

REVISTA JURÍDICA

n.º 47 • 2013

REGIÓN de MURCIA

Fundación Mariano Ruiz Funes



Revista Jurídica
Región de Murcia
N.º 47 2013

COMPOSICIÓN DEL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN MARIANO RUIZ FUNES CORRESPONDIENTE AL AÑO 2013

1. PRESIDENTE: Excmo. Sr. D. Ramón Luis Valcárcel Siso
Presidente de la Comunidad Autónoma de Murcia

2. PATRONOS:

A. Comunidad Autónoma de Murcia.

-Vicepresidente: Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez

Consejero de Presidencia

-Vocal: Ilma. Sra. D.^a Ana Vanesa Torrente Martínez

Secretaria General de la Consejería de Presidencia

-Vocal: Ilmo. Sr. D. Francisco Ferrer Meroño.

Director de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Presidencia

B. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

-Vicepresidente: Excmo. Sr. D. Francisco Martínez-Escribano Gómez

Decano del Colegio

-Vocal: D.^a Helena Rivera Tortosa

Secretaria del Colegio

-Vocal: Ilmo. Sr. D. Pedro Salazar Quereda

Bibliotecario-Contador del Colegio.

C. Universidad de Murcia.

-Vicepresidente: Ilmo. Sr. D. Faustino Cavas Martínez

Decano de la Facultad de Derecho

-Vocal: Doctor D. Fernando Jiménez Conde.

Director de la Escuela de Práctica Jurídica.

-Vocal: Doctor D. Guillermo Rodríguez Iniesta.

Director de la Escuela de Práctica Laboral.

MIEMBROS NO PATRONOS

Director: D. Felipe Ortega Sánchez. Abogado

Secretaria: Doña Carmen Caturla Carratalá. Letrada del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Consejo de Redacción:

Don Andrés Arnaldos Cascales

Don Ángel Hernández Martín

Don Aurelio Llanes Castaño

Don Felipe Ortega Sánchez

Don Francisco Carrillo Vinader

Don Francisco Coronado Fernández

Don Francisco Martínez-Escribano Gómez

Don Jaime Peris Riera

Don Joaquín Ataz López

Don Jorge López Fernández

Don Carmen Caturla Carratalá

Don Manuel Campos Sánchez

Don Maximiliano Castillo González

Don Miguel Pardo Domínguez

Don Pedro Salazar Quereda

Doña Angeles Sánchez Jiménez

Doña Ascensión Martín Sánchez

Doña Encarnación Serna Meroño

Doña Pilar Alonso Saura

Doña Teresa García Calvo

Edita: Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

C/. La Gloria, 25 b

Teléfono 968 22 26 66

20003 Murcia

ISSN: 0213-4799

Depósito legal: MU-329-1985

Producción: O. A. Boletín Oficial de la Región de Murcia

Segundo semestre 2013

Sumario

EDITORIAL

DECÍAMOS AYER POR LA TARDE

Francisco Martínez-Escribano Gómez

DOCTRINAL

EL ABOGADO ANTE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN:
DE ESPEJISMOS ILUSIONANTES A EXPECTATIVAS PONDERADAS

José Bonet Navarro

LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA ELABORACIÓN DEL DERECHO
AMBIENTAL INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE AARHUS

Eduardo Salazar Ortuño

Magda Tóth Nagy

EL MARCO DE LA NORMATIVA SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA RENTA DE LOS
JUBILADOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Mario Ivo Malvezzi

“LAS COMPETENCIAS DE INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL ATRIBUIDAS A LA
ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN LOS PROCESOS POR DELITOS CONTRA
LA HACIENDA PÚBLICA”.

Juan Calvo Vérguez.

NORMATIVA REGIONAL Y ESTATAL

NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA.- DISPOSICIONES GENERALES. AÑO
2013.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE REVISTAS

Amparo Avilés Perea

CRITERIOS DE CALIDAD. LATINDEX

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS (PRERREQUISITOS PARA EVALUAR LA REVISTA)

1. Mención del cuerpo editorial: se debe mencionar la existencia de un consejo editorial, de redacción o responsable científico.
2. Contenido científico para calificar positivamente al menos el 40% de los documentos publicados en los fascículos a evaluar, estará constituido por: a) artículos originales; b) artículos técnicos; c) comunicaciones en congresos; d) cartas al director o artículos breves) artículos de revisión, estados del arte, etc.).
3. Antigüedad mínima de un año; para ser analizada una publicación deberá haber comenzado a editarse al menos 12 meses antes del momento de hacer el análisis.
4. Identificación de los autores. Los trabajos deben estar firmados por los autores con nombre y apellidos o declaración de autor institucional.
5. Lugar de edición: Deben hacerse constar en lugar visible el lugar de edición de la revista.
6. Entidad editora: Debe hacerse constar en lugar visible la entidad o institución editora de la publicación
7. Mención del Director: en la revista deberá constar el nombre del director de la publicación.
8. Mención de la dirección de la revista: Deberá aportarse en lugar visible la dirección postal o de correo electrónico de la administración de la revista a efectos de solicitud de suscripciones, canje, etc.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS

9. Páginas de presentación (Cubierta/portada): Deberán incluir título completo, ISSN, volumen, número, fecha y membrete bibliográfico.
10. Mención de periodicidad: Es condición inexcusable que la revista exprese o mencione su periodicidad o, en su defecto, el número de fascículos que editar al año.
11. Tabla de contenido: Califica positivamente cuando existe en cada fascículo tabla de contenido, índice o sumario en los que consten los datos del título, autor y al menos página inicial.
12. Membrete bibliográfico al inicio del artículo: Califica positivamente si el membrete bibliográfico aparece al inicio de cada artículo e identifica la fuente.

13. Membrete bibliográfico en cada página: Califica positivamente si el membrete que identifica la fuente aparece en cada página de los artículos publicados.
14. Miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si aparecen los nombres de los miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción de la Revista.
15. Afiliación institucional de los miembros del Comité editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si se proporcionan los nombres de las instituciones a las que están adscritos los miembros del Comité editorial (a no confundir con el Consejo Asesor o Comité Científico, cuyos miembros también deberán ir a acompañados de sus lugares de trabajo). No basta que se indique solo el país.
16. Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información podrá encontrarse tanto al principio como al final de cada artículo, así como en las “listas de colaboradores” o “información sobre los autores” que aparecen entre las primeras o entre las últimas páginas de cada fascículo.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y LA POLÍTICA EDITORIAL

17. Fecha de recepción y aceptación de originales: Califica positivamente solo si se indican ambas fechas.
18. ISSN: Califica positivamente la existencia de código ISSN.
19. Definición de la revista: Califica positivamente si en la revista se menciona el objetivo, cobertura temática y/o público al que va dirigida.
20. Sistemas de arbitraje: en la revista deberá constar el procedimiento empleado para la selección de los artículos a publicar.
21. Evaluadores externos: Califica positivamente si el sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos a la entidad o institución editora de la revista.
22. Autores externos: Califica positivamente si al menos el 50% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la entidad editora de la revista. En el caso de revistas editadas por asociaciones se considerarán autores pertenecientes a la entidad editora los que formen parte de la directiva de la asociación o figuren en el equipo de la revista.
23. Apertura editorial: Califica positivamente si al menos una tercera parte del Comité editorial o Consejo de Redacción es ajena a la entidad editora de la revista.
24. Servicios de información: Califica positivamente si la revista está incluida en algún servicio de indización, resúmenes, directorios o bases de datos. Este campo califica positivamente tanto si la base de datos es mencionada por la propia revista, como si lo agrega el calificador (a partir de la búsqueda hecha para tal fin).
25. Cumplimiento de la periodicidad: Califica positivamente si la revista edita al año el número de fascículos correspondientes con la periodicidad expresada.

PARÁMETROS RELATIVOS A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS

26. Contenido original: Califica positivamente si al menos el 40% de los artículos son trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales.
27. Instrucciones a los autores: Califica positivamente si aparecen las instrucciones a los autores sobre el envío de originales y resúmenes en cada fascículo.
28. Elaboración de las referencias bibliográficas: En las instrucciones a los autores deberán indicarse las normas de elaboración de las referencias bibliográficas para calificar positivamente.
29. Exigencia de originalidad: Califica positivamente si en la presentación de la revista o en las instrucciones a los autores se menciona esta exigencia para los trabajos sometidos a publicación.
30. Resumen: Califica positivamente si todos los artículos van acompañados de un resumen en el idioma original del trabajo.
31. Resumen en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen resúmenes en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma.
32. Palabras clave: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del trabajo.
33. Palabras clave en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del artículo y en otro idioma.

RESH. Evaluación de Revistas de Ciencias Sociales y Humanidades Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas: Valoración integrada e índice de citas CSIC Ministerio de Ciencia e Innovación.

Editorial



DECÍAMOS AYER POR LA TARDE

Francisco Martínez-Escribano Gómez

Hace unos años, cuando nuestra Candidatura fue elegida para ocupar la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, me atreví a redactar el editorial de esta Revista.

Ahora, ante la reelección en los cargos, vuelvo a hacer uso del mismo atrevimiento y continuar con algunas reflexiones sobre la Abogacía, los Colegios de Abogados, y el momento en el que nos encontramos.

Prácticamente podría decir, utilizando una expresión muy conocida por nosotros, que doy por reproducido lo que dije entonces, porque realmente creo que puedo mantener las mismas reflexiones.

Sin embargo durante estos años se han producido cambios, profundas transformaciones en nuestra sociedad en todos sus ámbitos, no ya en la consabida expresión referida a la pérdida o cambio de valores, sino también desde el punto de vista de la tecnología, relaciones jurisdiccionales e iniciativas legales. Podríamos decir que todo evoluciona a una velocidad que hace que lo que días atrás era justo, hoy ese criterio se ha modificado.

Los cambios son constantes, y nuestro comportamiento a veces mas que evolucionar, diríamos que esta revolucionado.

De la maquina de escribir pasamos al ordenador, de ahí a los portátiles, tablets, dispositivos móviles, ..., en suma, hay una realidad social en permanente cambio, y ello influye sin ninguna duda en nuestro comportamiento como abogados, y la percepción que nuestra Sociedad y nosotros mismos tenemos de nuestra profesión.

Si digo que los Abogados somos, de entre todos los profesionales de la Justicia, los que mejor conocemos como funciona ésta, y como son cada uno de sus agentes o actores (nunca me ha gustado el termino operadores) quizás se me podría tildar de exagerado, pero tratamos a los Jueces, Secretarios y Funcionarios judiciales, Procuradores de los Tribunales, Peritos, ... y sobre todo y ante todo, somos quienes mas en contacto estamos con los problemas sociales, económicos, y jurídicos, puesto que el ciudadano se dirige siempre y en primer lugar a un abogado.

Nuestro contacto con la Justicia es permanente y constante. Sufrimos tanto lo que nosotros consideramos aciertos o errores, como sus dificultades y carencias de una parte, y de otra participamos de las preocupaciones de los ciudadanos con nuestro asesoramiento, nuestro consejo, y ayudamos con nuestra intervención a un mejor desarrollo de la Justicia, en suma a lograr que el justiciable, acudiendo o no a los cauces jurisdiccionales, vea satisfechas sus inquietudes.

En este punto quisiera resaltar algo que se olvida, y que se minusvalora, a mi modo de ver: la función mediadora del Abogado. Se quiere desde determinadas instancias, hablar de la bondad de la Mediación como forma de solucionar conflictos, y no seré yo quien la niegue; pero sí tengo que resaltar que siempre el Abogado ha desempeñado y desempeña una labor fundamental en este ámbito.

Tenemos que desterrar de una vez por todas, la imagen del Abogado que interpone el procedimiento sin ninguna tentativa de transacción, porque no es cierta. El Abogado trata siempre y en primer lugar la satisfacción extraprocesal de las pretensiones, porque sabemos que si se alcanza la satisfacción del cliente será mayor, la solución más rápida, y el problema no llegará a la Administración de Justicia.

Por eso nos duele cuando esta labor no se reconoce, y parece que se quiere descubrir nuevos mundos con la instauración cuasimilagrosa y de nuevo cuño de la Mediación Institucional.

En el retrato sociológico, realizado por Don Juan Jose Toaria en su última publicación, “La Abogacía Española ante el espejo”, cuya lectura recomiendo vivamente, destaca fundamentalmente que la ciudadanía entiende que la actividad de la Abogacía se fundamenta y vértebra en torno a tres ejes básicos:

- La confianza, ya que se establece una relación fuertemente personalizada, más que una mera compra de servicios.
- En segundo lugar, se habla de la entrega al cliente, es decir, el ciudadano espera que el Abogado defienda más lo que le beneficia que lo justo, distinguiendo entre el Abogado en general y mi Abogado en particular, de tal forma que lo que es virtud en el segundo es demérito en los otros.
- Por último, descarta la imagen del picapleitos, y creen que el Abogado para ser buen profesional debe tener capacidad de pacto y negociación, puesto que su existencia ayuda a la convivencia social al permitir la solución pacífica de situaciones que de otro modo derivarían en injusticias y violencia.

En cuanto a los Colegios profesionales en general, y los de Abogado en particular, difícilmente puede discutirse su labor y la necesidad de su existencia. Solo desde ámbitos extremistas, y desde mi punto de vista, absolutamente erróneos, puede pensarse que la desaparición de los Colegios alentaría la libre competencia, y beneficiarían al ciudadano.

Actualmente se está discutiendo el anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales que nos parece desafortunado, y gran desconocedora de la realidad.

Entendemos que la colegiación debe ser obligatoria para realizar cualquier actividad propia del Abogado, para una mayor salvaguarda de los ciudadanos. Los Colegios deben proteger además de al ciudadano, la libertad, integridad, y dignidad en el ejercicio profesional

de los Letrado, y sobre todo la vertiente deontológica no puede quedar al albur de quienes desconocen el ejercicio profesional.

En cuanto al regimen económico los Colegios de Abogados, deben ser absolutamente transparentes, como de hecho son, pero reducir de la forma que el Anteproyecto hace sus recursos económicos y pedir distinción en los conceptos, según los servicios prestados, solo conlleva enrarecer y dificultar dichas prestaciones.

En última instancia, el enorme plan de reformas que nos acecha, creo que debiera preocuparnos, porque francamente y de modo genérico (aunque toda generalización es peyorativa), discutimos la bondad de las pretendidas reformas, Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Penal, Demarcación y Planta, Jurisdicción Voluntaria, reforma de la LEC, Código Mercantil, ... hablamos legales de gran calado, que en algunas ocasiones parece no se redactan ni prevén por personas que conozcan la realidad que nos circunda. De algunas leyes ya en vigor, como la Ley de Tasas, que en nuestra opinión impide de hecho a un sector de la ciudadanía, el mas desfavorecido económicamente, el acceso a la tutela judicial efectiva, ni hablamos.

Tengo que reivindicar algo que debería ser fácilmente comprensible, cual es la participación de Abogados y de otros colectivos, Jueces, facultades universitarias, que conocemos en primera persona las circunstancias reales de la Administración de Justicia en nuestro País, y las necesidades legislativas, pareciéndome un enorme desperdicio renunciar a tales aportaciones, que deben prevalecer sobre actitudes partidistas.

En fin, para concluir, me gustaría ser optimista, y estoy obligado a serlo por carácter y por convicción; sin embargo, creo que estamos en un momento trascendental y debemos estar pendientes y atentos, a los futuros acontecimientos en este sentido.

En lo que se refiere a esta Revista, desde el Colegio de Abogados vamos a intentar en la medida de lo posible su mantenimiento y desarrollo siquiera sea en otro formato, contando con la inestimable colaboración de la Comunidad Autónoma y de la Universidad de Murcia, al entender que sería una irreparable perdida su desaparición.

No podemos olvidarnos que como decía John Fitzgerald Kennedy:

“El cambio es Ley de vida. Cualquiera que solo mire al pasado o al presente, se perderá el futuro.”

Doctrinal



EL ABOGADO ANTE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: DE ESPEJISMOS ILUSIONANTES A EXPECTATIVAS PONDERADAS¹

José Bonet Navarro

EL ABOGADO ANTE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: DE ESPEJISMOS ILUSIONANTES A EXPECTATIVAS PONDERADAS

I. REIVINDICANDO UNA EXPECTATIVA PONDERADA ANTE ESPEJÍSMOS
ILUSIONANTES EN LA MEDIACIÓN

II. EL ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1. Algunas consideraciones sobre las líneas maestras, principios, características y requisitos generales de la mediación y su procedimiento

2. Las fases del procedimiento de mediación

A) Fase de inicio

a) Relevancia del acuerdo de mediación para su inicio

b) La solicitud de mediación: modalidades y efectos

B) Fase preparatoria

a) Sesión informativa

b) Sesión constitutiva

C) Sesiones de desarrollo de la mediación

D) Terminación del procedimiento

a) Terminación sin acuerdo

1 “Premio San Raimundo de Peñafort 2014” instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

b) Terminación con acuerdo

E) Un apunte sobre la mediación desarrollada por medios electrónicos o análogos

3. Recapitulando. El papel del abogado en el procedimiento de mediación

III. EL ABOGADO LITIGANTE Y NEGOCIADOR EN EL HORIZONTE

BIBLIOGRAFÍA CITADA

El presente trabajo tiene por objeto indagar en algunos aspectos del procedimiento de mediación tal y como se configura en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM). Una vez desprendidos de ideas preconcebidas y poco o nada contrastadas, de ciertos apostolados jurídicos, y, en suma, de espejismos ilusionantes escasamente realistas, persigue alcanzar una idea cabal sobre el ámbito competencial que verdaderamente se ofrece al abogado. Para ello se atiende tanto a las más importantes patologías legales, lo que impone prestar atención especial a la correcta interpretación y recta aplicación de la regulación sobre la materia desde una perspectiva jurídica, como a los espacios de ejercicio idóneos para el abogado en cuanto derivan ámbitos en los que cabe su actuación porque, al configurarse el procedimiento condicionado por la autonomía de la voluntad, requiere igualmente contar con conocimientos jurídicos y experiencia en negociación y gestión de los litigios.

Probablemente con incidencia menor a la que algunos pretenden y están esperando, la mediación en España sin duda ofrece posibilidades de desarrollo competencial para el abogado, sea realizando funciones como mediador o sea asesorando a las partes que puedan verse inmersas en un procedimiento de mediación dado. Y en cualquier caso, la misma LM, las expectativas generadas y el toque de atención sobre la llamada “cultura” de la mediación, deberían servir de toque de atención para que el abogado redoble los esfuerzos negociadores o, en otros términos, de mediación informal, como solución alternativa que, bien gestionada y con ciertos límites, generalmente será más beneficiosa en comparación de la derivada tras un proceso judicial en todas sus fases e instancias.

I. REIVINDICANDO UNA EXPECTATIVA PONDERADA ANTE ESPEJÍSMOS ILUSIONANTES EN LA MEDIACIÓN

La entrada en vigor de la LM no ha representado precisamente un episodio anecdótico en el ordenamiento jurídico español: de un lado, ha supuesto un hito relevante para todos aquellos juristas que, desde diversas esferas, venían impulsando la implantación y desarrollo de la mediación como alternativa a la solución de conflictos; y, de otro, ha generado importantes expectativas profesionales para distintos colectivos profesionales y, particularmente, para el de los abogados, como encargados, entre otras cosas, del asesoramiento y la defensa en juicio de las personas que lo necesitan.

Dos buenos testimonios de la actualidad e interés que suscita la mediación son la multitud de trabajos de investigación que, en forma de monografía o de artículos doctrinales,

vienen publicándose sobre la materia por las editoriales especializadas; así como la cantidad y concurrencia de los cursos de formación especializada que se están impartiendo en diversas instituciones, y entre ellas, con especial intensidad, en las colegiales². En fin, puede afirmarse sin un ápice de exageración que se trata del tema de moda actualmente.

Uno de los aspectos influyentes en este al menos aparente éxito de la mediación es precisamente el contexto de profunda crisis económica que venimos sufriendo desde hace demasiado tiempo y que tantas dificultades laborales provoca, particularmente a quienes pretenden acceder a los primeros puestos de trabajo o iniciar actividades profesionales como autónomos. Este contexto socioeconómico, los insistentes esfuerzos argumentativos en defensa de la mediación, evidenciando sus bondades frente a otras vías alternativas³, unidos a un cierto componente de oportunidad temporal, por aquello de que es posible que en un futuro cercano se introduzcan nuevas o mayores exigencias para el acceso a la función mediadora, ha multiplicado el efecto “expectativa profesional” que ya deriva de por sí de la LM en diversos sectores profesionales, y sin duda también en el colectivo de los abogados, en cuanto el núcleo de su actividad siempre se ha relacionado íntimamente con la solución de los conflictos entre las personas⁴. Por ese camino, la formación y experiencia del abogado

2 No en vano el art. 12 LM dispone que la administración, en colaboración con las instituciones de mediación, “*fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores...*”

3 Un buen ejemplo de las mismas podemos encontrarlo en DORADO PICÓN, A., “El arbitraje y la mediación en España”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 1-8, quien señala que la mediación es positiva para las partes, al ser solución más ágil y rápida del conflicto y también para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo, y como lo que denomina “*mediación como instrumento de diálogo de la pacificación*”. Probablemente por todo ello afirma que “*ha existido en el CGPJ un compromiso claro de estimular el impulso de la mediación, contribuyendo a crear una cultura de mediación*”. También puede verse el argumentario en GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados” en *Diario La Ley*, núm. 7828, 29 de marzo de 2012, págs. 4-6, si bien también incluye algunas posibles desventajas como menor garantías en el procedimiento, menor exhibición o práctica de prueba; posibilidad de que la prueba y la estrategia procesal sean reveladas o conocidas por la contraparte; pueda añadir tiempo y costes, las posibilidades de recurso son reducidas y el proceso de mediación no proporciona precedente legal.

4 “Ser abogado es una garantía para trabajar en cualquier sector” es como se titula un artículo publicado en el Diario Expansión.com de 11 de septiembre de 2013 (<http://www.expansion.com/2013/09/11/juridico/1378921878.html>). En el mismo se citan como habilidades útiles “*la capacidad analítica, la persuasión, la habilidad para hablar en público y de manejar proyectos complejos, la pericia en la resolución de conflictos y en la negociación, la gestión eficaz del tiempo, o la capacidad estratégica*”. Y se afirma, entre otras cosas que “*la resolución de conflictos mediante el arbitraje, mediación y negociación son campos de nuevas oportunidades para profesionales con formación jurídica*”.

encajaría perfectamente en la mediación, sea para realizar funciones mediadoras o, al menos, como asesores de las partes involucradas⁵.

Precisamente el objeto de este trabajo se centra en la regulación que aglutina el principal haz de posibilidades que la LM ofrece sobre la actividad del abogado, sea como nuevas competencias o ámbitos competenciales, o por la recuperación y potenciación de técnicas adecuadas para lograr el objetivo de solucionar los conflictos en que están involucrados sus clientes, esta vez no necesariamente por vías heterocompositivas, sean arbitrales o judiciales.

Al tal efecto se hace necesario partir de unas premisas despegadas de espejismos fruto de la ilusión y la necesidad. Las expectativas no son más que futuribles que, como tales, siempre se presentan con importantes dosis de incertidumbre. Y las afirmadas bondades de los medios alternativos y, en particular, de la mediación, por mucho que se hayan defendido con gran esfuerzo y vehemencia argumentativa, no necesariamente han de corresponderse a toda la realidad ni, por tanto, tendrán siempre los positivos resultados que inicialmente cabría esperar.

Ciertamente de un tiempo a esta parte se viene pergeñando una tendencia manifiestamente favorable a la llamada “cultura” basada en la solución derivada de la voluntad de las partes frente a la justicia considerada “formal”. En este sentido, resulta ciertamente significativo que sea nada menos que el Consejo General del Poder Judicial quien el 28 de junio de 2012 aprobara por unanimidad un informe en el que se presentan las soluciones alternativas a la jurisdicción, y entre ellas, la mediación, como una especie de solución milagrosa a los problemas de la justicia. Entre otras soluciones como la potenciación de la justicia de paz, apoya decididamente fomentar y redoblar los esfuerzos por implantar en España una cultura de resolución de conflictos fundada sobre tres pilares básicos: la mediación, el arbitraje y la conciliación. Y por lo que respecta a la mediación, si bien aconseja imponerla como “requisito obligatorio”, por último termina proponiendo una especie de “requisito no obligatorio”. Todo porque resulta, en las palabras del mismo informe, *“especialmente aconsejable en contextos en que las partes, pese a la controversia surgida entre ellas, están llamadas a seguir manteniendo relaciones personales o comerciales en el futuro”*, añadiendo además que *“debe*

5 Un indicio de la importancia que adquiere la mediación para los abogados en la actualidad podemos encontrarlo en el presente y futuro Estatuto General de la Abogacía Española. El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el citado Estatuto solo contiene una referencia muy residual a la mediación en relación con la labor mediadora del Decano del Colegio en el caso de que un abogado reciba el encargo de promover “actuaciones” contra otro abogado sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional. Sin embargo, el Proyecto del Estatuto General de la Abogacía española, en la versión de abril de 2013, ya se hace una referencia directa a la mediación como actividad profesional del abogado. Primero, en su art. 4.1, cuando determina que *“son abogados quienes... se dedican de forma profesional a realizar los actos propios de la profesión, tales como... arbitrajes; mediación; conciliaciones, acuerdos y transacciones...”*; y con similar rotundidad, en su art. 5.1 se dice que *“el abogado... podrá ejercer como árbitro, mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios”*. Asimismo, VALERO LLORCA, J., y COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, en Diario La Ley, núm. 7987, 19 de diciembre de 2012, pág. 2, informan de que el seguro de responsabilidad civil que cubre a los abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia se ha ampliado sin coste para los colegiados cubriendo la responsabilidad derivada del ejercicio de la mediación, tanto si es designado por el Centro de Mediación que tiene el propio Colegio como si ejerce de forma privada desde su propio despacho .

ser fomentado desde las instancias públicas, creando condiciones legislativas adecuadas". De ese modo, en mi opinión olvida que alguna de las medidas propuestas, como la conciliación obligatoria, ya fue desterrada del proceso civil español en otros momentos históricos⁶; y, sobre todo, que la eventual ineficacia de las tan empeñadas medidas podría erigirse no obstante en un verdadero obstáculo para el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁷. En fin, aunque se constata una cierta tendencia en

6 Como ocurrió claramente con la obligatoriedad de la conciliación que fue desterrada del proceso civil español precisamente porque la opinión generalizada reconocía la escasa eficacia práctica de esta figura. Así, afirman, por ejemplo, GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, Colex, 2ª ed., 2007, págs. 287-8, que el acto previo se revelaba como "superfluo y dilatorio", aunque pueda tener algunas ventajas como ser más económico que un requerimiento notarial. También, MONTES REYES, A., "Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986, pág. 263. En el mismo sentido, AVILÉS NAVARRO, M., "La conciliación civil preprocesal", original, pág. 29, significa que "se ha convertido en un mero trámite al que se ha prestado poca o nula atención". Asimismo, dice gráficamente LÓPEZ ORTEGA, F. J., "Jueces de Paz. Competencia", en Ponencia Jornada Jueces de Paz, (en web CGPJ), que "de todos es conocida la escasa eficacia de estos actos de conciliación en orden a evitar un futuro litigio"; y BONET NAVARRO, A., "La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil", en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24, 2011, pág. 5, afirma que "se estableció como facultativo, ante el elevado índice de fracasos o pérdidas de oportunidad de resolver en ese momento previo los conflictos". Como excepción, MONTERO AROCA, J., "La conciliación preventiva en el proceso civil. (Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1971, págs. 875-95, defiende con algunas estadísticas, de los años 1953 a 1967 su eficacia. A quien sigue otros autores como ALVARADO VELLOSO, A., "La conciliación", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, enero 1989, págs. 10-1. Lo bien cierto es que en el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se indica rotundamente que el acto de conciliación "como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios". Por cierto, como ha ocurrido similarmente en diversos ordenamiento jurídicos. Así, por ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, V., "La preparación del juicio (alegaciones, audiencia preliminar, conciliación). El juicio oral", en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1991, pág. 528, con cita de Stein-Jonas, en relación con la *Vereinfachungsnovelle* alemana de 3 de diciembre de 1976 y la discusión y propuestas sobre la introducción de una conciliación extrajudicial y pre-procesal, recuerda que "el intento de conciliación general y obligatoria, pre-procesal, fue abolido tras experiencias negativas por la Novela de 1924".

7 Aunque sea en el ámbito de la protección de un derecho fundamental concreto como es el de libertad sindical, la STC 81/1992, de 28 de mayo, ya lo puso de manifiesto. Véase un comentario a la misma en RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Tutela judicial efectiva, sobre innecesariedad del acto de conciliación como presupuesto procesal para el restablecimiento de derechos fundamentales", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59, 1993, págs. 405-10, quien reconoce (pág. 407), entre otras cosas, que "el agotamiento necesario de un trámite previo de conciliación, al obligar a prolongar el procedimiento con una formalidad anterior al proceso propiamente dicho, conduce a dilatar la situación de probable lesión del derecho fundamental cuya tutela corresponde al proceso mismo".

algunos ordenamientos jurídicos hacia su imposición preceptiva⁸, resulta llamativa la curiosa defensa a ultranza que hace el Informe sobre las vías alternativas a la jurisdicción partiendo de ideas preconcebidas y poco o nada contrastada, y de parámetros no voy a dudar que lógicos pero que pueden no ofrecer los resultados esperados al atender condiciones pendientes de ser evaluadas. Lo bien cierto es que, sin dejar de reconocer que los argumentos pueden estar sólidamente contruidos, suelen presentarse con nulas dosis de autocritica en cuanto a la conveniencia o necesidad de las técnicas alternativas a la jurisdicción, y con escasa constatación de sus resultados. En mi opinión, convendría desprenderse de ideas preconcebidas y recuperar una postura algo más aséptica en este punto, valorando no solamente los pros sino también todos los posibles contras.

De entrada, orillando sumisiones humillantes, podemos convenir que la prevención de los conflictos tiene efectos sociales beneficiosos. Esto es sabido desde antiguo. De hecho, evidenciaba el clásico griego PLATÓN, en su República⁹, que *“es infinitamente más conveniente y más bello conducirse de manera que no haya necesidad de acudir a un juez soñoliento”*. Y si no hay otro remedio, una vez generada la controversia, lo ideal es que los propios involucrados en el conflicto sean capaces de ponerle fin, sin necesidad de la intervención de terceros que impongan forzosamente su solución. Así, la prudencia de un lado, y la libertad individual de otro, imperarían como valores preponderantes en la vida social.

Pero me da la impresión de que la gran mayoría de los trabajos que abordan las soluciones alternativas a la jurisdicción coinciden en partir de su conveniencia como idea preconcebida, presupuesto indubitado y realidad casi inmutable: el coste económico; la rapidez procedimental; la participación y el control de las partes en el resultado y sin riesgos a una decisión de todo o nada; la incapacidad de la jurisdicción para resolver eficazmente determinados asuntos o materias, debido a –se dice– su intrínseca lentitud, onerosidad y consecuente desconfianza generada; y hasta una conveniencia general y genérica, son todos ellos argumentos argüidos para sustentar la natural conveniencia de los medios alternativos o complementarios de la jurisdicción.

La solución jurisdiccional de los conflictos en ocasiones se presenta casi como apocalíptica. Sin embargo, las construcciones argumentadas en principio convincentes, basadas muchas veces en apreciaciones subjetivas cuando no meramente intuitivas y casi siempre parciales, deberían dar paso a su contraste: primero, con datos rigurosos, objetivos y completos; y, a continuación, con resultados empíricos. De otro modo, con no mucho esfuerzo, pueden construirse igualmente nuevos discursos dialécticos con similares argumentos y lógica pero

8 Así, por ejemplo, la reciente Ley núm. 1564, de 12 de julio de 2012, por medio de la cual se “expide” el Código General del Proceso de la República de Colombia, en su art. 372.6, prevé que *“desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento”*. A lo que se añade, en su art. 90 que *“mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibile la demanda sólo en lo siguientes casos... 7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”*. Así y todo plantea algunas excepciones, como la del art. 384, para la restitución de inmueble arrendado, donde *“el demandante no estará obligado a solicitar y tramitar la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la demanda”*.

9 PLATÓN, *La República o el Estado*, Libro III, 15ª ed., Austral, Madrid, 1982, pág. 112-3.

esta vez para llegar a conclusiones diametralmente opuestas¹⁰. Por este camino tan relativista, al final podría resultar que la posición ante las alternativas a la jurisdicción se redujera a la merca discreción, gusto personal o interés profesional o académico. No niego, ni tampoco presupongo, que las alternativas a la jurisdicción puedan representar una opción adecuada y eventualmente conveniente a la jurisdicción, pero creo que está de más la apología acrítica a favor de su desarrollo. Y, desde luego, frente a posibles castillos de naipes argumentales y cantos de sirenas, convendría atarnos con maromas de rigor al palo mayor, o cuanto menos al bauprés, del navío de la realidad.

