presencia policial, debería citar la policía a los testigos a comparecer a presencia judicial para la tramitación de las D.U.

Por otro lado, el citado artículo 796 de la LeCrim faculta también a la policía para que requiera, por su propia autoridad, al personal sanitario o facultativo que haya asistido a un perjudicado para que le entregue copia del informe relativo a la asistencia prestada, de manera que de ello se desprende la obligación de dichos profesionales de entregar a la policía judicial tales copias cuando así se lo requieran. Sin embargo, si dicha obligación no se comunica de manera efectiva precisamente a los obligados a cumplirla, es decir, al «personal sanitario o facultativo», en general, y estos se niegan a entregar una copia a la policía, es cuando le tocará intervenir al Juez de Guardia por medio de un oficio dirigido al centro de salud o médico que corresponda, al objeto de que entreguen la copia a la policía para poder tramitar las D.U. Este es uno de los problemas que acarrea el hecho de que el Legislador cree normas procesales que reconocen potestades excepcionales a la policía, como la posibilidad de obtener por su propia autoridad informes médicos de otras personas (siempre relacionadas con un juicio rápido, por supuesto), que contradicen las normas generales al respecto afectantes al derecho a la intimidad de las personas, y no poner esa potestad, que implica una obligación para los profesionales de la medicina, en conocimiento precisamente de esos obligados a cumplir con el requerimiento de la policía judicial, siendo necesaria la intervención del Juez de Guardia para autorizar algo que podía haber obtenido la policía por su propia autoridad, según la LeCrim (el presunto «ahorro» de diligencias de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 158 27/10/08, 10:12

instrucción judiciales mediante su asignación a la policía judicial en los juicios rápidos se diluye de esta manera).

Otras «disfunciones procesales» que se pueden apreciar en la práctica debidas a esa atribución de la «preinstrucción» de las D.U. a la Policía Judicial son las siguientes:

1ª Posibilidad de elección, por parte de la policía, del Juez de Guardia que recibe el atestado, que será el encargado de su tramitación como D.U.: y es que el artículo 796.4 de la LeCrim establece que *«A los efectos de la aplicación del procedimiento regulado en este título, cuando la Policía Judicial tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 795, respecto del cual, no habiendo sido detenido ni localizado el presunto responsable, fuera no obstante previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, el cual se remitirá al juzgado de guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, y en cualquier caso, dentro de los cinco días siguientes. En estos casos la instrucción de la causa corresponderá en exclusiva al juzgado de guardia que haya recibido el atestado. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de dar conocimiento inmediatamente al juez de guardia y al Ministerio Fiscal de la comisión del hecho y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia.»* Como vemos, es posible que la policía mantenga abierta una investigación como «juicio rápido» porque prevea que va a poder identificar (o detener) en breve al denunciado, siempre que lo ponga en conocimiento del Juez de Guardia (el que esté de guardia en el momento de comisión de los hechos, entiendo). Continuará las investigaciones, pudiendo en realidad transcurrir incluso meses desde su inicio, si es que la localización o detención se complica más de lo esperado, y una vez que identifique al denunciado, y tras esa identificación, como máximo en el plazo de cinco días (o si es detenido, en el tiempo mínimo im-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 159 27/10/08, 10:12

prescindible y en todo caso, dentro de las 72 horas), remitirá la causa, como «juicio rápido» al Juzgado que esté de guardia en ese momento; de esta manera, es muy probable que sea un Juez distinto al que tuvo conocimiento de los hechos (porque se lo comunicó la policía, en su día) el que vaya a recibir el atestado, dando pie esta posibilidad a que se vea afectado, a voluntad de la policía, el principio de Juez Ordinario Predeterminado por la Ley.

2ª Que la Policía Judicial tramite como D.U. unos hechos ocurridos en otro partido judicial, y presente el atestado (y al detenido, o cite al imputado y al resto de intervinientes en los hechos) en el Juzgado de Guardia de un partido judicial distinto: ese Juzgado de Guardia no podrá incoar D.U., puesto que no tiene competencia territorial para conocer del asunto, y deberá inhibirse (no sin antes, en su caso, haber resuelto sobre la situación personal del detenido, y adoptado las medidas cautelares oportunas, también en su caso). De esta manera, una «mala elección» por parte de la policía del Juzgado de Guardia competente para conocer de las D.U. puede dar al traste con la posibilidad de incoación de las mismas, influyendo en la posibilidad que tiene el imputado de conformarse con rebaja de un tercio de la pena.

3ª Que la policía tramite como D.U. un asunto de violencia de género, y el atestado llegue fuera de horas de audiencia del Juzgado competente: ¿Puede el Juzgado de Guardia practicar las diligencias de toma de declaración de la presunta víctima, de los testigos, realización de informes periciales, etc,…y citar para el Juzgado de Violencia de Género a las partes únicamente para la celebración formal del juicio rápido? Yo entiendo que no, porque le falta la competencia objetiva para poder practicar todas esas diligencias, teniendo únicamente competencia para resolver, como en cualquier otro asunto en el que no tenga competencia, sobre la situación personal del detenido o sobre la adopción de medidas cautelares (normalmente, orden de protección). El resto de diligencias deberán ser practicadas por el órgano competente, que es

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 160 27/10/08, 10:12

el Juzgado de Violencia de Género. Sin embargo, algunos Juzgados de Guardia practican todas las diligencias a modo de «favor» para los Juzgados de Violencia de Género, a los que se presupone sobrecargados de trabajo, aunque yo considero que se trataría de diligencias nulas por haberlas realizado un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

4ª Posibilidad de que la detención del denunciado se convierta en una detención ilegal, susceptible del procedimiento de «habeas corpus»: el artículo 796.1 de la LeCrim establece cuáles son las diligencias que la Policía Judicial deberá practicar para preparar las D.U., y en dicho artículo se establece un lapso temporal en el que la policía deberá realizarlas *«en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención»*. En muchas ocasiones se interpreta este precepto por la policía como que tiene un plazo de 72 horas para practicar todas las diligencias previstas en el artículo 796, desde que procedió a la detención del denunciado, pero lo cierto es que el artículo que regula la detención, el 520 de la LeCrim, establece que: *«la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.».* Autores como E. Pedraz Penalva entienden que el detenido deberá ser puesto a disposición judicial nada más se le haya identificado y tomado declaración en sede policial a presencia de Letrado, pues dicha interpretación se derivaría de la interrelación de los artículos 17.2 CE y 520 LeCrim, no siendo constitucionalmente de recibo que pueda la policía hacer durar la detención más allá de lo que requiera la práctica de esas dos diligencias (identificación y toma

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 161 27/10/08, 10:12

de declaración). Además, la duración temporal de dicha práctica deberá ser la mínima a fin de poder considerar proporcionado el retraso en ser conducido *sin dilación* ante la autoridad judicial (art. 528 LeCrim, tercer párrafo: *«todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculpados o procesados»*.). El art. 796 de la LeCrim, al cambiar la expresión del 520 de «tiempo estrictamente necesario» por la de «tiempo imprescindible», puede dar pie a que la policía prolongue el tiempo de detención policial (sin sobrepasar, por supuesto, el límite de las 72 horas) debido a que no haya podido practicar con mayor premura las diligencias de investigación señaladas en el propio art. 796, lo que entienden estos autores que constituiría una detención ilegal, no pudiendo primar las necesidades de tramitación de una causa como «juicio rápido» sobre el derecho a la libertad del denunciado. Así, según entienden estos autores, para evitar incurrir en una detención ilegal, la Policía Judicial debería practicar primero todas las diligencias necesarias y, en último lugar, detener, en su caso, al denunciado, tomarle declaración a presencia policial y remitir el atestado al Juzgado de Guardia.

D) Desarrollo de las D.U. en el Juzgado de Guardia: Respecto a este apartado, no voy a entrar a analizar exhaustivamente los diversos pasos que deben seguirse para terminar la tramitación de una causa como D.U., bien sea con sentencia de conformidad, bien con remisión de la misma para su enjuiciamiento ante el Juzgado de lo Penal, puesto que la mayoría de programas informáticos que se utilizan en las oficinas judiciales incorporan los correspondientes «modelos» de actas, comparecencias y demás que facilitan la tramitación de las D.U. Tan sólo haré hincapié en aquéllas vicisitudes que pueden producirse durante la tramitación, y que pueden plantear, a mi juicio, problemas:

a) Es posible que el atestado policial único incluya dos hechos distintos, imputables a personas diferentes, pero que se hayan pro-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 162 27/10/08, 10:12

ducido de forma simultánea o sucesiva en el tiempo, de manera que la policía redacta un solo atestado aunque con dos detenidos (o citados) y lo presenta al Juzgado de Guardia (p.ej., el atestado recoge un delito de lesiones imputando a A por haber golpeado a B, y además un delito de atentado imputando a B por haber golpeado a un agente de policía cuando acudió al lugar para averiguar los hechos cometidos por A). En estos casos, opino que lo más aconsejable será incoar dos D.U. distintas, una por cada hecho, deduciendo testimonio del atestado, puesto que si se tramitaran en unas solas D.U. podría haber problemas con las posibles conformidades, recursos, etc,…

b) Es posible que un solo hecho delictivo sea imputado a dos (o más) denunciados, y tramitadas las correspondientes D.U., uno de ellos reconozca los hechos y quiera conformarse, y el otro no (imaginemos un supuesto de robo con fuerza perpetrado, según consta en el atestado, por dos personas, que se ayudan mutuamente). En estos casos considero que no cabe dictar sentencia de conformidad para ninguno de los imputados, al menos en sede de Juzgado de Guardia, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 655 y 697 LeCrim en relación con el Sumario y la posible conformidad: si no todos los procesados prestan su conformidad, se procederá siempre a la celebración del juicio oral.

c) Podría suceder que el Ministerio Fiscal no presente escrito de acusación en el acto o en el tiempo que se señale por el Juzgado, en caso de que concurra acusación particular: en ese caso no es posible la transformación de la causa en D.P. por ese motivo, sino que, como dice expresamente el artículo 800.5 LeCrim, deberá acudirse al mecanismo establecido en general en el artículo 781.3 de la LeCrim: el Juez requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 163 27/10/08, 10:12

se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

d) Si en las D.U. no se ha personado acusación particular, pero existe un perjudicado que reclama, y la petición que pretende realizar el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación respecto de la indemnización en concepto de responsabilidad civil no satisface al perjudicado, por considerar este último que le corresponde más indemnización (por ejemplo, que haya sufrido una herida en la cara que previsiblemente le vaya a dejar como secuela una cicatriz, y en ese sentido de «secuela previsible» se haya pronunciado el médico forense, considerando el Ministerio Fiscal que, al tratarse de una mera posibilidad, no debe pedir indemnización por ese concepto de «previsible secuela»). ¿Es posible transformar las D.U. en D.P. al objeto de una nueva revisión por el médico forense, para poder concretar la indemnización, aunque quien lo solicite no esté personado en la causa? Yo considero que sí, porque si el objeto de la reforma de la LeCrim que incluyó las D.U. pasaba por agilizar la instrucción de las causas, en definitiva lo que se trataba de buscar era la finalidad última de eliminar los perjuicios que dicho retraso en la tramitación suponía en las víctimas y en los propios imputados. De este modo, si por el hecho de tramitar como D.U. una causa se va a producir un perjuicio a la víctima, precisamente por esa rapidez en el enjuiciamiento, considero que por razones de lógica jurídica, deberá transformarse la causa en D.P. para permitir que se practiquen, con la necesaria calma, las diligencias que se estimen necesarias, basándose en que la instrucción de la causa ha resultado más complicada de lo que en un principio se podía suponer.