Además del amplio abanico de posibilidades argumentales citadas, no conviene pasar por alto que la experiencia ha constatado que los instrumentos procesales que han exigido un esfuerzo económico adicional, en forma de fianza, tasa, depósito, arancel..., aunque sea eventual como los honorarios del mediador y los propios de la protocolización, suelen conducir a una utilización escasa o residual del instrumento económicamente condicionado o gravado. De hecho, la supresión de la fianza en la vigente LEC para la ejecución provisional se justificó, entre otras cosas, reconociendo que suponía un lastre para su utilización¹¹; similares términos se utilizaron en su momento en relación con el depósito previo para los recursos

10 Sin ánimo de exhaustividad, mediante los principales pilares argumentales que se suelen mantener para la defensa de las vías alternativas: económicos, de ejercicio de la libertad individual y de reducción de volumen de trabajo en los órganos jurisdiccionales, puede defenderse también la conveniencia de la vía jurisdiccional. Así, por ejemplo, en lo económico, al margen de la remuneración adicional o complementaria al mediador, y hasta incluso la derivada de la protocolización del acuerdo, las alternativas a la jurisdicción en principio no resultarán rentables para quien decide sacrificar una posible solución totalmente favorable a su pretensión en aras de una solución autocompositiva que implique concesiones. En cuanto a la libertad individual, el proceso no es ajeno a la misma, de ahí que sea lugar común afirmar que rige en el mismo el proceso dispositivo, de modo que, entre otras cosas, es posible terminar el proceso por voluntad de las partes, mediante los llamados “modos anormales de terminación” como, entre otros, el allanamiento, el desistimiento, la renuncia o la transacción. Y además, si partimos de la aceptación del ordenamiento jurídico, al margen de que podamos no compartirlo en todo o en parte, y si aceptamos que el mismo ha de regir en cualquier caso, el mecanismo para hacer efectivo este marco de convivencia social puede ser una opción tan voluntaria y libre como cualquier de sus alternativas. Y, por último, en cuanto a la reducción del volumen de trabajo en los órganos jurisdiccionales, desde luego no existe contraste empírico alguno. Más bien al contrario los asuntos judiciales no han hecho más que aumentar por mucha potenciación de vías alternativas que se hayan intentado como el arbitraje y antes la conciliación. Además, comparto las palabras de GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7871, de 1 de junio de 2012, pág. 1, cuando afirma: “*que haya más o menos procesos judiciales no es ni bueno ni malo si lo analizamos de forma aislada. El hecho de que el ciudadano medio tenga fácil acceso a los órganos jurisdiccionales es un logro, y la ausencia de procesos no está necesariamente en consonancia con una sociedad menos conflictiva... que haya pleitos no es mejor ni peor que los haya. A veces la inexistencia de conflictos no supone paz, no supone ausencia de enfrentamientos, supone miedo, o la imposibilidad o la dificultad de plantear la queja*”.

11 En este punto, el legislador (párrafo 6 del punto XVI de la LEC), reconoce que la caución al solicitante operaba “*a costa de cerrar en exceso la ejecución provisional, dejándola sólo en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado dispusiera del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad*”.

extraordinarios, considerándolos como una verdadera rémora para su interposición¹², siendo que la reincorporación del depósito para recurrir en la Disposición adicional decimoquinta LOPJ introducida por el número 19 del artículo primero de la LO 1/2009, de 3 de noviembre complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha supuesto un cierto freno a la interposición de recursos, aunque sea proporcional a la relativa importancia mayor o menor de la cantidad en juego. Y similar efecto se viene produciendo hasta la actualidad con la adopción de unas medidas cautelares condicionadas como regla general a la constitución de una fianza, que contribuye, en comparación con los asuntos procesales ingresados, a que las mismas no pasen prácticamente de una mera anécdota¹³; o, todavía con mayor claridad, con la exigencia de la lamentablemente célebre y actual tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que permite constatar una clara reducción de la actividad procesal¹⁴, especialmente en los recursos de apelación. En fin, creo que contamos con ejemplos sobrados para afirmar con cierta solvencia que la exigencia de abono de cantidades adicionales a las estrictamente necesarias, salvo que sean irrelevantes por mínimas, limita con intensidad variable la instrumentación de los actos condicionados. Hasta tal punto es así que, cuando por motivos diversos el legislador ha pretendido potenciar alguna institución procesal, una de las medidas clave suele ser precisamente la de eliminar la prestación de caución o fianzas¹⁵. Y aunque todo esto no suele ser objeto de atención por quienes se ocupan de la defensa de las alternativas a la jurisdicción, como sea que las bondades genéricas que justificaría el apoyo y potenciación de las vías alternativas a la jurisdicción, sin ponerlas en duda, permanecen en la órbita de la mera creencia o en el plano de la teoría en su sentido de no haberse contrastado con la realidad, creo que conviene que no pase por alto

12 También en este punto el legislador (párrafo 12 del punto XIV de la LEC) admite que *“además de representar un factor de encarecimiento de la Justicia, de desigual incidencia sobre los justiciables, plantea, entre otros, el problema de su posible transformación en obstáculo del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme al principio de igualdad”*

13 Como muestra un botón. Según las memorias judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander se registraron en el año 2006, 354 asuntos en materia civil, de los que 21 eran medidas cautelares; en el año 2007, de 305 asuntos fueron 23; en el año 2008, de 384, 20; en el año 2009, de 323, 22; en el año 2010, de 363, 14; y en el año 2011, de 412, 25. En conclusión, en los últimos seis años con constancia estadística, de una media de 357 asuntos civiles registrados, 21 son medidas cautelares, lo que representa un 5,8 % de los asuntos.

14 En el Boletín de Información Estadística núm. 34, de junio 2013, del CGPJ, en la *“primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial”*, aunque aún no hay datos completos sobre la jurisdicción civil, se concluye, entre otras cosas, con que el número de asuntos ingresados descendió un 14,9% en los juzgados de lo contencioso-administrativo; y en la jurisdicción social, los recursos de suplicación cayeron un 15,5%. De otro lado, la cuestión de inconstitucionalidad presentada el pasado 6 de septiembre de 2013 por la Audiencia Nacional, se basa esencialmente en la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva pues su finalidad no es la de financiar la asistencia jurídica gratuita sino, según afirma, *“reducir de manera drástica la litigiosidad”*.

15 Así ocurre con la ejecución provisional que, conforme al art. 526 LEC, está actualmente exenta de caución; o también con la innecesaria prestación de fianza para la adopción de embargo preventivo, a pesar de la regla general en las medidas cautelares (art. 728.3 LEC), tanto en el juicio cambiario (art. 821.2.2ª LEC) como en el procedimiento monitorio para la reclamación de los gastos de comunidad de propietarios (art. 21.5.II Ley de Propiedad Horizontal).

el –digamos- posible “reverso oscuro” de estas alternativas. De otro modo no será posible ninguna previsión medianamente certera acerca del éxito cuantitativo futuro de una solución alternativa a la jurisdicción como es la mediación, ni, por tanto, sobre la expectativa profesional, la ampliación de ámbitos competenciales y la necesidad o conveniencia de aplicación de métodos y protocolos adecuados para afrontar con éxito una realidad que, por mucho que se pretenda defender y potenciar, no pasa de ser incierta en estos momentos¹⁶.

II. EL ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

No obstante todas las prevenciones y aunque quizá con efectos modestos en comparación a las iniciales expectativas, la LM sin duda va a posibilitar en cualquier caso a diversos profesionales, y con intensidad a los abogados, poder ampliar y desarrollar ámbitos competenciales relacionados con el procedimiento de mediación, sea en labores mediadoras o de asesoramiento jurídico de las partes inmersas en el procedimiento de mediación; así como también, fuera del mismo, profundizando el interés y el esfuerzo para la obtención de soluciones amistosas que eviten el litigio en la medida de lo posible. Veamos ahora si esta inicial apreciación se corrobora en la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

1. Algunas consideraciones sobre las líneas maestras, principios, características y requisitos generales de la mediación y su procedimiento

Aunque la mediación puede desarrollarse en ámbitos diferentes al civil y mercantil¹⁷, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, así como de normas sectoriales que regulen otros ámbitos no contemplados o incluso expresamente excluidos en la citada Ley, es en este ámbito donde es regulada completa y sistemáticamente en el derecho español. Ahora bien, esta relativa concreción regulatoria de la mediación en el ámbito civil y mercantil no obsta para que la propia LM reconozca que la misma en ningún caso pretende, como indica el párrafo primero del punto III de su preámbulo, “*encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto...*” de modo que

16 Poniendo el eco en una especie de “madurez social” o “cultura colectiva” de la pacificación” MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 10-1, sitúa correctamente en el “ámbito del devenir social, en la conducta de quienes actúan en el mundo jurídico, de los sujetos de derechos” el éxito de estas vías. En mi opinión, junto a la bondad platónica, la clave del posible éxito no puede ser otra más que la conveniencia para las partes en todos los sentidos y principalmente en cuanto al tiempo de respuesta y al costo, junto a la confianza que ha de generarse en lo relativo a la calidad y garantías en el desarrollo de la mediación. Desde luego, como afirma el mismo autor citado (pág. 6), “*ni con la obligatoriedad de intentar la conciliación previa... ni con la voluntariedad... el procedimiento de conciliación puede cumplir con su objeto y finalidad de reducir la carga de litigiosidad que llega ante la justicia si la respuesta social e institucional no es la necesaria y suficiente*”.

17 Sobre la incidencia de la mediación en el ámbito laboral, véase GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., “Los procedimientos de mediación y arbitraje en la reforma. Una oportunidad perdida”, en *Diario La Ley*, núm. 7488, 14 octubre 2010, págs. 1-7.

opta por establecer determinadas líneas maestras, principios, reglas o directrices, y requisitos generales del procedimiento¹⁸.

Sin ánimo de exhaustividad, merece destacarse que una de las principales líneas maestras de la mediación es su carácter preferente frente a la jurisdicción. Como se reconoce en el párrafo segundo del punto II del preámbulo LM, la opción por la mediación permite concebir la jurisdicción como una remedio último, cuya intervención queda reducida a los supuestos en que no sea posible a las partes alcanzar una solución autocompositiva¹⁹. La mera existencia de un sistema de mediación permite *per se* concebir un marco general de solución de conflictos en el que prime naturalmente la autonomía de la voluntad frente a la imposición vinculante de terceros. Surge así la flexibilidad procedimental que²⁰, junto a la incorporación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se erigen como plasmación de la voluntad de fomentar el recurso a la mediación y a la solución amistosa de los asuntos. Todo ello al margen de que esta preferencia solamente se actualizará cuando la mediación de verdad represente una opción realmente más beneficiosa en relación con sus alternativas. Sobre ello, al margen del saldo que corresponde a la conveniencia e inconveniencia de la mediación, resulta influyente el gravamen a la potestad jurisdiccional mediante la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, favoreciendo así de algún modo la mediación, aunque sea de modo artificial fruto de la voluntad política del legislador²¹. Esto constata que, cuanto menos, se pretende que la mediación tenga operatividad en nuestro derecho y, por tanto, que represente un ámbito real para el ejercicio profesional, aunque sea por una vía inadecuada

18 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010, págs. 112-6, califica los caracteres generales de la mediación con los términos de “transparencia”, “contradictoria”, “eficacia”, “legalidad”, “libertad” y “confidencialidad”.

19 Dice literalmente que la mediación “...como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”.

20 El preámbulo de la LM reconoce expresamente que “el marco flexible que procura la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes”. Sin embargo, esto se concreta solamente a la “suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados”.

21 En el párrafo segundo del punto III del preámbulo de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, se reconoce expresamente la voluntad de incentivar la solución extrajudicial cuando afirma que “con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios”. Lo que se concreta en el art. 8.5 de la citada Ley, con la “devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo... se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio”.

como es la de imponer gravamen a una jurisdicción que, no ha de olvidarse, da satisfacción a un derecho fundamental.

Para la pretendida potenciación de la mediación, y también para el respeto a la autonomía de la voluntad, se encuadra la flexibilidad procedimental²². La misma se presenta ciertamente útil para adecuar el procedimiento al ámbito sectorial o materia que se trate, eventualmente compleja o altamente especializada, y sirve de vehículo eficaz para el desarrollo de la autonomía de la libertad de las partes, conforme a sus particulares necesidades o preferencias²³. En efecto, en lugar de contener un diseño procedimental predefinido, la LM establece meras líneas maestras, principios, reglas o directrices y requisitos generales, estableciendo un marco lo suficientemente amplio que pueda adaptarse a los correspondientes objetos y sujetos implicados²⁴. La flexibilidad desde luego supone una ventaja por lo que implica de adaptabilidad objetiva y subjetiva, pero también puede representar una desventaja en cuanto la adaptación resulte inefectiva o inadecuada consecuencia de la impresión, el error o la impericia del mediador así como también simultánea o alternativamente consecuencia de imposiciones de las partes en ejercicio inadecuado de su autonomía de la voluntad. Esta circunstancia supone un estímulo para que sean profesionales debidamente formados y expertos quienes se ocupen de actividad tan relevante como la mediación, siendo que el abogado, como profesión vinculada constantemente con el conflicto y los sujetos implicados en el mismo, se encuentra particularmente cualificado para esta función, al margen de que ocasionalmente puedan ser convenientes conocimientos especializados sobre el objeto del conflicto.

22 En el párrafo primero del punto III del preámbulo LM se reconoce que *“el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes”*. Y, entre otros preceptos, el art. 16 LM establece que la mediación se inicie de voluntad, sea de común acuerdo entre las partes, o, aunque sea por una de las mismas, lo será en cumplimiento de un pacto de sometimiento que necesariamente habrá de haberse adoptado voluntariamente. Incluso se prevé que, *“cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes, de común acuerdo podrán solicitar su suspensión...”* (art. 16.3 LM).

23 La flexibilidad es apta para que en efecto la autonomía de las partes alcance su efectivo ejercicio, haciendo real la afirmación (párrafo primero del punto III del preámbulo LM) según el cual *“el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes...”*, en el que, como se ha indicado, *“sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales”* (sea directamente o por su decisión de remitirse a las normas reglamentarias de la correspondiente institución). No en vano, sobre este punto el art. 10.1 LM se muestra rotundo al disponer que *“sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”*. Y todo, además, sin que sea imprescindible alcanzar un acuerdo, incluso reconociéndose que *“como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”*.

24 Afirma el párrafo quinto del punto IV del preámbulo LM, que *“es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales”*. Y a tal efecto, continúa, *“la norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar”*.

Junto a la preferencia y flexibilización, también se afirma que la mediación se caracteriza por la “deslegalización”²⁵ y “desjuridificación”²⁶, con lo que, en realidad, no se alude más que a la técnica legislativa por la que es posible actualizar la flexibilidad procedimental, pues en lugar de un diseño predefinido y completo se establece un amplio marco que dé cabida a procedimientos adaptados a los distintos objetos y sujetos implicados. Así, “deslegalización” no es abandono o carencia legislativa sino amplitud y adaptabilidad a distintos *iters* procedimentales; y “desjuridificación” se refiere a las posibilidades autorizadas por el ejercicio de la autonomía de la voluntad para configurar soluciones o acuerdos, aunque con respeto al orden público, con independencia, al margen o incluso en contradicción con las normas que eventualmente pudieran regir las relaciones o situaciones jurídicas implicadas en el conflicto resuelto por las propias partes. Caracteres ambos que, a pesar de lo que podría inicialmente entenderse, refuerzan la necesidad de que un profesional cualificado y experto en conflictos como el abogado intervenga a los efectos de garantizar, además de la eficacia del procedimiento de mediación, su regular sustanciación con respeto a los principios, reglas, características, requisitos y principios de la mediación y su procedimiento por muy flexibles que se pretenda.

Asimismo, se pretende un procedimiento ventajoso, por sencillo o fácil, económico y breve²⁷, como clave del éxito de la mediación²⁸. En la consecuencia de esa pretensión se orienta el establecimiento de un contexto legal en el que pueda optarse libre y eficazmente por la mediación así como, al mismo tiempo, la introducción de obstáculos complementarios a la jurisdiccional como la citada Ley de Tasas. Precisamente cuando esta pretensión se lleve a la práctica, esto es, si realmente el procedimiento es fácil, económico y breve en comparación con otros instrumentos de solución de conflictos, la mediación llegará a convertirse en una alternativa o complemento real a la jurisdicción, y un ámbito competencial amplio para el desarrollo profesional.

De otro lado, el título II de la LM contiene los que denomina principios de la mediación, esto es, en palabras del párrafo primero del punto IV del preámbulo LM, los “*de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad*”. No se trata tanto de principios del procedimiento de mediación, aunque tienen incidencia en su configuración, sino que lo son de la mediación en sí misma y en relación con las partes

25 Según el párrafo primero del punto III del preámbulo LM, se trata de “*deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto*”.

26 El párrafo quinto del punto III del preámbulo LM señala literalmente nada menos que “*tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio*”.

27 Como reconoce el párrafo octavo del punto III del preámbulo LM, “*...se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo*”.

28 Para BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 337, “*son las tres garantías de éxito de la mediación: fácil y cómodo, barato y breve*”. De otro lado, clave de éxito de la mediación es, sin duda, la fuerza vinculante de sus decisiones (por ejemplo, SJPI Málaga, núm. 66/2012, de 27 de septiembre de 2012).

(voluntariedad, libre disposición y buena fe); estrictamente de las partes (igualdad); exclusivamente del mediador (imparcialidad y neutralidad); así como de todos los sujetos implicados, esto es, tanto las partes, como el conciliador y en su caso la correspondiente institución (confidencialidad).

Dispone tajantemente el art. 6.1 LM que “*la mediación es voluntaria*”²⁹. Obviamente, la voluntad es de las partes, pero no debería negarse la influencia relevante que ostenta el abogado asesor de la parte. Aunque la LM solamente contempla el supuesto de compromiso de mediación expreso y por escrito³⁰, esta voluntad pueda manifestarse tanto expresa como tácitamente³¹. Así, hacer caso omiso cuando se inicie la mediación por una de las partes a

29 Señala la SAP, Secc. 12, Barcelona, núm. 466/12, de 29 de junio de 2012, que “*el carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesto por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina (SAP Barcelona de 21.2.2008, sección 18ª), y se ha reiterado por el RDL 5/2012 de mediación en el ámbito civil y mercantil*”. Ni siquiera un pretendido interés del menor, con base en el art. 158 CC, justificaría imponer una “mediación” forzosa. En ese sentido, resultan interesantes las palabras de la SAP, Secc. 9ª, Alicante, con sede en Elche, núm.92/2013, de 18 de febrero de 2013, cuando afirma “*que la voluntariedad está en la naturaleza de la mediación, es evidente y así lo recoge la legislación al respecto y en concreto el art. 1 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. La resolución de la Juez, forzando la asistencia a la sesión informativa, busca su apoyo legal en el artículo 158 CC, invocando la protección del menor... Sin embargo aun comprendiendo y siendo conscientes de la motivación de la resolución recurrida, ni en la regulación autonómica de la mediación, ni en la estatal, existe apoyo legal para establecer como obligatoria la comparecencia de las partes a una sesión informativa sobre mediación... la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aun no siendo aplicable al supuesto por razón del tiempo, mantiene la voluntariedad de la asistencia a sesiones informativas, art. 17. Por su parte el art 443 de la LEC modificado por dicha Ley, limita la función del Juez a instar a las partes sin imposición de previas obligaciones... La normativa específica del supuesto concreto, ha de ser de aplicación preferente a la genérica del art. 158 CC, y dicha normativa, aun admitiendo que la solución de conflictos a través de la mediación es beneficiosa para los menores, no da cobertura a la resolución de la Juez a quo*”.

30 El art. 6.2 LM dispone que “*cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste*”. Ahora, eso sí, una vez intentado el procedimiento pactado, “*nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*” (art. 6.3 LM).

31 Parece que si una parte solicita de hecho el inicio del procedimiento de mediación para dar solución a un conflicto ya iniciado o que pueda iniciarse y la otra parte decide personarse y seguir la mediación, nada impide que pueda llegarse al acuerdo y que el mismo sea plenamente eficaz.

la espera de que la otra se persone, servirá para hacer inviable *ab initio* la mediación³². Sin embargo, existiendo pacto expreso y por escrito, la voluntad de no aceptar, no mantenerse o concluir la mediación, solamente podrá hacerse efectiva en momentos posteriores al inicio de la mediación. De aquí deriva la importancia de que las partes cuenten con un buen asesoramiento ya en etapas iniciales, pues, una vez firmado el compromiso de mediación, el procedimiento se iniciará a pesar de que ya en ese momento se carezca de voluntad de mantener o alcanzar un acuerdo, con la exigencia añadida de que debe mantenerse una predisposición positiva hacia la mediación o, en los infelices términos de la LM³³, “*de buena fe*”.

Y como principio referente netamente a las partes, en correlación con el art. 14 de la Constitución española, el art. 7 LM proclama que en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones. Esto opera como garantía de justicia pues, de otro modo, el acuerdo podría alcanzarse con base en vicios en la voluntad a favor de la parte que hubiera tenido más oportunidades. Y aunque pueda ser recomendable en principio y deba tenderse en la medida de lo posible a la identidad de actuaciones, no será siempre necesaria pues, con las debidas decisiones tomadas por el mediador, la flexibilidad del procedimiento podrá y deberá permitir su adaptación a las específicas y diversificadas condiciones que puedan concurrir en las partes. De nuevo se requiere la intervención de un profesional que adopte las decisiones adecuadas a las circunstancias sin tolerar injustos desequilibrios ni uniformidades sin sentido.

Por lo que se refiere a los principios en la actuación del mediador, destaca que el mismo deberá sujetar su actuación al deber de respeto e imparcialidad, a la neutralidad y a la con-

32 Resulta dudoso que tenga efectos negativos para el demandado incluso en lo relativo a la consideración de su actuación con mala fe o temeridad a efectos de costas. En efecto, dispone el art. 395.1.II LEC, a los efectos de condena en costas cuando el demandado se allanara antes de la contestación que “*se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación*”. Precepto que tiene su lógica en que el demandado ha podido reconocer la pretensión del demandante en la misma mediación, evitando que el demandante debe interponer su pretensión. Sin embargo, la situación de la mediación no es exactamente la misma a la de la conciliación o el requerimiento puesto que el procedimiento de mediación, salvo supuestos especiales, resulta gravosa económicamente en comparación con las otras situaciones previstas. Por su parte, la jurisprudencia ha empezado a matizar la aplicación automática de este precepto. Así por ejemplo, la SAP, Secc. 5ª, Cartagena, núm. 278/2013, de 9 de julio de 2013, se refiere a que “*es decisivo comprobar si la conducta preprocesal de la parte demandada, por su carácter abiertamente inadmisibile, fue la única causante del proceso, abocando a la actora necesariamente a acudir a los Tribunales para obtener la satisfacción de su derecho ante la actitud contumaz y abiertamente injustificada de la interpelada*”; o la SAP, Secc. 12, Barcelona, núm. 134/13, de 7 de marzo de 2013 habla de que se negó a participar en el proceso de mediación “*sin causa justificada, lo que podría llevar consigo incluso la declaración de temeridad*”. En fin, creo que la expresión “en todo caso” debería interpretarse limitándola al supuesto de haberse instado el procedimiento de mediación válidamente, esto es, contando pacto expreso y por escrito.

33 Asimismo, la expresión del precepto no es la más feliz ni destaca precisamente por su precisión. Cuando el art. 6.2 LM dispone que “*se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe*”, no queda claro si la buena fe ha de ser característica de cómo deberá intentarse el procedimiento; o si, por el contrario, la buena fe se predica de cómo haya sido pactado el procedimiento, de modo que solamente se deberá intentar el procedimiento que haya sido pactado de buena fe. Aunque parece que el legislador probablemente quiso decir lo primero, lo que literalmente dice no queda claro.

fidencialidad. Así, correlativamente con la igualdad de las partes y como manifestación de una imparcialidad que producirá respeto aunque el mismo se base en un deber de comportamiento social de espectro más amplio al que deriva de la imparcialidad, el mismo art. 7 LM impone al mediador respeto hacia los puntos de vista expresados por las partes, exigiendo que no actúe en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. No obstante, esta imparcialidad no debe suponer un impedimento para la labor mediadora. Se trata de una posición de lejanía respecto de las partes preordenada a la obtención de un acuerdo. Y no ha de olvidarse que el mismo implicará algún sacrificio, total o parcial, respecto de las iniciales posiciones de las partes o de alguna de ellas, sin que el tratamiento igual, respetuoso e imparcial por parte del mediador suponga necesariamente que el acuerdo derive de un sacrificio de las pretensiones de las partes en idéntica medida. Es más, por más que improbables, no se descartan acuerdos en los que, similares a un allanamiento, una de las partes reconozca la inviabilidad de su pretensión de modo que se logre un acuerdo perfectamente viable con el sacrificio completo de la inicial pretensión de una sola de las partes.

Paralelamente, la imparcialidad deberá implicar, como ocurre con el deber de abstención y el derecho de recusación, que, cuando concurren circunstancias por las que objetivamente el mediador se acerque a una de las posiciones, por vínculos familiares, laborales, de amistad o equivalentes, se abstenga de conocer, salvo consentimiento expreso de las partes; y, además, que el mediador deba manifestar que actuará con total imparcialidad, lo que incluye el deber de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar conflicto de intereses como relaciones personales, contractuales o empresariales, intereses directos o indirectos, actuaciones anteriores y distintas a la mediación a favor de una o varias de las partes (art. 13.4 y 5 LM). Asimismo, aunque no se prevea expresamente, parece claro que si el mediador incumpliera el deber de abstención, las partes podrán recusarle y, en definitiva, intentar que se aparte de la mediación o, en todo caso, poder justificar su posible voluntad de no mantenerse en la mediación³⁴. Y en íntima conexión con la imparcialidad, el mediador deberá actuar con neutralidad o, en otros términos, de tal forma que sean las partes en conflicto quienes alcancen la solución autocompositiva por sí mismas (art. 8 LM). A tal efecto el mediador habrá de actuar facilitando la comunicación entre las partes, velando porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes; y adoptará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en la LM (art. 13.1 y 2 LM). De nuevo se pone en evidencia la necesidad de contar con formación adecuada para alcanzar la necesaria imparcialidad y neutralidad, haciendo en su caso valer los instrumentos adecuados y las técnicas pertinentes para ello cuando sea necesario. Por supuesto, la mediación ha de ser confidencial, de modo que el mediador, las instituciones de mediación y las partes intervinientes no deberán revelar información sobre el procedimiento de mediación

34 En mi opinión, si se diera una situación de causa de abstención e incumplimiento de la recusación por parte del mediador, si realmente estuviera justificada la misma, podría servir para motivar eficazmente la negativa al pago de la mediación y hasta incluso para solicitar indemnización por eventuales daños y perjuicios.

ni la documentación utilizada en el mismo (art. 9.1 LM)³⁵. Esto implica, en lo que se refiere al procedimiento, el secreto respecto de terceros; para el mediador, la protección del secreto profesional; y, en general para todos los intervinientes, que no estén obligados a declarar o aportar documentación en procedimiento judicial o arbitral sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, salvo que las partes expresamente y por escrito les dispensen y cuando sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal mediante resolución judicial motivada (art. 9.2 LM).

Y por lo que se refiere a la actuación de las partes, deberán regirse por los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, así como por el deber de colaboración y apoyo al mediador. A estos últimos se refiere el art. 10.3 LM y, en su concreción, podemos encontrar ejemplos como la presencia a las reuniones o la aportación de los documentos que se les requieran. En cambio, los primeros son conceptos jurídicos indeterminados a los que se refiere el art. 10.2.I LM y, como tales, se presenta más ardua su concreción. Parece que esta se contiene en los dos párrafos siguientes del mismo precepto cuando dispone una especie de prohibición al ejercicio de acción judicial o extrajudicial frente a las otras partes en relación con el objeto de la mediación y mientras dure la misma salvo que se trate de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos³⁶.

Por último, el procedimiento de mediación se caracteriza por la vigencia de la oralidad, de la que, no obstante y a diferencia de lo que ocurre en el proceso, no siempre derivan los principios consecuencia de la misma como son la inmediación, concentración y publicidad real, o, al menos, estos principios reciben importantes matizaciones.

En efecto, junto a la pretensión de flexibilidad, sencillez, facilidad, economía y brevedad, desde una perspectiva formal, el procedimiento se caracteriza por la oralidad. Si la mediación basa su estructura básica a través de una serie de reuniones y entrevistas, en el procedimiento ha de primar la palabra oral respecto de la escrita, aunque sea sin excluirla en absoluto pues no solamente son posibles actos escritos sino que resultan habituales y hasta necesarios en atención a la naturaleza del acto (como la presentación de documentos; el pacto de sometimiento a mediación, conforme al art. 6.2 LM; o la dispensa del deber de confidencialidad a que se refiere el art. 9.2 LM). Así y todo, la mediación se estructura mediante una serie de reuniones y entrevistas que implican oralidad e inmediación como la que deriva de la par-

35 Matizaba la STS, Sala 1ª, núm. 714/2011, de 2 de marzo de 2011, que “*el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a “informaciones confidenciales”, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial*”.

36 Inlucio dispone que “*el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*”, lo que, como idea aproximativa, pueden resultar coherentes con la pretendida efectividad de la mediación pero no tanto con la libertad de las partes y el principio dispositivo en los procesos civiles. Por mucha buena fe que se pretenda de las partes, el art. 6.3 LM previene con toda rotundidad que “*nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*” y una forma de manifestar la voluntad de no sometimiento al procedimiento de mediación y, por tanto, de ejercicio de la libertad, puede ser la de solicitar el inicio o la reapertura del proceso judicial.

ticipación directa del mediador³⁷, sin perjuicio del procedimiento por medios electrónicos, considerado incluso preferente cuando la cuantía no supere los seiscientos euros conforme al art. 24 LM. Asimismo, la concentración va a tener una traslación todavía más clara en el ámbito de la mediación como principio consecuencia de la oralidad, no obstante la flexibilidad, “deslegalización” y “desjuridificación” pretendida. De hecho, como pone de manifiesto ORTELLS³⁸, la eficacia de la oralidad y de la misma inmediación depende de la concentración en el tiempo de los actos integrantes en el procedimiento de mediación. De ese modo, la mediación se realizará en el menor número de sesiones consecutivas posibles y además cercanas en el tiempo. La misma presencia de las partes y el mediador permite prescindir de los actos de comunicación formal propia de los actos escritos, aunque exige una buena preparación, sobre todo por parte del mediador y, en su caso, de los asesores de las partes. Cuestión distinta ocurre con la publicidad real que, como consecuencia del deber de confidencialidad, quedará excluida. Por supuesto será así en relación con los terceros, puesto que los actos de mediación en ningún caso serán secretos para el mediador ni para las partes involucradas en la misma pues de lo contrario producirían indefensión e inviable el procedimiento. Lo bien cierto es que la actuación preferentemente oral y la concentración de las actuaciones hace particularmente idónea la mediación para el abogado en cuanto exige profunda preparación sobre aspectos generales y, entre ellos con especial intensidad, los jurídicos, así como sobre las circunstancias concretas del supuesto sometido a mediación.

Por último, en cuanto a los actos de la mediación, habrán de realizarse por partes con aptitud y voluntad, objeto válido, causa, lugar, tiempo y forma³⁹. Así, el mediador ha de tener atribuido el asunto, directamente o a través de la correspondiente institución, mediante un compromiso válido; todos los sujetos deberán estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles o, en su caso, integrada su eventual falta de capacidad; las partes serán aquellas interesadas directamente en el objeto de la mediación; sus actos habrán de ser voluntarios, pudiendo afectar a la validez, conforme al art. 23.4 LM, los actos, la ausencia o los vicios de voluntad, como puede ser la intimidación y violencia que puedan sufrir; los actos de mediación, para que produzcan con normalidad sus efectos, deberán ser posibles, suficientemente determina-

37 No queda expresamente resuelto es si el mediador que está conociendo ha de seguir la mediación en todos sus trámites hasta su finalización. Pueda que sea conveniente la presencia del mismo mediador, pues debe hacerse una idea cabal del conflicto para instrumentar las técnicas tendentes a intentar que las partes alcancen un acuerdo de solución. De ese modo, solamente si el mediador ha participado directamente en las actuaciones sobre todo orales estará en condiciones óptimas para desarrollar y culminar el procedimiento de mediación. Sin embargo, no se prevé causa ni sanción alguna en caso de cambio del mediador. Al contrario, el art. 22.2 LM presupone el cambio de mediador cuando dispone que “*la renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador*”.

38 Si bien lo señala en relación con el proceso judicial, ORTELLS RAMOS, M., “Los principios del proceso (II)”, en *Introducción al Derecho Procesal*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2013, págs. 362-3.

39 Como desarrolla ORTELLS RAMOS, M., “Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales”, en *Introducción al Derecho Procesal*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2013, págs. 380-90, para la teoría de los actos procesales, son requisitos de las partes la aptitud de los sujetos, la voluntad, el objeto, la causa, el lugar, el tiempo y la forma.

dos e idóneos para la finalidad al que se destina y que representa su causa; además, los actos se desarrollarán en el lugar adecuado que determinen las partes, si bien lo habitual sea en el despacho del mediador o en el lugar destinado al efecto en la institución⁴⁰, sin perjuicio de que puntualmente por necesidades concretas puedan realizarse en otros lugares; se realizarán concentradamente en días y horas hábiles, sin perjuicio de que la flexibilidad del procedimiento y libertad de las partes permita que excepcionalmente se acuerde otra cosa, siempre con lo más breve posible, concentradamente y previamente prefijado sin perjuicio de posibles adaptaciones⁴¹; y por su parte la forma será la más adecuada para obtener el fin correspondiente, preferentemente oral, sin perjuicio de algunos actos por escrito.

40 No es el lugar un tema precisamente irrelevante. Hasta el punto que BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., págs. 351-3, estima que el que denomina “paisaje adecuado” puede influir en el éxito del resultado de la mediación. Para ello, según afirma (pág. 353), pueden tomarse medidas “*que ofrezcan sensación de respeto y confidencialidad, se evitará la iluminación excesivamente intensa, los asientos deben ser medianamente confortables, de manera que no deben ser ni demasiado confortables ni demasiado incómodos, la temperatura adecuada, no asfixiándose por el calor de la sala ni tampoco helándose... habrá que contar con bebidas que permitan sentirse medianamente cómodo y agradable, no deben estar en activo teléfono ni móviles... contar con la posibilidad de aseos y de lugares en los que pueda efectuarse una pausa, sin tener que desplazarse y ni tampoco sentir que se está aislado*”. Por su parte, MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 134, indican que mientras la mediación familiar se suele desarrollar en los centros, despachos e instituciones donde trabajan los mediadores, es corriente que el mediador se desplace fuera de su ámbito, como polígonos industriales, empresas, barrios, comunidades de propietarios, escuelas... lo que genera cierta dificultad de acomodamiento y confianza del propio mediador al tener que utilizar espacios no habituales y extraños.