E) Los escritos de acusación y de defensa y el órgano ante el que deben presentarse: La LeCrim prevé diferentes momentos para presentar estos escritos, de manera que:

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 164 27/10/08, 10:12

a) Si la única parte acusadora es el Ministerio Fiscal, éste deberá presentar su escrito de acusación de forma inmediata, o formulará ésta de forma oral, ante el Juzgado de Guardia.

b) Si además del Ministerio Fiscal, concurre la acusación particular, el Juez emplazará a ambos para que presenten la acusación dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días (ante el Juzgado de Instrucción en el que se tramitaron las D.U., y que puede que ya no esté de guardia cuando se presenten dichos escritos de acusación).

c) Respecto al escrito de defensa, existen dos posibilidades:

— Si sólo está personado el Ministerio Fiscal, la defensa podrá o bien presentar su escrito inmediatamente después de que el Fiscal haya presentado el escrito de acusación, y a la vista de esta, ante el Juzgado de Guardia, o bien podrá solicitar un plazo que el Juez fijará prudencialmente dentro de los cinco días siguientes, presentando en este último caso el escrito de defensa ante el Juzgado de lo Penal. El artículo 800 apartado segundo de la LeCrim establece que *«abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta oralmente, procediendo entonces el Juez de guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral. Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto a la citación de las*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 165 27/10/08, 10:12

partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento». ¿Significa esto que sólo puede conformarse el acusado, en los casos en que sólo concurre el Ministerio Fiscal como acusación, si se conforma de forma inmediata ante el Juzgado de Guardia? ¿Puede conformarse en su escrito de defensa, a presentar dentro del plazo que le haya señalado el Juez de Guardia dentro de los cinco días siguientes, a presentar ante el Juzgado de lo Penal al que competa la celebración del juicio oral? Existen opiniones dispares en cuanto a la interpretación del artículo citado, puesto que existen autores que consideran que debe interpretarse de forma amplia en beneficio del acusado, sobre todo teniendo en cuenta que expresamente dice que el acusado «podrá» prestar su conformidad en el acto en el propio Juzgado de Guardia, por lo que debe permitirse que el acusado cuyo Letrado ha solicitado (y se le ha concedido) un plazo para presentar su escrito de defensa ante el Juzgado de lo Penal pueda conformarse, con el beneficio de la rebaja de un tercio, en ese escrito de defensa, siempre que se den el resto de requisitos para ello, por supuesto. Estos autores serían de la opinión de que la sentencia de conformidad la deberá dictar en este caso el Juez de lo Penal, ante quien se ha presentado el escrito de defensa con conformidad del acusado (y es lógico, porque en el momento en que se presente el escrito en el que presta su conformidad el acusado, el Juzgado que tramitó las D.U. ya no estará, previsiblemente, «de guardia»). Por otro lado, hay autores que sostienen justo la opinión contraria: atendido que el artículo 800.2 establece que el acusado «*podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 166 27/10/08, 10:12

escrito de defensa», ello sólo puede significar que en el exclusivo caso de que el acusado se conforme en el acto con la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal, cabrá aplicar la conformidad con rebaja del tercio de la pena, y si no se hace en ese acto, ya no podrá, en su escrito de defensa posterior a presentar dentro de los cinco días siguientes ante el Juzgado de lo Penal, conformarse con el beneficio de la rebaja del tercio de la pena solicitada por el Fiscal, (aunque podrá seguir conformándose según el régimen general de la conformidad, sin rebaja del tercio). Y ello porque precisamente ese beneficio de la rebaja del tercio está pensado, exclusivamente, para los supuestos en que el procedimiento no llega al Juzgado de lo Penal, sino que se resuelve en el propio Juzgado de Guardia. La conformidad en el Juzgado de lo Penal no podría ser premiada con la rebaja del tercio por el mero hecho de que la causa se haya instruido como D.U., y no como D.P.

— Si además del Ministerio Fiscal, concurre la acusación particular: es posible que las acusaciones hayan presentado escrito en el acto (o acusado de forma oral), y el imputado no se conforme en el acto, en cuyo caso se actuaría conforme a lo visto en el párrafo anterior, es decir, bien presentando inmediatamente escrito de defensa (o formulándola oralmente), sin conformidad, bien presentando escrito de defensa dentro del plazo otorgado por el Juzgado (que nunca será superior a los cinco días) ante el Juzgado de lo Penal. En el escrito de defensa el imputado puede conformarse con la acusación más grave (artículo 801.5 LeCrim), por lo que entiendo que, en este caso, será el Juzgado de lo Penal el que deba dictar, en su caso, la sentencia de conformidad, y no el Juzgado de Guardia, pues es ante el Juzgado de lo Penal ante el que se presenta el escrito de defensa conformándose con la pena más grave de las acusacio-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 167 27/10/08, 10:12

nes, y además, el Juzgado que instruyó las D.U. es previsible que ya no se encuentre «de guardia», atendido el tiempo transcurrido desde la tramitación de las D.U. y la conformidad del acusado. Es posible, incluso, que pase más tiempo desde que se incoen las D.U. hasta que se dicte sentencia de conformidad, lo que ocurrirá en los casos en que se haya concedido un plazo, dentro de los dos días, para que Ministerio Fiscal y acusación particular presenten sus respectivos escritos de acusación, y no los presenten «en el acto»; una vez que los presenten ante el Juzgado que tramitó las D.U., deberá darse traslado de los mismos a la defensa, momento en que ésta conocerá, de manera efectiva, qué pena solicita cada cuál. No habiendo tenido oportunidad el imputado todavía de conformarse con la más grave de las acusaciones, por desconocerla hasta ese momento, podrá prestar su conformidad en el escrito de defensa (en aplicación, de nuevo, del artículo 801.5), que presentará ante el Juzgado de lo Penal, por lo que considero que será dicho Juzgado de lo Penal el encargado de dictar, si se dan todos los requisitos para ello, la sentencia de conformidad con rebaja de un tercio.

F) El importantísimo papel del Secretario Judicial en los supuestos de conformidad en D.U.: El Secretario Judicial es el encargado, por así establecerlo la LeCrim, de hacer saber al imputado las consecuencias de prestar su conformidad con la acusación (artículo 801.2, en relación con el artículo 787.4 de la LeCrim). Esta no es una cuestión que pueda dejarse en manos del abogado defensor del imputado, como a veces sucede, puesto que las consecuencias que puede llegar a tener, para un individuo, la conformidad, deben ser tenidas en cuenta por el mismo conociéndolas en su totalidad (pensemos en los supuestos en que se impone pena de prisión no suspendible, por ejemplo). A veces, por el ritmo frenético que impone en los Juzgados de Guardia la tramitación de las D.U., se da por supuesto que será el propio abogado del imputa-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 168 27/10/08, 10:12

do el que le informará, de manera completa, de las consecuencias de la conformidad y su significado, pero lo cierto es que en ocasiones los Letrados, normalmente de oficio, deben atender también a distintas D.U. que se están tramitando al mismo tiempo, lo que lleva a que, unos por otros, no se informe oportunamente, y en todos sus aspectos, al imputado de las consecuencias de su conformidad. La prisa, que exacerba hasta el límite la actual regulación de las D.U., no es buena consejera, y menos cuando se manejan los derechos fundamentales de las personas.

G) Las Sentencias de Conformidad: la sustitución y suspensión de penas.

Según establece el artículo 801 de la LeCrim, *«una vez dictada sentencia de conformidad, si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución»*. Así, parece que no será necesaria la petición expresa de ninguna de las partes para poder suspender o sustituir una pena de prisión. Por otro lado, únicamente cabe sustituir o suspender la pena privativa de libertad, pero no otro tipo de penas que se hayan impuesto.

Como sabemos, las sentencias de conformidad que se dictan en el Juzgado de Guardia (o en el Juzgado de lo Penal, en los casos vistos), son firmes una vez que las partes manifiestan su intención de no recurrir y el Juez declara la firmeza. No sucede lo mismo, en cuanto a la firmeza, y según entiendo, con las resoluciones que acuerdan la sustitución o la suspensión de la pena de prisión impuesta en la sentencia de conformidad, pudiéndose interponer recurso contra tales resoluciones. La LeCrim parece no establecer expresamente, en la regulación de las D.U. con conformidad, que sea necesario resolver en una resolución (Auto) aparte acerca de la sustitución o suspensión de la pena de prisión impuesta, por lo que algunos Jueces resuelven sobre tal extremo en la propia sentencia de conformidad (muchas veces sin fundamentar

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 169 27/10/08, 10:12

en absoluto su decisión de suspender o sustituir). Considero que no es posible decidir sobre tan importante consecuencia en la misma sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de Guardia, sino que debe decidirse al respecto en Auto aparte motivado previa audiencia de las partes, siendo ese Auto susceptible de los recursos de reforma y/o apelación igual que en el Procedimiento Abreviado, y ello por los siguientes motivos:

1º Porque existe una remisión en el artículo 801.3 de la LeCrim a las normas generales sobre sustitución y suspensión de penas, que se recogen en los artículos 80 y ss. del Código Penal (el artículo 801 se remite a los artículos 81 y 87 del CP realizando una «suavización» respecto a las condiciones necesarias para que pueda acordarse la suspensión de la pena privativa de libertad, de manera que en vez de haberse satisfecho íntegramente las responsabilidades civiles, por ejemplo, basta en las D.U. para la suspensión de la pena de prisión con el mero compromiso del reo de satisfacerlas en el plazo que el Juez le fije). En dichos artículos 80 y ss. del CP se establecen los requisitos para poder acordar la sustitución y suspensión de las penas de prisión, y así, se recogen tanto la necesaria «audiencia de las partes», como todas las condiciones que deben concurrir para que sea posible que el Juez sustituya o suspenda la pena de prisión, que luego se verán. De esta manera, para poder acordarlas, el Juez debe valorar, razonable y razonadamente, tanto la posición emitida por cada una de las partes respecto a la sustitución o suspensión, como la concurrencia en el caso concreto de las condiciones necesarias para poder acordarlas, lo que evidentemente requiere, a mi parecer, de una resolución motivada. También deberá valorar, como especialidad dentro de las D.U., la emisión de voluntad que debe recabar del condenado acerca de su compromiso bien a abonar, en el plazo fijado por el Juez, las indemnizaciones por responsabilidad civil que procedan (artículo 801.3 de la LeCrim

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 170 27/10/08, 10:12

en relación con el 81.3 del CP), o bien el compromiso de aportar, en el plazo que el Juez señale al efecto, certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin (artículo 801.3 de la LeCrim en relación con el 87.1.1º del CP). Entiendo que ambos plazos se deberán señalar en la propia resolución acordando la suspensión. Considero que la motivación que debe realizarse por el Juez para acordar, o no, finalmente, la sustitución o la suspensión de la pena de prisión impuesta, no puede hacerse en la propia sentencia de conformidad, por conllevar razonamientos y valoraciones distintos a los propios de la sentencia que se dicta. Es por ello que deberá resolverse por medio de Auto aparte.

2º Porque al realizarse siempre «previa audiencia de las partes», puede que el Juez acuerde o deniegue la suspensión o la sustitución contra el criterio de alguna de ellas, de manera que si la resolución se incluye en la propia sentencia de conformidad, que es firme, podría dar lugar a que esa resolución judicial (sobre la sustitución o suspensión de la pena de prisión impuesta) no pudiera ser objeto de recurso para aquella de las partes que hubiera defendido una posición contraria a la finalmente adoptada por el Juez respecto de la sustitución o la suspensión, al insertarse en una sentencia firme, o incluso podría llevar al absurdo de que la misma resolución (la sentencia de conformidad) fuera firme e irrecurrible en una parte (hasta la imposición de la pena), pero no en la otra (en cuanto a la resolución de sustitución o suspensión de la pena).

3º Es cierto, sin embargo, que el artículo 88 del CP, respecto exclusivamente a la posible sustitución de la pena privativa de libertad (no existe artículo semejante respecto de la suspensión) dice que «*Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 171 27/10/08, 10:12

de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad (…)». Sin embargo, entiendo que si se realiza la sustitución en la propia sentencia de conformidad de las D.U., deberá motivarse expresamente esa decisión acerca de la sustitución, valorando las posturas mantenidas por las partes al respecto una vez preguntadas («previa audiencia de las partes»), y valorando también la concurrencia del resto de requisitos que, como luego se verá, son requisitos o condiciones de difícil valoración, para que pueda sustituirse la pena. Creo que al tratarse de un razonamiento independiente del resto de los de la sentencia, debería ser susceptible de recurso, cuya articulación resultaría complicada (como ya hemos visto) para el caso de que se resuelva sobre la sustitución en la propia sentencia de conformidad en D.U., que es firme.

4º Finalmente si, como hemos visto en los anteriores razonamientos, debe resolverse por medio de Auto aparte motivado respecto de la sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, debe aplicarse a dicho Auto lo establecido en el artículo 766 de la LeCrim, de manera que debe poder interponerse contra el mismo recurso de reforma y/o apelación conforme a tal artículo, puesto que la LeCrim no excluye a esta resolución de la posibilidad de interponer contra ella dichos recursos, como sí hace con otro tipo de autos, por ejemplo, y en sede de D.U., respecto de los Autos acordando la apertura de juicio oral (artículo 800.1 de la LeCrim).