41 La LM no determina con exactitud la duración del procedimiento de mediación, en la línea de otorgar la máxima flexibilidad al procedimiento, pero ofrece algunas pautas. De entrada, el art. 20 LM dispone que “*la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*”. Legalmente no se establecen límites temporales máximos, si bien podrán determinarse por acuerdo de las partes, por el mediador o, más habitualmente, conforme a las reglas de la institución. Asimismo, el art. 19.1.d LM establece que en la sesión constitutiva las partes dejen constancia, entre otras cosas, del “*programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación*”. Y la disposición final séptima, prevé para el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, que “*el procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes*”. Por último, parece que el plazo deberá ser más breve cuando se trata de una mediación vinculada a un proceso judicial, a los efectos de que no se instrumente para entorpecerlo, además de que, en otro caso, hay menor interés público que condicione la voluntad de las partes. Con todos estos parámetros y como requisito conformado y moldeado por la voluntad de las partes, habrá de establecerse un programa aproximativo, breve y concentrado de actuaciones y hasta incluso especificando el efecto resolutorio de su eventual incumplimiento. Como señala MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, cit., pág. 141, en las mediaciones públicas e intrajudiciales se ha venido estableciendo plazos que limitan la duración de la mediación y que “*generalmente no exceden de sesenta días hábiles*”. Pero la duración, como indican, depende de la tipología, por ejemplo, los mismos autores añaden (pág. 142) que cuando el conflicto surge de una problemática matrimonial, la duración del proceso de mediación no acostumbra a ser inferior a seis sesiones. Y, en fin, como idea aproximativa, pueden ser interesantes los datos que ofrece BERGOGLIO, M. I., “*La dimensión temporal durante la mediación*”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, núm. 6, 2001-2, págs. 360-1, en las causas ingresadas y terminadas en el 2001 en Argentina. Desde el ingreso del asunto hasta el sorteo del mediador se insume unas tres semanas. Una vez designado mediador, el periodo de negociación se extiende durante 31 días de promedio, de modo que la media total de las causas quedaría en 52 días, con dos audiencias de media.

No obstante la amplitud del marco regulatorio así como de la flexibilidad, “deslegalización” y “desjuridificación” que se pretende del procedimiento de mediación, y aunque no sea imprescindible la condición de jurista ni que el mismo cuente con experiencia dilatada como litigante, los conocimientos y experiencia del abogado le otorgan una especial cualificación para la función de mediación. El diseño del procedimiento requiere conocimientos idóneos en la formación y experiencia del abogado.

La misma flexibilidad, “deslegalización” y “desjuridificación” pretendida en el procedimiento de mediación exige una adecuación a las especiales condiciones del asunto, las particularidades del objeto y de los sujetos implicados, configurando un procedimiento que responda suficientemente a las necesidades que deriven y que facilite la consecución del objetivo de que se obtenga una solución satisfactoria del conflicto. Y lo mismo deriva de la necesidad de que el procedimiento resulte realmente ventajoso para la partes: además de por la sencillez o facilidad, sobre todo por lo breve y económico. También la misma formación y experiencia del abogado le dota de una especial sensibilidad para entender y valorar las exigencias de igualdad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad en el asunto. Y lo mismo cabe decir del resto de requisitos y condiciones formales del procedimiento, particularmente la oralidad, concentración, con aptitud subjetiva, objeto válido, etc., para cuya consecución son idóneos los conocimientos jurídicos y la experiencia en litigación. Así y todo, aunque no se exige en absoluto como requisito y, de hecho, no impide que puedan desarrollarse eficientemente ambas actividades, se presenta conveniente que, en la medida de lo posible, la actividad de mediar y la de defensa en juicio en otros asuntos no sea simultánea. Si la especialización ya representa en sí mismo un valor, cuando un jurista decide ocuparse de mediar, opino que su dedicación en exclusiva favorecerá que pueda situarse en una posición objetiva de mayor imparcialidad y neutralidad, previniendo al mismo tiempo ciertas suspicacias posibles y desconfianzas que a la postre frustren la consecución del acuerdo.

2. Las fases del procedimiento de mediación

En coherencia con las amplias posibilidades otorgadas a la autonomía de la voluntad para la configuración del procedimiento de mediación, la LM establece una pautas generales que básicamente consistentes en una fase de inicio, de preparación y, tras las sesiones de desarrollo de la mediación, de terminación del procedimiento.

A) Fase de inicio

a) Relevancia del acuerdo de mediación para su inicio

Dispone el art. 16 LM que el procedimiento de mediación podrá iniciarse de común acuerdo o por una de las partes. En el primer caso, la solicitud incluirá la designación del mediador o de la institución correspondiente, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. Si es por una de las partes, lo será en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente en las partes. En ambos casos, el mismo precepto prevé que la solicitud se formulará ante la institución de mediación o directamente ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado. Y también que cuando de manera voluntaria se inicie la mediación pendiente un proceso judicial, las partes podrán solicitar la suspensión de conformidad con lo dispuesto en

la ley procesal, que será acordada por el Secretario judicial *“siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”* (art. 19.4 LEC).

La LM está reconociendo la importancia del acuerdo de mediación. No resulta irrelevante la persona que resulte ser el mediador o la institución que corresponda, como tampoco lo es el lugar en que la misma se desarrolle. Aunque puede ser habitual que las actividades de mediación se practiquen bien en el espacio destinado a ello en los locales de la institución o bien en el despacho del mediador, no se hace difícil imaginar situaciones en las que, por la distancia entre las partes, el lugar de la mediación pueda resultar un aspecto trascendental por gravoso para una o ambas partes, hasta el punto de suponer un impedimento para el fin de la mediación. Desde luego, la importancia del acuerdo se manifiesta en la medida en que la misma LM prohíbe el ejercicio de acción judicial o extrajudicial frente a las otras partes mientras dure la mediación y en relación con su objeto. Hasta el punto es así que la LM dispone que *“el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”*. Esto evidencia ya la importancia del acuerdo, además de contrastar en cierto modo con el régimen de libertad que pretende estar en la base del sistema, no en vano el art. 61 LM determina derechamente que *“la mediación es voluntaria”*. Asimismo, esta voluntad deberá manifestarse expresamente y por escrito para ser realmente eficaz (art. 6.2 LM). Sin embargo, como ocurre en supuestos como la atribución de competencia territorial, parece que esta voluntad en principio podría manifestarse tanto expresa como tácitamente. De ese modo, incluso de la propia literalidad de la LM, cuando prevé que pueda iniciarse *“de común acuerdo por ambas partes”*, la voluntad de someterse a mediación y el eventual acuerdo que se adopte podrá ser válido si una parte decide de hecho solicitar el inicio del procedimiento de mediación para dar solución a un conflicto ya iniciado o que pueda iniciarse, y la otra parte decide personarse y seguir la mediación. Con lógica similar, a pesar de existir expresamente un compromiso previo de mediación si, una vez solicitada la mediación por una de las partes, la otra manifiesta su voluntad de no aceptar la mediación aunque sea de forma tácita no personándose ante el mediador o ante la institución correspondiente de mediación, debería entenderse que no tiene voluntad mediadora y ni siquiera procedería la apertura de la mediación. Otra cosa es que los gastos generados hasta ese momento deba asumirse solamente por quienes adoptaron el compromiso, sean ambas partes o únicamente quien ha pretendido alcanzar el compromiso mediante la solicitud de mediación. Quizá por esto la LM solamente otorga eficacia al supuesto de compromiso de mediación expreso y por escrito⁴². Ahora, eso sí, una vez intentado el procedimiento pactado, *“nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”* (art. 6.3 LM). De ese modo, en el supuesto de que, como parece, sea admisible el compromiso tácito de mediación, hacer caso omiso, cuando se inicie

42 Hasta el punto que el art. 6.2 LM dispone que *“cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”*.

la mediación por una de las partes a la espera de que la otra se persone, servirá también para hacer inviable *ab initio* la mediación, sin que derive ningún tipo de responsabilidad ni gasto.

Sin embargo, de existir pacto expreso y por escrito, la voluntad de no aceptar, no mantenerse o concluir la mediación, solamente podrá hacerse efectiva en momentos posteriores al inicio de la mediación. Podría decirse que, una vez firmado un compromiso de mediación, el procedimiento se iniciará a pesar de que ya en ese momento una parte no tenga voluntad de mantener ni alcanzar un acuerdo, y además curiosamente con la exigencia de cierta predisposición positiva o de buena fe hacia la mediación. El pacto de mediación, por lo tanto, resulta un elemento clave y por ello debe extremarse la atención a la hora de su adopción, que debe producirse con voluntad y pleno conocimiento de los aspectos que son relevantes para el desarrollo de la mediación, pues incluso la parte que eventualmente pueda haber perdido la voluntad de mediar quedará vinculada por el acuerdo hasta el momento en que se inicie la mediación, con los gastos que inmediatamente esto implica.

b) La solicitud de mediación: modalidades y efectos

Tras la afortunada exclusión del art. 7 del Proyecto de Ley de Mediación y de la frustrada introducción del apartado 4 del art. 437 LEC, que pretendía abrir las puertas a la mediación obligatoria como requisito previo a la vía judicial en determinados casos⁴³, en derecho español vigente la mediación es opcional. Puede ser solicitada, pendiente o no un proceso judicial (art. 19.1 y 4, 414.1, 415.1 y 3, 440.1.II y 443.3.II LEC) o arbitral (dada la configuración del procedimiento fuertemente dependiente de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de su diseño por la institución mediadora), por ambas partes de común acuerdo o solamente por una de ellas.

Parece derivar del tenor del art. 16 LM que el acuerdo de mediación lo constituye la propia solicitud, por eso se prevé que esta solicitud incluya los datos necesarios para que la misma pueda desarrollarse: la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo; el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones, y la

43 Sobre la pretendida mediación preprocesal obligatoria en el proyecto puede verse ORTIZ-PRADILLO, J. C., “Mediación y proceso civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal”, en *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, UCLM, págs. 9-12. Sobre experiencias concretas de implantación de la misma puede verse ÁLVAREZ, G. S., “Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la “mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles o comerciales en argentina”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 29-65; LOS PACHECO D. L., “Situación de la mediación y arbitraje en Argentina”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, cit., págs. 57-65, este caso al parecer con una mediación prejudicial y obligatoria exitosa. En otros ordenamientos, por ejemplo, PÉREZ SALCEDA, J. B., “La situación actual de la mediación en México”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, cit., págs. 317-330; y ALEMÁN MENA, D. J., “Arbitraje y mediación en las Américas. Teoría y práctica. Caso Nicaragua”, cit., págs. 351-74. Con todo, no es este momento adecuado para el debate sobre la posible obligatoriedad de la mediación, solamente indicaré que, en mi opinión, es un contrasentido que se compece francamente mal con su naturaleza basada básicamente en la libertad. Es posible que pueda ser operativa en contextos sociales en los que, sobre todo por la escasa atención del poder político, por falta de inversión y en atención a las dilaciones que sufre, la respuesta judicial sea de tan poca calidad que aconseje las vías alternativas. Sin embargo, ni siquiera así se justifica una obligatoriedad que, eventualmente, de no tener éxito la mediación, se convertirá en un obstáculo más de la jurisdicción. Y no ha de pasar por alto que se trata de un derecho fundamental.

lengua o lenguas de las actuaciones. Sin embargo, nada impide que sea solicitada por ambas partes existiendo pacto previo, ni tampoco que pueda integrarse otras normas reguladoras de la mediación no expresamente contempladas, como puede ser la fijación de un plazo o un número de sesiones máximo. En cambio, si se solicita por una de las partes, se hará con base en un pacto de sometimiento a mediación existente entre las partes. Esto presupone que el pacto sea preexistente a la misma solicitud y, en relación con el art. 6.2 LM, que por escrito se exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir. El pacto exige que se produzca entre partes que tengan capacidad, y que el objeto sea disponible. Asimismo, tendrá naturaleza contractual, pudiendo constituir formalmente bien un contrato *ad hoc* o bien una cláusula más en un contrato, en cuyo caso *“surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”* (art. 6.2 *in fine* LM).

Esta segunda modalidad de solicitud de mediación puede resultar problemática pues, aunque la primera presupone la subsistencia del compromiso, en la segunda, en cuanto se refiere a un acuerdo preexistente, cabe la posibilidad de que no se mantenga la voluntad de someter a mediación. En tal caso, a pesar de que la mediación sea voluntaria y hasta incluso de que la voluntad de no someterse podría manifestarse tácitamente no presentándose a la sesión informativa, el art. 6.2 LM exige que *“se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe”*. Esto supone que no presentarse a esta sesión informativa pueda ser considerado como manifestación de la voluntad de no aceptar la mediación puesto que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni a concluir un acuerdo conforme al art. 6.3 LM. Y además, como previene el art. 17.1, *“en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada”*. Sin embargo, la inasistente tendría que cargar con las costas de dicha sesión informativa y, además, podría ser considerada que actuó con mala fe a efectos de costas en el correspondiente proceso judicial a pesar de que se allanara antes de la contestación (art. 395.1.II LEC). Asimismo, en el caso de que la voluntad revocadora de la mediación se pudiera manifestar tácitamente formulando proceso judicial, conforme el art. 10.2.II y III LM, *“durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto... el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”*.

Aunque la posibilidad de formular declinatoria se relaciona directamente en la LM con los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10.2.I LM), más bien se trata de un efecto de la fuerza contractual del acuerdo de mediación, que impone la necesidad, subsista la voluntad o no, de someterse a la mediación, al menos hasta la sesión informativa. Se presenta coherente y lógico que al citado acuerdo se le dote de cierto valor vinculatorio que, en la práctica, se limita a que quien eventualmente no mantenga su voluntad mediadora deba soportar la carga de pago de los gastos ocasionados por la sesión informativa, pero se cohonesto mal con la naturaleza esencialmente voluntaria de la mediación y con el pretendido carácter principio de voluntariedad con rige según la LM. Desde luego, su art. 6.1 es elocuente en su tenor cuando derechamente afirma que *“la mediación es voluntaria”*. Parece como si el

legislador hubiera querido que la voluntad de no aceptar la mediación solamente deba encauzarse en el propio contexto de la mediación. A tal efecto, convendría que el abogado asesor de la parte recomendara manifestar la voluntad de no mediar en el mismo procedimiento de mediación y posteriormente, si es el caso, ya se presentará la pretensión en vía judicial o extrajudicial (se supone que básicamente mediante arbitraje, en su caso).

El problema que se ha planteado al legislador aquí es, como tantas veces, de equilibrio entre dos aspectos en cierto punto contradictorios: de un lado, la voluntariedad y libre disposición esencial de la mediación; de otro, el cierto efecto vinculante que se quiere dotar al acuerdo de mediación, unido a los principios de “lealtad, buena fe y respeto mutuo”. La forma que ha encontrado el legislador para equilibrar esta dicotomía no ha sido en mi opinión la más feliz porque la declinatoria constituye una defensa especial para supuestos de falta de jurisdicción y competencia que, en sus efectos, no casa bien con la voluntariedad de la mediación⁴⁴. Aunque sea con intensidad variable, dependiendo de si nos encontramos ante falta de jurisdicción y competencia, la declinatoria supone no solamente la suspensión del procedimiento (art. 64.2 LEC) sino también, en caso de ser estimada, que el juez se abstenga de conocer y sobresea el procedimiento, bien directamente sin más o indicando el órgano competente, o bien remitiendo las actuaciones al competente cuando la declinatoria se haya basado en la infracción de norma de competencia territorial no imperativa (art. 65. 2, 3, 4 y 5 LEC). Además, en todos los supuestos, salvo eventualmente en el de la mediación, una vez estimada la declinatoria el asunto no volverá a ser conocido por el mismo órgano jurisdiccional que estimó la declinatoria, ni siquiera en el arbitraje para la fase declarativa⁴⁵. En cambio, atendidas las características de la mediación, si subsiste la voluntad de revocar el acuerdo de mediación y se quiere ejercitar la autonomía de la voluntad y el derecho a no mantenerse en el procedimiento de mediación y a no concluir un acuerdo (art. 6.2 LM), al contrario del resto de supuestos de la declinatoria, será regla general que el asunto vuelva a ser conocido por el mismo órgano que estimó la declinatoria. Estos efectos de finalización, en aras de una genérica y más bien voluntarista lealtad y buena fe en las relaciones de las partes mediadores, representan unos esfuerzos procesales reiterativos e innecesarios (como la apertura de nuevo expediente y necesidad de formula demanda) que van en contra de la lógica y economía procesales. En atención a todo esto, se ha de compartir plenamente, con ORTELLS⁴⁶, que la consecuencia de abstención judicial y sobreseimiento del procedimiento *“es excesiva en el supuesto de mediación, porque mantenerse en esa vía de solución del litigio es libre (art. 6 Ley 5/2012) y haber presentado demanda puede considerarse una conducta indudablemente*

44 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., pág. 6, considera que la declinatoria se basa en una ausencia de jurisdicción temporal o la falta de jurisdicción si junto a la demanda no se presenta un acta que refleje que se ha intentado, por tanto, no se trata de un presupuesto del proceso sino un requisito de admisibilidad de la demanda.

45 Otra cosa es que el mismo órgano pudiera conocer de la ejecución del laudo, pero sería por la pura casualidad de que el laudo se dictara posteriormente en el lugar en que reside el órgano jurisdiccional que conoció (art. 545.2 LEC en relación con el art. 26 LA), y todavía así sin perjuicio de las normas de reparto correspondientes.

46 ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo 9”, en *Derecho Procesal Civil*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 12ª ed., 2013, pág. 240.

significativa de no querer resolver el litigio por la vía de la mediación”⁴⁷. Y en esta línea, se presenta más coherente, si se quiere instrumentar de eficacia al acuerdo de mediación y a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo mediante la declinatoria, que el efecto estimatorio de la declinatoria con base en un acuerdo de sometimiento a mediación se limite únicamente a la suspensión del procedimiento judicial, a resultados de lo que acontezca en el procedimiento de mediación correspondiente. Si no es así, el difícil equilibrio entre respeto a la voluntad, esencial y básica en la mediación, con la eficacia contractual y la buena fe, se escoraría peligrosamente hacia este segundo aspecto sin ningún tipo de justificación más que la pretensión política de intentar quitar lastre a la jurisdicción.

B) Fase preparatoria

a) Sesión informativa

Dispone el art. 17.1 LM que, recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa⁴⁸. El fin de esta sesión es, una vez el mediador toma contacto con el asunto, ilustrar a las partes que han acordado someterse a mediación sobre el alcance concreto de lo que supone o puede suponer dicho acuerdo, básicamente, qué es la mediación, qué condiciones principales se darán para su desarrollo y conclusión y qué efectos tendrán los acuerdos que se adopten⁴⁹. Lo relevante es que la información ha de ser concretada a las características específicas de las partes y del objeto sometido a mediación. No se trata de ofrecer información genérica pues, para ello, el punto segundo del mismo precepto ya prevé que las instituciones de mediación puedan organizar las denominadas “sesiones informativas abiertas” para el público en general que en ningún caso sustituirán a la información concreta prevista en el apartado primero del mismo precepto.

47 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., pág. 6, en esta línea crítica señalaba en relación con el RDL que “*si el demandante ha mostrado claramente que no desea llegar a un acuerdo con la otra parte, obligarle a iniciar el procedimiento mediador no deja de ser obligar a esa parte a una especie de ficción que solo supone dilación y gastos*”. Por su parte, SANTOS VIJANDE, J. M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2013, pág. 10, afirma que “*este tratamiento procesal es incoherente o contradictorio en términos dogmáticos, además de no favorecer la viabilidad de la mediación, por no tratar con eficacia ni realismo los comportamientos patológicos –dilatatorios o fraudulentos– que se puedan suscitar en la vida de esta institución, al tiempo que desperdicia la posibilidad de mantener la validez de lo ya actuado procesalmente –con el consiguiente ahorro de toda suerte de recursos para la Administración de Justicia*”.

48 En opinión de MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos*, cit., págs. 130-1, se diferencia la sesión informativa en el caso de la mediación intrajudicial de la sesión inicial sin haber pasado previamente por la sesión informativa. En las mediaciones privadas, afirman, generalmente ajenas a cualquier tipo de protocolo, la sesión informativa da paso a una sesión inicial que en cierto modo es la constituyente del proceso de mediación.

49

MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., pág. 133, llaman la atención a la importancia de que se invite a las partes acompañados de sus letrados, porque, en sus palabras, “*el papel de los abogados es fundamental para la aceptación de la mediación*”.

En el contexto de la necesaria flexibilidad y respeto de la autonomía de la voluntad⁵⁰, como principios rectores del procedimiento de mediación, ha de entenderse la salvedad al pacto en contrario por el que podría evitarse tanto la modalidad y hasta necesidad de la citación como la forma –pactándose que se realice por escrito, por ejemplo- y hasta la propia existencia de la sesión informativa⁵¹. Piénsese, entre otros, en supuestos en los que las partes ya hayan desarrollado previamente otros procedimientos de mediación sobre objetos similares que podrían hacer innecesaria por reiterativa esta sesión informativa. En general, esto se justifica en que la flexibilidad procedimental presupone que la autonomía de la voluntad, directa o derivadamente, pueda matizar las reglas de la institución, de modo que determine o matice las condiciones en las que se desarrollará y culminará la mediación. Además, en concreto, la información no es un fin en sí mismo, sino que lo es la ilustración de las partes sobre el alcance, características y posibles consecuencias concretas que derivan del acuerdo de mediación que tomaron, de modo que las partes pueden establecer perfectamente la forma y hasta la misma necesidad de esta sesión cuando ya estén ilustrados suficientemente.

Y en esta misma línea ha de entenderse el alcance y consecuencias de la inasistencia a esta sesión informativa. De entrada, el acuerdo de mediación podrá tener cierto efecto contractual entre las partes, hasta el punto que deban corresponder consecuencias al incumplimiento⁵². Pero estas vendrán condicionadas por la propia esencia voluntaria de la mediación, por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes así como también por la misma determinación legal de los efectos de la inasistencia. Si la LM prevé que “*la mediación es voluntaria*” (art. 6.1 LM); si nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a

50 Sin perjuicio de que, como advierte MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., pág. 115, la mediación no puede dispensarse ni emplearse como mecanismo para burlar o defraudar la ley, tampoco como una opción que prive a las partes de la protección que le otorguen las normas legales de carácter imperativo. Y en sentido similar, LÓPEZ JARA, M., “Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7857, 14 de mayo de 2012, pág. 9 se refiere a los límites al poder de disposición del art. 19.1 LEC, es decir, prohibición legal así como interés general o beneficio de tercero. VALERO LLORCA, J., y COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, cit., pág. 2, advierte que el acuerdo no ha de ser contrario a la ley ni al orden público y no ha de perjudicar a terceros. También BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., pág. 394, recuerda que la autonomía de la voluntad tiene límites como el del principio de igualdad, lo que excluiría un sistema desequilibrado de comunicación, más flexible o seguro para una parte que para la otra.

51 MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., pág. 138.

52 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., pág. 398, aunque sin mayores concreciones, advierte de que la inasistencia a la sesión informativa cuando afirma que “*implica una dejación de la obligación que podrá tener repercusiones jurídicas y generar responsabilidad por incumplimiento de una obligación*”.

concluir un acuerdo (art. 6.3 LM)⁵³, si la ley prevé que en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa “*se entenderá que desisten de la mediación*” (art. 17.1 LM); si incluso en la sesión constitutiva se prevé que las partes declaren la aceptación voluntaria de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivada (art. 19.1.f LM); y si se contempla expresamente que deba pechar con la mitad del coste de la sesión informativa (art. 15.1 LM) y no quedar cubierto por la confidencialidad (art. 17.1 *in fine* LM), “*ubi lex voluit dixit, ubi voluit tacuit*” y además “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”⁵⁴, no se alcanza a comprender qué otras consecuencias más allá de las previstas por la ley merecerá soportar quien manifieste su voluntad de no aceptar la mediación mediante su inasistencia. Quizá pueda considerarse más cortés o atento personarse para negarse a mantenerse en la mediación tras escuchar e ilustrarse de la información sobre la mediación. Pero no parece que la inasistencia a la sesión informativa deba entenderse en la órbita de la deslealtad ni la mala fe cuando, por ejemplo, la parte ya haya participado en sesiones informativas sobre objetos idénticos o similares o cuando, aunque no justifique la inasistencia, la misma se haga más cómoda. Y del mismo modo, tampoco se explica cómo la inasistencia es apta para producir más daño a la otra parte la comparecencia para negarse a continuar. La inasistencia injustificada sencillamente es una forma si se quiere abrupta de manifestar la voluntad contraria a la mediación. De no entenderse así, se estaría atribuyendo responsabilidad sin cobertura legal y sin constatar daños especiales por el mero hecho de la forma en que se ejercita la autonomía de la voluntad. Además, al mismo tiempo se estaría incentivando la mera formalidad de hacer constar bilateralmente en el acta la voluntad de no continuar, o la de comparecer para luego no firmar el acta constitutiva en el plazo cuyo único efecto, según el art. 19.2 LM, será la declaración de que la mediación se ha intentado sin efecto.

Y por lo que se refiere a la información que el mediador ofrecerá a las partes, el art. 17.1.II LM menciona “*las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva*”. De estos aspectos cabe distinguir, de un lado, los que pueden ser en ocasiones perfectamente prescindibles, como son “*las características de la mediación*” y “*las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar*”, cuya necesaria información parte de una cierta presunción de ignorancia en las partes y, en cualquier caso, será efímera al justificarse solamente hasta que la parte ad-

53 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., pág. 4, inicialmente afirma, consecuencia de este precepto que “*el legislador no puede sancionar en forma alguna el incumplimiento del acuerdo de sometimiento a la mediación con la prohibición de resolver su conflicto ante los órganos jurisdiccionales*”. Así y todo, con base en la doctrina de la STS de 12 de enero de 2009, plantea la posibilidad de plantear una condena indemnizatoria en tal caso en cuanto que se incumple una prohibición de acudir a los tribunales, y, según dicha sentencia, no cabe dejar a las partes el incumplimiento de cláusulas “*adjetivas*” o “*preprocesales*”, a sabiendas de que los daños que se ocasionen al contrario no deberán ser indemnizados en ningún caso. Pero señala que sería contraproducente generalizar esta doctrina pues crearía “*mayor reticencia a la hora de firmar un compromiso de sometimiento a mediación*”.

54 En una traducción libre: “Donde la ley ha querido, lo ha dicho, donde no ha querido, ha callado”, y “cuando la ley no distingue, no debemos distinguir nosotros”.

quiera conocimiento, por ejemplo, tras haber asistido previamente a una sesión informativa; de otro, puede apreciarse los efectos que pueden ser convenientes o interesantes según las circunstancias, como las posibles causas que puedan afectar a la imparcialidad del mediador, sus valores personales (profesión, formación y experiencia), o la organización del procedimiento, sobre todo en lo referente a su duración o a los posibles caracteres diferenciadores a lo que constituya un modelo tipo o habitual; y por último, observamos aquellos efectos absolutamente imprescindibles, como conocer con precisión el coste de la mediación, sobre todo los honorarios del mediador, las cantidades a satisfacer por los servicios de la institución y por otros eventuales como los derivados de la posible intervención de traductores, que pueden ser muy variables para cada mediador, institución o profesional. Además, como ya se ha indicado, el coste de la mediación es una de las principales claves para su éxito. Junto a unas expectativas favorables al acuerdo satisfactorio, posiblemente el coste sea de los aspectos más relevantes para considerar con fundamento si se decide seguir o no con el procedimiento. Por último, se informará también del plazo para la firma del acta de la sesión constitutiva, puesto que, de no firmarse, el procedimiento de mediación *sensu stricto* no se iniciará (art. 19.1 LM).

b) Sesión constitutiva

El art. 19 LM se presenta rotundo al atribuir a la sesión constitutiva la virtualidad de dar comienzo al procedimiento de mediación. Esta sesión se desarrollará a continuación de la de información, incluso en unidad de acto como de otro lado recomienda el art. 20.1 LM⁵⁵. Y en la misma, se entiende que en el acta correspondiente según deriva del punto segundo del mismo precepto, las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de diversos aspectos como son: la identificación de las partes; la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; y el lugar de celebración y la lengua del procedimiento⁵⁶.

Buena parte de los anteriores aspectos vendrán predeterminados: sea por voluntad previa de las partes, directa o derivadamente, en el acuerdo de mediación o en momento posterior; sea por las reglas de la institución; o sea por el mediador en atención a las condiciones

55 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., pág. 403, considera que “*lo recomendable es levantar acta de cada una de las sesiones que se vayan desarrollando, aun cuando más de una sesión se realice en el mismo día, de forma consecutiva*”.

56 GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados” cit., págs. 14-5, contempla la posibilidad de incorporar al acta otros extremos como concreción de los honorarios del mediador, forma de pago, costo del proceso, y otros gastos; de la duración del proceso... Asimismo MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., pág. 140, entienden que en este momento se debe informar también “*de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico y de la necesidad de la intervención letrada para la redacción de los documentos jurídicos convenientes cuando sea preceptiva su intervención*”.

particulares subjetivas y objetivas. El respeto a la voluntad de las partes y la coherencia supondrá que en el acta queden reflejados aquellos aspectos ya determinados. En cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las posibilidades de su modificación en atención a circunstancias sobrevenidas, el acta fijará y dará formalidad a las condiciones y reglas del juego en el concreto procedimiento de mediación que se decide seguir. Si la parte, con el consejo de su asesor jurídico, ha de ser muy cuidadosa a la hora de decidir y pactar aquellos extremos que condicionarán el desarrollo y conclusión de la mediación, igualmente lo ha de ser en el momento de comprobar que dichos aspectos se trasladan correctamente al acta constitutiva que representa, podría decirse, la culminación de la fase preparatoria de la mediación.

Por su parte, la firma del acta que se confeccionará en la sesión constitutiva tendrá la virtualidad de poner fin a la fase preparatoria y al mismo tiempo dar inicio al procedimiento de mediación en sentido estricto⁵⁷. Representará así el *dies a quo* por el que se iniciará el cómputo del plazo máximo que pueda haberse establecido para la duración de la mediación, que siempre habrá de ser lo más breve posible (art. 20 LM)⁵⁸. En caso de que no se firme, se declarará en la misma que la mediación ha sido intentada sin efecto tal y como establece el art. 19.2 LM, por tanto, reconociendo a la actitud pasiva el valor de manifestación tácita de voluntad.

C) Sesiones de desarrollo de la mediación

A partir de este momento es cuando se manifiestan con mayor rotundidad los principios de flexibilidad, “deslegalización” y “desjuridificación”. Los arts. 20 y 21 LM básicamente se limitan: a determinar unas pautas genéricas sobre la duración del procedimiento: “*será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*”; a establecer unas pautas generales de actuación para el mediador: “*dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado*”; a fijar unas garantías básicas de comunicación: “*convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria*”; y a prever la posibilidad de comunicación entre mediador y partes simultánea o no, estableciendo la comunicación de la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado, sin perjuicio de la confidencialidad de lo tratado, y sin que se le permita comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

57 Según VALERO LLORCA, J., y COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, cit., pág. 3, el acta constitutiva constituye “*el contrato de servicios profesionales que vincula al mediador con las partes del que derivarán jurídicamente las responsabilidades que, en su caso, puedan exigirsele*”.

58 Asimismo, en opinión de SANTOS VIJANDE, J. M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, cit., pág. 8, solamente tras la firma del acta constitutiva serán operativa la declinatoria a que se refiere el art. 10.2 LM, pues según entiende este precepto no se aplicará por el hecho de inobservar el deber de intentar el procedimiento de mediación o el desistimiento liminar, aun unilateral, tras la solicitud de mediación pactada.

Las pautas mínimas son tan amplias que las posibilidades de configuración prácticamente resultan ilimitadas⁵⁹. Solamente será necesario que, en la medida de lo posible, resulten adecuadas a las partes, al conflicto, a las circunstancias concurrentes y, en definitiva, al objetivo de lograr la solución del conflicto con la mayor simplicidad, brevedad y menor costo posible⁶⁰. Así, podrán realizarse entrevistas preferentemente conjuntas pero también por separado cuando lo precisen las circunstancias, procurando que sean las estrictamente necesarias y los más cercanas en el tiempo posible. Igualmente, se procurará facilitar al máximo la presencia de las partes advirtiéndoles de las fechas de las sesiones con la antelación suficiente para que puedan organizarse la agenda.

En este punto es quizá donde menos necesario resulte contar con unos conocimientos jurídicos más allá de la experiencia negociadora que pueda ofrecer la actividad de abogado litigante, precisamente por la flexibilidad y por ende amplitud de posibilidades, tan variadas como los prácticamente ilimitados supuestos que ofrece la realidad, junto a la “deslegalización” y “desjuridificación” particularmente acusada en este estadio y, por tanto, con las escasas y de otro lado mínimas exigencias legales. Por esto que posiblemente jueguen ahora un papel más preponderante otras competencias, habilidades, disciplinas y conocimientos más propios de la órbita de la psicología y hasta el marketing⁶¹. Se trata, en definitiva, de establecer un clima de confianza y comunicación entre las partes y el mediador para que, impregnando la relación con buenas dosis de asertividad y empatía⁶², se facilite el objetivo de alcanzar un acuerdo que solucione el conflicto.

D) Terminación del procedimiento

Las actividades mediadoras pueden finalizar exitosamente con acuerdo o sin que llegue a alcanzarse el mismo (art. 22.1 LM). En cualquiera de los casos, se confeccionará un acta

59 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., págs. 119-20, en la que denomina “fase de debate” integra un encuentro inicial, relato de las partes, configuración de una agenda, y etapa de creación de opciones posibles. GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados”, cit., pág. 3, subdivide esta gran fase en otras: apertura; comunicación, negociación y cierre. Asimismo, véanse algunas pautas prácticas de actuación en MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., págs. 141-7. Y algunas técnicas en DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, en *Educación*, núm. 3, 2003, págs. 125-36.

60 GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados”, cit., pág. 3, resume las actuaciones básicas del mediador como “traslada ofertas a partes; protege a las partes de tácticas agresivas en la negociación; gestiona la dinámica en la negociación basada en el regateo o distribución de valor; rompe los bloqueos; testa y proporciona dosis de realidad en relación con las ofertas recíprocas; ayuda en la generación de ideas, opciones y soluciones; controla el proceso de mediación; crea el entorno físico y emocional del proceso”.

61 Según VALERO LLORCA, J., y COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, cit., pág. 6, la finalidad del mediador es “*facilitar la comunicación de las partes, velando por el equilibrio en las intervenciones, velando por que la buena fe presida el proceso y aplicando conocimientos en técnicas de mediación, en negociación, en psicología, en derecho, en el ejercicio del poder de las partes, con el objetivo de que alcancen por sí mismo el mejor acuerdo posible*”.

62 Asimismo, MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., pág. 140, afirman que “*es preciso un lenguaje claro y llano por parte del mediador y ser lo más receptivo y empático posible*”.

final que determinará su conclusión y, en su caso, reflejará bien los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o bien la finalización sin acuerdo. Como es regla general, deberá firmarse por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. Sin embargo, en caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen (art. 22.3 LM). A pesar del tenor del art. 25.1 LM, referido a que al acuerdo se acompañarán las actas de la sesión constitutiva y final, en mi opinión, acuerdo y acta no son elementos a efectos prácticos diferenciables⁶³, la negativa a firmar el acta equivaldrá a la terminación de la mediación sin acuerdo, incluso a pesar de que hubiera manifestado previamente su voluntad de alcanzarlo, lo que permitirá la apertura de la vía heterocompositiva, judicial o arbitral, correspondiente.

La terminación tendrá como efecto, según el art. 4.III LM, el final de la suspensión del plazo de prescripción o de la caducidad de acciones que se hubiere producido. Y también, según el art. 22.1.II LM, impondrá que se devuelva a cada parte los documentos que hubiere aportado, si bien, en el caso de que consten documentos que no hubieren de devolverse (por ejemplo, cuando se trate de meras copias o documentos realizados *ad hoc* para el procedimiento de mediación y solo útiles en el mismo), se formará un expediente que conservará y custodiará el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento y durante el plazo de cuatro meses.

Este plazo, por muy poco o nada justificado que se encuentre en cuanto a su determinación concreta⁶⁴, debe ser mínimo y, en mi opinión, también podrá serlo máximo. Transcurrido el mismo, aunque no necesariamente, los documentos podrán ser destruidos si bien parece conveniente en tal caso la previa advertencia a la parte que corresponda a los efectos de que pueda recuperarlos si lo estima oportuno.

Con todo, la consecuencia más relevante de la terminación del procedimiento, con independencia de su resultado, es el deber de pagar los gastos que se hubieran generado, como, entre otros, honorarios del mediador o uso de espacios o servicios en la institución de mediación. El art. 15 LM dispone que, haya concluido o no con acuerdo, el coste de la mediación se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario, sea expreso, estableciendo un el régimen particular o adaptación que estimen oportuno, o tácito por remisión a las posibles normas de la institución que ponderen la distribución de las costas de modo diverso.

Para el pago de estos costes se supone que podrá liquidarse la provisión de fondos que haya podido exigirse a las partes⁶⁵. Dada la trascendencia del aspecto económico, de nuevo vuelven a ser las amplias posibilidades ofrecidas a las partes para modificar el régimen general de pago por partes iguales. Circunstancia que exigirá una muy especial atención a los

63 Opinión en contra, ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La mediación Civil y Mercantil*, Gomilex, Bilbao, 2012, pág. 97.

64 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., pág. 431, manifiesta rotundamente que “no existe una justificación al respecto”.

65 Provisión que podía determinar la conclusión de la mediación si las partes o alguna de ellas no la hacía efectiva, sin perjuicio de que las otras partes pudieran suplir dicho pago conforme al art. 15.2.II *in fine* LM.

pactos realizados en este sentido, así como un esfuerzo para conocer exactamente el régimen particular que puede establecer la institución, a los efectos de no sufrir sorpresas desagradables en esta trascendental cuestión.

a) Terminación sin acuerdo

El art. 22.1 LM enumera una serie de circunstancias que motivarán que la mediación termine sin acuerdo durante o al finalizar sus sesiones: *“porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador; bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”*. A estas causas ha de añadirse también la renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de la parte a su mediador, siempre que no se llegue a nombrar uno nuevo (art. 22.2 LM).

b) Terminación con acuerdo

Sea total o parcial, el acuerdo se documentará por escrito, firmado por las partes por sí o mediante sus representantes. Se hará constar la identidad y el domicilio de las partes; el lugar y fecha en que se suscribe; las obligaciones que cada parte asume; y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Se harán tantas copias como partes más un ejemplar para el mediador para su conservación.

El mediador en ese momento informará a las partes de las consecuencias que derivan del acuerdo alcanzado: su carácter vinculante⁶⁶, y la posibilidad de instar su elevación a escritura pública para que adquiera el carácter de título ejecutivo. Ante ello, y en atención al carácter contractual del acuerdo, contra lo convenido solamente podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23 LM).

Junto a los condicionamientos formales, especialmente aquellos necesarios para evitar posibles controversias en el entendimiento de los términos del acuerdo, lo más relevante son las, al menos en apariencia, expeditivas consecuencias que se atribuyen al acuerdo: de un lado y con carácter general, siempre que se cumplan las exigencias generales⁶⁷, lo acordado vinculará a las partes, siendo impugnabile únicamente mediante la llamada “acción de nulidad” por las causas que invalidan los contratos; de otro, la “posibilidad” de que alcance la categoría de título ejecutivo. El primer aspecto, el civil, no ofrece mayores explicaciones habida cuenta del carácter contractual que se atribuye a lo acordado y del que derivarán los correspondientes derechos y obligaciones entre las partes, por supuesto siempre que aquello acordado conste de inteligiblemente. En cambio, la eficacia ejecutiva de lo acordado en

66 Esta vinculación será la propia de los contratos, esto es, conforme se previene en los arts. 1091, 1256, y 1258, y además, será similar a la que produce la transacción, en los términos del art. 1816 CC.

67 Incluso, como afirman MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., págs. 149, en los supuestos en que las partes merezcan protección especial, como menores e incapaces, o se trate de materias sujetas a orden público, los acuerdos requieren la aprobación judicial para ser eficaces.

mediación puede generar alguna dificultad puntual a la hora de trasladar lo acordado a la protocolización notarial, y, sobre todo, alguna duda.

Veamos una de las principales⁶⁸. El art. 23.3.II LM se refiere a que “*el mediador informará a las partes... de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo*”; y el art. 25.1 LM, a que “*las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador*”. Lo que no se termina de aclarar es si cualquiera de las partes podrá instar la elevación o si será necesario que lo hagan conjuntamente. Esta última solución se presenta más acorde con el sentido literal de los términos, con el ejercicio amplio de la autonomía de la libertad, y con la exclusión de la eficacia ejecutiva *per se* atribuida en el art. 26 del proyecto de mediación⁶⁹. Sin embargo, en términos comparativos, no se cohonestan con la tendencia en nuestro ordenamiento a otorgar esta eficacia en supuestos similares como lo acordado en conciliación (el art. 476.I LEC 1881 en relación con el art. 517.2.3 LEC).

Pero es más, en el caso de que el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, y quizá también arbitral⁷⁰, según el art. 25.4 LM “*las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Aunque los términos son similares a los anteriores, en este caso nos encontramos inmersos en un proceso, suspendido o no conforme a los arts. 414.1.II, 415.1, 440.1.II y 443.3.II LEC, lo que justifica que, a diferencia de lo que ocurre fuera del

68 El tema de la adquisición de eficacia ejecutiva de la mediación sea uno de los más deficientemente regulados y, por tanto, con mayores problemas interpretativos. Sin ánimo de exhaustividad, entre otros temas dudosos o debatidos: no acaba de aclararse la eficacia en juicio de la mediación como excepción ante futuros litigios entre las mismas partes y mismo objeto, operando quizá de modo similar a la transacción conforme al art. 1816 CC; no se sabe a ciencia cierta si procederá la homologación por el árbitro si la mediación se inicia pendiente el arbitraje; a efectos de ejecución, se vuelve a incurrir en el error que también sufre el art. 545 LEC, dando a entender que podrá ejecutar una Audiencia o Tribunal, al prever el art. 26 LM que la homologación “se instará ante el Juez que haya homologado el acuerdo”, pues puede homologar el órgano que esté conociendo en fase de recurso, pero que no va a ejecutar el acuerdo; si es necesaria la ratificación de las partes como condición para homologar; tampoco queda claro si, producido pendiente un recurso, procederá la devolución o no del depósito pues no hay pronunciamiento y no se trata propiamente de un desistimiento; tampoco se acaba de aclarar las razones de por qué el ámbito de control notarial ha de ser más amplio que el judicial a los efectos de elevar la mediación a la categoría de título ejecutivo, analizando la adecuación a derecho de lo convenido.

69 La doctrina parece decantarse igualmente por esta segunda posibilidad. Así, por ejemplo, afirma rotundamente SANTOS VIJANDE, J. M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, cit., pág. 23, que “*la negativa de una de ellas a acudir al notario frustra ab initio la deseable conversión en título ejecutivo de lo efectivamente acordado. Ante esa negativa, la efectividad de lo convenido –a falta de cumplimiento voluntario– pasará por el ejercicio de la correspondiente acción judicial solicitando el cumplimiento de lo pactado*”. También MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., pág. 171, si bien matizan que sí podrá cuando en el mismo acuerdo de mediación las propias partes hayan acordado a *futurum* tal elevación a público (art. 1.279 CC).

70 Y, en opinión de MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., págs. 161-2, también cabrá la homologación arbitral del pacto de mediación conforme al art. 36 Ley de Arbitraje “a simil” cuando hubiere proceso arbitral a partir de la presentación de la demanda ante el árbitro.

proceso, la mediación deba tener efectos procesales sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades. Por esto se concita cierto acuerdo doctrinal en un tratamiento diferenciado, al considerar que cualquiera de las partes podrá solicitar la homologación y conversión a título ejecutivo por el juzgado mediante auto, meramente previa audiencia de la otra parte⁷¹.

E) Un apunte sobre la mediación desarrollada por medios electrónicos o análogos

En el contexto de la libertad de las partes⁷², no resulta extraño que se permita que las partes puedan acordar que el procedimiento de mediación, total o parcialmente, se desarrolle por medios electrónicos, por videoconferencia o por otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, con la única condición de que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación. Incluso se considera como “preferente” cuando la mediación “*consista en una reclamación de cantidad que no excede de 600 euros*”, salvo que el empleo de los medios electrónicos no sea posible para alguna de las partes (art. 24 LM). A tal efecto, la Disposición Final séptima de la misma Ley anuncia que se promoverá un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, que no durará más de un mes desde el día siguiente a la recepción de la solicitud sin perjuicio de prórrogas por las partes y que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Así, las pretensiones de las partes “*quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados*”. En este caso, parece que el método sería prácticamente automatizado y basado en una fórmula matemática, de modo que la plataforma resuelve problemas financieros con un sistema en el que las partes comunican sus ofertas y se comparan las cantidades para ver si se acercan a una base de acuerdo (la media entre la diferencia)⁷³.

La tramitación por medios electrónicos en general se supone que resulta más sencilla y sobre todo más económica o, al menos, menos molesta en la medida que pueda evitar traslados y reducir tiempos, al margen de las exigencias y condicionamientos generales. Además, implica específicamente que la solicitud de mediación se haga “preferentemente” mediante

71 SANTOS VIJANDE, J. M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, cit., págs. 26, 28-30, lo justifica, en síntesis, en que el objetivo inicial de quien acude a la mediación estando pendiente un proceso judicial intentar ponerle fin y que rige el art. 247 LEC. Estima que en este caso no tiene sentido que si una parte solicita la homologación del acuerdo de mediación pueda oponerse sin causa justificada, como si el acuerdo no tuviera que tener eficacia procesal, de otro modo se fomentaría la mediación con fines meramente dilatorios con infracción de la buena fe procesal y, además, de lo contrario, se vulneraría el derecho de acceso a la jurisdicción. Además, conforme a lo previsto en el art. 25.4 LM en relación con el art. 19.1 LEC, a diferencia de lo previsto en la actuación del notario, en este caso el juez no deberá analizar en toda su extensión la adecuación a Derecho de lo convenido, sino, únicamente, si la ley prohíbe el acuerdo a que se ha llegado o si lo limita por razones de interés general o en beneficio de tercero.

72 Y en atención igualmente al contexto normativo, así por ejemplo, el considerando 9 de la Directiva 2008/52/CE de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que pretende impedir obstáculos a la utilización de nuevas tecnologías de comunicación en los procedimientos de mediación.

73 GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., “Mediación on-line: pasado y presente de esta institución”, en Diario La Ley, núm. 8048, 21 de marzo de 2013, pág. 3.

formulario electrónico remitido a través de algún mecanismo “seguro” al realizarse a través de una web debidamente protegida o por utilizar instrumentos de cifrado de las comunicaciones⁷⁴. Parece bastante claro que el principio de confidencialidad que debe regir en el procedimiento de mediación puede quedar en entredicho con cierta facilidad en el procedimiento de mediación sin los instrumentos y técnicas adecuadas⁷⁵. A partir de ahí, el mediador evaluará la conveniencia de la mediación, en atención a las circunstancias y de que pueda garantizarse la identidad de las partes, mediante el DNI electrónico, la autenticidad de las firmas, con la firma electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre), así como la integridad de los documentos (Ley 11/2007, de 22 de junio). Con todo será exigible que los medios técnicos operen regularmente, ofreciendo imagen nítida que permita un contacto visual, un sistema de audio adecuado que permita una comunicación eficaz sin elementos de distorsión. En fin, no obstante las indudables ventajas, no conviene olvidar que también puede generar inconvenientes como posibles fallos del sistema, necesidad de contar con infraestructuras técnicas, o mayor frialdad en las reuniones virtuales.

3. Recapitulando. El papel del abogado en el procedimiento de mediación

Con todas las prevenciones que merece una institución cuyo futuro todavía se presenta incierto por todo apostolado jurídico que se practique y por mucha potenciación que se pretenda, llegados a este punto puede afirmarse con cierto fundamento que la mediación es un ámbito idóneo para que el abogado desarrolle y amplíe sus competencias. En efecto, podrá ejercer funciones como mediador o, al menos, asesorar a sus defendidos inmersos, presentes o futuros, en un procedimiento de mediación⁷⁶. Pero conviene distinguir ambos supuestos.

Aunque ninguna norma lo exige expresamente, en la medida que lo permita el volumen de trabajo, considero altamente conveniente que el abogado que realice funciones como mediador se ocupe exclusivamente de la actividad mediadora, evitando simultanear el ejercicio de la abogacía en el sentido tradicional del término, esto es, como asesor y director de la parte en los procesos judiciales. De entrada, similares razones que impusieron la exclusividad (art. 117.3 y 4 CE y 2.1 LOPJ) e incompatibilidad (art. 127.2 CE y 389 a 394 LOPJ) a los titulares de potestad jurisdiccional integrantes del poder judicial, aunque no requieren sí aconsejan que el mediador, en cuanto encargado de intentar conseguir que las partes solucionen su conflicto de común acuerdo, se ocupe también con exclusividad a dicha función y además de modo incompatible a otras actividades, funciones y cargos que, como el ejercicio de la abogacía, pudieran perjudicar la imagen y la misma actividad mediadora. Dese luego, dedicarse

74 Se trata de certificación SLL (Secure Socket Layer) o capa de conexión segura que proporciona privacidad mediante el uso de criptografía. En cambio, el correo electrónico no es medio de información seguro al menos si no se envía cifrada como afirma GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., “Mediación on-line: pasado y presente de esta institución”, cit., pág. 2, y también TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A., *La mediación y las nuevas tecnologías*, original inédito, pág. 133.

75 Sobre este trascendental punto, véase TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A., *La mediación y las nuevas tecnologías*, cit., págs. 136 y ss.

76 En tal caso, en opinión de GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados”, cit., pág. 17, “el abogado debe concebir al mediador como un ayudante para lograr una negociación más efectiva”.

exclusivamente a la función mediadora favorecerá un clima adecuado de confianza, evitando susceptibilidades y prevenciones injustificadas, y contribuirá a facilitar el objetivo último de alcanzar un acuerdo entre las partes que solucione el conflicto. Asimismo, aunque los conocimientos jurídicos y la experiencia del abogado en la gestión litigiosa de los conflictos son muy útiles en la función mediadora, todavía será necesario que el abogado que accede a esta función adquiera competencias complementarias al menos en aspectos no jurídicos. Esto supondrá tener que dedicar cierto tiempo realizando actividades de formación continuada⁷⁷, cuya compatibilidad física con la exigente actividad profesional propia del abogado no parece que se presente cuanto menos sencilla. En fin, aunque no sea absolutamente necesario jurídica ni físicamente, será altamente conveniente para la eficacia y calidad de la actividad mediadora que el mediador se dedique única y exclusivamente a esta última función, ya de por sí compleja.

Con todo, que la actividad mediadora represente un ámbito competencial apto para que un número representativo de abogados puedan desarrollar su actividad con la suficiente intensidad dependerá, de un lado, de que la llamada “cultura” mediadora logre penetrar en la conciencia y en la voluntad de quienes se ven involucradas en un conflicto, cosa sobre la que hemos de tener alguna prevención; de otro, de la concurrencia con profesionales provenientes de otros ámbitos profesionales como la psicología, sociología, antropología, economía y hasta incluso la arquitectura o las diversas ingenierías especialmente para determinados objetos en conflicto.

Como asesor jurídico de quienes puedan verse involucrados, en el presente o en el futuro, en un procedimiento de mediación, también en dependencia del nivel de penetración de la mediación como medio realmente escogido para la resolución de conflictos, parece que se presenta como terreno abonado para que tenga un papel importante. De entrada, la regulación de la mediación, a pesar de la pretendida “deslegalización” o “pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo” y de la “desjuridificación” por no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio, la regulación de la LM actualmente vigente todavía presenta patologías jurídicas de suficiente calado, particularmente graves en lo referente al posible alcance de eficacia ejecutiva que precariamente se atribuye al acuerdo de mediación, para que sea necesaria la actuación de quien posea

77 En el art. 1.1 del Código de conducta europeo para mediadores se prevé que ya que “*los mediadores serán competentes en la materia de mediación y deberán conocer el procedimiento de la misma. Se considerará esencial que posean la formación apropiada y que actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas, teniendo en cuenta las normas o sistemas vigentes de acreditación*”. Asimismo, en el punto segundo del mismo precepto, se impone que “*el mediador se asegurará de que posee la formación y la competencia necesaria para mediar en el caso concreto antes de aceptar su designación. A petición de las partes, el mediador proporcionará a las mismas la información relativa a su formación y experiencia*”. En fin, como afirman MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación*, cit., pág. 129, “*una vez acreditada su competencia e inscrito como tal en los distintos centros habilitados para ello, deberá actualizar su formación específica mediante una formación continuada... a través de cursos especiales, charlas, conferencias y demás elementos que permitan una mejora del conocimiento de las técnicas y habilidades que irá perfeccionando con el trabajo constante de los casos...*”

conocimientos jurídicos y experiencia en litigación, esto es, el abogado⁷⁸. Pero todavía más, su participación se hace precisa en atención al amplísimo margen que ofrece la ley, precisamente por las citadas deslegalización y desjuridificación, y por las posibilidades de conformar el haz de relaciones partiendo de la autonomía de la voluntad que, como hemos visto, requiere prestar una atención muy cuidadosa tanto en el momento de acordar el sometimiento a mediación como, una vez inmerso en el mismo, conformar un procedimiento con unas condiciones y características idóneas y adecuadas a las condiciones objetivas y subjetivas en juego. Asimismo, no obstante los muy amplios márgenes que ofrece la LM, todavía será necesario respetar y no sobrepasar los límites generales que tanto la misma LM como el resto del ordenamiento jurídico impone, además de las pautas legalmente previstas, entre otras, las grandes fases del procedimiento, la elaboración y firma de actas o las notificaciones... Y también habrán de atenderse aquellos aspectos derivados de los principios y derechos constitucionales, sobre todo en lo concerniente al respeto a la necesaria contradicción e igualdad de las partes. Nadie mejor que el abogado, por su formación y experiencia, para afrontar con éxito las necesidades que surgen para las partes del procedimiento de mediación en todas y cada una de sus fases. Más en concreto y a modo de ejemplo, corresponde al abogado planificar la estrategia, y preparar y orientar al cliente⁷⁹, tanto en la sesión inicial o de apertura, privada, conjunta y de cierre⁸⁰.

Sin embargo, una vez más se han de poner prevenciones y cautelas a las expectativas que puede generar este ámbito de actuación. Además de lo incierto del mismo recurso a la mediación, se presenta igualmente dudoso y hasta poco probable que quienes se sometan a un procedimiento de mediación, al margen claro está de la derivada de un proceso judicial, opten por los servicios y asesoramiento de un abogado. Podremos valorar esta renuente actitud como errónea, inadecuada y hasta contraproducente pero, dado que el acuerdo lo han de alcanzar ellas mismas y el mediador legalmente ha de ofrecer pautas informativas, cabe esperar que al menos en algunas ocasiones las partes se consideren aptas para transitar por el procedimiento de mediación sin el asesoramiento jurídico ni, sobre todo, el coste de un abogado.

78 Sobre otros problemas de aplicación práctica, véase las referencias a diversas resoluciones judiciales en LARA PAYÁN, F. R., “Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación”, en *Diario La Ley*, núm. 8067, 22 de abril de 2013, págs. 1-4. Asimismo, en relación con las medidas cautelares, véase PÉREZ DAUDÍ, V., “La mediación y las medidas cautelares”, en *InDret*, 3, 2012, págs. 1-16.

79 Justifica GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados”, cit., pág. 18, entre otras cosas, en que la mediación es más intensa; puede que tenga que negociar con el abogado contrario; tendrá que asistir, apoyar, asesorar y aconsejar a su cliente; orientarle sobre como comportarse con la otra parte y el mediador; decidir la distribución de papeles con las otra parte y el mediador; y advertir al cliente de la posibilidad de adoptar conducta conciliadora para la mejor defensa de sus intereses.

80 Véanse otros aspectos concretos en GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados”, cit., págs. 18-20.

III. EL ABOGADO LITIGANTE Y NEGOCIADOR EN EL HORIZONTE

Las prevenciones y cautelas puestas de manifiesto en las páginas anteriores sirven para transitar del espejismo ilusionante a la expectativa ponderada. Así y todo, como dijo HUMPHREY, *“We’ll always have Paris”*, porque nadie podrá quitarle al abogado las posibilidades de negociación que puede y debe desarrollar para dar una solución eficaz a los asuntos que les encomiendan sus clientes.

No resulta una novedad para cualquier abogado medianamente experto, porque es práctica habitual, la posibilidad de alcanzar una solución al conflicto mediante el pacto o, en términos del art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, la “concordia”⁸¹. Sin embargo, en términos generales puede comprobarse que suele imperar la rutina, como la de remitir, antes de iniciar “acciones legales”, una comunicación de cortesía o advertencia significando que, de no ofrecer una satisfacción a la pretensión, se verán obligados al inicio de dichas acciones... El intento de negociación, en general y salvo puntuales excepciones, se ha convertido en mero formalismo con escasa utilidad. Suelen presentarse escritos reiterativos, meramente copiados de formularios en los que se solamente se incorpora el sujeto y el objeto del requerimiento, o simples afirmaciones de predisposición a llegar pactos pero sin una verdadera conciencia de su conveniencia ni voluntad real de alcanzarlos. Todo ello sin perjuicio de que, en el mejor de los casos, puedan lograrse pactos más o menos apresurados casi siempre a la puerta de las salas de vistas o audiencias en los que, a cambio de ciertas concesiones respecto de las iniciales pretensiones, obtener una satisfacción inmediata de la pretensión.

De otro lado, también podemos encontrarnos con el abogado que ha sobrevalorado las habilidades sociales y ha derivado su actuación en lo absolutamente negociado. Abogador que, a base de obtención acuerdos, ha relegado su pretensión a un segundo plano en aras del pacto o, lo que viene a identificar, a su propia comodidad.

Esta dicotomía, ánimo negociador y espíritu litigante, debe acompañar irresolublemente al abogado. Tan contraproducente o más como tirarse al río del litigio sin intentar cruzar el puente del acuerdo lo es rendirse al intento de acuerdo a cualquier precio. La efectividad inmediata, y la comodidad de no tener que preparar excesivamente el litigio, suele conducir a potenciar el brazo negociador a costa del litigante. A base de abandonar paulatinamente la preparación técnica de los juicios al resultar aparentemente innecesario dada la previsible solución amistosa fruto de la negociación, al final se llega a tener que aceptar cualquier acuerdo de solución, en perjuicio de unas expectativas que de otro modo serían más favorables. El futuro pacto no es ni debe ser excusa ni justificación para no prepararse. Y es que, a medio y

81 Asimismo, según el art. 13.9 e) del Código deontológico de la abogacía española, el abogado tiene la obligación de poner en conocimiento de su cliente, las *“posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio”*. Y según el art. 3.7.1 del Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, *“el Abogado tratará, en todo momento, de encontrar una solución al litigio de su cliente, apropiada a la cuantía del asunto, asesorándole en el momento oportuno sobre la conveniencia de llegar a un acuerdo o recurrir a soluciones alternativas para poner fin al litigio”*. Por ello afirma GARCÍA ÁLVAREZ, R., *“Guía de mediación para abogados”*, cit., pág. 1, que *“desarrollar una función de concordia es un deber moral y promover el acuerdo entre las partes, una obligación”*.

largo plazo al menos, el brazo negociador y el litigante del abogado se complementan y son contrapeso inseparable uno del otro.

Toda previsión resulta difícilmente exacta al depender de factores muchas veces difícilmente evaluables o imprevisibles, como son, entre otros, el juzgado que corresponda conocer al resultar competente y al que se reparta el asunto; la personalidad o estado anímico del juzgador a la hora de valorar el material probatorio; ciertos criterios interpretativos que pueden ser más o menos variables o desconocidos; o incluso la actitud que, a la hora de la verdad, puedan adoptar los testigos en un interrogatorio... Así y todo, ante un conflicto determinado, el abogado ha de hacer intentar vislumbrar de un modo lo más riguroso y completo posible las expectativas reales de éxito, tanto en su aspecto fáctico como jurídico. De un lado, atenderá a las posibilidades reales de fijación de los hechos constitutivos de su pretensión, tanto porque puedan ser reconocidos por la contraparte como, sobre todo, en atención al material probatorio que pueda adquirirse en el supuesto concreto; también todavía en cuanto al aspecto fáctico y aunque pueda ser con menor grado de certeza, a las posibilidades de que la contraparte cuente y pueda probar hechos defensivos: impeditivos, extintivos y excluyentes; así mismo, de otro, se centrará en las normas aplicables, su interpretación correcta o, mejor todavía, el criterio del juzgador a la hora de interpretar y aplicar dicha norma siempre que sea posible, tanto las que puedan favorecer o perjudicar a su cliente como a la contraparte. Partiendo de todo ello, y aunque sea siempre aproximativamente, podrá tener una idea cabal de las posibilidades de éxito de la pretensión en el caso de que deba acudirse a la vía judicial. Y en atención a las mismas, podrá fijar el margen negociador o el ámbito de posible "sacrificio" o "concesión" con que cuenta. De ese modo, ante una pretensión cuyos hechos constitutivos estén o puedan estar acreditados, sin que concurren hechos defensivos -o, lo que viene a ser prácticamente lo mismo, no sea previsible su acreditación-, y contando con normas aplicables favorables para el éxito de la pretensión, las concesiones o sacrificios para alcanzar un acuerdo serán mínimas, únicamente las que compensen la obtención de la prestación, el reconocimiento del derecho o la creación, extinción o modificación de la relación jurídica en litigio de forma inmediata y sin esperar a la resolución del litigio. Y lo mismo, por el contrario, cuando las posibilidades de fijación de los hechos que favorecen a la parte sean menores, y el sustento normativo dudoso, los sacrificios sobre la pretensión habrán de ser mayores, tanto cuanto más endeble sea la pretensión. Así y todo, el espíritu negociador siempre quedará subsistente puesto que la concesión total, mediante la renuncia o al menos el desistimiento o el allanamiento quedarán excluidos mientras la pretensión mantenga, aunque pueda ser mínimo, el sustento que ofrece la incertidumbre de todo proceso judicial.

Si los abogados de ambas partes toman en consideración lo señalado y proceden de este modo, no como una rutina sin mayor interés sino como una práctica sistemática con el convencimiento de que un buen pacto, adecuado al sustento de la pretensión, es el servicio de calidad y más conveniente para los intereses de su cliente, podrán todavía sobrepasarse los objetivos de la mediación. De este modo, además de ser más rápida y económica la respuesta, no solamente se dará solución autocompositiva como ocurre con la mediación en sentido estricto, sino que además el acuerdo alcanzado objetivamente estará más cercano genéricamente a una justicia que en concreto deriva del derecho material y formal que correspondía a las partes en el caso concreto. No solo se trata, así, de alcanzar cualquier acuerdo que dé

solución al conflicto sino que la debida preparación de la negociación haga que los intereses contrapuestos se tensen en función a las expectativas fácticas y jurídicas para que, al final, el acuerdo sea más justo por cercano a los derechos y a los hechos concurrentes en el caso concreto en litigio. De ese modo todo serán ventajas: cultura de paz, efectos beneficiosos para la administración de justicia, incluso el ahorro para el abogado de tener que transitar por engorrosas vistas y audiencias así como de redactar innumerables escritos en ocasiones para cuestiones de mero trámite o insustanciales, serán elementos que se cohonstarán debidamente con una solución autocompositiva que logre reunir la aceptación voluntaria y amistosa con lo que es de su conveniencia y, aunque de modo aproximativo, con lo que le correspondería en derecho. El resultado será una decisión autocompositiva que, además, se acerque a una idea de justicia.

Puede que, a la larga, la mediación tenga una aceptación relativa en la práctica, o quizá llegue a ser un recurso aprovechado intensamente solo por unos pocos especialistas o por algunos abogados más. No hace falta ser muy agorero para preverlo, aunque como todo futuro siempre es algo incierto. Pero si la Ley de Mediación sirve para valorar la importancia del esfuerzo negociador y del litigante como dos caras de la misma moneda, y es útil para que la actitud del abogado se caracterice siempre por presentarse siempre con una mano abierta pero también la otra empuñando la espada de la justicia, sin duda será posible encontrar el camino del equilibrio que permita ofrecer un servicio mejor, más conveniente y profesional⁸².

El respeto y, sobre todo, la confianza, que debe caracterizar la relación entre abogado y cliente, así como el cordial y profesional trato entre los abogados de las partes, son un caldo de cultivo inmejorable para que los abogados, en atención al sustento realista de sus respectivas pretensiones, puedan alcanzar razonables acuerdos transaccionales con efectos similares a los que derivan de la propia mediación en sentido estricto. Desde luego, sin objeciones ni exigencias más que su propia voluntad, aquí tiene el abogado un campo idóneo para desarrollar competencias, crecer profesionalmente y ofrecer un servicio más eficaz y conveniente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEMÁN MENA, D. J., “Arbitraje y mediación en las américas. Teoría y práctica. Caso Nicaragua”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 351-74.

ALVARADO VELLOSO, A., “La conciliación”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, enero 1989, págs. 10-1

ÁLVAREZ, G. S., “Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la “mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con

82 Al menos, como afirma MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio, cit., pág. 12, “*la Ley de Mediación brinda a todos, tanto a los ciudadanos, cuyos derechos están en cuestión como a los abogados encargados de su defensa, la oportunidad de ensanchar el campo de la concordia posible, reduciendo así el ámbito extremadamente dilatado de la litigiosidad*”.

tribunales civiles o comerciales en argentina”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 29-65.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La mediación Civil y Mercantil*, Gomilex, Bilbao, 2012.

AVILÉS NAVARRO, M., “La conciliación civil preprocesal”, original.

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BERGOGLIO, M. I., “La dimensión temporal durante la mediación”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, núm. 6, 2001-2, págs. 357-373.

BONET NAVARRO, A., “La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24, 2011.

DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, en *Educación*, núm. 3, 2003, págs. 125-36.

DORADO PICÓN, A., “El arbitraje y la mediación en España”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 1-8.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “La preparación del juicio (alegaciones, audiencia preliminar, conciliación). El juicio oral”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1991, págs. 479-544.

GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., “Los procedimientos de mediación y arbitraje en la reforma. Una oportunidad perdida”, en *Diario La Ley*, núm. 7488, 14 octubre 2010, págs. 1-7.

GARCÍA ÁLVAREZ, R., “Guía de mediación para abogados” en *Diario La Ley*, núm. 7828, 29 de marzo de 2012, págs. 1-20.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., “Mediación on-line: pasado y presente de esta institución”, en *Diario La Ley*, núm. 8048, 21 de marzo de 2013, págs. 1-5.

GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, Colex, 2ª ed., 2007.

GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7871, de 1 de junio de 2012, págs. 1-9.