A pesar de todo lo dicho, y atendida la manera en que se desarrollan las D.U. en los Juzgados de Guardia, normalmente la conformidad se produce habiendo también «pactado» las partes la sustitución o la suspensión de la pena, de manera que normalmente ninguna de ellas se opone a la concesión de dicha sustitución o suspensión. Pero, evidentemente, dicho «acuerdo» entre las partes no vincula al Juez, que debe

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 172 27/10/08, 10:12

valorar si concurren en el caso concreto las circunstancias que ahora se dirán, y en su consecuencia, conceder o no la sustitución o la suspensión de la pena de prisión impuesta.

Las condiciones que deben concurrir para proceder a la sustitución o la suspensión de las penas, en general, se recogen en los artículos 80 y ss. del Código Penal, pudiendo establecerse las siguientes distinciones por lo que respecta al ámbito de las D.U.:

I. Sustitución de penas privativas de libertad (siempre previa audiencia de las partes, como ya se ha visto):

a) penas de prisión que no excedan de un año: se pueden sustituir por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 del Código Penal, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

b) Penas de prisión que no excedan de dos años: de forma excepcional, y sólo en caso de que se trate de reos no habituales, se podrán sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos para la pena de multa.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 173 27/10/08, 10:12

c) En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género: la pena de prisión (siempre inferior a uno o dos años, conforme a lo anteriormente visto) sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, no por multa. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 del Código Penal. Entiendo que en estos casos de violencia de género además se deberán dar el resto de condiciones necesarias para que pueda acordarse la sustitución de la pena que se recogen en los apartados anteriores, es decir, que las circunstancias del hecho y del culpable, su conducta, etc,… así lo aconsejen.

II. Suspensión de la pena privativa de libertad (también siempre previa audiencia de las partes):

II.I. Penas privativas de libertad no superiores a dos años: se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

A) Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 174 27/10/08, 10:12

cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2ª) Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que conste el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije (especialidad de las D.U.)

4ª) La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Magistrado, conforme al artículo 80.2 del Código Penal.

B) Condiciones no necesarias: también podrá condicionarse la suspensión (al tratarse siempre de penas de prisión las que son susceptibles de ser suspendidas en el ámbito de las D.U., ex artículo 801 de la LeCrim), si el Juez lo estima necesario, al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes, conforme al artículo 83 del CP**:**

1ª) Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

3ª) Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4ª) Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6ª) Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 175 27/10/08, 10:12

conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

II.II. Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género: el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del art. 83 antes vistas. Entiendo que además se deberán dar el resto de condiciones necesarias para que pueda acordarse la suspensión de la pena que se recogen en los apartados anteriores, en estos casos de violencia de género, es decir, que concurran las que hemos llamado «condiciones necesarias», pudiendo imponer, además, alguna de las otras «condiciones no necesarias» recogidas en el artículo 83, distintas a las reglas 1ª, 2ª y 5ª.

II.III. Supuestos de condenado que sufre alcoholismo o drogadicción: Según el artículo 87 del CP, aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81 del CP, se podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años (es decir, no será necesario que el condenado haya delinquido por primera vez ni que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa; pero en el ámbito de las D.U. no tiene sentido la exclusión de la segunda de las condiciones del art. 81, puesto que en ningún caso cabrá que se haya impuesto al reo, para poder conformarse, pena privativa de libertad superior a los dos años de prisión, ex artículo 801.º.3º de la LeCrim). Esta posibilidad de suspensión cabrá respecto de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20 del CP, siempre que conste en la causa (en las D.U.) el compromiso del acusado de obtener certificación suficiente de centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, en la que se recoja que el

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 176 27/10/08, 10:12

condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin, en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije a tal efecto (esta condición es específica para las D.U., según señala el artículo 801.3 LeCrim).

Además, se recogen las siguientes condiciones para poder suspender las penas de prisión por este motivo de alcoholismo o drogadicción:

1ª) En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

2ª) La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años. (Sin embargo, siendo que en unas D.U. no cabrá nunca imponer una pena de prisión superior a los dos años, con la rebaja de un tercio ya incluida, por medio de la sentencia de conformidad, considero que no tiene sentido que en el caso de que se trate de reos alcohólicos o drogadictos que hayan cometido el delito precisamente por ese motivo, se les aplique un tiempo de suspensión mayor que para el resto de condenados a los que se les suspenda la pena de prisión en D.U., por lo que creo que, en todo caso, el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves.)

3ª) En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 177 27/10/08, 10:12

el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización. (A pesar del tenor literal del precepto, considero que en sede de D.U. no será al «tribunal sentenciador» al que deberá rendir cuentas el centro correspondiente, es decir, al Juzgado de Guardia, sino al que se ocupe de la ejecución, ex artículo 801.4 de la LeCrim.)

II.IV. Suspensión de cualquier pena impuesta: se podrá acordar en D.U. en las que se haya dictado sentencia de conformidad con imposición de pena de prisión, sin sujeción a requisito alguno, en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

H) La ejecución inmediata de la pena impuesta en sentencia de conformidad

El artículo 801.4 de la LeCrim establece que: *«dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución.»*. De este artículo se desprende que en los casos en los que se ha dictado sentencia de conformidad en la que se ha impuesto la pena de prisión, que no haya sido suspendida (o sustituida) conforme se ha visto anteriormente, es el propio Juzgado de Guardia que la dicta el encargado de «acordar lo procedente» sobre el ingreso en prisión del condenado, no pudiendo remitir la causa, a tal efecto, al Juzgado de lo Penal (o en caso de que exista, al Juzgado de Ejecutorias Penales). Por tanto, deberá o bien librar los mandamientos correspondientes para el inmediato ingreso en prisión del condenado, que es lo que parece

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 178 27/10/08, 10:12

indicar el precepto, o bien requerir al condenado para que ingrese en prisión en el plazo que el Juez imponga, si interpretamos que el artículo citado permitiría simplemente requerir al penado de ingreso en prisión (aunque a mí me parece más razonable la primera opción, es decir, librar los mandamientos de prisión y que el condenado vaya directamente a prisión desde el juzgado de instrucción que ha dictado la sentencia condenatoria firme). Una vez hecho esto, se deberá remitir la causa al Juzgado de lo Penal (o de ejecutorias) competente, que continuará la ejecución.

Además, y conforme a ese mismo artículo, el Juez de Guardia debe hacer los requerimientos que se deriven de la sentencia de conformidad, y entre los mismos deben incluirse, según entiendo, el requerimiento para entrega del carnet de conducir en caso de que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, debiendo establecerse en el requerimiento un plazo para su entrega (sin perjuicio de que el condenado entregue el carnet en el propio Juzgado de Guardia, si así lo quiere, lo que se hará constar en la causa, remitiéndose ésta junto con el carnet entregado al órgano que deberá continuar con la ejecución).

2. Los juicios de faltas inmediatos

A) Ámbito de aplicación:

La reforma de la LeCrim que introdujo la tramitación «urgente» de determinados tipos de Juicios de Faltas tuvo como fundamento la misma finalidad que la reforma efectuada respecto de la tramitación de las D.U., es decir, el acortamiento del tiempo de espera entre la comisión de un hecho calificable como Falta y la celebración del correspondiente juicio. Así, se mantuvo una tramitación «ordinaria» en los artículos 966 y ss. de la LeCrim (aunque estableciendo unos plazos realmente cortos, que en la inmensa mayoría de ocasiones no se pueden cumplir, fundamentalmente por los problemas con las citaciones de los interesados

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 179 27/10/08, 10:12

y testigos); paralelamente, se introdujo una regulación de las faltas de enjuiciamiento rápido o inmediato, en los artículos 962 a 964 de la LeCrim, que serán las que centren el presente trabajo.

El modelo de faltas de enjuiciamiento rápido o inmediato permite a su vez una doble modalidad procesal, como señala Eloy Velasco Núñez:

1) la policial-judicial: únicamente respecto de las faltas de lesiones (artículo 617 CP), hurto (art. 623.1 CP) cuando sea flagrante, y las de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas siempre que sean sobre víctimas de la violencia doméstica, y siempre que denuncien ante los Cuerpos policiales (es decir, las del art. 620 del CP cuando las víctimas se incluyan dentro del ámbito personal recogido en el artículo 173.2 del CP). Por tanto, no cabría, en principio, que la policía realice un atestado con enjuiciamiento inmediato de faltas en los casos de faltas de injurias, o de amenazas, etc,… entre personas que no vengan contempladas en el artículo 173.2 del CP, aunque en muchas ocasiones así lo hace. Sin embargo, si ya constan citadas todas las personas que debían serlo, y comparecidas en el Juzgado, cabría celebrar el juicio inmediato de faltas en su modalidad judicial, por economía procesal.

2) la estrictamente judicial: que incluye todo tipo de faltas siempre que, conforme al artículo 964.2 de la LeCrim, se hayan iniciado en virtud de denuncia presentada directamente ante el órgano judicial competente (art. 965 LeCrim), estando identificado el denunciado y concurriendo los requisitos previstos en el artículo 963 LeCrim, o bien que se trate de faltas (que no estén incluidas en la modalidad policial-judicial antes vista) que hayan dado lugar a la formación de atestado entre cuyas diligencias conste practicado fehacientemente el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado, debiendo estar igualmente identificado el denunciado, y en ambos casos que sea posible además citar a todas las personas que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 180 27/10/08, 10:12

deban ser convocadas mientras dure el servicio de guardia, para la celebración del juicio (difícil será que pueda celebrarse alguna falta de este tipo estrictamente judicial, a no ser que una vez recibido el atestado, el Juzgado ordene a la policía que cite a los implicados para comparecer a juicio durante el servicio de guardia. Si se utiliza el trámite de citación por medio del Servicio Común, o por el agente judicial, en su caso, es casi seguro que las citaciones no llegarán a tiempo para poder celebrar el juicio de faltas durante el servicio de guardia). Entiendo que en todo caso de las citaciones a todos los intervinientes deberá existir constancia escrita, conforme se verá en otro apartado de este trabajo.

Atendido que en la segunda modalidad, la estrictamente judicial, cabría el enjuiciamiento de todo tipo de faltas de forma inmediata, siempre que se cumplieran los requisitos vistos, algunos autores se plantean si cabría que los Juzgados de Paz pudieran celebrar las faltas de su competencia que cumplieran los requisitos para ello, insisto, de forma «inmediata». De este modo, autores como el mencionado Eloy Velasco entienden que no habría obstáculo para ello, porque aunque la LeCrim siempre se refiere al Juzgado de Guardia como el competente para conocer de las mismas, y los Juzgados de Paz nunca pueden estar «de guardia», los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que no son «juzgados de guardia» en el sentido previsto en los artículos 962 y ss. de la LeCrim, por ejemplo, sí pueden celebrar juicios de faltas inmediatos en el ámbito de su competencia (es decir, en los supuestos de injurias vertidas en el ámbito de la violencia de género), que celebrarán sin estar estrictamente «de guardia», aunque se deberán señalar por la Policía para el día hábil más próximo, por lo que también los Juzgados de Paz podrían celebrar sus faltas como «inmediatas». Sin embargo, otros autores tan solventes como Blas Alberto González Navarro sostienen justo la posición contraria, de manera que entienden que los Juzgados de Paz no podrán celebrar como juicio rápido las faltas de su

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 181 27/10/08, 10:12

competencia porque precisamente nunca podrán estar «de guardia», a los efectos de celebrar un juicio inmediato.

De todas maneras, lo que está claro es que no será posible celebrar en el Juzgado de Guardia, como juicio de faltas inmediato, un juicio de faltas competencia del Juzgado de Paz, pues el Juzgado de Guardia no es competente, territorialmente, para su conocimiento, debiéndose inhibir al Juzgado de Paz correspondiente. Vemos aquí, de nuevo, que la regulación de estos procedimientos en la LeCrim otorga a la Policía Judicial un papel de «calificador» de hechos que le lleva a veces a tramitar como juicio inmediato de faltas procedimientos que no son competencia del Juzgado de Guardia, sino del Juzgado de Paz, no pudiéndose celebrar como «juicio inmediato» una vez todo el mundo ya está en el Juzgado, lo que implica un malgasto de esfuerzos y de recursos públicos y privados.