LARA PAYÁN, F. R., “Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación”, en *Diario La Ley*, núm. 8067, 22 de abril de 2013, págs. 1-4.

LÓPEZ JARA, M., “Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7857, 14 de mayo de 2012, págs. 1-18.

LÓPEZ ORTEGA, F. J., “Jueces de Paz. Competencia”, en *Ponencia Jornada Jueces de Paz*, (en web CGPJ).

LOS PACHECO D. L., “Situación de la mediación y arbitraje en Argentina”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 57-65.

MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 1-16.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.

MONTERO AROCA, J., “La conciliación preventiva en el proceso civil. (Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1971, págs. 875-95.

MONTES REYES, A., “Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986, pág. 263-78.

MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 12ª ed., 2013.

ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2013.

ORTIZ-PRADILLO, J. C., “Mediación y proceso civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal”, en *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, UCLM, págs. 1-25.

PÉREZ DAUDÍ, V., “La mediación y las medidas cautelares”, en *InDret*, núm. 3, 2012, págs. 1-16.

PÉREZ SALCEDA, J. B., “La situación actual de la mediación en México”, en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 317-330.

PLATÓN, *La República o el Estado*, Libro III, 15ª ed., Austral, Madrid, 1982.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Tutela judicial efectiva, sobre innecesariedad del acto de conciliación como presupuesto procesal para el restablecimiento de derechos fundamentales”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59, 1993, págs. 405-10.

SANTOS VIJANDE, J. M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2013, págs. 1-31.

TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A., *La mediación y las nuevas tecnologías*, original inédito.

VALERO LLORCA, J., y COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, en *Diario La Ley*, núm. 7987, 19 de diciembre de 2012, págs. 1-14.

LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA ELABORACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE AARHUS

*Eduardo Salazar Ortuño*⁸³

*Magda Tóth Nagy*⁸⁴

RESUMEN

La participación del público se desarrolla usualmente en un ámbito local. A partir del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro los gobiernos deben impulsar la participación del público en la toma de decisiones ambientales. El Convenio de Aarhus (1998) es un ejemplo global de cómo la sociedad civil puede influir un proceso regulatorio internacional en el seno de la UNECE. La importancia de la participación del público en el Convenio no se limita a su elaboración sino a su desarrollo y cumplimiento. Los autores traen ejemplos de casos de cumplimiento en la ciudad de Murcia.

ABSTRACT

Public participation meets usually local level decisions. Under Principle 10 of Rio de Janeiro Declaration (1992) the governments must improve the public participation at every level of environmental decisions. Aarhus Convention (1998) is a global example, how civil society can influence a regulatory process at the UNECE (Economic Commission for Europe – United Nations). The importance of the public participation of Aarhus Convention includes not only the negotiations of the International Treaty but the implementation and enforcement. The authors bring examples of this enforcement in the city of Murcia (Spain).

83 Abogado. Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia.

84 Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe (Hungría).

1. ORGANIZACIONES CIVILES EN EL PLANO INTERNACIONAL.

Las organizaciones civiles no gubernamentales (en adelante, ONG) han venido siendo reconocidas como interlocutoras en la elaboración del Derecho Internacional ya desde la conformación de la propia organización de Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social. Si bien el reconocimiento de un estatuto para tener voz en las reuniones de este organismo se ha alcanzado tras la posibilidad inicial de asistir a las reuniones y circular los documentos que se presentaban ante dicho organismo. Otros organismos adscritos a la ONU, a excepción del Fondo Monetario Internacional han creado regulaciones para acercar a sus senos a las ONG a través de la creación de grupos de trabajo u otros comités, o incluso implicando a las ONG como “operational partners” en el desarrollo de determinadas políticas.⁸⁵

En el ámbito del Derecho Internacional Ambiental han venido participando con intensidad creciente en la preparación, elaboración y cumplimiento de normas desde 1970 ostentando cada vez una posición de mayor calado. La primera norma ambiental internacional que permitió la participación de las ONG fue el denominado Convenio CITES.⁸⁶

La participación masiva en el proceso preparatorio de la Conferencia de la ONU de Medio Ambiente y Desarrollo, que se inició en 1990, legitimó a éstas en lo sucesivo, consiguiendo una apertura de lo que hasta entonces el Consejo Económico y Social permitía. Al final del proceso preparatorio el estatuto de observadoras fue reconocido a más de 1400 ONG, de las cuales 1000 no tenía previamente dicho estatus en el Consejo Económico y Social. La Agenda 21, adoptada en la citada Conferencia estableció entre los “major groups” a las ONG, la industria, las empresas, los científicos, la comunidad científica, mujeres, trabajadores, etc., y dedicó a su vez 10 capítulos a las ONG, todo ello bajo el manto del Principio 10 de la propia Declaración de Río⁸⁷.

Ya en el seno de la Unión Económica para Europa (ONU), en los diferentes Tratados multilaterales en materia ambiental – a excepción del Convenio de Aarhus – no se menciona la participación de las ONG directamente en el texto del Tratado, aunque luego sus normas de procedimiento (*Rules of Procedure*) si las citen como posibles observadores: así ocurre en el Convenio de Espoo, referido a la Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza (1992) y el Convenio de Helsinki de Protección de los Cursos de Agua y Lagos Internacionales (1992).

85 WILLETS, Peter, *From Rio to Stockholm*, 22 *Review of International Studies*, 64, 1996.

86 Artículo XI, parágrafo 7. Así mismo, el Protocolo de Montreal referido a sustancias que deterioran la capa de ozono (1987), se refiere a la intervención de las ONG, en su artículo 11, parágrafo 5, y del mismo modo, el Convenio de Basel para el Control Transfronterizo de los Residuos (1989), el Convenio Marco de Cambio Climático (1992), el Convenio sobre Biodiversidad (1992) y el Protocolo de Cartagena en materia de Bioseguridad (2000).

87 “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

2. LA NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO DE AARHUS.

El Convenio de Aarhus fue el primer texto internacional a nivel global que fue negociado con la colaboración de las ONG y que incluso aseguró la presencia de éstas en los Encuentros de las Partes⁸⁸.

El Convenio se fundamenta en que para el ejercicio del derecho humano al medio ambiente sano es necesario el reconocimiento de derechos adjetivos o procedimentales como el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia, que el Convenio considera como tres “pilares” en una suerte de definición didáctica.

El Convenio fue fruto del proceso político de cooperación intergubernamental “Medio Ambiente para Europa”⁸⁹ – organizado en el seno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas - y del trabajo conjunto con las ONG en el que surgió la propuesta de un instrumento regional vinculante en materia de acceso a la información ambiental, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia. El primer paso hacia dicho objetivo lo constituyeron las “Líneas Maestras de Sofía”, de octubre de 1995, que supusieron un desarrollo concreto de los postulados del Principio Décimo de la Declaración de Río de Janeiro, previamente citado, y que sirvieron de arranque para la redacción del Convenio que fue finalmente suscrito en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998.

No obstante, el Convenio tiene su antecedente en el Borrador de Carta de Derechos y Obligaciones de personas, grupos y organizaciones adoptado por un grupo de expertos invitado por el gobierno neerlandés en la Conferencia de Bergen (Noruega) el 11 de mayo de 1990 y en la iniciativa de la UNECE de un Borrador de Carta de Derechos y Obligaciones en materia ambiental adoptada en Oslo el 31 de octubre de 1990.⁹⁰

La participación de las ONG se incardina en los primeros momentos, en la génesis del Convenio, a través del Grupo de Amigos del Secretariado (Friends of the Secretariat), al que fueron invitados miembros de organizaciones internacionales ambientalistas el 17 de enero de 1996 en el Grupo de Trabajo Ad Hoc creado al efecto para definir los elementos esenciales del Convenio. Estos elementos se basaron sobre todo en la Directiva 90/313/CEE y en la participación regulada en el Convenio de Espoo, antes citado. La participación de las ONG fue precisamente la garantía de efectividad de la regulación del Convenio en los Estados Parte pues proviene de la experiencia en Europa referida al acceso a la información ambiental y la participación del público en materia de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorización Ambiental Integrada. En este Grupo de Trabajo había muchos representantes de los gobiernos, pero también de las ONG o con vinculación a las mismas, tanto del Este como del Oeste

88 Artículo 10, parágrafo 5 del Convenio de Aarhus.

89 Proceso iniciado en 1991 en Dobris (República Checa) y que reunía los Ministros de Medio Ambiente de los Estados miembros de la Comisión Económica para Europa. En su segunda reunión en Lucerna, en 1993, fue donde se identificó la necesidad de propiciar un instrumento jurídico regional en materia de participación pública en asuntos ambientales.

90 (ENVWA/R.38, annex I), The Aarhus Convention: An Implementation Guide, p. 2-3, UN-ECE, 2000

europeo, tales como el Environmental European Bureau (EEB) y el Regional Environmental Center (REC).

Las reglas del juego, o normas de procedimiento seguidas para la elaboración del Convenio, por decisión del Presidente del Grupo Ad Hoc, fueron flexibles en relación a la transparencia de los documentos y la participación de las ONG, que no necesitaban estar acreditadas ante el Consejo Económico y Social para participar en las reuniones. Aunque formalmente las ONG eran meros observadores, tuvieron derecho a hablar y fueron tratadas como partes iguales en las negociaciones del Convenio. El contenido del Convenio, derechos otorgados a los ciudadanos para el ejercicio y defensa del derecho a un medio ambiente sano, aconsejaba a su vez la presencia de los representantes más cualificados de los ciudadanos y del “interés público”. Las decisiones fueron tomadas por consenso a través de compromisos mutuos y aunque las ONG no tenían derecho a votar el Presidente del Grupo siempre esperó la ocasión de que algún país (más de uno) apoyase las propuestas del grupo de ONG. Para ello las ONG debieron buscar el consenso de varios países que secundaran sus propuestas, cuestión que no siempre fue fácil, especialmente en materia de participación del público en relación a decisiones que afectasen a los organismos modificados genéticamente.

Las ONG participaron en la génesis del Convenio con la estrategia de establecer un núcleo duro innegociable que llegase hasta el final de las posteriores negociaciones, incluyendo los siguientes elementos: un convenio firme que incluyera derechos en los tres pilares, un amplio espectro de autoridades afectadas por las obligaciones del texto, la inclusión de las instituciones de la Unión Europea, una amplia definición de la “información ambiental”, periodos cortos para el acceso a los datos, calras y precisas excepciones al acceso a la información, amplia participación del público, aceptación del pilar de acceso a la justicia incorporando “*citizen suits*” y mecanismos fuertes de cumplimiento para controlar la aplicación de las provisiones del Convenio.

3. EL DESARROLLO POSTERIOR DEL CONVENIO DE AARHUS.

El Convenio de Aarhus, conforme a su propio texto, tiene una vocación de desarrollo y seguimiento conforme a su propio artículo 10.⁹¹ Las ONG que participaron en la gestación del Convenio y que asistieron a la ratificación del mismo el 25 de junio de 1998, han seguido formando parte de los Grupos de Trabajo (*Working Groups*) y *Task Force* generados en el seno del Secretariado del Convenio.⁹²

Los Grupos de Trabajo han sido diversos y muchos de ellos se han referido a los tres pilares del Convenio, o a otras cuestiones importantes como organizar las Reuniones de las Partes, la Formación, el “*Clearinghouse Mechanism*” (una suerte de página web con recursos didácticos para la exposición del público).

91 PIGRAY I SOLÉ, Antoni, *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Barcelona, 2008.

92 Ver www.unece.org/env/pp/welcome.php

En todos los grupos de trabajo las ONG se han organizado para mandar siempre representantes, todos ellos englobados en la Coalición EcoForum⁹³ y la participación no sólo ha sido intensa sino que ha propiciado el apoyo de los Estados Partes a muchas iniciativas provenientes de las ONG. Así ha sido el caso en la Reunión de las Partes en Almaty (Kazajistán) cuando se propuso un enmienda al Tratado ampliando la participación pública a las cuestiones relacionadas con los organismos modificados genéticamente.

4. EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE AARHUS.

Entre las peculiaridades del Convenio de Aarhus relativas a su desarrollo y aplicación quizá la más importante sea la instauración del mecanismo de control de cumplimiento previsto en el artículo 15 . En su virtud, la Reunión de las Partes debía adoptar por consenso mecanismos facultativos, de carácter no conflictivo, no judicial y consultivo, para examinar el respeto de las disposiciones del Convenio con una participación apropiada del público, pudiéndose prever incluso la presentación de comunicaciones por parte de sus miembros respecto de cuestiones que guarden relación con la Convención.

El mecanismo de que se trata fue preparado por el Grupo de Trabajo de Cumplimiento y Normas de Procedimiento y fue adoptado mediante la Decisión I/7 de la Primera Reunión de las Partes celebrada en Lucca (Italia) del 21 al 23 de octubre de 2002, en la que se eligieron también a sus primeros miembros. Tras las modificaciones introducidas en la Segunda reunión de las Partes mediante la Decisión II/5 , el Comité está formado por nueve expertos independientes de países Partes en el Convenio, con competencia reconocida en la materia y que no ostentan la representación de su país sino que actúan “a título personal”. La independencia de sus miembros dota de mayor agilidad al Comité y de mayor calidad a sus resoluciones que estarán basadas únicamente en conocimientos técnicos (y jurídicos) en la materia. Los miembros del Comité son elegidos por las Partes y por las organizaciones no gubernamentales con la condición de observadoras que cumplan los requisitos del artículo 10.5 del Convenio. La apertura a la intervención de las ONG en el proceso de elección de los miembros del Comité fue uno de los puntos que más duramente criticó la representación estadounidense en la Reunión de las Partes de Lucca del año 2002.

Al margen de sus cometidos generales con respecto a la aplicación de la Convención , el Comité de cumplimiento ejerce una función más específica orientada a verificar si las Partes cumplen debidamente las obligaciones establecidas por el Convenio. La activación del Comité puede producirse mediante peticiones (submissions) presentadas por un Estado parte frente a otro o por un Estado parte respecto de sí mismo, por remisión (referral) de la Secretaría del Convenio, por comunicaciones (communications) por parte del público, e incluso por iniciativa del propio Comité . Los miembros del público han iniciado hasta el momento 49 casos ante el Comité frente a un solo caso interestatal iniciado por Rumanía frente a Ucrania.

En el caso de las comunicaciones provenientes del público el procedimiento es relativamente sencillo. Cualquier miembro del público puede presentar una comunicación al Comité, a través de la Secretaría del Convenio, pudiendo solicitar que se mantenga el secreto en cuanto a los autores de la denuncia en caso necesario. Una vez comprobada la constancia de los datos indispensables para la interposición de una comunicación, que son los necesarios para conocer quién comunica, qué hechos se denuncian y que autoridades y de qué país se trata, la Secretaría circulará la comunicación a los miembros del Comité. El Comité procederá al examen de la admisibilidad de la comunicación aplicando criterios elementales como que no se trate de una denuncia anónima, abusiva o irrazonable y que tenga como objeto el cumplimiento de obligaciones derivadas del Convenio. Una vez admitida la comunicación, el Comité nombrará un ponente y le dará traslado a la Parte denunciada para que proceda a responder por escrito en un plazo breve que será como máximo de cinco meses. Recibida la contestación del Estado, el Comité podrá recabar más información de los comunicantes y también podrá pedir la opinión de expertos o consejeros e incluso convocar una vista pública para completar los datos aportados por las partes. A ello seguirá una deliberación a puerta cerrada en la que el Comité adoptará una decisión final, en forma de proyecto de conclusiones, del que enviará copia a las partes interesadas (el Estado Parte y los miembros del público que han presentado la comunicación). Los informes del Comité de Cumplimiento expresarán el parecer de sus miembros con respecto a las conductas de las Partes y efectuarán recomendaciones para reconducir las situaciones de incumplimiento. Las conclusiones del Comité podrán declarar o no el incumplimiento de la Parte denunciada y, en caso afirmativo, podrán formular las recomendaciones pertinentes y proponer a la Reunión de las Partes las medidas aplicables a la Parte incumplidora.

En la Reunión de las Partes en la que se examinen los dictámenes del Comité, los Estados afectados podrán plantear las consideraciones políticas o diplomáticas pertinentes para explicar su posición. Las medidas que puede imponer la Reunión de las Partes sobre la base del informe elaborado por el Comité podrán consistir en: consejos y ayudas que faciliten el cumplimiento; recomendaciones concretas adaptadas a la situación del Estado; exigencia de la presentación de una estrategia de cumplimiento con plazos concretos; publicación de una declaración de incumplimiento; o adopción de medidas de apercibimiento (mise en garde). En el caso de comunicaciones por parte del público, se podrá recomendar que la Parte afectada adopte medidas particulares para intentar resolver las cuestiones planteadas por los autores de la comunicación. En caso necesario, se podrá suspender la aplicación de los derechos y privilegios conferidos en el Convenio o adoptar cualquier otra medida amistosa, no judicial y concertada que pueda resultar apropiada.

En situaciones urgentes, y dado que las Partes se reúnen cada cuatro años, el Comité puede adoptar recomendaciones y medidas concretas sin esperar a la Reunión de las Partes, siempre que llegue a un acuerdo con la Parte afectada.

5. APLICACIÓN DEL CONVENIO EN ESPAÑA

Aunque España firmó el Convenio en el momento de su adopción el 25 de junio de 1989 su ratificación se demoró considerablemente por razones diversas.

Las Cortes Generales autorizaron la ratificación el 5 de diciembre de 2000, condicionándola a la elaboración de la normativa de desarrollo necesaria. El 23 de junio de 2004 la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprobó la Proposición no de Ley relativa a la ratificación del Convenio de Aarhus y la puesta en marcha de los instrumentos legales y administrativos necesarios para su desarrollo efectivo. La ratificación se aplazó hasta el 15 de diciembre de 2004 pues el Ministerio de Medio Ambiente reclamó un espacio de tiempo necesario para preparar la transposición de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, relativas al acceso a la información y a la participación del público en materia de evaluación ambiental, respectivamente. El Convenio de Aarhus entró en vigor en España el 29 de marzo de 2005, el nonagésimo día posterior a la fecha de depósito del instrumento de ratificación, y pasó así a formar parte del ordenamiento jurídico interno como establece el artículo 96 de la Constitución.

Dada la concreción del contenido del articulado, especialmente en materia de acceso a la información y participación del público, el Convenio de Aarhus podría haberse considerado como self executing y aplicarse directamente sin necesidad de acudir a otras normas complementarias. Sin embargo, el legislador nacional creyó oportuno dictar una norma de carácter básico que incorporase el texto del Convenio y lo adaptara a nuestra realidad jurídica – dispersa en cuanto a las diferentes competencias – transponiendo a la vez las Directivas europeas vinculadas al “proceso de Aarhus”.

Este proceso se llevó a efecto mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. El preámbulo de esta Ley afirma que su propósito es reforzar el carácter participativo de la democracia constitucional española y el ejercicio del derecho-deber a un medio ambiente adecuado contenido en el artículo 45 de la Constitución, creando un catálogo básico de derechos basados en los tres pilares del Convenio de Aarhus. Sin embargo, la regulación establecida – sobre todo en materia de difusión de información y participación en planes, programas y normas – y en cuestiones de acceso a la justicia – con excepción del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a algunas asociaciones ambientales - han suscitado críticas, e incluso se ha afirmado por doctrina que la Ley 27/2006 supone una regresión con respecto a la situación anterior por la discutible creación de un monopolio del control jurisdiccional objetivo en los contenciosos ambientales sin entrar en cuestiones cruciales referidas al escaso control efectivo de la Administración en los contenciosos ambientales, las fianzas y cauciones y la desigualdad de armas .

6. EL CASO “SENDA DE GRANADA”.

A) Antecedentes.

La actividad urbanística en los municipios de las regiones costeras del Levante español se ha incrementado exponencialmente en los últimos decenios, en gran medida por el crecimiento poblacional y el desplazamiento de extranjeros en busca de trabajo (inmigración) o de turismo de “sol y playa”. La especulación del suelo y un aumento exacerbado de la demanda de viviendas ha propiciado lo que se ha venido a llamar “burbuja inmobiliaria”, que

ha mostrado los riesgos que un determinado tipo de urbanismo conlleva para el derecho de propiedad de los terrenos agrícolas y para la conservación del medio ambiente.

Y es que las continuas exigencias de crecimiento y la superación de previsiones en el planeamiento territorial, lejos de conciliarse con decisiones administrativas basadas en un planteamiento racional del desarrollo sostenible, han generado en ocasiones un urbanismo improvisado y arbitrario que ha abusado de la figura de los convenios urbanísticos. Estos convenios hacen posible la financiación de los Ayuntamientos merced a acuerdos con los agentes urbanizadores como mecanismo de modificación del planeamiento urbanístico. Así, pese a las garantías democráticas contempladas en las normas sobre ordenación del territorio, que exigen dar la posibilidad a los ciudadanos de expresar su opinión y a los propietarios afectados aportar sus visiones, en la práctica se ha producido una suerte de “urbanismo a la carta” que no siempre ha respetado los derechos de participación de la ciudadanía. Este modelo urbanístico pervertido configura un escenario desigual que reduce el quorum de las partes interesadas a autoridades y promotores y sustrae del debate público decisiones de gran trascendencia económica y social, marcadas por la pérdida de viviendas centenarias y modos de vida agrícola así como por las grandes ganancias en promociones inmobiliarias.

El caso de la Senda de Granada se plantea una vez que vecinos y propietarios de suelo de huerta tradicional en Espinardo (Murcia) tienen conocimiento mediante Avance de modificación del planeamiento urbanístico del municipio de que sus tierras – que no han variado su condición de agrícolas y que les brindan una gran calidad de vida paisajística - van a ser objeto de reclasificación a suelo urbanizable para la construcción de más de tres mil viviendas de protección oficial para jóvenes. La iniciativa respondía a la propuesta realizada por la empresa privada Joven Futura al Ayuntamiento de Murcia para el desarrollo de una zona residencial que abarcaba 92.000 m², urbanizando dichos terrenos y recalificando parte de los mismos de “no residencial” a “residencial”. Todo ello, tras décadas de uso agrícola del suelo más fértil del municipio, pocos años después de que el planeamiento municipal considerase sus huertas como suelo no urbanizable protegido por su interés paisajístico y ambiental, meses después de que algunos de ellos consiguiesen licencia para construir casas unifamiliares adscritas a la actividad agrícola. Al mismo tiempo, numerosos corredores iban ofreciendo a los vecinos grandes cantidades de dinero por sus tierras y convenciendo a otros con la amenaza de la expropiación, mientras los nuevos propietarios procedían a arrancar los árboles frutales.

B) Actuaciones ante la administración española.

La situación planteada trae causa de un convenio urbanístico celebrado el 8 de octubre de 2003 entre los promotores – la empresa Joven Futura, que aún no eran propietaria de las tierras - y las autoridades regionales y locales de Murcia. El objeto del Convenio era comprometer a las autoridades urbanísticas a reclasificar suelos otrora protegidos para convertirlos en suelo urbanizable, aprobando el correspondiente proyecto de urbanización mediante su incorporación al Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad de Murcia.

Los vecinos afectados han realizado desde el principio ímprobos esfuerzos para ver garantizado su derecho a una participación real y efectiva ante lo que entienden ha sido una decisión ilegítima de las autoridades administrativas competentes. Confiados en que la decisión urbanística necesitaría un respaldo técnico y la integración de criterios ambientales, la

asociación de vecinos Senda de Granada decidió intervenir en los procedimientos de aprobación de los instrumentos urbanísticos. La posición vecinal partía de la necesidad de someter la decisión de modificar el planeamiento a evaluación de impacto ambiental y pretendía demostrar la pervivencia de los valores ambientales en los terrenos de huerta afectados por la recalificación. Sin embargo, la autoridad regional eximió a los promotores de realizar una evaluación de impacto ambiental, lo que permitió al Ayuntamiento de Murcia aprobar la “Modificación Puntual N° 50 del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia”, el 28 de abril de 2005. Esta modificación del PGOU fue aprobada definitivamente por la autoridad regional el 24 de junio de 2005, concediendo a los promotores el mayor índice de edificabilidad del municipio. La decisión había de tener importantes consecuencias para los vecinos y para el medio ambiente de la zona afectada: las acequias históricas fueron desviadas y entubadas sin la participación de los regantes, los terrenos de huerta fueron convertidos en solares e incluso los promotores fueron dispensados de proceder a medidas efectivas de conservación de restos arqueológicos que permitían datar en la época romana el uso de la huerta del río Segura a su paso por Murcia.

La Asociación de Vecinos siguió intentando ejercitar sus derechos de participación en las sucesivas fases de planeamiento y gestión urbanística, encontrándose con numerosos obstáculos para acceder a la información y para preparar las alegaciones en tiempo. Todas las irregularidades encontradas por los vecinos fueron puestas en conocimiento de las autoridades competentes que, haciendo caso omiso, continuaron el proceso urbanístico con gran celeridad e improvisación y poca transparencia. La aprobación casi simultánea de la modificación de planeamiento (24 de junio 2005), del plan parcial para el desarrollo de la zona de construcción de viviendas (24 de noviembre de 2005), del proyecto de urbanización (5 de abril de 2006) y de las licencias de construcción, todo ello en un plazo de dos años, pone de manifiesto la determinación de las autoridades en impulsar el proyecto urbanístico. Aunque los vecinos intervinieron en todos los procedimientos ante la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, cuestionando las múltiples irregularidades de los proyectos, el Ayuntamiento no respondió a sus alegaciones más allá de una notificación formal del resultado desestimatorio de todas y cada una de sus alegaciones.

C) Procedimientos judiciales en España.

Dada la poca utilidad de los procedimientos administrativos urbanísticos para permeabilizar los argumentos de vecinos y otros propietarios que pretendían la aplicación de la legalidad urbanística y ambiental, todos los actos administrativos que aprobaban los instrumentos urbanísticos fueron recurridos en vía contencioso-administrativa por la Asociación de Vecinos entre los años 2005 y 2007. Los recursos contra los instrumentos de planeamiento fueron conocidos por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia y los planteados contra los proyectos y licencias por Juzgados contencioso-administrativos sin que hasta la fecha haya un solo pronunciamiento referido a la actuación urbanística dada la lentitud judicial.

En la mayoría de los casos se pidió también la suspensión cautelar de los efectos de los actos administrativos impugnados para evitar así la transformación y pérdida irreversible de terrenos de huerta tradicional. La respuesta judicial fue, sin embargo, doblemente desfavorable ya que no sólo no se atendió la petición de suspensión solicitada sino que, tras un recurso de apelación por denegación de la medida cautelar, se condenó a la asociación vecinal a pagar

las costas del procedimiento, por un total de 2.148 Euros que en su mayoría cubrían los honorarios de los abogados del Ayuntamiento de Murcia. Las razones de esta medida se entienden con dificultad, ya que el objetivo de la Asociación de vecinos pretendía no dejar sin sentido el recurso ya que, una vez construidos los edificios – como lo están hoy día –, de poco sirve obtener la razón en relación a la nulidad de la reclasificación operada. La condena en costas, fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional que no admitió a trámite el recurso por entender que no planteaba una cuestión de índole constitucional.

La Asociación también acudió ante los tribunales penales para poner en su conocimiento, por una parte, los hechos referidos a la reclasificación de los terrenos que pudieran implicar un delito de prevaricación y, por otra parte, los eventuales daños a los yacimientos de época romana hallados casualmente al proceder a las obras de urbanización, que podían constituir una violación del artículo 404 del Código Penal. En ambos casos – pese a estar defendiendo intereses colectivos – se exigió a la asociación vecinal fianzas para poder ejercer la acusación popular que, en uno de ellos, ascendió a 60.000 euros.

D) Comunicación ante el Comité de cumplimiento del Convenio de Aarhus.

La barrera que supuso el acceso a la Justicia en España, por la gran cantidad de obstáculos acumulados en el camino frente al ejercicio del derecho a la participación del público, sumió a la asociación vecinal en una sensación de frustración que sólo se vio aliviada con la posibilidad de acudir a órganos internacionales.

Pese a que la lentitud judicial impedía el acceso a otras vías internacionales, que exigen el agotamiento previo de los recursos internos, la Asociación entendió que la denegación de sus derechos de participación en sede administrativa y judicial en España, podía suponer una violación del Convenio de Aarhus susceptible de ser comunicadas al Comité de Cumplimiento. Con ello se pretendía que el Estado español y las autoridades murcianas conociesen sus obligaciones en materia de democracia ambiental y que se evidenciase la falta de transparencia en las decisiones urbanísticas de gran trascendencia económica, pese a la existencia de legislación nacional y autonómica en la materia.

La comunicación fue presentada al Comité el 13 de mayo de 2008 por la Asociación para la Justicia Ambiental (AJA) conjuntamente con la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste. En ella se describían presuntos incumplimientos a diversas disposiciones del Convenio que mostraba lo que en ocasiones puede ser la realidad de la participación en España, donde el reconocimiento legal de los derechos no garantiza un efectivo ejercicio de los mismos. Las violaciones comunicadas fueron las siguientes: incumplimiento del criterio de “cuantía razonable” en el cobro de tasas por la entrega de información ambiental - artículo 4, párrafo 8 del Convenio - ; ausencia de aplicación de las garantías de participación establecidas en el artículo 6 del Convenio en la aprobación de los instrumentos de planeamiento, al comienzo del proceso, “cuando todas las opciones estén abiertas y el público pueda ejercer una influencia real”; e incumplimiento de lo establecido en el artículo 9 sobre el derecho de acceso a la justicia en relación a la denegación de las medidas cautelares solicitadas y a la imposición de costas y de fianzas extraordinarias.

La comunicación presentada fue notificada al Estado español el 6 de junio de 2008, a través del punto focal nacional designado en el Ministerio de Medio Ambiente.

III. PROCEDIMIENTO ANTE EL COMITÉ DE CUMPLIMIENTO.

A) Admisibilidad de la comunicación.

La discusión sobre la admisibilidad de la comunicación presentada tuvo lugar en la vigésima reunión del Comité de Cumplimiento, celebrada durante el transcurso de la Tercera Reunión de las Partes celebrada en Riga (Letonia) del 8 al 10 de junio de 2008. Los miembros de la delegación española, que estaban presentes en Riga y habían sido invitados a participar, no asistieron a los debates ante el Comité de cumplimiento.

El 10 de junio de 2008 el Comité admitió de forma preliminar la comunicación, estimando que cumplía con los requisitos formales del párrafo 20 de la Decisión I/7. Posteriormente, el 7 de agosto de 2008 trasladó la comunicación al Estado Parte afectado y más concretamente al punto focal en el Ministerio de Medio Ambiente. El 8 de agosto de 2008 el Comité, a través de la Secretaría del Convenio, solicitó información adicional sobre ciertos aspectos suscitados en el debate público con los comunicantes así como un sumario de todas las actuaciones llevadas a cabo por éstos. La documentación complementaria adicional fue aportada por los comunicantes en plazo, el 28 de agosto de 2008, y todo quedó pendiente de la respuesta del gobierno español.

B) Actuaciones ante el Comité.

La participación del Estado español en el procedimiento fue mínima. Expirado el plazo de contestación que se concede a los Estados “denunciados” sin tener noticia alguna de los representantes gubernamentales, el 20 de enero de 2009, la Secretaría del Convenio citó a los delegados de España para acudir a la vigésimo tercera reunión del Comité en la que se trataría la comunicación que le afectaba (31 de marzo-3 de abril de 2009). En la notificación de la Secretaría se anunciaba el formato de la vista en la que podrían intervenir con cuestiones previas y conclusiones, se advertía de la imposibilidad de introducir cuestiones nuevas que pudiesen haber sido puestas de manifiesto previamente y se pedía a la parte en cuestión confirmación de su asistencia. Asimismo citó a los comunicantes para la vista pública el 1 de abril de 2009 en el Palacio de las Naciones en Ginebra.

Llegado el día 1 de abril de 2009, ni el Comité ni la Secretaría del Convenio ni los propios comunicantes habían recibido noticia alguna de los representantes del gobierno español, ni desde el Punto Focal en Madrid ni por parte de la Delegación Permanente ante la CEPE en Ginebra. Fue una situación única en la corta historia del Comité por cuanto, habiéndose notificado todos los actos, podía considerarse como mínimo una descortesía por parte del Estado español al Comité, como hizo constar su Presidente Mr Veit Koester en el acta y figura en el fallo pronunciado.

El desarrollo de la vista no fue ni mucho menos sencillo, suscitándose un intenso cruce de preguntas y respuestas entre los miembros del Comité y los representantes de la asociación vecinal, especialmente en lo que concierne a la aplicación temporal del Convenio, a la necesidad o no de realizar una evaluación de impacto ambiental en la fase preliminar (o de screening), y a la conformidad de ciertas normas regionales de ordenación del territorio con las disposiciones del Convenio. Finalmente, los comunicantes se comprometieron a aportar más información adicional referida a la legislación urbanística estatal, regional y local, a la

normativa en materia de evaluación de impacto ambiental, a las normas jurisdiccionales aplicables y a la propia Ley 27/2006, de 18 de julio. Toda la documentación solicitada fue aportada el 11 de mayo de 2009, sin que aún se tuviera noticia alguna de la reacción de España.

El 12 de mayo de 2009 la Secretaría del Convenio se volvió a dirigir al punto focal en Madrid, con copia a la Misión Permanente en Ginebra, haciéndole saber la celebración de la vista, la admisión firme de la comunicación, la presentación de documentos y la extrañeza que suscitaba su silencio. A los pocos días, el Embajador Representante Permanente se puso en contacto con la Secretaría, alegando un error en la comunicación entre éste y el Ministerio de Medio Ambiente y prometiendo diligencia. El 26 de junio de 2009, más de 12 meses después del traslado de la comunicación, los encargados del Convenio de Aarhus en el Ministerio remitieron informes y documentos, algunos de ellos provenientes de la Administración municipal murciana, todos en español, lo que requirió una posterior traducción. En resumen, en los escritos presentados tardíamente las autoridades españolas negaron la virtualidad de los hechos y afirmaron la extraordinaria salud democrática de sus procedimientos administrativos, la transparencia de sus actuaciones y el coste razonable de la información ambiental puesta a disposición de los solicitantes. Ante la temeridad del gobierno español presentando tales afirmaciones de forma extemporánea, los comunicantes solicitaron al Comité que no abriera de nuevo el debate para no retrasar más la decisión y contradijeron las afirmaciones de las autoridades estatales, regionales y locales.