B) El enjuiciamiento de las Faltas inmediatas judiciales-policiales: la principal característica de este tipo de procedimientos, y que los distingue realmente de los juicios inmediatos que hemos llamado «estrictamente judiciales», es que, al igual que como ocurre con las D.U., la LeCrim otorga a la Policía Judicial un papel «preprocesal», pues es ella la encargada, en este tipo de faltas inmediatas policiales-judiciales, de realizar las citaciones de las partes (ofendidos, perjudicados, denunciantes y denunciados) y testigos que puedan dar razón de los hechos, realizando dichas citaciones de forma inmediata para que concurran ante el Juzgado de Guardia, remitiendo copia de las mismas junto con el atestado. Estas citaciones, además, las deberá realizar la policía con los apercibimientos que se señalan en el artículo 962 de la Ley:

a) apercibir a los citados de que es obligatoria la comparecencia ante el Juzgado de Guardia, bajo posible multa de 200-2.000 Euros, si la incomparecencia no se acompaña de justa causa para dejar de hacerlo.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 182 27/10/08, 10:12

b) apercibir a los citados de que podrá celebrarse el juicio de faltas de forma inmediata en el Juzgado de Guardia incluso aunque no comparezcan.

c) indicar a las partes que deben acudir a juicio con los medios de prueba de que intenten valerse.

d) indicar al denunciante, al perjudicado y al ofendido que tienen derecho a mostrarse parte acusadora en el juicio, que pueden pedir la reparación, restitución o indemnización del perjuicio ocasionado, o si no las renuncian, dejar su ejercicio en manos del Ministerio Fiscal, y que pueden ser asistidos por Abogado si lo desean. La Ley 38/2.002 introdujo un apartado 2 en artículo 963 de la LeCrim, que establecía que *«de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 y 121, si alguna de las partes quisiera ser asistida de abogado de oficio, se procederá a su inmediata designación»*. Por tanto, si lo solicitaba el denunciante, el perjudicado, o el denunciado, debía nombrársele abogado de oficio, independientemente de si el sujeto gozaba o no del beneficio de la justicia gratuita. Sin embargo, la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 5/2.003, de 27 de mayo, eliminó ese apartado n.º 2, renumerando el antiguo apartado 3, que pasó a ser el actual apartado 2 del artículo 963 de la LeCrim, de manera que en la actualidad ya no recoge la LeCrim, de manera expresa, para el juicio de faltas, la posibilidad de nombrar abogado de oficio para ninguna de las partes. Podría encontrarse la explicación en el hecho de que para la celebración del juicio de faltas no es preceptiva la asistencia de abogado, sino tan sólo opcional, de manera que al no ser preceptiva la asistencia letrada, en principio nunca podría estar la parte amparada en el beneficio de asistencia jurídica gratuita, por las normas que regulan ésta. Pero en ningún caso el nombramiento de abogado de oficio viene ligado, en el ámbito penal, a que el posible asistido sea beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, por lo que si

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 183 27/10/08, 10:12

alguno de los intervinientes solicitara ser asistido de abogado, y no tiene «abogado particular», entiendo que deberá nombrársele, sin dilación, uno de oficio, dejándose para después las cuestiones relativas a si debe o no ser beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, o si debe pagar de su bolsillo al letrado «de oficio». La única especialidad que existe en la regulación procesal del juicio de faltas respecto a la regulación de los procedimientos por delito, en cuanto a la asistencia letrada, es que en el juicio de faltas no es preceptiva, es decir, no es obligatoria, como sí pasa en los delitos, pero nada más.

e) informar al denunciado en todo caso y por escrito, sucintamente, de los hechos en que consiste la denuncia (no hay obligación de darle una copia para así preservar datos íntimos de los otros intervinientes, pero sí la información que posibilite su derecho de defensa), y del día, hora y Juzgado concreto que celebrará el juicio. Igualmente, de su derecho a mostrarse parte como denunciado y a ser asistido por abogado o a solicitar uno de oficio, si lo desea. De esta manera, si solicita un abogado de oficio, al igual que se ha visto respecto de los denunciantes perjudicados y ofendidos, debe nombrársele uno en sede judicial, sin perjuicio de lo que corresponda respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, o no, del solicitante, pues si goza o no de dicho beneficio se verá después de la celebración de juicio (como ocurre en el caso de la instrucción de los delitos).

Sin embargo, en ningún lugar establece la LeCrim que sea la policía judicial la que cite al Ministerio Fiscal para comparecer en el Juzgado de Guardia a celebrar el juicio de faltas inmediato, de manera que deberá ser el propio Juzgado de Guardia el que cite al Ministerio Fiscal (que también estará de guardia, aunque en muchos casos, no en el propio Juzgado, por lo que pueden producirse desajustes entre la hora «señalada» por la policía para la celebración y la hora en la que efectivamente pueda celebrarse el juicio).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 184 27/10/08, 10:12

Por otro lado, el artículo 962 de la LeCrim establece que la información que debe facilitar la policía al denunciado debe constar en todo caso por escrito, pero lo cierto es que dicha obligación debe considerarse extendida a todos los intervinientes, atendida la regulación que para las D.U. realiza la LeCrim: establece que es posible que la policía cite a los implicados en las mismas incluso en forma verbal documentada en acta (artículo 796.3, si es que la urgencia lo requiriese); al no establecerse precepto semejante para los juicios de faltas inmediatos, debemos considerar que en todo caso las citaciones que realice la policía judicial para la celebración de un juicio de faltas inmediato (y a todos los intervinientes, partes, testigos, etc,…) deberán siempre constar por escrito, y con todos los apercibimientos legales.

Destaca Blas A. González Navarro, y estoy totalmente de acuerdo con él, que atendido que la calificación inicial de los hechos realizada por la Policía Judicial siempre será susceptible de control y revisión judicial, pues el Juzgado de Guardia que reciba el atestado deberá comprobar que concurren todos los requisitos (y su propia competencia) para poder incoar y celebrar el Juicio inmediato de faltas, debería incluirse, dentro de todas esas informaciones y apercibimientos que realiza la policía a los intervinientes, el hecho de que el Juez se reserva la decisión de incoar o no el juicio, de manera que conozcan de antemano que aunque acudan al Juzgado el día y hora señalados, puede que finalmente no se celebre el juicio ese día, de suerte que los ciudadanos no se lleven la «sorpresa» de que, una vez en el Juzgado, tengan que marcharse de nuevo a su casa para acudir otro día distinto para la celebración. De todas maneras, esto no evitaría el «paseo» del ciudadano al Juzgado de Guardia en virtud de esa citación urgente de la policía, puesto que se le apercibe de las consecuencias de su falta de presentación ante el Juzgado, incluso con posibilidad de imposición de multas por incomparecencia, siendo que al final puede que su falta de presentación no tenga consecuencia alguna para el caso de que no se

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 185 27/10/08, 10:12

celebre el juicio de faltas de manera inmediata porque el Juez considere que no puede celebrarse por alguno de los motivos legales. Esto provoca una gran inseguridad jurídica, para los ciudadanos, como se puede percibir en los Juzgados de Guardia los días de «salida de guardia» u «octavos días».

C) La celebración del Juicio inmediato de faltas: El juicio inmediato de faltas sólo se celebrará si se decide incoar así por el Juez de guardia. En ocasiones existen dudas acerca de si las lesiones que presenta determinada víctima son, o no incluibles dentro del concepto de «falta» o de «delito», sobre todo porque los informes de una primera asistencia facultativa reflejan eso exclusivamente, que ha habido una primera asistencia, y son recibidos en el Juzgado rápidamente: esa rapidez, que tanto se buscaba en la reforma del enjuiciamiento de las faltas, provoca que algunas lesiones más graves de lo que en un principio pudieran parecer, se tramiten como si fueran constitutivas de falta, y no de delito. Esto ocurrirá, sobre todo, en los casos en que no sea suficiente, de hecho, una sola «primera asistencia» al lesionado, sino un posterior tratamiento médico o quirúrgico, que no haya sido previsto en la emisión del primer informe médico, que por lo general será el único que tengamos en el Juzgado a la hora de decidir si se señala o no el juicio como inmediato o rápido. Y no ayuda a la decisión, en muchas ocasiones, la emisión de informe del médico forense, puesto que cualquiera que conozca el funcionamiento de los Juzgados de Guardia en las poblaciones pequeñas, sabrá que el forense se limita a emitir un informe por fax, sin examinar al lesionado, y a la vista exclusivamente del informe médico de primera asistencia emitido por el profesional que asistiera a la víctima. De esta manera, lo que suele ocurrir es que para curarnos en salud incoemos unas Diligencias Previas cuando llega un atestado por lesiones, y tras la emisión del correspondiente informe por el médico forense, con el correspondiente examen del lesionado y de toda la documentación médica que le facilite, una vez que se produzca

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 186 27/10/08, 10:12

la llamada «sanidad» del lesionado, se decida si la causa debe continuar tramitándose como diligencias previas o bien debe transformarse en un juicio de faltas, según la entidad que en definitiva revistan las lesiones. Sólo en casos muy claros en los que conste en el informe médico una lesión muy superficial (por ejemplo, un arañazo) se podría, bajo mi punto de vista, aventurar el Juez de guardia a incoar directamente un juicio de faltas inmediato, y sin tenerlas todas consigo porque puede que una lesión (como por ejemplo un esguince, una fractura) no se descubra hasta después de celebrado, y sentenciado, el juicio de faltas, de manera que una lesión constitutiva de delito se haya enjuiciado, puede que de manera firme (si se dicta la sentencia «in voce» y se declara la firmeza), como si de una falta de lesiones se tratase, con la correspondiente ventaja para el imputado que es condenado a una pena menor, y perjuicio paralelo para el lesionado, que no recibirá una indemnización por sus lesiones correspondiente a la realidad de las mismas. Ello, como decimos, es resultado de la total falta de medios materiales y personales en los Juzgados, que por carecer, carecen de Médico Forense en el partido durante la guardia, así como de representante del Ministerio Fiscal (ambas figuras deben compartirse con otros partidos judiciales).

En la celebración del juicio oral la LeCrim no establece distingos en cuanto a si se trata de «juicios de faltas inmediatos» u ordinarios, por lo que no considero necesario un análisis detallado de dicha materia, siendo semejante el desarrollo de los juicios orales en ambos tipos de faltas.

Como conclusión de este trabajo, debo decir que bajo mi punto de vista, la modificación de la LeCrim respecto tanto de las Diligencias Urgentes como de los Juicios de Faltas Inmediatos no ha ido acompañada de la correspondiente dotación presupuestaria necesaria para poder ser aplicada de manera eficaz, de forma que tanto el personal como el material dependiente bien del Gobierno Central, bien de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de justicia, resulta insuficiente para atender adecuadamente las exi-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 187 27/10/08, 10:12

gencias de la Ley y de la sociedad en su conjunto, de manera que se acaba relegando a un segundo plano aquello que está en el origen de la función jurisdiccional: la prestación de un servicio público en beneficio de la ciudadanía, evitando que la obtención de una resolución ajustada a derecho se convierta en un procedimiento largo y tedioso que acaba generando inseguridad jurídica y por ende, inseguridad ciudadana.

Cristina Martínez Medrano
Juez

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 188 27/10/08, 10:12

APROXIMACIÓN AL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA

El presente trabajo tiene como única pretensión, como su propio título indica, la de realizar una aproximación al concepto y contenido del Auto de Cuantía Máxima, sin ahondar en demasía en los múltiples problemas que dicho tipo de resolución conlleva, sino sólo en aquellos que, a mi modo de ver, pueden ser reconocidos por la mayoría de Jueces como «problemas-tipo» a la hora de redactar dicho ACM, es decir, problemas prácticos. Además, debe resaltarse que este trabajo se centra exclusivamente en la redacción o elaboración del ACM en su fase penal, de modo que no se trata el procedimiento ejecutivo posterior que se seguiría, en su caso, en la vía civil. El Auto de Cuantía Máxima (ACM) es una resolución judicial que debe dictarse por el Juez que ha conocido de un procedimiento penal incoado por un hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil obligatoria en la circulación de vehículos de motor, en los casos en que en dicho proceso se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, siempre que el perjudicado no hubiere renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente. Tiene por objeto la determinación de la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por el seguro obligatorio de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM).

Viene regulado actualmente en el artículo 13 de la LRCSCVM, según la última modificación introducida por la Ley 21/2.007, de 11 de julio, respecto al texto refundido anterior aprobado en 2.004. En dicho artí-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 189 27/10/08, 10:12

culo 13 se recoge un mandato dirigido al Juez penal en el que le obliga a dictar dicho ACM antes de acordar el archivo de la causa.

Como vemos, se trata de una resolución judicial en forma de Auto y que debe dictar el Juez penal (normalmente el Juez de instrucción, en un procedimiento de faltas de lesiones de tráfico), pero cuyo efecto es constituir un título ejecutivo recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil como uno de los títulos respecto de los cuales puede incoarse el correspondiente procedimiento ejecutivo civil. En definitiva, se trata de una resolución «penal» por cuanto que se dicta en un procedimiento de dicha jurisdicción, pero que sólo tiene efectos «civiles», motivo por el cual en muchas ocasiones no es objeto de especial estudio ni en la vía civil ni en la vía penal. A pesar de ello, y atendido el gran número de procedimientos penales por falta de lesiones imprudentes de tráfico que se siguen en los Juzgados de instrucción (normalmente mixtos, de Primera Instancia e Instrucción), y de que el ACM es una resolución que **debe dictar** el Juez aunque no lo solicite la parte, son muchísimos los ACM que se dictan (o se deberían dictar) cada año.

1. Regulación: modificaciones legislativas

La modificación que ha sufrido la LRCSCVM en el año 2.007 ha supuesto una variación del procedimiento para dictar el ACM que hasta entonces se venía siguiendo en los tribunales, por cuanto con anterioridad era exclusivamente el Juez, en la mayoría de los casos, el que estudiando los autos determinaba el contenido del ACM, la cuantía de las indemnizaciones reclamables, quienes tenían legitimación como perjudicados, quién como responsable a los efectos del ACM,…En la actualidad el art. 13 señala que: *«El auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros.(…) En todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 190 27/10/08, 10:12

posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que puedan aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes. Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial. De no alcanzarse el acuerdo, se dictará auto de cuantía máxima en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia (…)»

El artículo señala por tanto que antes de dictarse el ACM por el juez, bien deberá haberse aportado con anterioridad a la causa penal correspondiente una oferta motivada por el asegurador al perjudicado respecto a la indemnización que se comprometa a abonarle por los perjuicios sufridos, o bien deberá existir en la causa penal una «respuesta motivada»; esa respuesta motivada entiendo que más bien sería un escrito de alegaciones del asegurador, en el que éste manifestara las razones por las que considera que no debe abonar nada a los posibles perjudicados, o que debe abonar menos de lo que le reclama el perjudicado, tras haber realizado éste, dentro del proceso penal, una reclamación detallada de lo que considera que debe recibir en concepto de indemnización, y habiéndose trasladado dicha solicitud a la aseguradora para que se pronuncie. Sólo para el caso de que no existan ni oferta ni respuesta motivadas, es cuando deberá celebrarse la comparecencia, en la que el juez convocará a los perjudicados, a los posibles responsables y sus aseguradores, incluido en su caso el Consorcio, en el plazo de cinco días (aunque no se establece desde cuando debe comenzar a computarse ese plazo de cinco días). La comparecencia tiene una marcada finalidad mediadora, por cuanto es evidente que persigue que las partes puedan llegar a un acuerdo indemnizatorio, que será «homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial» (otra vez el Juez penal actuando en el ámbito del juez civil aún a pesar de que, a excepción de dictar el ACM, el resto de actuaciones penales estarían terminadas en el proceso en el que se dicta).

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 191 27/10/08, 10:12

Atendido que la Ley 21/2.007, de 11 de julio ha modificado igualmente la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, introduciendo como infracción leve (art. 40.5 d) el incumplimiento por las compañías aseguradoras de la obligación de realizar la «oferta» o la «respuesta» motivadas que decíamos, sancionando dicho incumplimiento con multa, e incluso elevando la infracción a la categoría de «grave» en los casos de que el incumplimiento sea reiterado (castigándolo con sanciones que van desde la multa hasta la suspensión de la autorización administrativa de la aseguradora, art. 41.2 de la LOSSP), es muy probable que en un futuro no muy lejano, si la norma es llevada a efecto con normalidad, siempre conste ya en la causa penal esa oferta o respuesta motivada de la aseguradora, sin que deba ser convocada por tanto la comparecencia prevista en el art. 13 de la LRCSCVM. Es por ello previsible que dicha comparecencia tenga dentro de un tiempo una existencia meramente residual. En la actualidad los Juzgados de Instrucción suelen citar a las partes para la comparecencia advirtiéndoles de que deberán presentar por escrito las alegaciones que pretendan realizar, puesto que es la vía más sencilla al efecto de poder disponer por escrito de las peticiones concretas del perjudicado por sus perjuicios, o de la aseguradora respecto a su oferta, y porque así parece desprenderse del art. 13, que habla de que el fin de la comparecencia es «que puedan aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes». Con la referencia a esas «alegaciones» entiendo que la Ley introduce el principio de contradicción para la formación del ACM, de manera que deberán hacerse a la vista de lo propuesto por la parte contraria: la comparecencia, cuya celebración irá desapareciendo progresivamente como ya hemos dicho, tiene por objeto asegurar la contradicción entre las partes, pues si se celebra la comparecencia es precisamente porque no consta en la causa oferta o respuesta motivadas, por lo que la primera vez que cada parte tendrá conocimiento de lo que solicita la otra será en el propio acto de la

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 192 27/10/08, 10:12

comparecencia, de manera que lo allí aportado no podría ser objeto de contradicción si no se permite a las partes que aleguen lo que tengan por conveniente a la vista de la oferta o respuesta motivada que se haya aportado en la propia comparecencia. Dentro de esas alegaciones es posible incluso, a mi parecer, que se llegue a alegar por la aseguradora comparecida que ella no es la compañía que aseguraba el vehículo en el momento del hecho, aportando prueba de ello, lo que podría dar lugar a la suspensión de la comparecencia para comprobar lo alegado y una vez hecho esto, volver a citar para comparecencia bien a una aseguradora (a la que se haya comprobado que aseguraba el vehículo en el momento del hecho), bien al Consorcio. Esta posibilidad no está recogida expresamente en la Ley, pero entiendo que no puede ser de otra manera por cuanto si existen datos en la causa que revelen qué aseguradora (o el Consorcio, en su caso) deba ser considerada como responsable civil, el ACM debe dictarse de manera que recoja en su contenido el nombre de dicha aseguradora, siempre que efectivamente se haya acreditado en la causa, y al efecto de que ese ACM pueda servir como verdadero título ejecutivo para el perjudicado y obtener así el correspondiente resarcimiento en la vía ejecutiva civil.

Respecto a los motivos que han impulsado la reforma, introduciendo la participación directa en la formación del ACM de los perjudicados y de las aseguradoras, bajo mi punto de vista pasan por el intento de evitar que sea el juez el único que realmente deba hacer los cálculos necesarios para poder determinar las cantidades máximas indemnizables, siendo que al tratarse, como veíamos al principio, de una resolución con efectos civiles pero dictada por el juez penal y dentro del marco de un procedimiento penal, no es lógico que las partes no intervengan de alguna manera en su formación (recordemos el principio de derecho civil de justicia rogada). Si bien la nueva regulación no convierte a las partes en impulsoras de la formación del ACM, puesto que como decimos el art. 13 establece un mandato dirigido al Juez, que en todo

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 193 27/10/08, 10:12

caso dictará el ACM aunque no se lo pida ninguna de las partes, sí que impone la participación de las mismas en su formación, evitándose así situaciones que hasta ahora venían siendo muy comunes en los Juzgados de instrucción, como que el juez, con los datos que constan en el procedimiento penal, es quien calcula la indemnización por los días impeditivos, secuelas, factores de corrección,…y daños materiales, limitándose las partes a «esperar» a que el Juez dicte el Auto. Este hecho, unido a la irrecurribilidad del ACM, en ocasiones ha provocado el efecto perverso de que el ACM carezca de los requisitos indispensables para poder ser ejecutado, produciéndose nulidades en la vía ejecutiva, o bien que recoja cuantías indemnizatorias que no reflejan la realidad de los perjuicios, sino cuantías muy inferiores, abocando a la parte perjudicada a entablar un juicio civil en vez de instar la ejecución del ACM, perdiendo en definitiva la posibilidad de utilizar la vía más rápida del procedimiento ejecutivo por no responder el ACM a la realidad.

A pesar de lo dicho hasta ahora, lo cierto es que en ninguna norma se prohíbe al Juez de instrucción practicar, dentro del proceso penal, cuantas diligencias tenga por conveniente para poder dictar el ACM, aunque la regulación anterior recogía específicamente esa posibilidad, en el artículo 13 del Texto refundido de 2.004 de la LRCSCVM, pues en el mismo se señalaba que: *«Cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria. El auto referido*

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 194 27/10/08, 10:12

contendrá la descripción del hecho y la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos.

Si no pudiese señalarse la cuantía de la indemnización por falta de elementos probatorios o porque los existentes se hubieran emitido sin posibilidad de intervención de los interesados, el auto mencionado en el párrafo anterior sólo se retrasará por el tiempo imprescindible para que con audiencia e intervención de los perjudicados y de los aseguradores se lleven a cabo las comprobaciones que se estimen necesarias, de oficio o a petición de parte.

El auto a que se refieren los párrafos anteriores no será recurrible.»

Actualmente dicha mención expresa ha desaparecido del artículo 13 de la LRCSCVM, pero en principio, en aquellos casos en los que el Juez que debe dictar el ACM no disponga de los datos necesarios para poder hacerlo con todo el contenido que marca la Ley, siempre podrá acordar diligencias encaminadas, por ejemplo, a la identificación de la compañía aseguradora contra la que deba dictarse el ACM, o bien averiguar si el vehículo del posible responsable estaba o no asegurado en el momento del siniestro, y en caso negativo deba dictarse el ACM contra el Consorcio, etc,… Respecto de este tipo de diligencias, que antes se practicaban por medio del libramiento de oficios a la DGT o se requería a las propias partes para que aportasen a la causa la documentación de los vehículos y seguros, actualmente existe una aplicación informática por la que se puede acceder directamente a los registros de la DGT desde los Juzgados, facilitando enormemente esta tarea.

Sin embargo, si bien es cierto que cabe que el Juez que deba dictar el ACM practique diligencias encaminadas a obtener los datos necesarios para poder dictarlo, debemos destacar el hecho de que la mayoría de los supuestos de procedimiento penal en los que finalmente deba dictarse el ACM son Juicios de Faltas, en los que no cabe la práctica de diligencias de investigación puesto que son procedimientos en los que no existe fase de instrucción a cargo del Juez, por su propia regulación. Parece

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 195 27/10/08, 10:12

que una cierta interpretación flexible de la regulación de los juicios de faltas permitiría la práctica por el Juez de instrucción de las diligencias mínimas encaminadas a determinar, cuanto menos, la identidad de las personas implicadas en los hechos denunciados y los posibles responsables civiles, para poder configurar el Juicio y celebrarlo pero, ¿debemos considerar extendida dicha interpretación flexible respecto a la determinación de las lesiones sufridas por los perjudicados? ¿Debe acordarse por tanto en los Juicios de Faltas por lesiones en accidente de tráfico que los lesionados sean examinados por el médico forense? Lo cierto es que la práctica diaria de los Juzgados de Instrucción demuestra que en estos casos siempre se suele acordar que el médico forense examine a los lesionados, incluso varias veces, para emitir un informe tanto sobre la relevancia de las lesiones sufridas por ellos, (pues es imprescindible que las lesiones producidas sean constitutivas de delito para que concurra el tipo penal de falta de lesiones imprudentes de tráfico), como también para poder tener un informe pericial que verse sobre los días que ha tardado en curar o estabilizarse en sus lesiones un lesionado, el alcance de sus secuelas, e incluso en la mayoría de ocasiones el propio médico forense es el que determina el número de puntos que según su criterio correspondería a cada secuela concreta. Evidentemente, esto facilita mucho el trabajo del Juez a la hora de dictar el ACM, pues sólo tendría que aplicar el baremo correspondiente a lo recogido en el informe forense, pero lo cierto es que tengo serias dudas de que más allá del informe forense emitido para determinar si las lesiones son o no constitutivas de delito, quepa emitir un informe médico-forense respecto a los días impeditivos, no impeditivos, secuelas,… y sobre todo, respecto de los puntos concretos que correspondan a cada secuela, atendida la regulación procedimental de los Juicios de Faltas. Lo cierto es que en otro tipo de faltas en los que pueda haber lesiones que evidentemente no son constitutivas de delito, ni siquiera suele pedirse informe del forense, o bien si existen dudas respecto a la entidad de las lesiones lo que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 196 27/10/08, 10:12

se suele hacer en la práctica en los Juzgados de Instrucción es incoar Diligencias Previas, ordenar el informe médico-forense y a la vista de su resultado, mantener el procedimiento como Previas o transformarlo en un Juicio de Faltas.