El borrador de fallo y recomendaciones del Comité se produjo el 16 de noviembre de 2009 y fue trasladado a las partes para que realizaran sus comentarios. Los comunicantes lamentaron que el Comité hubiera reducido tanto el contenido de la comunicación y matizaron algunas cuestiones relativas a la imposición automática de costas en la segunda instancia de los procedimientos contencioso-administrativos y los plazos para una participación efectiva en materia de urbanismo. El Estado español, por vía del Abogado del Estado, manifestó lapidariamente que, con excepción de la aplicación concreta de las normas por parte de una entidad local, “carecen de fundamento los reproches a nuestra legislación”.

C) Fallo del Comité de cumplimiento.

El fallo adoptado por el Comité el 18 de diciembre de 2009 puede considerarse como prudente y moderado aunque detecta diversas situaciones que suponen incumplimiento del Convenio por la Parte en cuestión.

Dada la fecha tardía de la ratificación española del Convenio, que entró en vigor para España el 29 de marzo de 2005, el Comité no tomó en consideración ninguna de las actuaciones urbanísticas que se produjeron con anterioridad a dicha fecha. Quedó así fuera del escrutinio del Comité tanto el Convenio urbanístico entre el Ayuntamiento de Murcia y Joven Futura, celebrado en 2003, como la modificación del PGOU de Murcia que se había realizado en abril de 2005 pero cuyos actos preparatorios habían tenido lugar con anterioridad en el año 2004. Este recorte es particularmente importante porque excluye el pronunciamiento del Comité sobre la necesidad de proceder a una evaluación de impacto ambiental para la recalificación de los terrenos efectuada.

El Comité centró su fallo en las prácticas llevadas a cabo por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia tras la entrada en vigor del Convenio de Aarhus, principalmente

con relación a la información solicitada por la Asociación de Vecinos, a la participación en la planificación urbanística y el acceso a los tribunales. En relación al acceso a la información, consideró probados: la ausencia de entrega de información durante cuatro meses desde la presentación de una solicitud, la negativa inmotivada a entregar la información en formato digital, la falta de posibilidades de acceso completo a los expedientes y el cobro de una cantidad de 2,15 euros por fotocopia, establecida en la tasa municipal de servicios y que supone una cantidad “desmesurada” cuando se trata de estudiar expedientes urbanísticos. Por ello el Comité declaró que España – el Ayuntamiento de Murcia - incumplió con la obligación establecida en el artículo 4, apartado 1 (b) del Convenio, al no entregar la información en el formato digital requerido y también incumplió la obligación del artículo 4, apartado 2 del Convenio al no entregar en el plazo de un mes la información ambiental requerida mediante solicitud. Asimismo, el fallo afirma que España incumplió la obligación del artículo 4, apartado 8 al exigir un coste irrazonable de 2,15 euros por copia, cuando el precio ordinario de la fotocopia en Murcia es de 0,03 euros .

En relación con la participación, el Comité no entró a analizar el convenio urbanístico de 2003, ni la decisión sobre la exclusión de la evaluación de impacto ambiental de la modificación del planeamiento urbanístico en 2004, ni la modificación puntual número 50, en relación a la falta de información al público afectado y a la ausencia de una participación temprana, cuando todas las opciones están abiertas. En lo que respecta al plazo de un mes para la presentación de alegaciones al Plan Parcial, el Comité no estimó que el hecho de que dicho plazo transcurriese durante las vacaciones de verano (25 de agosto a 25 de septiembre de 2005) implicara un incumplimiento del Convenio. Sin embargo, el fallo estimó que el proyecto de urbanización expuesto al público en período navideño y con un plazo de 20 días para que el público pudiera prepararse y participar de manera efectiva no satisfacía las exigencias del artículo 6, párrafo 3 del Convenio, ya que no se otorgó un plazo razonable para la participación.

En materia de acceso a la justicia, la situación “kafkiana” que se plantea en relación con las medidas cautelares en el planeamiento lleva al Comité a considerar que España incumplió el artículo 9, apartado 4 del Convenio ya que tras casi un año se niega la suspensión por temprana ante los planes y por tardía ante los proyectos:

“ 103 ... el Comité observa que en el caso 487/2005, el tribunal sostuvo que la solicitud de suspensión de la Modificación número 50 y del Plan Parcial eran demasiado temprana; también sostuvo que no habría un impacto irreversible en el medio ambiente porque la construcción no podría comenzar sin decisiones adicionales. Sin embargo, cuando el Proyecto de Urbanización fue aprobado y el denunciante pidió la suspensión de la decisión antes de que finalizase el proceso judicial, el tribunal en el caso 539/2006 mantuvo que era demasiado tarde, porque esta decisión estaba sujeta a la consideración y a decisiones anteriores, específicamente la Modificación número 50 y el Plan Parcial. Como consecuencia, el tribunal mantuvo que el Proyecto no podía ser suspendido, ya que ninguna de aquellas decisiones habían sido suspendidas por los tribunales. En la apelación, el tribunal (caso 953/2007) se ajustó a este razonamiento y no suspendió la decisión.

104. El Comité considera que este tipo de razonamiento crea un sistema donde los ciudadanos no pueden obtener ni pronto ni tarde una medida cautelar; indica que aunque dicha medida cautelar está teóricamente disponible, no lo está en la práctica. Como resultado, el

Comité encuentra que la Parte en cuestión se encuentra en una situación de incumplimiento del artículo 9, apartado 4, del Convenio, que obliga a las Partes a proporcionar recursos adecuados y eficaces, incluyendo medidas cautelares.”

En relación a la imposición de costas en la segunda instancia de la vía contencioso-administrativa, el Comité considera que se podría estar incumpliendo a su vez el artículo 9.4 del Convenio si se trata de una situación generalizada.

El Comité afirma en sus conclusiones que las situaciones anteriormente descritas suponen un incumplimiento del Convenio por parte del Estado en cuestión. Además, el fallo señala que “(j)unto a las anteriores averiguaciones y conclusiones principales, el Comité observa con pesar que España, al no presentar por escrito explicaciones o declaraciones para aclarar el tema tratado por la comunicación .. incumplió con las obligaciones del Convenio relacionadas con el apartado 23 del anexo de la decisión I/7. En opinión del Comité es de vital importancia que para la eficacia y la credibilidad del mecanismo de cumplimiento las normas procedimentales establecidas en la decisión I/7 respecto al examen del cumplimiento sean cumplidas no sólo por el Comité, los denunciantes y la secretaría, sino también por las Partes del Convenio.”

Por todo lo anterior, el Comité formula las siguientes recomendaciones:

117. El Comité, de conformidad con el apartado 36 (b) del anexo de la decisión I/7 y tomando nota de la conformidad de la Parte en cuestión en que el Comité tome las medidas contempladas en el apartado 37 (b) del anexo de la decisión I/7, recomienda al Gobierno de España:

(a) Que se adopten las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas y compromisos prácticos para garantizar que:

(i) Que se abone sólo un coste razonable, equivalente a los costes medios de una fotocopia en papel o en medios electrónicos (CD/DVD) para facilitar acceso público a la información medio ambiental a nivel estatal, regional y local, con medidas tales como una revisión de las tablas de tasas por los servicios del Ayuntamiento de Murcia;

(ii) Que las solicitudes de información sean respondidas a la mayor brevedad posible, a más tardar dentro de un mes después de que la solicitud se haya presentado, a menos que el volumen y la complejidad de la información justifique una ampliación de este período a un máximo de dos meses a partir de la fecha de la solicitud; y que la legislación relacionada sea revisada para establecer un procedimiento fácil y específico a seguir, en el caso de que haya una falta de respuesta a la solicitud;

(iii) Que se establezcan requisitos claros para que el público sea informado de los procesos de toma de decisiones de una manera adecuada, oportuna y eficaz, incluyendo una notificación a las autoridades públicas de que realizar acuerdos relevantes para el Convenio que puedan hipotecar determinadas opciones sin facilitar la participación pública puede suponer un conflicto con el artículo 6 del Convenio;

(iv) Que se realice un estudio sobre cómo el artículo 9, apartado 4, se está aplicando por los tribunales de apelación de España; en caso de que el estudio demostrase que la práctica

general no se ajusta a la previsión de ese artículo, deben tomarse las medidas oportunas para ajustarlas al Convenio;

(v) Que los procedimientos de participación pública incluyan períodos temporales razonables para las diferentes fases otorgando suficiente tiempo al público para preparar y participar efectivamente, considerando que tomar los períodos de vacaciones como parte de esos períodos temporales impide la participación pública efectiva; dada la complejidad y la necesidad de consulta con expertos, la legislación sobre usos del suelo debe ser revisada para ampliar el período existente de 20 días a la vista de las averiguaciones y conclusiones del Comité.

(vi) Que se facilite al público, en materia medio ambiental, recursos adecuados, oportunos y eficaces, incluyendo medidas cautelares que sean justas, equitativas y no excesivamente costosas, en primera y segunda instancia en los tribunales de apelación ; y

(b) Que se desarrolle un programa de creación de capacidad y se promueva la formación sobre la aplicación del Convenio de Aarhus para las autoridades estatales, regionales y locales responsables de la cuestiones de Aarhus, -incluyendo Comisiones provinciales que garanticen ayuda legal gratuita-, así como para los jueces, fiscales y abogados; asimismo el desarrollo de un programa de sensibilización para el público sobre los derechos de Aarhus.

E) Efectos de la decisión y actuaciones subsiguientes.

La decisión del Comité no tiene carácter de una sentencia ni efectos jurídicos obligatorios que puedan imponerse desde este órgano. Por ello las conclusiones y recomendaciones contenidas en el fallo pronunciado formarán parte del informe que se presente a la próxima Reunión de las Partes, en el seno del cual se pedirán explicaciones al gobierno de España y se podrán imponer las medidas propuestas por el Comité o plazos para llevarlas a cabo así como cualesquiera otras que tiendan a hacer efectivo el cumplimiento del Convenio, bajo amenaza de caución o suspensión.

En cualquier caso, el efecto didáctico y ejemplar del fallo pronunciado es importante pues se trata de uno de los primeros casos planteados ante el Comité en el que resulta finalmente que un Estado miembro de la Unión Europea incumple con las obligaciones del Convenio y debe asumir que la legislación nacional en materia de participación ciudadana no es suficiente para garantizar su aplicación. Esto tiene un efecto de descrédito de la democracia ambiental en España, que se ve confirmado por la presentación de otras comunicaciones en las que se ha fallado en el mismo sentido, o bien de acicate para mejorar la situación en materia de acceso a la información, participación y justicia ambiental .

EL MARCO DE LA NORMATIVA SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA RENTA DE LOS JUBILADOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Mario Ivo Malvezzi

Abogado

Miembro de la Sección de Derecho Internacional Privado

El artículo examina los aspectos tributarios que atañen a la situación de los jubilados extranjeros en España, que perciban una pensión contributiva del exterior. Con el fin de proporcionar un marco de referencia que tenga en cuenta las diferentes fuentes normativas, que aclaren este análisis jurídico; el presente trabajo ilustra los fundamentos de la normativa internacional representados por algunas disposiciones del modelo de convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, elaborado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, sucesivamente analiza lo promulgado por el legislador la Unión Europea y concluye teniendo en cuenta las Leyes españolas, con sus últimas modificaciones. Para despejar adecuadamente la disciplina que afecte a los jubilados extranjeros en España, se ha profundizado también en algunos aspectos de naturaleza general, como los que atañen: a la determinación de la residencia fiscal de las personas físicas, a la interpretación del principio de no discriminación y a la naturaleza del trabajo activo prestado para conseguir este tipo de renta en el periodo inactivo. Sin embargo, es posible encontrar una ilustración sintética del tratamiento fiscal de las rentas percibidas en conceptos de jubilación y pensión de trabajo desde el extranjero, por parte de las personas físicas, así cómo de su vinculación con la declaración informativa sobre los bienes y derechos situados en el extranjero.

The article examines the tax aspects regarding the situation of foreign retirees in Spain, they receive a contributory pension abroad. In order to provide a framework that takes into account the different sources of law, to clarify this legal analysis, the present work illustrates the fundamentals of international law represented by certain provisions of the model agreement to avoid double taxation and prevent fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital, developed by the Organization for Economic Cooperation and Development, subsequently analyzes the rules of the EU legislator and concludes considering the Spanish Laws, with their latest amendments. To properly clear discipline affecting foreign retirees in Spain, also has deepened in some aspects of a general nature, such as those concerning: the determination of the tax residence of individuals, the interpretation of the principle of non-discrimination and the nature of the active job paid for this type of income in the inactive period. However, it is possible to find a synthetic illustration of the tax treatment of income received in retirement and pension concepts working from abroad, by individuals and how their relationship with the proxy statement of the assets and rights located abroad.

1.- INTRODUCCIÓN

Cada día con más frecuencia los jubilados deciden pasar una parte de su vida en un estado diferente a aquél en el cuál han nacido, crecido y trabajado toda su vida. Esta tendencia se consolida fomentada por muchos factores, entre los cuales se podría incluir los nuevos medios de comunicación, las compañías aéreas de bajo coste, la posibilidad de recurrir a servicios sanitarios públicos o privados de mejor nivel al del país de origen⁹⁴,... Este incremento de la oferta de servicios y productos, a nivel global, dirigida a las mayores jubilados no encuentra una regulación normativa tan desarrollada que la regule en la Unión Europea (en adelante: “U.E.”), como en España.

En principio, no hay una ley que regule a nivel comunitario el pago de los impuestos de las personas físicas que se trasladen, de un Estado miembro a otro, para allí poder disfrutar de su jubilación; sino que hay que recurrir a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, así como a la normativa interna de cada país en el cual el jubilado o la pareja de jubilados establezca su residencia o domicilio fiscal⁹⁵. En todo caso, esta falta de regulación del régimen de pago de los impuestos de los jubilados de la U.E., que decidan cambiar de Estado miembro donde residir, no puede llegar a perjudicar la aplicación del principio de no discriminación en el área U.E.

Comenzando por el Tratado de Funcionamiento de la U.E. se encuentra la disposición que conecta la normativa de la U.E., muchas veces mencionada como: “comunitaria”, a los convenios suscritos por los estados miembros: su artículo 351⁹⁶. Esto crea una serie de dificultades a la hora de enmarcar la posición contributiva de los jubilados, por ejemplo, con referencia al impuesto de sucesiones y a su reconocimiento a nivel internacional: en muchos convenios bilaterales no se menciona este tipo de impuesto y, por consiguiente, su gestión estará sujeta a las leyes nacionales de cada País; así como la tramitación, en primer lugar, de los eventuales expedientes discriminatorios del contribuyente o que pudiesen dar lugar a un fenómeno de doble imposición. Cabe subrayar, de todos modos, que, en algunos convenios

94 **Rodríguez V. - Lardiés R. - Rodríguez P.**, *La migración y el registro de los jubilados europeos en España*, en *Análisis del Real Instituto Elcano*, n. 20/2010, 2010, pp. 1-5.

95 En este sentido, véase lo afirmado por la página “web” oficial de la Unión Europea, específicamente el enlace que sigue: http://europa.eu/youreurope/citizens/work/retire/taxes/index_es.htm

96 Conforme a según lo dispuesto por este artículo. “1. Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. 2. En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros”

bilaterales en materia tributaria, está previsto que las autoridades competentes puedan ponerse de acuerdo para evitar la doble imposición en los casos no previstos por el convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.

En fin, la primera conclusión que se puede sacar es que, en una perspectiva fiscal, parece que no haya diferencia entre ser un jubilado ciudadano de la U.E. o no; en efecto, prevalecen los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, así como la normativa interna vigente en el Reino de España, allá donde el jubilado o la pareja de jubilados haya establecido su residencia, domicilio fiscal o tenga derecho a una jubilación en este Estado.

A pesar de las muchas diferencias que haya entre los convenios bilaterales arriba mencionados, ratificados y vigentes en España; hay unos rasgos comunes que atañen a la residencia fiscal, al principio de no discriminación, al origen de la jubilación y a los procedimientos para solucionar eventuales casos específicos que son parecidos, sino comunes, y aplicables a los jubilados extranjeros que decidan mudarse a España⁹⁷.

2.- LA RESIDENCIA FISCAL Y LA JUBILACIÓN EXTRANJERA.

Dada la importancia de determinar la residencia fiscal de quien se traslade, de un estado a otro, para allí disfrutar de su jubilación, cabe subrayar algo evidente y, sin embargo, importante para circunscribir el ámbito de la investigación sobre la determinación de la residencia del jubilado: puede ser sólo una persona física. Es necesario precisarlo porque los convenios entre estados para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio determinan con mucha atención la residencia de las personas jurídicas también y este aspecto, evidentemente, no atañe a los jubilados.

En el ámbito de estos convenios internacionales de naturaleza tributaria, en principio, se sigue un modelo de convenio elaborado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (en adelante: "OCDE") que, en su artículo 4, párrafo 1º, indica las personas que pueden reclamar su aplicación en cuanto residentes de un estado contratante, para evitar la doble imposición de sus rentas. Siempre con este propósito, es decir: contribuir a eliminar la doble imposición internacional, el artículo 4, párrafo 2º, del modelo de convenio OCDE establece reglas ("tie break rules") para solucionar las situaciones en las que una misma persona podría, en virtud de lo establecido anteriormente por el mismo artículo del modelo de convenio OCDE, considerarse residente a efectos fiscales en más de un estado contratante; en efecto, establecer una única residencia del contribuyente a los efectos del convenio permite

97 Véase, para una reciente panorámica de los convenios suscritos por España: **Tovillas Morán J.M.**, *Análisis de la última doctrina administrativa y jurisdiccional sobre el sistema de tributación de las pensiones en los convenios de doble imposición*, en *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, n. 17/2003, pags. 295 – 308.

legitimar la soberanía tributaria de cada uno de los estados que hayan suscrito el acuerdo internacional en materia tributaria, respecto al otro⁹⁸.

El concepto de residencia del contribuyente llega a ser determinante para establecer la concentración económica de sus rentas a nivel mundial y su tratamiento fiscal en el estado donde resida fiscalmente. La remisión a la legislación española para determinar si una persona reside o no a efectos fiscales en España no es absoluta: se efectúa para que España y el otro estado con el cual haya suscrito el convenio, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio, puedan determinar bajo qué criterio una persona tiene que estar sujeta a imposición por renta mundial obtenida (“world wide taxation”) en uno de los estados parte de este convenio; sucesivamente, cada estado establecerá qué criterio interno provoque la sujeción plena a su potestad tributaria utilizando los parámetros que justifiquen la sujeción en base a un vínculo material concreto del sujeto con el territorio (“localy-related attachment criteria”).

En este sentido la doctrina ha evidenciado: mientras que todos los residentes de un estado en el sentido del artículo 4 del modelo de convenio OCDE están sujetos en el mismo por renta mundial obtenida, no toda persona que tribute por esta renta en un estado puede ser considerada residente en el sentido de este artículo⁹⁹. En efecto, una persona física puede ser considerada residente en un estado parte de un convenio, sin embargo, las Leyes tributarias locales pueden seguir considerando a la misma persona como residente en el otro estado por normativa interna, pero de acuerdo con las cláusulas de convenio suscrito. Un ejemplo de esto se encuentra en lo dispuesto por el artículo 9, párrafo 3º, del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según el cual una persona física, que se traslade a un territorio considerado paraíso fiscal, se considerará residente en España y, por consiguiente, sujeta al Impuesto sobre la Renta de

98 Los párrafos 1º y 2º del artículo 4 del modelo de convenio OCDE establecen que: “1. A los efectos de este Convenio, la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de este Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo. 2. Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1 una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, su situación se resolverá de la siguiente manera: a) Dicha persona será considerada residente solamente del Estado donde tenga la vivienda permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente en ambos Estados, se considerará residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales); b) Si no pudiera determinarse el Estado en que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente solamente del Estado donde viva habitualmente; c) Si viviera habitualmente en ambos Estados, o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente solamente del Estado del que sea nacional; d) Si fuera nacional de ambos Estados, o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso de común acuerdo.”

99 Para profundizar en el Concepto de residencia *ex* artículo 4 del modelo de convenio OCDE: **Vega Borrego F.A.**, *Artículo 4 MC OCDE (2000) Residencia*, en *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Coord. Ruiz García J.R. y Calderón Carrero J.M., 2004, págs.210 – 268.

la Personas Físicas durante los cuatro períodos impositivos sucesivos, contados a partir del período en el cual efectuó el cambio de residencia.

A pesar del apoyo de la doctrina a esta postura (que parece más orientada hacia las personas jurídicas)¹⁰⁰ y de las normas que contemplan casos específicos (trasladarse, pero a un territorio calificado como: “paraíso fiscal”); merece la pena evidenciar cómo las autoridades fiscales simplifiquen la cuestión en la aplicación “cotidiana” de la normativa tributaria vigente, dejando entender que un residente fiscal en España, si demuestra que es residente en un estado con el cual ha sido suscrito un convenio, estará sujeto al impuesto sobre rentas de no residentes por las rentas conseguidas en el otro estado suscriptor¹⁰¹.

Por lo que atañe a la residencia de la persona física, además, el modelo de convenio OCDE establece algunos criterios suplementarios por el caso de que, conforme a lo previsto por el párrafo 1, del mismo artículo 4, el contribuyente no pueda considerarse residente en uno de los dos estados contratantes y, en consecuencia de esto, no quepa la posibilidad de aplicarle la técnica para la eliminación de la doble imposición internacional.

Para intentar solucionar las situaciones dudosas y determinar la residencia fiscal del contribuyente a los efectos de la aplicación del convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio está el párrafo 2, del artículo 4 del modelo de convenio OCDE. Este precepto indica los criterios que se aplican para establecer en qué estado el contribuyente puede considerarse residente para la aplicación del convenio, en principio, de forma autónoma respecto a las leyes de los estados que suscriben el acuerdo internacional en materia tributaria. En efecto, se aplican, en cascada y de forma estrictamente sucesiva por orden de redacción, los criterios conocidos como de: “vivienda permanente”, “centro de intereses vitales”, “domicilio habitual” y nacionalidad. Los estados suscriptores tienen que comprobar de forma fehaciente la imposibilidad de resolver la duda sobre la residencia fiscal de un contribuyente conforme al orden de cada criterio que haya que examinar, antes de acudir al siguiente¹⁰².

En consecuencia de lo que se acaba de exponer, es preciso especificar que el primer criterio para establecer la residencia fiscal de una persona física a los efectos de la aplicación de un convenio tributario, redactado en conformidad con lo establecido por el modelo de convenio OCDE, es el párrafo 1º del mismo artículo 4; a través de este precepto se determina el estado de residencia del contribuyente. Por lo tanto, cuando una persona física pudiera estar sujeta a imposición en los dos estados parte del convenio tributario por la renta mundial ob-

100 Entre los muchos autores se cita: **Van Raad K.**, *Dual residence and 1977 OECD Model Treaty article 4(1)*, *Second Sentence*, en *European Taxation*, 1990, n. 1, págs. 27 – 29; **Baker P.**, *Double taxation conventions and international tax law*, 1994, págs. 134 – 135; *De Broe L.*, *The tax treatment of transfer of residence by individuals*, en *Cahiers de droit fiscal international*, LXXXVIIb, 2002, págs. 44 y ss..

101 Por ejemplo, véase las consultas de la Dirección General de Tributos de la Agencia Tributaria del Reino de España n. 1280/2002; n. 221/2002, n. 1999/1470. En doctrina: **Medina Cepero J. R.**, *Los Convenios para evitar la Doble Imposición. Anotados y Comentados conforme a la legislación y la jurisprudencia más reciente*, 2001, págs. 174-179.

102 En tal sentido véase: **De Arespachoga J.**, *Planificación fiscal internacional*, 1998, p. 131

tenida, pero sólo pueda considerarse que sea residente en uno de ellos conforme a lo establecido por el artículo 4, párrafo 1º, del modelo de convenio OCDE, no procederá la aplicación de su párrafo 2, por no encontrarse ante una situación de doble residencia.

Sin embargo, para casos excepcionales, el modelo OCDE recurre al procedimiento amistoso indicado en el artículo 25 del modelo de convenio OECD, que tiene la finalidad de proporcionar un instrumento eficaz para evitar enfrentamientos entre estados. Ambos países actúan a través de sus respectivas administraciones financieras para que los contribuyentes, que en este contexto son terceros interesados y afectados, no queden perjudicados por los posibles conflictos no resueltos entre las naciones que hayan suscrito el convenio bilateral para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (por lo general, se hace referencia a estos medios hablando de: “procedimiento amistoso”)¹⁰³. Parte de la doctrina sostiene que los procedimientos amistosos representen un modo especial de garantizar protección diplomática, con la variable que la negociación es llevada a cabo por las Administraciones financieras de los Estados que hayan suscrito el convenio bilateral para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, en lugar de por la vía diplomática.¹⁰⁴

Resumiendo, para llegar a determinar un presupuesto de aplicación del convenio, “id est”: el estado de residencia del contribuyente, el modelo OCDE llega a invocar el procedimiento previsto en el artículo 25 del modelo de convenio OCDE¹⁰⁵. El objetivo es garantizar una interpretación y aplicación sistemática, con referencia a la doble residencia del contribuyente, de lo establecido por el convenio tributario que hayan ratificados los Estados que

103 Para profundizar el análisis del art. 25 del modelo de convenio OCDE: **Martín Jiménez A.**, Artículo 25 Procedimiento amistoso, en *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Coord. Ruiz García J.R. y Calderón Carrero J.M., 2004, págs.1179 – 1233.

104 **Mülhausen D.**, *Das Verständigungsverfahren im deutschen Internationalen Steuerrecht*, Berlin, 1976, p. 122.

105 El artículo 25 del modelos de convenio OCDE dispone que: “1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o ambos Estados contratantes implica o pueden implicar para ella una imposición no conforme con las disposiciones de este Convenio, puede, con independencia de los recursos previstos por el Derecho interno de estos Estados, presentar su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el párrafo 1 del art. 24, a la del Estado contratante del que sea nacional. E caso deberá ser presentado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la acción que implique una imposición no conforme con las disposiciones del Convenio. 2. La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si ella misma no está en condición de adoptar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición no conforme con este Convenio. El acuerdo alcanzado se aplicará independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes. 3. Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver mediante procedimiento amistoso cualquier dificultad o duda relativa a la interpretación o aplicación de Convenio. También podrán consultarse para la eliminación de la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio. 4. Las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden comunicarse entre ellas directamente a fin de alcanzar un acuerdo en el sentido de los párrafos precedentes, incluyendo el establecimiento de una comisión mixta en la que se reúnan las autoridades competentes o sus representantes”.

lo hayan suscrito; además, las autoridades fiscales pueden evitar recurrir al procedimiento amistoso y aplicar estos criterios directamente.

En consecuencia de lo expuesto a lo largo de los tres párrafos anteriores, parece excesivo el recurso al procedimiento amistoso para solucionar una controversia sobre la residencia a efectos fiscales de un contribuyente, persona física y jubilado, sujeto a la aplicación de un convenio bilateral para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos, por lo menos con referencia al impuesto sobre las rentas. A pesar de agotar todos los recursos, si la persona física es nacional de los estados partes del acuerdo tributario, en el caso de que no se resuelva la duda de su residencia con arreglo a lo dispuesto por el convenio, nada parece impedir que, en la práctica, la autoridades tributarias locales comprueben si el contribuyente podría ser considerado residente conforme a sus propias leyes, antes de solicitar al otro estado la puesta en marcha del procedimiento amistoso; además nada garantiza que los estados alcancen una solución amistosa y, si así no fuera, dejarían al contribuyente sin la protección del convenio.

Por lo tanto, en el caso de las personas físicas jubiladas, que perciban una pensión de un estado extranjero, parece que se pueda compartir la línea interpretativa adoptada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁰⁶, por la República de Francia¹⁰⁷ y por parte de la doctrina¹⁰⁸; según la cual, en estos casos, siempre se puede considerar a la persona residente en el estado que paga la jubilación, por haberse desarrollado allí la prestación laboral que justifica su otorgamiento, independientemente de su nacionalidad o residencia. Cabe notar desde ya, que este es un punto que podría llegar a cambiar por completo la aplicación de lo que sucesivamente se analizará con referencia a las pensiones.

Los principios de referencia, de la disciplina de los procedimientos amistosos de naturaleza internacional, además, se encuentran en las “best practice” (mejores prácticas) indicados tanto por la OECD, así como por el conjunto de los convenios vigentes a nivel internacional. Se puede recurrir al procedimiento amistoso para resolver una controversia sobre hechos o normas; sin embargo, parte de la doctrina sostiene que se pueden enmarcar en los hechos y las normas otro tipo de conflictos¹⁰⁹ en la perspectiva de solucionar cualquier tipo de dificultad o duda que encuentre su origen en la interpretación o aplicación del convenio en un sentido muy amplio; por ejemplo, con referencia al impuesto de sucesión, a pesar de no estar incluido en los nombrados por el modelo de convenio OCDE, se podría recurrir a este tipo de procedimiento en el caso de conflicto entre estados sobre este tipo de impuesto.

En este marco se encuentra un hueco para la actividad del contribuyente individualmente considerado. Puesto que el interés lo tienen los estados que son parte de la calificación subje-

106 Sentencia de 12 de mayo 1998, Asunto C-336/1996, Gilly.

107 En los convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio cuya una de las partes sea la República Francesa (también en el Convenio suscrito con España), se encuentra una cláusula que permite vincula la imposición de los jubilados al Estado que paga la prestación.

108 Véase: **Aguas Alcalde E.**, *Tributación internacional de los rendimientos de trabajo*, 2003, p 292

109 **Vogel K.**, *Double taxation conventions*, Munich (Alemania), 1998, págs. 74 y siguientes.

tiva para ser actores del procedimiento amistoso; el contribuyente puede solicitar a las autoridades tributarias competentes que recurran al procedimiento amistoso para solucionar una controversia que, finalmente, le perjudique, obligando al mismo al pago de unos impuestos en contra de lo previsto por el convenio suscrito por el estado en el que tenga su residencia o domicilio fiscal y, por supuesto, vigente. Claro está que hay que ver si éste último acoge la solicitud presentada de forma individual, comenzando el procedimiento amistoso, reconociendo que no puede satisfacer lo pedido por el contribuyente de forma unilateral. Es evidente, por lo tanto que, desde el punto de vista del contribuyente, la obligación de los Estados de iniciar el procedimiento amistoso para aclarar su doble residencia u otras situaciones dudosas tiene efectos vinculantes bastante limitados: uno de los estados contratantes tiene que acoger la solicitud del contribuyente. Por consiguiente, no está claro cuál sea el nivel de protección legal del contribuyente a nivel internacional: en unos casos se sostiene que falte este tipo de protección¹¹⁰, en otros que sea parcial.¹¹¹

3.- EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y SU APLICABILIDAD A LOS JUBILADOS EXTRANJEROS: LOS MODELOS DE CONVENIOS DEL OCDE (ARTÍCULO 24, PÁRRAFOS 1, 2 Y 6) Y LA NORMATIVA DE LA UE (RECOMENDACIÓN 94/79).

Antes de concentrar el análisis sobre los aspectos internacionales que atañen la posición de los extranjeros jubilados en España, que reciban una pensión (no social) del exterior, cabe especificar que pueden solicitar tanto el procedimiento amistoso (“ex” artículo 25 del modelo de convenio OCDE), como demandar la administración tributaria, judicialmente, en el caso de que consideren que se les haya aplicado un trato fiscal discriminatorio.

En extrema síntesis, el artículo 24, párrafos 1, 2 y 6, del modelo de convenio OCDE se encarga de establecer que, con referencia a cualquier impuesto (cualquier sea su naturaleza o denominación), los extranjeros no pueden someterse a ninguno ni a una obligación relativa al mismo impuesto, si no es exigida a los nacionales del estado que la aplique, ni se pueden someter a una más gravosa que aquella prevista para los que se encuentren en las mismas condiciones, tanto a los nacionales extranjeros de los estados parte de un convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio, así como los apátridas residentes en uno de ellos.

Esta disposición parece tener poca referencia con un modelo de convenio internacional OCDE que se acaba de mencionar; sin embargo, esta cláusula parece encontrar su sentido asociada a la idea de que los tributos no deben suponer un impedimento o límite para la libertad de circulación de personas y la igualdad de posiciones entre los no nacionales o no residentes y los que estén sujetos a la plena potestad tributaria de un estado; es decir, que el

110 **Züger M.**, *Arbitration under tax treaties*, Viena (Austria), 2003, páginas 1 y siguientes.

111 **Adonnino P.**, *La prevenzione e soluzione delle controversie tributarie*, in *Diritto Tributario Internazionale*, Coordinato da Uckmar V., 2005, págs. 1099 y 1106.

estado de la fuente (y parte del convenio tributario) se compromete a no crear gravámenes específicos sobre la imposición del no residente o no nacional.¹¹²

En ámbito internacional, está claro que este principio de no discriminación, a pesar de su importancia opera sólo donde haya sido suscrito una convenio que lo contemple¹¹³ y que no limite su eficacia a través de otras cláusulas, además incluye sólo las discriminaciones por no ser nacional, “inbound” (pero no las relativas al lugar de inversión, “outbound”). Este último punto quiere decir que el principio de no discriminación se aplica en relación a la imposición sobre las personas, no sobre las rentas y, por consiguiente, la discriminación en contra de la renta extranjera no se encontraría cubierta por este principio¹¹⁴.