La postura contraria sería aquella por la que cualquier tipo de informe médico que constara en un procedimiento de Juicio de Faltas de tráfico fuera aportado por los propios perjudicados, para fundamentar su reclamación indemnizatoria, o por los posibles responsables civiles, para oponerse a una solicitud de indemnización excesiva, y con esos datos que constaran en la causa el Juez penal dictara el ACM pero, como decimos, la práctica judicial suele ser la anteriormente expuesta, con emisión de informe médico-forense «completo», otorgándose así a las partes un instrumento inigualable (el informe del médico-forense) en el que fundamentar sus peticiones, sin coste adicional alguno para ellas. En muchas ocasiones, esta es la causa de que casi en cualquier accidente de tráfico en el que se producen lesiones se opte por la vía penal, a pesar de que el interés básico del denunciante suele ser la obtención de una indemnización por responsabilidad civil, y no el castigo penal del responsable del accidente.

2. Contenido del ACM

Como ya se ha dicho, la regulación del Auto de Cuantía Máxima se recoge en un único artículo, actualmente el 13 de la LRCSCVM, y en el mismo se enuncia cuál deba ser el contenido del ACM: *«contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos»*. Además deberá contener, evidentemente, la cantidad máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por el seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de la LRCSCVM.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 197 27/10/08, 10:12

Respecto a la descripción del hecho, entiende la doctrina (así por ejemplo Reglero Campos) que la misma debe ser aséptica, es decir, que debe omitir cualquier referencia a la responsabilidad de los intervinientes en el accidente, por no ser este el objeto del ACM, que se limita a señalar dicha cuantía máxima en un título ejecutivo. En todo caso, aún cuando el Juez penal realizara una descripción del hecho que concretara cuál de los intervinientes tuvo la culpa del accidente, o en qué medida concurrió la culpa de cada uno de ellos, etc,…, ello no vincularía al Juez Civil que deba después ejecutar el ACM, pudiendo cuestionarse por tanto ese hecho en la correspondiente ejecución civil.

La indicación de las personas que intervinieron en el accidente, de los vehículos y de los aseguradores de cada uno de estos implica que únicamente deben formar parte de la «descripción del hecho» del ACM las personas que efectivamente se encontraban en el lugar del hecho en el momento de producirse, pudiendo tener alguna participación en su producción o no (pensemos en los meros ocupantes de los vehículos), pero no por ejemplo los propietarios de los vehículos que no estuvieran en el lugar del accidente en el momento de su producción (aunque si se añade ese dato entiendo que no se estaría creando un ACM nulo). Igualmente, deberán hacerse constar los vehículos intervinientes y sus compañías aseguradoras, datos que pueden ser actualmente comprobados gracias a la aplicación informática que conecta los Juzgados con la DGT que mencionábamos antes. En el caso de que pueda haber dudas respecto a la falta de aseguramiento de algún vehículo, entiendo que ello deberá igualmente reflejarse en la descripción del hecho, al objeto de que pueda ser exigido el pago, en su caso, del Consorcio de Compensación de Seguros.

El objeto del ACM es la determinación de la **cantidad líquida máxima** que pueda reclamarse, por lo que la doctrina entiende que en general los ACM recogerán cuantías aproximadas, que establecerá el Juez a la vista de lo actuado en el proceso penal, pero ajustándose siem-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 198 27/10/08, 10:12

pre para su establecimiento al Baremo anexo a la LRCSCVM respecto de los daños personales. Es decir, en la medida de lo posible el Juez penal deberá ajustarse a lo que conste acreditado en las actuaciones, pero siempre teniendo en cuenta que lo que está creando es un título ejecutivo que recoge una cantidad máxima, siempre susceptible de rebaja, en su caso. Esto parece indicar que, en caso de duda respecto a determinado importe, lo más razonable sea elegir la opción que implique una cuantía máxima más elevada, pues como decimos el ACM establece un límite máximo para reclamar en la vía ejecutiva civil, pero nunca un límite mínimo.

La LRCSCVM establece los importes de cobertura del seguro obligatorio, es decir, los límites máximos por los que deberá responder el seguro de suscripción obligatoria (que han sido ampliados de forma extraordinaria por la Ley 21/2.007 de 11 de julio, de manera que en la actualidad se señalan como límites, por daños a las personas, 70 millones de euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas, y 15 millones de euros por siniestro por daños en los bienes, cuando antes las cuantías eran de 350.000 euros por víctima, por daños corporales, y 100.000 euros por siniestro por daños en los bienes, cualquiera que fuera el número de vehículos o bienes afectados). ¿Significa esto que en el ACM deberá fijarse una cuantía que no exceda de esos límites (que ahora son muy amplios, pero que durante la regulación anterior no lo eran)? ¿El ACM que establezca una cuantía máxima que supere esos límites sería nulo? La doctrina entiende que no, y precisamente desde el momento en que el ACM establece la cuantía máxima que se puede reclamar, pudiéndose establecer una cuantía que supere los límites máximos del seguro obligatorio sin que ello conlleve la nulidad del ACM. Otra cosa será que la cantidad por la que efectivamente deba responder la aseguradora deba ser como máximo la establecida en esos límites del artículo 4.2 de la LRCSCVM, lo que se debería determinar ya en el procedimiento ejecutivo posterior, bien porque el propio perjudi-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 199 27/10/08, 10:12

cado únicamente reclame, dentro del ACM, la cantidad máxima por la que deba responder la aseguradora, puesto que como decimos el ACM establece límites máximos pero no mínimos, o bien porque la aseguradora pueda alegar, como causa de oposición en el procedimiento ejecutivo que se siguiera contra ella por cantidad superior, la pluspetición por exceder lo reclamado del límite de cobertura del seguro obligatorio. En todo caso, el Juez que dicta el ACM no está limitado por las cuantías del art. 4.2 de la LRCSCVM a la hora de redactar el Auto.

Respecto a las personas en beneficio de las cuales debe dictarse el ACM, se tratará en general de los perjudicados por el hecho dañoso, y a favor de todos ellos se dictará el Auto. No puede dictarse ACM contra la propia compañía aseguradora respecto de los daños sufridos por el conductor del vehículo asegurado por ésta, porque lo prohíbe el art. 5 de la LSRCSCVM:*«1) La cobertura del seguro de suscripción obligatoria no alcanzará a los daños ocasionados a la persona del conductor del vehículo asegurado. 2) La cobertura del seguro de suscripción obligatoria tampoco alcanzará a los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores. 3) Quedan también excluidos de la cobertura de los daños personales y materiales por el seguro de suscripción obligatoria quienes sufrieran daños con motivo de la circulación del vehículo causante, si hubiera sido robado. A los efectos de esta Ley, se entiende por robo la conducta tipificada como tal en el Código Penal. En los supuestos de robo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11.1.c).»* Por tanto, cabe dictar el ACM a favor de todos los perjudicados a excepción del conductor respecto de su propia compañía aseguradora. Serán perjudicados también los ocupantes del vehículo no conductores, y se podrá dictar ACM a su favor y contra la compañías aseguradora del vehículo en el que viajaban.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 200 27/10/08, 10:12

Respecto de a quienes debamos considerar como los «perjudicados», si bien es cierto que en la propia LRCSCVM se recoge, en el Baremo anexo a la misma, una serie de personas que tienen el carácter de perjudicados (por ejemplo, en el caso de fallecimiento de una persona, los familiares que allí se recogen), sin embargo la doctrina entiende que podría llegar a acreditarse en el proceso la existencia de otras personas, no recogidas en el Anexo, que hubieran resultado perjudicadas por el accidente (o al contrario, personas que aún previstas como perjudicadas en el Anexo, no hubieran sufrido perjuicio alguno: imaginemos unos padres que abandonan en manos de un familiar no recogido en el Anexo a su hijo recién nacido, que muere años después en accidente de circulación y sin haber vuelto a tener contacto con sus padres biológicos: ¿a quién debe considerarse perjudicado por esa muerte, a los padres biológicos o al familiar que acogió al fallecido?). De este modo, si se acredita un perjuicio para familiares u otras personas no recogidas en el Anexo, debería dictarse a su favor el ACM.

Respecto a los perjudicados, existen varios Autos dictados por diversas Audiencias Provinciales en los que se hace referencia a distintas Sentencias del TS: Auto de la AP de Castellón, Sección Segunda, de 11 de abril de 2.005, y otros más antiguos como el de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, de 14 de enero de 1.998, o de la AP de Barcelona, sección Segunda, de 8 de septiembre de 1.999.

El ACM debe dictarse incluyendo la compañía aseguradora (o las que sean, en caso de que sean varias compañías aseguradoras las posibles responsables) y/o al Consorcio de Compensación de seguros, sin hacer determinación expresa respecto a qué compañía sea la que debe responder, en su caso, ni tampoco se deberán determinar las cuantías concretas de que deba responder cada una de las obligadas en caso de que pudiera haber concurrencia de culpas, puesto que ya hemos dicho que no procede en el ACM hacer declaración alguna respecto de la responsabilidad en la causa del accidente. Es obligación del ejecutante de-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 201 27/10/08, 10:12

terminar tanto la entidad o entidades frente a las que ejercita la acción ejecutiva, como en su caso la determinación de la cuantía que reclama de cada compañía aseguradora (o Consorcio) concreta en el momento de interponer la posterior demanda ejecutiva que tenga por título de ejecución el ACM, y las aseguradoras podrán ejercitar en su caso la oposición a la ejecución en caso de que crean que se les está reclamando de más, o que no deben abonar nada.

Algunos Jueces no incluyen dentro de la cuantía líquida máxima que recoge el ACM la correspondiente a los daños materiales sufridos por el o los perjudicados, probablemente porque consideren que por un lado el ACM tiene su origen en intentar dotar a los perjudicados de un título ejecutivo directo para reclamar los daños de la aseguradora y que se fundamenta en la responsabilidad objetiva que para los daños de carácter personal recoge el artículo 1 de la LRCSCVM; por otro lado, porque el propio artículo 13 de la Ley establece, ahora claramente, que la cantidad líquida máxima se determinará «según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración anexo» a la LRCSCVM. Como dicho anexo sólo se refiere a los daños personales, y no a los materiales, de ello se deduciría que no cabe incluir ese tipo de daños en el ACM. No estoy de acuerdo con ese argumento, en primer lugar porque si bien es cierto que la responsabilidad por los daños producidos en la persona es de carácter objetivo, siempre podrá alegar la aseguradora ejecutada, en el procedimiento ejecutivo posterior, la culpa exclusiva de la propia víctima (perjudicado ejecutante) o incluso la fuerza mayor o la concurrencia de culpas, por la vía de la oposición a la ejecución, por lo que si se tratase solamente de otorgar un título ejecutivo contra el que no se pudiera oponer ninguna excepción relacionada con la culpa no se habría diseñado el procedimiento ejecutivo en la vía civil en los términos en que lo ha sido. Así, puede la aseguradora oponerse respecto de los daños a las personas por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor y por concurrencia de culpas, y por los daños materiales

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 202 27/10/08, 10:12

podrá oponer cualquier otro tipo de excepción relacionada con la culpa, por ejemplo, la ausencia de culpa del conductor asegurado, y todo ello será objeto de prueba en el ejecutivo.

Por otro lado, que el propio artículo 13 de la LRCSCVM se refiera al anexo de la ley para realizar la valoración que corresponda en la fijación de la cantidad líquida máxima deriva del hecho de que la Ley establece que el Juez penal viene vinculado por el Baremo anexo a la ley y sus criterios de aplicación en cuanto a la valoración de los daños personales, únicos que pueden tener complejidad en cuanto a su valoración y que requieren de uniformidad a la hora de ser valorados. Sin embargo, y como no podría ser de otra manera, el art. 13 no se refiere a la manera en que deberán valorarse los daños materiales, pero no porque no deban ser incluidos en el ACM, sino porque deberán valorarse conforme a lo que efectivamente haya resultado acreditado en el procedimiento penal que se hubiere seguido, con aportación de facturas de reparación etc,....

Además, existen otros argumentos favorables a la inclusión de los daños materiales que se hayan acreditado efectivamente en el proceso penal, como son, en primer lugar, que el propio art. 13 señala que el ACM se dictará a la vista de la oferta o de la respuesta motivadas de la aseguradora o el Consorcio, y el art. 7.3 de la LRCSCVM, según la última modificación efectuada por la Ley 21/2.007, recoge como contenido de la oferta motivada una propuesta de indemnización «*por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurran daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros*». Otro de los argumentos a favor de la inclusión de la cuantía de los daños en el ACM es que si no se hace así y del siniestro se derivaron daños materiales, se aboca al perjudicado a tener que seguir insoslayablemente un procedimiento civil declarativo para que le sean indemnizados los mismos, en vez de poder usar únicamente la vía ejecutiva que seguro puede entablar respecto de los daños personales, puesto que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 203 27/10/08, 10:12

sobre los mismos tendrá el título ejecutivo constituido por el ACM. Se le obligaría así o bien a seguir exclusivamente la vía civil declarativa para reclamar por ambos tipos de daños, o bien ejercitar la acción ejecutiva con el ACM por los daños personales y además la acción declarativa en reclamación de los daños materiales.

El último de los motivos que sirven de argumento para entender que deben ser incluidos los daños materiales en el ACM está relacionado con la oposición a la ejecución por nulidad del ACM, que trataremos más adelante cuando se hable de la irrecurribilidad del ACM.

Respecto a la cuantía que deba recogerse en el ACM como correspondiente a los daños materiales producidos, deberá estarse al resultado de lo que se haya acreditado en el proceso por las partes. Además, existen ciertos conceptos que la propia LRCSCVM considera que no se tratan de «daños materiales», sino de daños de carácter personal, aunque pueda parecer que tienen más relación con un perjuicio económico directo: nos referimos a la modificación efectuada por la Ley 21/2.007del número 6 del apartado primero del anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que actualmente dice que *«además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada. En las indemnizaciones por fallecimiento se satisfarán los gastos de entierro y funeral según los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio, en la cuantía que se justifique»*.

3. Especial referencia a la determinación de la cuantía por daños personales

Ya hemos adelantado que tras la última modificación del año 2.007, el artículo 13 de la Ley determina que los daños personales deberán ser

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 204 27/10/08, 10:12

valorados, para la creación del ACM, según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de la LRCSCVM. Se refiere, por tanto, a la valoración conforme al Baremo recogido en el anexo, así como a las normas o criterios para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas recogidas en el mismo anexo. Deben distinguirse dos tipos de supuestos de accidente con producción de daños de carácter personal: por un lado, aquellos en los que se ha producido el fallecimiento de una persona, caso en el que se aplicará la Tabla I que recoge las indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales (es decir, aplicando las tablas ya se están indemnizando daños morales, no cabe fijar una cuantía diferente para ese concepto), así como la Tabla II, que recoge los factores de corrección correspondientes a las indemnizaciones básicas por muerte. Por otro lado, los supuestos en los que no se ha producido la muerte sino que se han causado lesiones a una o varias personas, casos en los que se aplicará la Tabla III (indemnizaciones básicas por lesiones permanentes incluidos daños morales, igual que en la Tabla I), y la Tabla IV, que recoge los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes. En ambos supuestos es posible aplicar, en caso de que haya existido incapacidad temporal de la víctima, la Tabla V, pues establece las indemnizaciones por incapacidad temporal que expresamente se señala que serán compatibles con otras indemnizaciones. Y también cabe, por supuesto, que la única indemnización provenga precisamente de la sola aplicación de la Tabla V, porque el perjudicado únicamente haya sufrido una incapacidad temporal y no tenga secuelas. Ya hemos visto que además de estos tipos de indemnizaciones, actualmente en la LRCSCVM se recogen como daños de carácter personal gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, para el caso de lesiones, y los gastos de entierro y funeral para el caso de muerte.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 205 27/10/08, 10:12

Debemos centrarnos en primer lugar en las indemnizaciones básicas, y respecto de los supuestos de fallecimiento, en la Tabla I existen cinco grupos de personas consideradas como perjudicados a los efectos de ser indemnizadas, grupos que son excluyentes entre sí (de manera que si se aplica el grupo I, no podrá aplicarse el grupo II, etcétera). En los casos de fallecimiento es donde más problemas podemos encontrarnos a la hora de determinar las personas que podemos considerar como «perjudicados» y beneficiarios del ACM, puesto que como ya se ha mencionado con anterioridad, es posible que si se acredita debidamente en el procedimiento que una persona no expresamente recogida en la Tabla I haya sufrido un perjuicio indemnizable por la muerte de la víctima, pueda ésta ser considerada «perjudicada» a los efectos de dictarse el ACM (y a la inversa, se podría llegar a excluir a alguien si se acreditase que no ha sufrido perjuicio, o que éste deba ser valorado a la baja respecto de las cuantías que la propia Tabla I establece).

Respecto a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, incluidos los daños morales, su valoración se realiza a partir de la determinación (apreciando cualquier medio de prueba al respecto que conste en la causa, normalmente informes médicos periciales, o bien en la mayoría de supuestos informe del médico-forense) de las secuelas que padece la víctima una vez producida la estabilización lesional. Ello implica que se deberá acudir a la Tabla VI que es la que clasifica y valora las secuelas en función de la parte del cuerpo que se vea afectada, y del tipo de padecimiento que se tenga. Se trataría de encuadrar el padecimiento concreto que sufre la víctima dentro de las secuelas recogidas en los diferentes capítulos de la Tabla VI, actuación que debe corresponder a un experto médico, normalmente técnico en valoración del daño corporal, pues sin este tipo de prueba difícilmente podrá el Juez subsumir el padecimiento de la víctima en una secuela concreta.

Dentro de dicha Tabla VI se relaciona cada secuela con una puntuación normalmente variable (por ejemplo, el síndrome posconmocional

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 206 27/10/08, 10:12

está valorado con una puntuación que va de los 5 a los 15 puntos). Será tarea del Juez, a la vista de la secuela concreta que concurra y de la gravedad de la misma que resulte de la prueba practicada en el proceso penal, quien deberá concretar los puntos que corresponden por cada secuela. En muchos casos, sin embargo, la propia prueba pericial (fundamentalmente el informe del médico forense) recoge ya el número de puntos concretos que corresponde a una secuela determinada, pero ello no debe vincular al Juez puesto que es tarea suya tal determinación, independientemente de que se pueda tomar como referencia al efecto de reconocer un determinado grado de gravedad en cada lesión, según la opinión médica de quien emitió el informe. Muchas veces los Letrados confunden el hecho de que sea necesaria la aportación de algún tipo de informe médico que traduzca a los términos de la Tabla VI las lesiones que efectivamente padece la víctima con el hecho de que deba estarse en todo caso a la valoración en puntos que de dicha secuela realice el perito en su informe, pidiendo en muchas ocasiones nuevo examen del médico forense si es que la puntuación concreta que éste asignó en su informe a una secuela les parece demasiado baja, en vez de intentar contrarrestar dicha pericial con otra u otras periciales de parte que les fueran más favorables.

Una vez el Juez ya dispone de elementos suficientes para poder determinar cuál sea la secuela (o secuelas) que concurre en el caso concreto, deberá determinar el número de puntos que deba asignarse a dicha secuela. Ha sido cuestión muy debatida en el ámbito jurídico la determinación de qué Baremo aplicar para poder cuantificar la indemnización por lesiones, si se debía tomar el baremo en vigor a la fecha del accidente, lo que implicaría que se trataría la indemnización de una deuda de suma, o bien el baremo en vigor a la fecha de dictarse sentencia, como si de una deuda de valor se tratase. En idénticos términos se especulaba respecto al baremo aplicable para el caso de las indemnizaciones por incapacidades temporales, así como respecto a la cuantifi-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 207 27/10/08, 10:12

cación concreta de los puntos (su conversión a Euros). Actualmente se ha resuelto esta cuestión por medio de las dos Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo números 429/07 y 430/07, que establecen que se trata de una deuda de valor sui generis, y que debe determinarse:

a) La determinación del daño y de las consecuencias del accidente (por ejemplo, el número de puntos que deba otorgarse por cada secuela, la edad de la víctima, el trabajo por ella realizado, los beneficiarios para el caso de muerte, etc,…) se debe producir conforme al baremo en vigor en el momento de accidente.

b) La cuantificación de los puntos así determinados (su conversión en euros) se debe hacer aplicando el baremo en vigor en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva (y que además, según la Jurisprudencia manifestada, es el momento en el que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción para reclamar indemnización).

c) Cuantificada de esta forma la indemnización la diferencia de valor existente entre la cantidad pedida y la que ha de corresponder al perjudicado por el tiempo que transcurre entre la presentación de la demanda y el momento en que aquélla es efectivamente satisfecha se compensa por la vía de los intereses legales o, en su caso, de los procesales, si no fueran aplicables los del artículo 20 de la LCS y art. 9 de la LRCSCVM.

Por tanto, y por lo que a la determinación de los puntos concretos que corresponda a cada secuela se trata, deberá estarse al baremo en vigor en la fecha del accidente. Una vez ya hemos determinado los puntos concretos que corresponden a la secuela, debemos acudir a la Tabla III, que establece una cantidad de euros concreta en atención a dos variables: la primera el número de puntos por secuela que concurra, y la segunda la edad de la víctima en el momento del accidente. La Tabla no establece el mismo número de euros para el caso de que una

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 208 27/10/08, 10:12

persona menor de 20 años tenga una secuela valorada con dos puntos, que para el caso de que tenga una secuela (o la suma de varias) valorada en 10 puntos: por ejemplo, y tomando como referencia el baremo del 2.007, si el menor de 20 años sólo tiene dos puntos de secuela, habrá que multiplicar la cantidad que según la Tabla le corresponde por cada punto de secuela en el caso de que tenga dos puntos, por dos, es decir, deberá multiplicarse 757´92 euros por cada punto de secuela que tenga (2), lo que haría un total de 1.515´84 euros. Si en cambio tuviera una secuela valorada con 10 puntos, la Tabla señala que cada punto (10) deberá ser multiplicado por 886´02 euros, lo que haría un total de 8.860´02 euros.

Igualmente, la cuantía que se debe calcular por cada punto depende de la edad de la víctima en el accidente, de manera que si en vez de tener menos de 20 años la víctima tuviera de 41 a 55 años, y su secuela fuera de dos puntos, se debería multiplicar la cantidad de 642´29 euros por 2, lo que hace un total de 1.284´58 euros. Como vemos, se prima en esta Tabla la juventud, pues las cuantías por puntos de secuela van bajando cuanto más vieja es la persona. A la inversa, van subiendo cuanto mayor es el número de puntos que concurre.

Lo dicho hasta ahora no tiene mayor complicación, puesto que sólo hemos visto los supuestos en los que concurre una única secuela en la víctima, y no varias. Para el caso en que una sola víctima hubiera sufrido más de una secuela, se deberán valorar primeramente cada una de ellas por separado en cuanto a determinar el número de puntos concretos que corresponden en aplicación de la Tabla VI, y los resultados así obtenidos no se suman de manera aritmética, sino aplicando la llamada fórmula de Balthazard: por ejemplo, si en una sola víctima de 42 años concurren la secuela de artrosis postraumática en columna vertebral sin antecedentes, que el Juez valora en 6 puntos a la vista de los informes médicos y atendido el baremo del momento del accidente, con la secuela de alteraciones postraumáticas del iris, valorada en 3 puntos,

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 209 27/10/08, 10:12

con la secuela de déficit de la agudeza auditiva valorada por el Juez en 30 puntos, y con la secuela de artrosis postraumática en un hombro valorada por el Juez en 5 puntos, para determinar el número de puntos concretos que corresponden por sus secuelas a esta víctima no se realizará la suma aritmética, es decir, no se sumarán 6 + 3 + 30 + 5 = 44 puntos, sino que se deberá aplicar la fórmula de Balthazard, que es

(100 - M) x m / 100 + M

— Donde M es la unidad mayor de todas las que se hayan obtenido, en este caso 30 puntos

— m será la unidad menor, en este caso 3 puntos.

Así, la primera operación será (100 - 30) x 3 = 210. Después esa cantidad debe ser dividida entre 100, lo que da 2´1. Después a esa cantidad hay que volver a sumarle 30, lo que da un total de 32´1 puntos. Según el anexo de la Ley, si en las operaciones aritméticas se obtuvieran fracciones decimales se redondeará a la unidad más alta, por lo que como en este caso concurren decimales, el resultado de esta primera operación será 33 puntos, pues es la unidad más alta.

Según el anexo, si son dos o más las lesiones concurrentes, se continuará aplicando esta fórmula, y el término «M» se corresponderá con el valor del resultado de la primera operación realizada. Como en este caso concurren más secuelas, debemos continuar aplicando la fórmula:

(100 - 33) x 5 / 100 + 33 = 36´35

Como vuelven a salir decimales, debemos redondear a la unidad más alta, en este caso 37 puntos. Y continuamos aplicando la fórmula:

(100 - 37) x 6 / 100 + 37 = 40´78, que redondeando a la cifra más alta son 41 puntos.