Además hay que tener en cuenta lo siguiente: alrededor del principio de no discriminación ha venido formándose un orientación interpretativa externa al OCDE, que seguramente tendrá su importancia también con referencia a la interpretación del mismo en el ámbito tributario: la línea de la U.E., tanto de su legislador, como de su Tribunal de Justicia.

En efecto, en la U.E. se ha ido delineado la funcionalidad del principio de no discriminación U.E. respecto a este mismo principio contenido en el art. 24 del modelo de convenio OCDE: el primero representa una de las bases del mercado interior de la U.E. que llega a desplegar sus efectos en ámbitos no previstos por el Tratado de Funcionamiento de la U.E. y que traspasa las normas comunitarias y las de los estados miembros; el segundo tiene una finalidad auxiliar y una aplicabilidad limitada en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio. Por ejemplo: no contempla las restricciones no discriminatorias, ni las discriminaciones o restricciones en razón del lugar de inversión, ni excepciones; sin embargo el principio de no discriminación comunitario atañe a todos estos aspectos e incluye excepciones específicas también. En consecuencia, se ha llegado a afirmar, como se señala en parte de la doctrina¹¹⁵, que es superfluo insertar el art. 24 del modelo de convenio OCDE en los convenios, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio, suscritos entre estados miembros de la U.E.

A pesar de lo ilustrado en términos genéricos, en el párrafo precedente, no hay una ley que regule a nivel comunitario el pago de los impuestos de las personas físicas que se trasladen, de un estado miembro a otro para disfrutar de su jubilación en este último. Sin embargo, es posible recurrir a la Recomendación de la Comisión, del 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un estado

112 **Goldberg S.H. - Glicklich P.A.**, *Treaty-based non-discrimination: now you see it, now you don't*, en *Diritto e pratica tributaria*, vol. 64, n. 2 p. 523.

113 No siempre ocurre, por ejemplo no ha sido previsto por el Convenio entre el Reino de España y Australia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y protocolo, hecho en Camberra el 24 de marzo de 1992

114 **Avery Jones J.**, *The non-discrimination article in tax treaties (I)*, en *British tax review*, n. 10, 1991, p. 359.

115 **Martín Jiménez A. - Calderón Carrero J.M.**, *Artículo 24 MC OCDE (2000) Principio de no discriminación*, en *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Coord. Ruiz García J.R. y Calderón Carrero J.M., 2004, p. 1109.

miembro distinto de aquel en el que residen, 94/79/CE (breviter: Rec. 94/79). Es verdad que en la Exposición de los motivos hace referencia al derecho de libre circulación de los trabajadores y sus familias, sin embargo en esta categoría es posible incluir también a los jubilados: son trabajadores, a pesar de no estar en activo. Además según lo dispuesto por el artículo 1, párrafo 1º, Rec. 94/79: “ Los estados miembros aplicarán las disposiciones de la presente Recomendación a las personas físicas que sean residentes en un estado miembro y estén sujetas al impuesto sobre la renta en otro estado miembro, del que no sean residentes, con respecto a las siguientes rentas: () - pensiones y otras rentas similares percibidas por un antiguo empleo, así como las pensiones de la seguridad social; () .

Por lo que atañe a la determinación de la residencia de un ciudadano de la U.E. al cual sea aplicable esta Recomendación, en su artículo 1, párrafo 2º, se ciñe a los convenios destinados a evitar la doble imposición concluidos entre los estados miembros o, de no existir, al Derecho nacional de cada uno.¹¹⁶

De todos modos, la “ratio legis” de la Rec. 94/79 es que no haya discriminación tributaria, explícita o implícita, por razones de nacionalidad entre ciudadanos de diferentes Estados miembros de la U.E. A tal propósito, cabe subrayar que, en consideración del Motivo 1.3 Rec. 94/79¹¹⁷, hay un línea de pensamiento según la cual: se podría encontrar una violación del principio de no discriminación, en ámbito tributario, no sólo cuando la discriminación encuentre su fundamento en la nacionalidad del ciudadano de la U.E., sino en cualquier conducta que utilice, como punto de conexión de las normas tributarias, el criterio de residencia. En concreto, puede llegar a ser considerada una discriminación, indirecta y encubierta por razón nacionalidad, la aplicación de distintas normas tributarias a residentes y no residentes.¹¹⁸.

En efecto, para conformarse con el artículo 2 de la Rec. 94/79 y no adoptar una postura que discrimine a los ciudadanos de otros estados miembros de la U.E., el estado de residencia del contribuyente, su cónyuge o sus hijos, tendrán que someter las rentas que grave, conseguidas en otro estado miembro de la U.E., al mismo impuesto que establecería el estado que las proporciona, cuando estas rentas constituyan por lo menos el 75% de la renta total im-

116 Para un comentario a esta Recomendación véase: Merino Jara I., Nuevas iniciativas sobre la tributación de determinadas rentas obtenidas por no residentes, en Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, n. 34, 1994, págs. 17 – 19.

117 Exposición de Motivos de la Rec. 94/79 (Motivo 1º, párrafo 3): “En efecto, esta libre circulación todavía se ve obstaculizada por determinadas disposiciones fiscales cuya aplicación supone que, en muchos casos, las personas que hacen uso de dicha libertad para ejercer su actividad en un Estado miembro distinto del de su residencia, están sujetas al impuesto sobre la renta en este último en unas condiciones menos favorables que los residentes en dicho Estado”.

118 En doctrina: García Frías A., La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del TJCE, en Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, n. 242, Vol XLVI, 1996, p. 1041; Van Raad K., The impact of EC Treaty’s fundamental freedom provisions on EU member states’ taxation in border-crossing situation- current state of affairs, en EC Tax Review, n. 4 , Vol. 4, 1995, págs. 194 – 195; Falcón y Tella R., La jurisprudencia comunitaria en materia de obligación real (I); las sentencias Shumacker, Wielockx y Asscher y la injustificada reacción contra las mismas basada en la autonomía del Derecho fiscal, en Quincena Fiscal, n. 13, 1998, págs. 5-6. En jurisprudencia los Asuntos del TJCE: C-391/1997, Gschwind; C-80/1994, Wielockx; C 279/1993, Schumacker.

nible del contribuyente durante el año fiscal (art. 2, párrafos 1 y 2, Rec. 94/79). A pesar de lo ilustrado, en este caso, el último párrafo del mismo artículo 2 y el artículo 3 Rec. 94/79 facultan al estado miembro que grave estas rentas para denegar las deducciones u otras ventajas fiscales que otorgue habitualmente a los residentes, si el contribuyente gozara de deducciones u otras ventajas idénticas o similares en el país de la U.E. en el cual se materializan.

Es evidente que este sistema plantea algunos problemas en relación a la tributación conjunta¹¹⁹; sin embargo, cabe mencionar que el siguiente artículo 4 Rec. 94/79 establece que: “Los estados miembros tendrán la facultad de mantener o introducir disposiciones más favorables para los contribuyentes que las previstas en la presente Recomendación”; evitando, a través de esta conducta, incurrir en una contraria al principio de no discriminación.

4.- LA TRIBUTACIÓN DE LAS PENSIONES A NIVEL INTERNACIONAL.

Después de esta larga, sino necesaria digresión para enmarcar el examen del asunto de las pensiones, hay que enfrentarse al objeto del análisis: qué ley tributaria es aplicable a un pensionista que perciba una jubilación del exterior por los servicios prestados en otro estado. Hasta hora se ha examinado la cuestión de la residencia de la persona física y de su no discriminación: en efecto, para aplicar lo establecido por los artículos 18 (Pensiones) y 19, párrafo 2, (Remuneraciones públicas) del modelo de convenio OCDE, es fundamental establecer con exactitud donde tiene su residencia fiscal el jubilado extranjero y averiguar que no se encuentre discriminado respecto a los demás pensionistas nacionales o residentes en el estado donde transcurra su jubilación.

El artículo 18 (Pensiones) del modelo de convenio OCDE establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19, las pensiones y demás remuneraciones similares pagadas a un residente de un estado contratante por un empleo anterior sólo pueden someterse a imposición en este estado”.

A su vez, el apartado 2 del artículo 19 (Remuneraciones públicas) del modelo de convenio OCDE dispone que: “ a) Las pensiones pagadas por un estado contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, bien directamente o con cargo a fondos constituidos, a una persona física por razón de servicios prestados a ese estado o a esa subdivisión o entidad, sólo pueden someterse a imposición en ese estado. b) Sin embargo, dichas pensiones sólo pueden someterse a imposición en el otro estado contratante si la persona física es residente y nacional de ese estado.”

Para cerrar la ilustración de la normativa de referencia del modelo de convenio OCDE, se precisa que, según el último párrafo del artículo 19: “Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 se aplica a los sueldos, salarios u otras remuneraciones similares, y a las pensiones

119 Para profundizar en este tema: Calderón Carrero J.M., La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición en la Unión Europea, 1997, págs. 281 – 284.

pagados por razón de servicios prestados en el marco de una actividad empresarial realizada por un estado contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales”¹²⁰.

Cabe decir que si bien el artículo 18 establece como regla general la sujeción tributaria de las pensiones a los gravámenes tributarios del estado donde tenga su residencia el perceptor; parece excesivo, en consideración de lo anteriormente expuesto acerca de la determinación del lugar de residencia del sujeto pasivo, considerar la residencia del pagador sólo con referencia a la suscripción del convenio tributario y omitir la relevancia el lugar donde se haya desarrollado la actividad o empleo que origine el pago de la pensión¹²¹.

Es verdad que el artículo 18 representa una norma de reparto cerrada y excluyente: atribuye al estado de residencia del jubilado, a su legislación interna, la facultad exclusiva para gravar las rentas que perciba de su jubilación de otro estado donde pueda haberse realizado la actividad que justifica el pago o reside la entidad pagadora, así como que este último estado tendrá que abstenerse de gravarlas; sin embargo, ¿qué ocurre cuando haya casos de doble residencia? Cabe un riesgo importante de infringir el principio de no discriminación y, si bien este principio tiene una aplicación limitada respecto a los ciudadanos de estados no miembros de la U.E., ya ha sido ilustrado lo amplio que es su radio de acción y la importancia que se le atribuye en la U.E.

En consecuencia no sorprende que, en la praxis, la exclusividad otorgada al estado de residencia, para que someta a los impuestos que correspondan las rentas de la persona física que percibe la pensión del extranjero, se encuentre matizada, por no decir excluida. “Id est”: en muchos convenios contraídos por España, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio, a pesar de seguir en su redacción el modelo OCDE (por ejemplo: Canadá, Brasil, Alemania,...), las rentas cuyo origen sea la jubilación no tributan exclusivamente en España.

Finalmente, antes de pasar al examen del apartado 2 del artículo 19 del modelo de convenio OCDE, cabe puntualizar que, muchas veces, se incluyen en el artículo 18 arriba ilustrado las demás remuneraciones similares a las pensiones, sobre todo en consideración de las diferentes organizaciones de sistemas de seguridad social en el mundo.¹²² En efecto, a las pensiones se refiere también el artículo 19¹²³, párrafo 2, del modelo de convenio OCDE, es-

120 El artículo 15 del modelo de convenio OCDE atañe a la renta de empleo, el 16 a las participaciones, dietas de asistencia y otras retribuciones de miembros de consejos de administración o de vigilancia, y el artículo 17 del modelo de convenio OCDE de la renta de artistas y deportistas.

121 De opinión sustancialmente contraria: **Ruiz García J.R.**, *Artículo 18. La tributación de las pensiones*, en *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Coord. Ruiz García J.R. y Calderón Carrero J.M., 2004, p. 875.

122 Véase, por ejemplo los convenios contraídos por España, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio, con Irlanda, Noruega, Reino Unido,...).

123 Para profundizar en el examen del artículo 19 del modelo de convenio OCDE en su conjunto: **Vega Borrego F.A.**, *Artículo 19 MC OCDE 2000 Remuneraciones públicas*, en *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Coord. Ruiz García J.R. y Calderón Carrero J.M., 2004, págs. 879 - 904.

pecíficamente, a las pensiones pagadas por un estado contratante o una de sus subdivisiones o entidades locales a una persona física en razón de servicios prestados a ese estado o a una de las entidades que se acaban de mencionar.

Este artículo no hace referencia a las pensiones públicas en el sentido de que sean otorgadas por un órgano público, sino en el sentido de que su pago sea consecuencia del desempeño de un empleo cuya remuneración fuese representada por lo indicado en el mismo apartado 1, del artículo 19, modelo de convenio OCDE¹²⁴. Observando la estructura del artículo 19, se puede observar como también el artículo 18 del modelo de convenio OCDE, examinado anteriormente, se presente cómo conexo¹²⁵ al artículo 15 del modelo de convenio OCDE¹²⁶. En efecto, las pensiones, a pesar de estar pagadas por una entidad pública pueden haber sido financiadas a través de las aportaciones de un empresario o del propio trabajador¹²⁷.

El artículo 19, párrafo 2, del modelo de convenio OCDE establece el “State of the fund principal right” que permite, como en pocos casos, al estado fuente gravar una renta de un no residente en base a reglas de cortesía internacional y respeto mutuo entre estados soberanos. Esta disposición, en efecto, se conforma con la “ratio legis” reflejada en los Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, y sobre Relaciones Consulares,

124 El artículo 19, párrafo 1, del modelo de convenio OCDE establece que: “1.a) Los sueldos, salarios y otras remuneraciones, excluidas las pensiones pagadas por el Estado contratante o por sus subdivisiones políticas o entidades locales a una persona física por razón de servicios prestados a ese Estado o a esa subdivisión o entidad, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado. b) Sin embargo, dichos sueldos, salarios o remuneraciones sólo pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante si los servicios se prestan en ese Estado y la persona física es un residente de ese Estado que: i) Es nacional de ese Estado, o ii) No ha adquirido la condición de residente de ese Estado solamente para prestar los servicios”.

125 **Aguas Alcalde E.**, *op. cit.*, 2003, p 258.

126 Conforme a lo dispuesto por el artículo 15 del modelo de convenio OCDE: “1.Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por un residente de una Estado contratante en razón de un empleo sólo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el empleo (o trabajo dependiente) se desarrolle en el otro Estado contratante. Si el empleo se desarrolla en este último Estado, las remuneraciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en él. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante en razón del empleo realizado en el otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar si: a) el perceptor permanece en el otro Estado durante un periodo o periodos cuya duración no exceda, en conjunto, 183 días en cualquier periodo de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado, y b) las remuneraciones no son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado, y, c) las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado. 39 A pesar de las disposiciones precedentes de este artículo, las remuneraciones obtenidas de un empleo realizado a bordo de una buque o aeronave explotados en tráfico internacional, o a una embarcación destinada a la navegación interior, pueden someterse a imposición en el Estado con tratante en qué esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa.”

127 En este sentido: **Carmona N.**, *Guía del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, 2003, p. 232.

de 24 de abril de 1963¹²⁸. Además no hay que olvidar el art. 27¹²⁹ del modelo de convenio OCDE que establece la inmunidad de los privilegios fiscales del cuerpo diplomático y consular de acuerdo con los principios generales del derecho internacional o en virtud de disposiciones de acuerdos especiales. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que no siempre se atribuye el derecho a someter a tributación las rentas en el estado pagador, si no que esta potestad puede ser otorgada al estado de residencia si el jubilado es nacional de éste.

En este sentido, hay que especificar que, en el caso de las pensiones indicadas por el artículo 19, apartado 2, del modelo de convenio OCDE, en el caso de los residentes que tengan la nacionalidad de ambos estados, parece aplicable el artículo 23 de modelo de convenio OCDE¹³⁰, tanto para las rentas no incluidas en el artículo 19 del modelo de convenio OCDE, como para los que tengan doble nacionalidad. Es decir, cuando la renta es atribuida en exclusiva al estado fuente, el país de residencia puede gravarla sólo conforme al método de exención con progresividad o al método de imputación.

128 **De la Villa Gil J.M.**, *Rentas de trabajo*, en AAVV, *Relaciones fiscales internacionales*, 1987, p. 190.

129 El artículo 27 del modelo de convenio OCDE dispone que: “Las disposiciones de presente Convenio no afectarán a los privilegios de que disfruten los miembros de misiones diplomáticas o de las oficinas consulares de acuerdo con los principios generales de derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos espaciales”.

130 El artículo 23 de modelo de convenio OCDE tiene dos versiones A y B: la primera sobre los métodos de exención, la segunda atañe a los métodos de imputación. A: “1. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con lo dispuesto en el presente convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, el Estado mencionado en primer lugar dejará exentas estas rentas o elementos patrimoniales, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3. 2. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10 (Dividendos) y 11 (Intereses), pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, el Estado mencionado en primer lugar admitirá la deducción en el impuesto sobre la renta de dicho residente de un importe igual al impuesto pagado en ese otro Estado contratante. Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas obtenidas en ese otro Estado. 3. Cuando de conformidad con cualquier disposición del convenio las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en ese Estado, dicho Estado podrá, no obstante, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o de patrimonio de dicho residente. 4. Las disposiciones del apartado 1 no serán aplicables a las rentas derivadas o a los elementos patrimoniales poseídos por un residente de un Estado contratante allí donde el otro Estado contratante aplique las disposiciones de este convenio para dejar exentas tales rentas o elementos patrimoniales o donde aplique las disposiciones del apartado 1º de los artículos 10 u 11 a dicha renta.” B: “1. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con lo dispuesto en el presente convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, el Estado mencionado en primer lugar admitirá: a) la deducción en el impuesto sobre las rentas de ese residente de un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en ese otro Estado; b) la deducción en el impuesto sobre el patrimonio de ese residente de un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en ese otro Estado. En uno y otro caso, dicha deducción no podrá, sin embargo, exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio, calculado antes de la deducción, correspondiente, según el caso, a las rentas o al patrimonio que pueden someterse a imposición en ese otro Estado. 2. Cuando de conformidad con cualquier disposición del convenio las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante o el patrimonio que éste posea estén exentos de imposición en ese Estado, dicho Estado podrá, sin embargo, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o de patrimonio de dicho residente.”

Es muy interesante el análisis de los convenios en materia tributaria en coordinación con otros ilustrada en el apartado precedente; sin embargo, no se ha encontrado nada parecido en la doctrina acerca de una referencia a los convenios suscritos con la Organización Internacional del Trabajo para coordinar, de forma más eficiente, la gestión tributaria entre estados de las posiciones fiscales de los jubilados (tanto con referencia al art. 18 como al 19, párrafo 2, ambos del modelo de convenio OCDE) que hayan conseguido su jubilación trabajando en el extranjero. Posiblemente porque el Reino de España no ha suscrito convenios relativos a la jubilación en esta otra Agencia de las Naciones Unidas; en efecto, solo ha ratificado 4 convenios de la Organización Internacional del Trabajo y entre estos, el convenio conocido como: “norma mínima”, ha sido excluido el apartado relativo a la vejez, es decir, a la jubilación¹³¹.

Podría ser interesante estudiar la aplicación de los artículos 18 y 19, apartado 2, del modelo de convenio OCDE, con los convenios bilaterales en materia de jubilación suscritos por España para coordinar la aplicación de ambos, a pesar de algunas tesis que en esto revisan un conflicto entre Tratados¹³² que podría generar la duda si el texto convencional se encuentre incluido o menos en el ámbito de los conflictos de leyes¹³³. Es difícil entender cómo la coordinación de los Convenios en materia tributaria con los del ámbito diplomático y consular no genere problemas de interpretación, mientras pueda generarse en otras igualmente dignas de tutela.

Por ejemplo: el Reino de España ha suscrito sea convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio, sea convenios de seguridad social, con Rusia, Chile, Estados Unidos,... Además, los principios fundamentales de ambos tipos de acuerdo internacional son muy parecidos: el principio de igualdad, de determinación del ordenamiento jurídico aplicable, de conjunción de los períodos de acumulación de las cuotas aportadas durante la vida laboral activa y de exportación de la prestación¹³⁴. ¿Cuál es la dificultad de coordinar la interpretación de los convenios estipulados en el sector tributario con los convenios estipulados en el ámbito de la seguridad social, si el objeto son las pensiones?

En términos generales, mi humilde opinión es que no hay ninguna dificultad; sino que es preciso, a través de este instrumento representado por la interpretación coordinada de los acuerdos internacionales, intentar alcanzar prácticamente una aplicación de las Leyes lo más conforme posible a los principios de la Constitución española y del Derecho Internacional reconocido, por lo menos, por el Reino de España.

131 Para un enfoque más amplio véase: **Morro López J.J.**, *La protección de la jubilación en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Tratado de jubilación*, Coord. Cumbre López L., 2007, p.614.

132 **Gonzalo González B.**, *Introducción al Derecho Internacional español de Seguridad Social*, 1995, p.105.

133 La cuestión es controvertida; a favor de su inclusión, por ejemplo: **Pretót X.**, *Les travailleurs détachés et expatriés et la Sécurité Sociale*, en *Droit social*, n. 12, 1991, págs. 868 – 869; en contra: **Fernández Rozas J.C.**, *Derecho internacional privado y derecho comunitario*, en *Revista de instituciones europeas*, n. 3, 1990, p. 819.

134 **Alvarez Cortés J.C.**, *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, 2001, p. 272.

Para terminar, cabe analizar el último apartado del artículo 19 del modelo de convenio OCDE, el tercero. A pesar de tratarse de una norma que enuncia una excepción, clasificando la renta, a través de este párrafo la OCDE trata de aclarar cuando se aplican los párrafos 1 y 2 del artículo 19 ó los artículos 15, 16, 17 y 18, todos del modelo de convenio OCDE. La dificultad que presenta este artículo del modelo de convenio OCDE es la de delimitar lo que se entiende por actividad empresarial de una ente público¹³⁵.

En doctrina se ha discutido mucho sobre este tema; sin embargo, todo criterio parece válido, pero no suficientemente amplio para abarcar el concepto por completo. Por lo que atañe a estos convenios parece que pueda recurrirse al criterio de cada estado contratante. A éste último se le otorga la facultad de incluir en el ámbito de las actividades empresariales de naturaleza pública las que generen rentas conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores del mismo artículo 19 del modelo de convenio OCDE y a sus leyes internas.

De todos modos, cabe señalar que existe la posibilidad de tener en cuenta la doble nacionalidad de una persona física recurriendo a los convenios sobre la doble nacionalidad suscritos por el Reino de España (por ejemplo, con la República Argentina, la de Chile, la de Ecuador,...). El mismo Ministerio de Justicia español, en su página “web”, hace referencia a estos acuerdos para indicar que la concurrencia de dos nacionalidades en una persona física, a pesar de gozar de la plena condición jurídica de nacional de ambos estados, no le somete simultáneamente a las legislaciones de ambos países; sino que hay medios para “dar preferencia a una de las nacionalidades” a fin de tener un punto de referencia en lo relativo a las relaciones ciudadano-estado. Para ello, la mayor parte de los convenios de doble nacionalidad toman como punto de referencia el domicilio, no la residencia; de tal manera, los ciudadanos con doble nacionalidad estarán sometidos de forma constante a la legislación del país en el que tengan fijado su domicilio. Esto, siempre según el Ministerio de Justicia del Reino de España, será aplicable para cuestiones tales como el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática, el ejercicio de los derechos civiles y políticos, los derechos de trabajo y de seguridad social y las obligaciones militares¹³⁶. Añadiría: a las cuestiones de naturaleza fiscal.

5.- EL TRATAMIENTO DE LAS JUBILACIONES PAGADAS A TRABAJADORES PRIVADOS Y PÚBLICOS EN ESPAÑA.

Centrándonos en España, hay que orientarse hacia la primera ley que seguramente afecta a los jubilados extranjeros, en primer lugar, los que se encuentren en la situación descrita por el artículo 18 del modelo de convenio OCDE; la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en

135 Sobre esta cuestión véase: **García de Enterría E. - Frenández Rodríguez T.R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1997, págs. 405 y sigs; **Barile P. - Cheli E. - Grassi S.**, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1998, p. 325.

136 Véase: www.mjusticia.gob.es: Áreas temáticas → Nacionalidad → Trámites y preguntas frecuentes sobre Nacionalidad → Tener la doble nacionalidad.

adelante: “LIRPF”), específicamente en sus artículos 5, 9, párrafo 1º, 17, párrafo 2º, y 96. En efecto, estudiando los artículos de la LIRPF arriba mencionados se puede enmarcar la posición de los jubilados extranjeros en España, cuya jubilación sea pagada por una entidad extranjera.

En extrema síntesis, las jubilaciones se encuentran en el ámbito de la genérica categoría de las rentas de trabajo (art. 17, párrafo 2º, letra a, LIRPF) percibidas por los pensionistas extranjeros, que se consideren residentes en España a efectos fiscales (artículos 5 y 9, párrafo 1º, LIRPF). En principio, conforme a lo establecido por el art. 96 LIRPF, tendrán que presentar la declaración de rentas en el caso de que el importe anual de la jubilación percibida por el estado exterior supere los 22.000.-€ ó los 11.200.-€, cuando el importe total de las jubilaciones proceda de más de un pagador.

Por lo que atañe al pago de las pensiones a los privados residentes en España, hay que añadir que, sí hay que distinguir entre estados que hayan suscrito un convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre las rentas y el patrimonio con el Reino de España y los que no. En el primer caso las pensiones pagadas en el extranjero a una persona residente en territorio español se someten a imposición exclusivamente en España, por lo tanto el otro estado tiene que abstenerse de practicar retención alguna; el gravamen que debe aplicarse a estas rentas se realizará conforme a la normativa local según lo establecido por la LIRPF. En el segundo caso, no habiendo convenio para evitar la doble imposición, habrá que recurrir al artículo 67 LIRPF, para evitarla o, al menos, matizar todo lo posible los efectos de esta distorsión económica¹³⁷.

También en el caso de jubilaciones pagadas a funcionarios públicos en razón de los servicios prestados durante su periodo activo hay que distinguir entre casos donde se encuentre vigente, o no, un convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio con el Reino de España. Si no estuviera vigente un acuerdo internacional en materia tributaria, conforme a lo arriba descrito, se le aplicaría la misma normativa que a las pensiones pagadas a jubilados que no hayan trabajado para órganos públicos (los indicados en el artículo 18 del modelo de convenio OCDE). Ya se ha dicho que si el acuerdo internacional tributario atribuye la potestad impositiva al otro estado sobre los importes pagado en concepto de jubilación, el Reino de España puede gravarlos sólo conforme al método de exención con progresividad o al método de imputación en cabo al residente extranjero; sin embargo, la normativa española no contempla la aplicación del primer método¹³⁸ y, en consecuencia, la única solución posible es exonerar estas rentas integralmente, ni se les podrán exigir retenciones¹³⁹.

137 Para profundizar en este tema, véase: **de la Villa Gil J.M.**, *Misceláneas fiscales sobre la jubilación*, en *Tratado de jubilación*, Coord. Cumbre López L., 2007, p. 585 – 598.

138 Cf. **Ramallo Massanet J.**, *Comentario al art. 67 LIRPF: Deducción por doble imposición internacional*, en *Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes*, Dirigido por Orón Moratal G., 1999, págs. 475 – 477.

139 **Aguas Alcalde E.**, *op. cit.*, 2003, p 326.

Sin embargo la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas español no parece conformarse “de plano” con esta orientación¹⁴⁰, sobre todo cuando se trate de jubilaciones pagadas por entidades internacionales con sede en el extranjero. En el detalle, un pensionista residente en España recibía una pensión por jubilación de una organización internacional y quería saber si estaba sujeto a la obligación de declararla. La autoridad tributaria contestó que la LIRPF establece el principio de inclusión de la renta mundial en cabo al residente en España; es decir: el objeto del impuesto es la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta establecidas por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador”¹⁴¹.

Conforme a lo ilustrado anteriormente, además, las pensiones se consideran sometidas a tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al considerar que tienen la calificación de rendimientos del trabajo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17.2.a) de la LIRPF y en consecuencia, estando las personas físicas residentes en territorio español sujetas al gravamen del IRPF, por su renta mundial habrá que proceder al cálculo de la misma en los términos previstos por esta Ley (con independencia del lugar de donde proceda la renta percibida y cualquiera que sea la residencia del pagador), sin perjuicio de la deducción de los impuestos satisfechos en el extranjero de acuerdo con las condiciones recogidas en la LIRPF.

Por lo tanto, a pesar de que un residente en España reciba una pensión de un fondo de pensiones de un órgano internacional y a su posición sea aplicable un convenio que establezca privilegios e inmunidades en favor de los funcionarios que trabajen para las organizaciones internacionales indicadas, también en el ámbito de los sueldos y emolumentos percibidos, estas no se le aplican al pensionista cuándo su condición subjetiva de funcionario y las circunstancias que motiven el reconocimiento de los privilegios que otorga la convención, entre ellos las exenciones fiscales, desaparecen al cesar la prestación de servicios para el órgano internacional, mediante jubilación. Por consiguiente, si este jubilado tiene establecida su residencia habitual en territorio español, las pensiones que reciba del fondo pensión de este órgano internacional estarán sometidas a imposición en España por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con los derechos y obligaciones propias de todos los contribuyentes residentes cuya renta esté sometida a este impuesto.

Finalmente, conforme a lo anteriormente ilustrado, a efectos de su obligación de declarar se estará a lo dispuesto por el artículo 96 de la LIRPF, que regula con carácter general la obligación de presentar y suscribir declaración por este impuesto. El mencionado artículo establece, entre otras cosas, que no tendrán la obligación de declarar los contribuyentes que obtengan rentas exclusivamente de las fuentes que establece la Ley, con el límite cuantitativo y en las circunstancias que se fijan en cada caso, no teniéndose en cuenta, a efectos de computar estos límites, las rentas exentas. Con base en este artículo, si los ingresos que percibe el

140 Véase Consulta Vinculante V1041-09, de 11 de mayo de 2009 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas

141 Artículo 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio

contribuyente proceden únicamente y exclusivamente de la fuente de renta de trabajo, a pesar de ser una pensión por jubilación, estarán sujetos a la obligación de declarar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excepto que no se superen los límites arriba indicados.

6. - LA DECLARACIÓN INFORMATIVA SOBRE BIENES Y DERECHOS SITUADOS EN EL EXTRANJERO.

A partir del año pasado, hay que tener en cuenta una ulterior obligación tributaria¹⁴² que, por lo que atañe a este escrito, se concreta en la obligación para todos los contribuyentes españoles sujetos a la LIRPF, incluyendo a los jubilados y pensionistas extranjeros con residencia fiscal en España, de informar a las autoridades tributarias sobre sus bienes y derechos situados en el extranjero cuya mera tenencia, o los beneficios derivados de la misma, den lugar a rentas sujetas a este impuesto por estar el contribuyente sometido a tributación en España por su renta mundial.

En efecto tiene la obligación de presentar esta declaración el sujeto que tenga que presentar la declaración de las rentas para el pago del IRPF cuando tenga, por lo menos, una cuenta en una entidad financiera situada en el extranjero, en calidad de titular jurídico, real, autorizado, representante, beneficiario o con poder de disposición; así como, cuando ostente la titularidad de valores o derechos en cualquier tipo de entidad jurídica, su cesión a terceros para que los gestionen o administren a través de cualquier instrumento del cual el obligado tributario sea beneficiario efectivo (por ejemplo: participaciones en instituciones de inversión colectiva, seguros de vida en los que resulten tomadores, rentas vitalicias, etc.) y, finalmente, en el caso de que el sujeto residente en territorio español sea el titular jurídico o real de bienes inmuebles o de los derechos reales sobre los mismos que, obviamente, estén ubicados en el extranjero¹⁴³. Además, a partir de este año, la persona física sujeto pasivo del IRPF tendrá que presentar nuevamente esta declaración informativa cada vez que cualquier saldo de cada uno de los tres ámbitos de aplicación, considerado en su conjunto, se incremente por un importe superior a 20.000.-€, respecto de los determinados en la presentación de la declaración anterior; o, finalmente, en el caso de que pierda la condición que le obligó en su día a presentar esta declaración informativa.

La obligación de presentar esta declaración informativa se encuentra matizada por unos límites que atañen al valor de los bienes del contribuyente situados en el extranjero: si el saldo de la cuenta o de las cuentas situadas en el extranjero no supera los 50.000.-€; así como si los valores o derechos situados en el exterior no puedan ser valorados en un importe superior

142 La Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, ha introducido una nueva disposición adicional decimotercera en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los, y la Orden HAP/72/2013 de la Agencia Tributaria.

143 Véase los artículos 42 bis, 42 ter y 54 bis del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, e introducidos por el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre.

a lo indicado; éste último representa el límite también a la hora de tasar los bienes inmuebles o los derechos reales sobre los mismos situados en otros estados. Hay que tener en cuenta que este límite actúa individualmente en cada uno de estos ámbitos; por lo tanto, un contribuyente puede estar exento de la obligación de presentar la declaración informativa por no estar en uno de los bloques de bienes considerados por encima del límite mencionado o por no ser titular de algo indicado por la Ley; sin embargo, puede tener que cumplir con esta obligación por superar el baremo en otro conjunto de bienes. Por ejemplo, si un jubilado está sujeto al IRPF y recibe una jubilación en una cuenta corriente italiana en Italia cuyo saldo al 31 de diciembre de 2012 supera los 50.000.-€, tiene que presentar esta declaración informativa, a pesar de no ostentar ninguna titularidad sobre valores o derechos en cualquier tipo de entidad jurídica, ni tener la titularidad jurídica o real sobre bienes inmuebles o derechos reales que les atañen.

Puntualiza la misma Agencia Tributaria del Reino de España¹⁴⁴ que: “En efecto, al ser contribuyentes por el IRPF español, pueden existir amplios colectivos de obligados a esta declaración como por ejemplo, las personas físicas extranjeras que viven en España y son residentes fiscales en nuestro país, los nacionales españoles que son residentes fiscales en España pero que en su día residieron en el extranjero o el personal diplomático y los miembros de organismos internacionales en representación de España”.