De esta manera, vemos que aplicando la fórmula que establece la Ley resulta una cantidad inferior de puntos que si se hubiesen sumado aritméticamente los mismos (el resultado tras la fórmula es 41 puntos, cuando aritméticamente resultaban 44 puntos). Además, el anexo de la LRCSCVM señala que en cualquier caso, la última puntuación que se

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 210 27/10/08, 10:12

obtenga no podrá ser superior a 100 puntos, constituyendo por tanto esos 100 puntos el máximo que se podría llegar a establecer como puntos indemnizables en el ACM (los puntos de más no se computarían).

Ahora sí, con esos 41 puntos debemos acudir a la Tabla III, y como hemos dicho que esta víctima tendría 42 años en el momento del accidente, e imaginando que el alta definitiva de la víctima se hubiera producido en el año 2.007, se deberá aplicar el baremo en Vigor de dicho año: todavía debemos multiplicar el número de puntos (41) por la cuantía que a cada punto asigna la Tabla en función de la edad, que son 1.429´00 euros en el baremo del año 2.007, lo que da un total de 58.589 euros por las secuelas físicas.

Lo dicho hasta ahora viene referido, exclusivamente, a los perjuicios físicos o mejor, fisiológicos, que no sean estéticos, puesto que el anexo regula, dentro de la Tabla VI, y en capítulo especial, el llamado perjuicio estético, distinguiendo según la gravedad del mismo y haciéndole corresponder a cada tipo de perjuicio estético un arco de puntuación que deberá ser concretado por el Juez a la vista de la prueba obrante en autos. Según establecen las reglas de utilización del la propia Tabla VI, *«2. el perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos. Cuando un menoscabo permanente de la salud supone, a su vez, la existencia de un perjuicio estético, se ha de fijar separadamente la puntuación que corresponda a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela fisiológica incorpore la ponderación de su repercusión antiestética. 3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básico por lesiones permanentes.»* Es decir, el perjuicio estético se valora de manera independiente del perjuicio fisiológico, lo que en nuestro ejemplo significaría que, si la víctima de 42 años además de las secuelas que

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 211 27/10/08, 10:12

antes hemos dicho presentara también un perjuicio estético de grado moderado, valorado por el Juez en 9 puntos, a la suma ya calculada por las lesiones fisiológicas de 58.589 euros debería aplicarse el resultado de multiplicar los 9 puntos de perjuicio estético por 723´15 euros, que es la cantidad para cada punto para el caso de que concurran nueve puntos en la Tabla III y para un sujeto de la edad del lesionado, lo que asciende a la suma de 6.508´35 euros por perjuicio estético, que deberá sumarse a la cantidad anterior, haciendo un total de 65.097´35 euros por las lesiones básicas sufridas.

Respecto a la Tabla V a), que es la correspondiente a las indemnizaciones por incapacidad temporal, no presenta mayor problema su aplicación, siempre que estén perfectamente acreditados en el procedimiento los días que la víctima ha estado en el hospital, o fuera ya de éste, los días impeditivos («aquellos en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual») y no impeditivos. Normalmente los tribunales suelen considerar que el concepto de «día impeditivo» no tiene por qué coincidir con día de baja a efectos laborales, por ser conceptos legales distintos.

Una vez establecidas las indemnizaciones básicas tanto por muerte como por lesiones permanentes y por días de incapacidad, debe aplicarse a las cantidades que resulten los «factores de corrección» recogidos en las tablas II (factor de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte), IV (por lesiones permanentes) y V b). Contienen las dos primeras tablas unos porcentajes de aumento (o reducción), que se aplican en atención a diversos parámetros: existen unos porcentajes tanto en la Tabla II como en la IV que atienden exclusivamente a los ingresos económicos de la víctima por el trabajo personal, en el que se fija que en caso de que la víctima obtenga anualmente la cantidad de hasta 24.805´67 euros se le aplicaría un porcentaje de aumento, como factor de corrección, de hasta el 10 % de la cantidad correspondiente a la indemnización básica. En caso de que obtuviere unos ingresos de

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 212 27/10/08, 10:12

24.805´68 hasta 49.611´35 euros, se podría aplicar un porcentaje de corrección de entre el 11% y el 25 %, y así sucesivamente. Además de por esta causa, relacionada con los ingresos netos anuales de la víctima, también se recogen otros factores de corrección relacionados con circunstancias familiares especiales (Tabla II) o por daños morales complementarios (Tabla IV) etc,…

Por su parte, la Tabla V b) establece los factores de corrección aplicables en caso de incapacidad temporal, que suponen un aumento (o reducción, en su caso) de la indemnización básica correspondiente por este concepto en atención, exclusivamente, a los ingresos netos anuales de la víctima por su trabajo personal.

Todos los factores de corrección relacionados con los ingresos netos de la víctima se fundamentan en la necesidad de resarcir a la víctima «in integrum» de los perjuicios que sufre a raíz del accidente, y en este caso concreto trata de compensarle por la pérdida de ingresos que supone para ella (o para los perjudicados que puedan reclamar en el caso de muerte de la víctima) que no pueda trabajar por haber muerto, o que no pueda realizar determinados trabajos por las lesiones permanentes que padece, o por el tiempo que ha estado impedida para realizar sus ocupaciones habituales. Por tanto, está destinada a indemnizar lo que se viene en llamar el «lucro cesante» porque la víctima no pueda trabajar igual que antes del accidente. Como vemos, la corrección se realiza a través de la aplicación de porcentajes, de manera que cada tabla señala un porcentaje variable en función del efectivo lucro cesante producido (por ejemplo, si la víctima tuviere unos ingresos netos anuales de entre 24.805´68 hasta 49.611´35 euros, se podría aplicar un porcentaje de corrección de entre el 11% y el 25 %: si concretamente gana 30.000 euros anuales, lo normal es que el Juez no concrete el porcentaje de corrección aplicable en el 25 %, que sería el máximo, sino en un porcentaje más aproximado al mínimo del 11%, atendida la cuantía de los ingresos). Eso significa que deberá acreditarse en el procedimiento

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 213 27/10/08, 10:12

cuáles sean concretamente los ingresos netos anuales de la víctima, para poder fijar el factor de corrección más adecuado, aunque si no se hiciere así para dictar el ACM, atendido que es un auto de «máximos» pero que debe ser lo más ajustado posible a la realidad, el Juez podrá señalar el factor de corrección que considere más conveniente en cada caso, pues luego esa materia podría ser objeto de controversia en el procedimiento ejecutivo. Pero lo que tiene que tener en cuenta el Juez que dicta el ACM es que, en principio, si aplica el factor de corrección que crea conveniente, no será posible al mismo tiempo señalar una cantidad en concepto de lucro cesante derivado de la imposibilidad de la víctima de realizar su trabajo durante el período que ha estado de baja, por ejemplo, puesto que se estaría produciendo una duplicidad de indemnización por el mismo concepto. Distinto es el supuesto en el que además de producirse secuelas o incapacitación temporal de la víctima, que le produzca una pérdida de ingresos, se hayan producido también daños materiales en su vehículo cuya paralización en tanto se arregla o sustituye por otro produzca un perjuicio a la víctima: nos referimos a los casos en que el accidente se produce interviniendo, por ejemplo, un camión o un taxi, conducido por la propia víctima y que además es el propietario del vehículo. Entiendo que sería posible una indemnización por el lucro cesante dejado de obtener por la paralización del vehículo, además de un lucro cesante por imposibilidad de trabajar del perjudicado, en tanto en cuanto si sólo hubiera sufrido lesiones podría haber contratado a un conductor para realizar su trabajo la víctima, pero al estar estropeado el vehículo ni siquiera puede contratar a alguien que le sustituya mientras está incapacitado. En todo caso, considero que se trata de indemnizaciones diferentes, puesto que la derivada de las lesiones es encuadrable como daño de carácter personal, mientras que la derivada de la paralización del vehículo por daños tendría carácter material.

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 214 27/10/08, 10:12

Respecto de la Tabla V b), el Tribunal Constitucional se pronunció en su Sentencia 181/2.000 de 29 de junio, sentando Jurisprudencia Constitucional en relación con la aplicación de los factores de corrección de las tablas. Según interpretación de Reglero Campos, el TC declaró inconstitucional una determinada aplicación del apartado b) de la Tabla V, que la doctrina entiende extensible también a las Tablas II y IV en cuanto a los factores de corrección dependientes de los ingresos de la víctima: si el daño es objetivamente imputable al conductor, las cantidades expresadas en el factor de corrección por perjuicios económicos a que se refiere el citado apartado funcionarán como límite de la indemnización en concepto de lucro cesante, sin que de dicha sentencia (del TC) se induzca que el perjudicado haya de probar perjuicio alguno. Pero si la imputación lo es por culpa, tales cantidades no pueden representar un límite a la indemnización por este concepto, si bien habrá de estarse al lucro cesante acreditado, por lo que no son aplicables automáticamente a los perjudicados que se encuentren en edad laboral, debiendo acreditarse en todo caso que efectivamente se ha producido un perjuicio.

Sin embargo, la mayoría de tribunales considera que los porcentajes de corrección señalados en la tablas en los casos de responsabilidad subjetiva también deben ser considerados como mínimos, aplicables en caso de que no se acredite daño patrimonial alguno, lo que parece chocar con lo resuelto por el Tribunal Constitucional (que sólo lo reconocía para los casos de responsabilidad objetiva), permitiendo al mismo tiempo que se acredite por el perjudicado la verdadera entidad del lucro cesante dejado de percibir, de manera que si se acredita un daño concreto superior al fijado en las tablas de factores de corrección, será éste el que deberá aplicarse, y en caso contrario, se aplicaría el señalado en las Tablas. Se trataría de una especie de presunción ex lege de pérdida de ingresos, que en caso de víctima en edad laboral aplicaría automáticamente el factor de corrección del 10 %, que inclu-

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 215 27/10/08, 10:12

so puede aumentarse en mayor proporción a la legal si se acreditase un daño superior.

Por otro lado, la Tabla V b) no recoge que para aplicar el factor de corrección por pérdida de ingresos deba tratarse de una víctima en edad laboral, mientras que en las tablas II y IV sí se recoge ese requisito: se viene entendiendo que es necesario como mínimo, que la víctima se encuentre en edad laboral para la aplicación del factor de corrección.

Respecto a qué deba entenderse por víctima en edad laboral, y si se debe entender incluida la persona que ha alcanzado la edad de jubilación, lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores únicamente señala cuál sea la edad mínima para trabajar (16 años) pero no la máxima, por lo que en principio no cabría excluir a ninguna víctima mayor de 16 años que acreditare ingresos por su trabajo a los efectos de dictar el ACM.

4. Irrecurribilidad del ACM

El artículo 13 de la LRCSCVM establece que el ACM es irrecurrible, de manera que desde que se dicta tiene el carácter de firme. Quizá sea éste el motivo por el cual en algunas ocasiones no se pone especial cuidado en su elaboración, pero lo cierto es que debería ser redactado correctamente para poder dotar a la parte perjudicada de un instrumento jurídico adecuado para hacer valer su reclamación en el ámbito del procedimiento ejecutivo de la vía civil, puesto que si el legislador ha previsto esta vía como la más adecuada para que el perjudicado por un hecho que esté cubierto por el seguro de responsabilidad civil obligatoria en la circulación de vehículos de motor pueda reclamar la indemnización que le corresponda por todos los conceptos, dictando una ACM nulo o que no recoja las cuantías que reflejen la realidad del caso se está abocando al perjudicado a acudir a la vía declarativa en todo caso.

A pesar de la irrecurribilidad del ACM habría que analizar si no constituye una verdadera revisión de dicha resolución judicial la actuación que realiza el juez que conoce de la ejecución, juez de distinta

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 216 27/10/08, 10:12

jurisdicción (la civil) y que no es superior jerárquico del que dictó el ACM, cuando debe decidir respecto de las oposiciones articuladas por motivos de forma. Pensemos por ejemplo el supuesto en el que el ACM dictado incluye los daños materiales que se acreditaran en el proceso penal anterior, que se inste la ejecución incluida esa cantidad en la demanda ejecutiva, y que después el ejecutado se oponga por considerar que el Auto adolece de un vicio de nulidad por cuanto incluye las cantidades correspondientes a los daños materiales, o bien porque se considere que se está produciendo pluspetición; si el segundo Juez, el de instancia que conoce de la ejecución, es de la opinión de que no deben incluirse en el ACM los daños materiales, y estima por ese motivo la oposición, en realidad lo que estaría haciendo es «revisar» la resolución firme que dictó su compañero, lo que a mi entender no encaja en nuestro sistema procesal.

CRISTINA MARTÍNEZ MEDRANO
JUEZ

PR_JU_PUBLICAC_OCT_4_2008 217 27/10/08, 10:12