144 Nota informativa, Modelo 720.

“LAS COMPETENCIAS DE INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL ATRIBUIDAS A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN LOS PROCESOS POR DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA”.

Juan Calvo Vérguez.

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Extremadura.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance de la Disposición Adicional 19ª de la LGT introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, así como su necesaria conexión con el art. 305.5 del CP, en su actual redacción otorgada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Si bien la citada Disposición Adicional procedió a implementar el mandato contenido en el art. 305.5 del Código Penal en virtud del cual, en los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, de cara a la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio previsto al efecto, tras la reforma operada en el citado art. 305.5 se prevé que la Administración Tributaria mantenga su autotutela ejecutiva al objeto de poder acometer las actuaciones necesarias para el cobro de la deuda tributaria, aun cuando se hubiera iniciado el procedimiento por delito contra la Hacienda Pública.

PALABRAS CLAVE:

Delito fiscal, Hacienda Pública, investigación patrimonial, órgano judicial, tanto de culpa.

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the scope of the 19th Additional Provision of LGT introduced by Law 7/2012, of October 29, and its necessary connection with art. 305.5 CP, in its current form provided by the Organic Law 7/2012, of December 27. While additional provision proceeded to implement the mandate contained in Art. 305.5 of the Criminal Code under which, in proceedings for an offense against the Public Treasury, in the face of execution of sentence of fine and civil liability, judges and courts shall seek the help of the services of the tax that required by the administrative enforcement procedure provided for that purpose, after the reform in that art. 305.5 is expected to maintain its Tax Administration executive order to be able to undertake the necessary actions for the collection of the tax debt, even if it had started criminal proceedings against the Treasury.

KEYWORDS

Tax Crime, Public Finance, equity research, Judiciary, both guilt.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMONOVENA INTRODUCIDA EN LA LGT POR LA LEY 7/2012, DE 29 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA Y PRESUPUESTARIA PARA LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE.

III. LA APLICACIÓN DEL ART. 305 DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 7/2012.

I. INTRODUCCIÓN.

Como es sabido el ordenamiento jurídico y, concretamente el Código Penal (CP), aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, modificada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tipifica como delitos determinadas conductas de los sujetos pasivos (ya se trate de acciones u omisiones) que lesionan el patrimonio público de la Administración como persona jurídico-pública, esto es, un bien jurídico protegido perfectamente determinado. Son estos supuestos que revisten, por la cantidad defraudada, una especial gravedad, los que ha determinado que el legislador proceda a su tipificación como delito con unos efectos más graves que aquellos que corresponderían a una infracción tributaria.

Los arts. 305 a 310 del citado Código, integrados dentro de su Título XIV, regulan estos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, tipificando como tales las conductas que el legislador ha considerado de especial gravedad, ya se refieran a la falta de pago de un tributo (supuesto típico del delito fiscal) o se trate de aquellas que generan un gasto público, falseando las conductas previstas en la ley. Los citados preceptos tipifican determinados comportamientos como constitutivos de delitos contra la Hacienda Pública, previendo tanto la elusión del pago de tributos o el disfrute indebido de beneficios fiscales, como el fraude de subvenciones. Concretamente establece el Código Penal como principales tipos delictivos que interesan al Derecho Financiero y Tributario los siguientes: el delito de defraudación tributaria (arts. 305 y 306); el delito estrictamente contable y el delito contable con incidencia tributaria (art. 310); el delito de defraudación contra el patrimonio de la Comunidad Europea (aplicación indebida de las subvenciones o elusión de ingresos); el delito de defraudación a la Seguridad Social (elusión de pago de cuotas y obtención indebida de devoluciones o deducciones, objeto de regulación en el art. 307 CP); y el delito por obtención indebida (a través de falsedades u ocultación) de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas (arts. 308 y 309).

Todas estas figuras delictivas quedan encuadradas dentro del citado Título XIV del Código Penal. Y es que, siguiendo una tradición ya muy arraigada en nuestro Derecho, en donde estos delitos encuentran acogida en el Código Penal y no en leyes especiales (como suele ocurrir en otros ordenamientos) la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el citado Código, incluyó en su Libro II un Título, el XIV, bajo la rúbrica “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, comprensivo de los arts. 305 a 310, que tipifican determinadas conductas constitutivas de ilícitos criminales,

suprimiéndose además las dos condiciones que, desde el punto de vista de la procedibilidad, establecía con anterioridad la antigua Ley de 1977. Las cuantías de todos estos delitos fueron modificadas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 2004, pudiendo ser aplicadas además retroactivamente a los delitos y faltas cometidos antes de la entrada en vigor, en el supuesto de que resulten más favorables para el reo.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dentro del ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, acometió un endurecimiento de las penas al objeto de hacerlas más adecuadas y proporcionales a la gravedad de las conductas. Se previó asimismo que los jueces y tribunales recaben el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil. Adicionalmente la citada Ley, en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, otorgó carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, exigiéndose para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De este modo quedaron recogidos los elementos fundamentales de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS), que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía. La circunstancia 6.^a del art. 21 pasó a ser 7.^a y se añadió una circunstancia 6.^a con la redacción siguiente: *“6.^a La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”*.

La Ley Orgánica 5/2010 reguló de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dada la existencia de determinados instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para aquéllas, especialmente tratándose de figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (caso, por ejemplo, de las transacciones comerciales internacionales, del blanqueo de capitales, etc.). Esta responsabilidad únicamente puede ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. De cara a la fijación de dicha responsabilidad de las personas jurídicas se opta por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Asimismo se clarifica que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física, suprimiéndose a tal efecto el antiguo apartado 2 del art. 31.

En este ámbito se procedió a concretar un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las anteriormente denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos, etc.)–, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales

o de la Seguridad Social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho Comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, de conformidad con el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas únicamente para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo art. 66 *bis* del Código.

Asimismo se tuvo en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general, regulándose taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Y, con la finalidad de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se articularon previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.

En la actualidad los delitos fiscales son perseguibles de conformidad con lo dispuesto al respecto en el Código Penal, no existiendo ya monopolio alguno por parte de la Administración para el ejercicio de la acción penal y habiendo desaparecido la prejudicialidad tributaria. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 180 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), cuando la Administración tributaria aprecie que determinadas infracciones pudieran ser constitutivas de delito contra la Hacienda Pública habrá de abstenerse de continuar el procedimiento sancionador, pasando el tanto de culpa a la jurisdicción competente o, en su caso, remitiendo el expediente al Ministerio Fiscal, previa audiencia al interesado. Así, se considera delito tanto la conducta consistente en dejar de ingresar lo debido (conducta típica del delito fiscal), como aquella otra consistente en provocar un gasto público no ajustado a Derecho, superándose de este modo la vieja identificación existente entre delito fiscal y delito contra la Hacienda Pública. Y es que no sólo delinque contra la Hacienda Pública quien deja de ingresar un tributo, sino también quien se beneficia ilegalmente de una subvención. Tradicionalmente se tendía a poner más el acento en el daño que causa al Estado quien no ingresa que en la lesión que infiere al mismo quien provoca un determinado gasto. Afortunadamente la situación ha cambiado, y el vigente Código Penal tipifica como delito ambas conductas, poniendo de manifiesto la existencia de una mayor sensibilidad por parte del legislador hacia aquellas conductas que provocan un incremento indebido del gasto público.

El establecimiento del trámite de audiencia constituyó una novedad legislativa introducida por la vigente LGT, que vino así a recoger un amplio sentir doctrinal, concretando además una consolidada doctrina jurisprudencial que postulaba la aplicación, con ciertos matices, de los principios del orden penal en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Ya en el año 2005, vigente la actual Ley 58/2003, la Administración tributaria, tratándose de

procedimientos iniciados antes de 1 de julio de 2004 (fecha de entrada en vigor de aquélla), continuó remitiendo actuaciones al Ministerio Fiscal sin dar trámite de audiencia al interesado al estimar que, de acuerdo con lo establecido en la Disp. Transit. 3ª de la Ley 58/2003, los procedimientos debían regirse por la normativa vigente cuando se iniciaron. Ni siquiera se entendió aplicable la Disp. Transit. 4ª de la propia LGT que, al declarar la retroactividad de la nueva Ley en aquello que resultase favorable en materia de infracciones y sanciones, extendió tal retroactividad a la regulación sustantiva de dichas infracciones y sanciones pero no, tal y como concluye la Administración tributaria, al procedimiento sancionador.

Tampoco el Tribunal Constitucional (TC) se mostró excesivamente proclive al cumplimiento del referido trámite de audiencia. Así, por ejemplo, en su Sentencia 18/2005, de 1 de febrero, a través de la que se desestimaba un recurso de amparo, señaló el intérprete supremo de nuestra Constitución que el hecho de que la Inspección de los Tributos, obviando el mandato contenido en distintos preceptos reglamentarios, no notificara al contribuyente las diligencias en que hizo constar su posible responsabilidad penal y ocultara la remisión del expediente a la Fiscalía, no supone desconocer los derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución (CE), es decir, los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada, dado que todos estos derechos (entendió el Tribunal), van a ser respetados en el proceso penal. Y ni siquiera el hecho de que al dictarse la Sentencia del TC se encontrara ya vigente la actual LGT, en cuyo art. 180.1 se estableció de manera expresa el carácter preceptivo del trámite de audiencia con carácter previo a su remisión al Juez o Fiscal, ha sido tenido en cuenta como elemento interpretativo por el citado Tribunal.¹⁴⁵

No obstante la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, modificó el art. 180 de la LGT con la finalidad de suprimir el trámite de audiencia en los supuestos de expedientes de delito contra la Hacienda Pública, es decir, cuando la Inspección considere que existen indicios de que el contribuyente pudiera haber cometido un delito contra la Hacienda Pública. Tras la reforma operada por la citada Ley se dispuso que, con carácter previo a la suspensión, se diese audiencia al interesado, salvo cuando se aprecie que se trata de redes o tramas organizadas de defraudación tributaria o, en cualquier otro caso, cuando puedan perjudicar las futuras diligencias de investigación o actuaciones judiciales. De este modo, al apreciarse la existencia de indicios de delito fiscal, la Inspección debe suspender el procedimiento administrativo, emitiendo informe en el que detalle los citados indicios y remitiéndolo, junto con los justificantes del mismo (declaraciones, facturas, etc.), al Ministerio Fiscal a través del Inspector Jefe.

A nuestro juicio esta supresión del trámite de audiencia puede resultar positiva, en la medida en que dicho trámite representaba una cortapisa clara al favorecimiento de las in-

145 Naturalmente lo que se instaba en el amparo en el citado supuesto no era el reconocimiento de dichos derechos en el proceso penal, sino en el procedimiento administrativo sancionador. En este sentido resulta significativo señalar que el propio TC, en su Sentencia 204/2004, de 18 de noviembre, dictada por el Pleno, no admitió el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por haberse omitido por el órgano judicial proponente de la cuestión, el trámite de audiencia al Ministerio Fiscal. En consecuencia, a partir de la remisión del expediente a la autoridad judicial, los órganos administrativos se abstienen de continuar el procedimiento administrativo, que queda suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

vestigaciones tributarias de mayor trascendencia. De este modo se favorece el desarrollo de las actuaciones inquisitivas que pudieran realizarse una vez sea remitido el expediente al Ministerio Fiscal. Resultó no obstante criticable el hecho de que la citada disposición introdujese una excepción al régimen de la audiencia previa, como es la relativa a la posibilidad de que la Administración pueda proceder a una determinación unilateral de lo que constituye “red o trama organizada”, sin que se establezcan los más mínimos criterios para definir qué se entiende por tal. Se atribuyó además a la Inspección la posibilidad de denegar el derecho a la audiencia cuando la misma pueda perjudicar “futuras diligencias de investigación o actuaciones judiciales”.

Por otro lado en este punto se planteó una cuestión esencial, como es la relativa a la determinación de la eficacia interruptiva del plazo de prescripción del delito fiscal como consecuencia de la remisión del expediente a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. Señalaba tradicionalmente el art. 132.2 del Código Penal que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable. El significado de esta expresión “dirigirse contra el culpable”, dio lugar al surgimiento de numerosas discrepancias. Las SSTs de 28 de octubre de 1997 y de 29 de julio de 1998 estimaron que no bastaba con la presentación de la denuncia o de la querrela para interrumpir la prescripción, sino que era preciso además que el Juez la admitiera a trámite. En otros casos, sin embargo (Sentencia de 15 de octubre de 1994), el Alto Tribunal asociaba el momento interruptivo de la prescripción al auto de procesamiento o al auto de apertura del juicio oral según se tratara, respectivamente, del procedimiento ordinario o abreviado. Por último en otras ocasiones (Sentencia de 7 de junio de 1997) el TS, no sólo exigía para que tuviera lugar la interrupción la admisión a trámite sino que, además, exigía la citación y personación de denunciados y querrelados en concepto de imputados. Finalmente el TS, en su Sentencia de 26 de julio de 1999, cuyo criterio fue reiterado con posterioridad en las Sentencias de 3 de abril de 2003 y 15 de julio de 2004, entre otras, concluyó que el procedimiento se entiende dirigido contra el culpable cuando se presenta la querrela o la denuncia correspondiente. De este modo el Tribunal vino a poner fin a los distintos criterios que venían manteniéndose en su propia Sala Segunda.

En su Sentencia 63/2005, de 14 de marzo, el Tribunal Constitucional mantuvo no obstante un criterio distinto, al precisar que no basta, para que se interrumpa la prescripción, con la presentación de la querrela o de la denuncia, sino que es preciso además que se produzca un acto de interposición o de intermediación judicial. Ni que decir tiene que ello obligó a efectuar una nueva interpretación del art. 132.2 del Código Penal. Llegó a esta conclusión el Tribunal partiendo de la necesidad de que la prescripción se interprete, no ya sólo como un instituto jurídico formal o procesal (ya que el respeto de los plazos obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciantes y querellantes), sino que debe atenderse además a una concepción material o sustancial en virtud de la cual el establecimiento del plazo de prescripción obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, atendiendo a la consideración de que el transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal.

Con posterioridad afirmó el TC a este respecto en su Sentencia de 15 de noviembre de 2010 que aquella interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad crimi-

nal por un concreto ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en tanto en cuanto la adopción de dicha interpretación abrió paso a la condena a los demandantes por un delito contra la Hacienda Pública, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, tal y como sucede con el derecho a la libertad de los recurrentes *ex art. 17 CE*.

Igualmente en relación con la prescripción conviene tener en cuenta que, tanto el inicio de la misma como las causas de su interrupción y, sobre todo, la duración del período de prescripción, tratándose de los delitos contra la Hacienda Pública, no han de resultar necesariamente coincidentes con los que se fijan en caso de infracciones tributarias. Una de las cuestiones más debatidas ha sido aquella que trae su causa de la discordancia existente entre el plazo de prescripción del delito fiscal (cinco años *ex art. 131 CP*), y el establecido para estimar prescrita la deuda tributaria, las sanciones, o el derecho a la devolución de ingresos indebidos (cuatro años). Desde un primer momento, y frente a determinados planteamientos doctrinales, el TS estimó que la prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública es materia que regula el Código Penal (art. 131), debiendo estarse a ello. Así se guarda proporcionalidad y coherencia entre las reacciones correspondientes a las conductas constitutivas de delito y aquellas otras que sólo alcanzan el nivel de infracción administrativa, lo que se manifiesta, no ya sólo en la entidad de las sanciones, sino también en los plazos necesarios para que opere la prescripción. La unidad del ordenamiento jurídico no se ve afectada en modo alguno. No hay ninguna razón para que la prescripción en el ámbito fiscal, a parte de paralizar la actividad administrativa propia de ese ámbito, haya de significar también la inhibición de una iniciativa judicial en marcha, institucionalmente autónoma y que cuenta con sus propios recursos investigadores. Existe una perfecta compatibilidad, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, entre la opción representada por la renuncia estatal a investigar y perseguir los incumplimientos de índole tributaria una vez transcurridos cuatro años, y la decisión de mantener operativa la respuesta penal más allá de dicho plazo.

En su Sentencia 206/2009, de 23 de noviembre, se refirió el TC a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la apreciación sobre la prescripción del delito contra la Hacienda Pública. La citada Sentencia resolvía un recurso de amparo interpuesto contra Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2006, dictada a la luz de un procedimiento abreviado en virtud del cual se condenó al recurrente por cuatro delitos contra la Hacienda Pública a la pena de siete meses de prisión por cada uno de ellos, así como multa y penas accesorias. La demanda en cuestión aparecía fundada, de manera principal, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, como consecuencia de la indebida aplicación de la prescripción a los delitos referidos al impago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de los ejercicios 1993 y 1994, al haberse realizado una interpretación de la interrupción de la prescripción contraria a la doctrina constitucional establecida en la Sentencia del TC 63/2005, de 14 de marzo.

Señaló el Tribunal a través de la citada Sentencia, refiriéndose a las consecuencias derivadas de la no aplicación de la doctrina de la STC 63/2005, de 14 de marzo, sobre la prescrip-

ción penal, que la concurrencia o no de la prescripción constituye, en sí misma, una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios, careciendo en atención a su propio contenido de relevancia constitucional y proyectándose el control del TC exclusivamente sobre la motivación seguida por los órganos judiciales. Ahora bien ello no significa que cualquiera que resulte ser la decisión que se adopte en materia de prescripción dentro de un proceso penal sea irreversible a través del recurso de amparo. De conformidad con lo declarado por el Tribunal *“El canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción es el propio art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente”*.

Así las cosas estimó el Tribunal que la Audiencia Provincial de Madrid había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, por defecto de motivación, al condenar por delito fiscal al recurrente, sin tener en cuenta la doctrina constitucional contenida en la STC 63/2005, de 14 de marzo, relativa a la prescripción penal, en el sentido de que, a efectos de su cómputo, no basta para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona con la simple interposición de una denuncia o querrela, sino que se hace necesario la concurrencia de un acto de intermediación judicial antes de que finalice el plazo prescriptivo. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación ha de presentar un carácter más riguroso en dichos supuestos, ya que la prescripción penal afecta de lleno a los derechos de libertad del art. 17 de la Constitución. La decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal deja paso a la posibilidad de poder dictar una sentencia condenatoria que, en atención a su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, ya que descarta la concurrencia de uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* debido al transcurso del tiempo.¹⁴⁶

No le correspondía, en consecuencia, al TC entrar a enjuiciar si en el supuesto fáctico de referencia resultaba o no aplicable el instituto de la prescripción, sino únicamente revisar la constitucionalidad del enjuiciamiento concretamente efectuado por los órganos judiciales. Añade además el Tribunal que no se puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos supuestos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, a pesar de que no pueda ser calificada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Debido a ello, cuando el art. 132.2 del Código Penal declara que *“La prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable”*, dicha expresión no puede ser interpretada en un sentido distinto al de su claro tenor literal, esto

146 En palabras del Tribunal *“La decisión debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución –que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanos–, en el entendimiento de que dicha interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas (...) No resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los límites perseguidos por el instituto de la prescripción penal”*.

es, aquel en virtud del cual es indispensable para dicha interrupción que se haya iniciado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable, no puede ser otro que el procedimiento penal, esto es, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el actual Estado de la legislación.

Concluyó pues el Tribunal Constitucional que aquella interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal presenta un carácter lesivo del derecho de demandante a la tutela judicial efectiva. Y ello en la medida en que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la Hacienda Pública, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del sujeto que consagra el art. 17 de la Constitución.

Una vez producida la prescripción de la deuda tributaria, de ella no se sigue en absoluto, como efecto necesario, la automática desaparición de todo bien jurídico merecedor de tutela. La extinción por prescripción de la obligación tributaria no determina la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, ya que la tipicidad se produjo en el momento en que se consumó la acción u omisión típica, y en ese momento existía la deuda tributaria y su elusión en forma típica. La subsistencia de la responsabilidad civil derivada del delito no se encuentra mecánicamente asociada a aquellos que resulte de la aplicación de otras ramas del Derecho, tal y como se advierte claramente en los delitos de carácter patrimonial. La acción civil no nace de la deuda preexistente al delito, sino del delito mismo. Y tampoco cabe considerar la aplicación analógica de la excusa absolutoria de regularización tributaria, ya que la aplicación de una norma por analogía requiere que concorra identidad de razón (art. 4.1 del Código Civil) y es claro, a juicio del Tribunal, que las razones de utilidad que subyacen en la excusa absolutoria de regularización tributaria (concretamente, el favorecimiento o la promoción del pago voluntario) no concurren cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente.¹⁴⁷

En el ámbito de la prescripción del delito, y con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, la Ley Orgánica 5/2010 optó por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos. Para llevar a cabo esta tarea se prestó especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuando

147 Esta es, además, la doctrina que viene manteniendo el TS de forma reiterada, entre otras, en sus Sentencias de 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 6, 10 y 30 de octubre de 2001, 15 de julio y 5 de diciembre de 2002, 21 de marzo y 3 de abril de 2003, 22 y 30 de abril y 15 de julio de 2004 y 3 de febrero de 2005. Tan sólo, y con carácter excepcional, la Sentencia de 10 de octubre de 2001 entendió que la liquidación de la deuda tributaria se erigía en presupuesto de procedibilidad de las actuaciones penales de forma que, si la Administración había liquidado la deuda dentro del plazo de cuatro años, cabía iniciar el proceso penal, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo de prescripción del delito, es decir, cinco años. En cambio si, por el contrario, no había liquidado en esos cuatro años, al haber prescrito el tributo sin liquidación, no cabría iniciar actuaciones penales aunque no hubieran transcurrido los cinco años exigidos para la prescripción del delito.

menos, una actuación material del Juez Instructor. Asimismo se estimó necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción pueda llegar a tener la presentación de denuncias o querellas, optándose por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación, siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada.

Y, en el supuesto de que el órgano judicial no la admitiese a trámite o no dirigiese el procedimiento contra la persona denunciada o querellada, continuaría el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. Igualmente continuaría el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adoptase ninguna de las resoluciones citadas. Este replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconsejaba también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden, sin embargo, resultar extremadamente complejos y dilatados, terminaba originando un descrédito del sistema judicial, perjudicando además de manera especial a las víctimas de dichas figuras delictivas. En este sentido se optó por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años.

Una vez iniciada la tramitación por un presunto delito contra la Hacienda Pública se permite que la Administración, aun cuando todavía no exista liquidación, solicite al órgano judicial que la medida cautelar administrativa vigente (que hubiera sido adoptada durante la tramitación del procedimiento administrativo) se convierta en una medida cautelar judicial. En este caso, el plazo máximo de vigencia no será el de seis meses, que rige, salvo prórroga por otros seis meses, con carácter general, sino que será dicho órgano judicial el que decidirá sobre la extensión temporal de la medida, tal y como establece el art. 81.5.a) de la LGT 2003. Asimismo se permite a la propia Administración la adopción de medidas cautelares, una vez presentada denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, o se tramite un proceso judicial por dicho delito. En esta ocasión dichas medidas se encuentran dirigidas a garantizar la responsabilidad civil que pudiera acordarse, pudiendo consistir, al amparo de lo señalado en el art. 81.7 de la LGT 2003, en la retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Hacienda Pública a dichas personas.

La adopción de estas medidas ha de ser notificada tanto al interesado como al Ministerio Fiscal o al órgano judicial competente. Sin embargo, aun tratándose de una medida cautelar administrativa, tampoco juegan en este caso los límites temporales previstos, con carácter general, por el art. 81 de la LGT, debiendo ser el órgano judicial quien deba adoptar la decisión procedente al respecto. En el supuesto de que no se dicte una sentencia condenatoria, no podrá imponerse sanción administrativa. Y si no se hubiere apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria podrá iniciar o continuar sus actuaciones de acuerdo con los he-

chos probados por los Tribunales, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se suspendió.¹⁴⁸

El TS tiene declarado en Sentencia de 28 de marzo de 2001 que los delitos contra la Hacienda Pública son aplicables a todos los contribuyentes, independientemente de que la recaudación del impuesto competa a la Hacienda Pública Estatal, Autonómica o Local. E incluso, antes de la alusión expresa a la Hacienda Foral en la reforma de 1995, el Tribunal consideraba que debía entenderse incluida en el término “Hacienda Autonómica” (en el caso de Navarra) o en el de “Hacienda Local” (en el de las Diputaciones del País Vasco). El proceso por delitos contra la Hacienda Pública se rige por las reglas procesales aplicables a cualquier otro delito. Ahora bien, tal y como señaló el TC en sus Sentencias 136/2005, de 23 de mayo y 139/2005, de 26 de mayo, reiterando una doctrina que había sido acuñada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y adoptada además en diversos pronunciamientos posteriores, la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra sentencia condenatoria únicamente resulta posible cuando se celebra vista pública y se oye directa y personalmente a los imputados y a los testigos, de forma que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración y ponderación del testimonio de los acusados y testigos en los que se fundamenta el relato de los hechos probados. En el supuesto de que así no se

148 A este respecto se ha de tener presente que la Ley 7/2012 modifica la regulación aplicable a las medidas cautelares para permitir su adopción en cualquier momento del procedimiento cuando así se estime oportuno, permitiéndose a la Agencia Tributaria adoptar medidas cautelares en los procesos penales. Con carácter general se modifica el art. 81.5 de la LGT, permitiendo la adopción de las medidas cautelares en cualquier momento en que la Administración Tributaria actuante pueda acreditar de forma motivada y suficiente la concurrencia de los presupuestos para su adopción (*periculum in mora*) y el cumplimiento de los límites señalados en el apartado 3 del citado precepto (proporcionalidad). Recuérdese que, al amparo de la anterior regulación, dicho instante inicial era el de la propuesta de resolución, instante en el que ya se ha constatado a juicio del actuario que existe una deuda pendiente, habiéndose cuantificado su importe, con lo que la medida será proporcionada a la deuda que se pretende asegurar. Pues bien, a la luz de la nueva regulación aprobada la adopción de la medida cautelar se desliga de cualquier momento preciso en la fase de liquidación y se deja al arbitrio del funcionario proponente el instante concreto de su adopción. Ahora bien, tal y como ha precisado SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., “Primeras y preocupantes impresiones sobre el anteproyecto de ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria para la lucha contra el fraude”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2012, tratándose de un supuesto en el que ya se hubiese acreditado que existe una posible deuda, la cual estuviese en riesgo, siendo además la medida proporcionada al importe del débito, parecería más razonable proceder directamente a dictar la propuesta de liquidación en la que se constate esa deuda y se fije su importe. Tras la reforma operada cabría la posibilidad de que la Administración procediese a embargar cautelarmente bienes y derechos sin que se conozca por parte de aquélla la deuda de la que procede ese crédito, ni tan siquiera su importe. Con carácter adicional es objeto de modificación el art. 81.8 de la LGT, permitiéndose que la Administración adopte medidas cautelares de cualquier tipo (no ya solo retención de devoluciones y pagos) tras la presentación de denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, incluyendo también los casos en los que la denuncia no proceda de una previa actuación de la Inspección Tributaria y permitiendo dirigir las medidas cautelares en relación con cualquiera de los mencionados o incluidos en la querrela. De este modo la Agencia Tributaria asume competencias de los jueces, pudiendo adoptar medidas cautelares en procesos por delito fiscal sin intervención inicial del juez. Se contempla por ejemplo que, mientras un juez instruya una causa penal, la Hacienda Pública pueda embargar al deudor, competencia que hasta la fecha correspondía al órgano judicial. Cabe pues plantearse hasta qué punto se están invadiendo las competencias judiciales por la Administración. Piénsese que si la cuestión tributaria ya se ha judicializado al remitirse el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, lo lógico es que la medida cautelar se decida por el Juez Instructor que está conociendo del asunto y no por el órgano administrativo, que debería limitarse a llevar a la práctica las decisiones del órgano jurisdiccional.

hiciera, el Tribunal vulneraría el derecho del condenado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMONOVENA INTRODUCIDA EN LA LGT POR LA 7/2012, DE 29 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA Y PRESUPUESTARIA PARA LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE.

Establece la Disposición Adicional Decimonovena de la LGT introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de Modificación de la Normativa Tributaria y Presupuestaria para la Lucha Contra el Fraude, bajo el título “Competencias de investigación patrimonial en los procesos por delitos contra la Hacienda Pública”, lo siguiente: *“En los procesos por delito contra la Hacienda Pública, los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria mantendrán la competencia para investigar; bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda resultar afecto al pago de las cuantías pecuniarias asociadas al delito.*

A tales efectos, podrán ejercer las facultades previstas en los artículos 93, 94 y 162 de esta Ley, realizar informes sobre situación patrimonial de las personas relacionadas con el delito y adoptar las medidas cautelares previstas en el apartado 8 del artículo 81 de la misma.

De tales actuaciones, sus incidencias y resultados se dará cuenta inmediata al juez penal, que resolverá sobre la confirmación o levantamiento de las medidas adoptadas.

Las actuaciones desarrolladas se someterán a lo previsto en la presente Ley y su normativa de desarrollo, sin perjuicio que el juez decida la realización de otras actuaciones al amparo de lo previsto en el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Tal y como se puso de manifiesto en el Informe del Consejo General del Poder Judicial elaborado a la luz del Anteproyecto de Ley de Modificación de la Normativa Tributaria y Presupuestaria para la Lucha Contra el Fraude, la norma sustantiva penal impone al órgano judicial la obligación de recabar el auxilio de la Administración tributaria para que, de acuerdo al procedimiento de apremio regulado en la LGT y su Reglamento de desarrollo, pueda llevarse a cabo la ejecución de los pronunciamientos relativos a la pena y de multa y a la responsabilidad civil. En palabras del Consejo de Estado *“La Disposición Adicional Decimonovena robustecerá las competencias de la Agencia Tributaria, de cara a aflorar el patrimonio real de los obligados al pago en virtud de sentencia, pues posibilita que los órganos de recaudación de dicha Agencia puedan investigar los recursos económicos de aquéllos. Además, esta previsión concuerda con las facultades que el artículo 162 de la LGT les asigna en el ámbito tributario, en orden a comprobar en investigar la existencia y situación de los bienes o derechos de los obligados tributarios”.*

En efecto, la presente Disposición Adicional está llamada a implementar el mandato contenido en el art. 305.5 del Código Penal en virtud del cual, en los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, de cara a la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil (que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal, incluidos los intereses de demora),

los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio previsto al efecto.¹⁴⁹

Tuvo lugar pues la introducción de una nueva Disposición Adicional Decimonovena en la LGT de conformidad con la cual, en aquellos procesos por delito contra la Hacienda Pública los órganos de recaudación de la AEAT mantendrán la competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio de los posibles responsables, utilizando las facultades previstas en los arts. 93, 94 y 162 de la LGT y pudiendo, en su caso, adoptar medidas cautelares. Se trata, además, de una Disposición que ha de ser puesta en conexión con lo señalado en el nuevo art. 81.8 de la LGT. Todo ello con el objetivo de evitar que la Administración Tributaria vea impedido el ejercicio de sus facultades de investigación cuando se hubiera iniciado un procedimiento por un presunto delito contra la Hacienda Pública.

A la luz de la introducción de esta Disposición Adicional los órganos de recaudación de la AEAT mantienen determinadas competencias de obtención de información. En efecto, el legislador recuerda las competencias de investigación de los órganos de recaudación, las cuales se desarrollarán sin perjuicio de las competencias de la policía judicial.

Desde nuestro punto de vista, a la luz de esta reforma cabe plantearse hasta qué punto la Administración tributaria no está invadiendo competencias judiciales. *A priori* habría de ser el juez instructor quien, en el ejercicio de sus legítimas competencias, continuara valorando la necesidad de solicitar el apoyo de la AEAT, pero de ninguna manera que sea ésta la que tome la iniciativa. Incluso en aquellos supuestos en los que los ejercicios impositivos a los que se aluda en la querrela presentada por el Ministerio Fiscal a instancia de la AEAT estén prescritos, tal circunstancia habrá de ser valorada por el Juez Instructor ante la petición de la adopción de medidas cautelares efectuada por la Abogacía del Estado o el Fiscal.

Tal y como ha señalado a este respecto SÁNCHEZ PEDROCHE¹⁵⁰, la Administración carece de competencia alguna para determinar el importe de la responsabilidad derivada de la comisión del delito, ya que esto es una facultad exclusiva del Juez de lo Penal una vez celebrado el juicio oral. De este modo la medida cautelar que se adoptase por la AEAT al respecto podría resultar arbitraria, al referirse a una cuantía sobre la que no se ha pronunciado,

149 Recuérdese a este respecto que, para el ejercicio de la función investigadora a que se hecho mención, la nueva Ley habilita a los órganos citados para recabar la información con trascendencia tributaria de las personas físicas, jurídicas y autoridades competentes. Y, con la finalidad de asegurar o efectuar el cobro de la deuda, los órganos de recaudación podrán ejercitar las facultades que los arts. 142 y 146 de la citada Ley confieren a la inspección de tributos, sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el art. 81.8 de la Ley 58/2003, cuya adopción expresamente se contempla en el párrafo segundo de la Disposición adicional decimonovena. En todo caso dichas medidas enunciadas quedan sujetas a supervisión judicial, lo que implica la obligación asumida por los órganos de recaudación de dar cuenta inmediata al órgano judicial de las actuaciones practicadas con la finalidad de que este último pueda resolver sobre su confirmación o levantamiento. Se trata de una medida que ha de garantizar el efectivo control jurisdiccional sobre la ejecución del fallo, el cual deviene imperativo al amparo de lo previsto en el art. 117.3 de la Constitución.

150 SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., “Primeras y preocupantes impresiones sobre el anteproyecto de ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria para la lucha contra el fraude”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2012 (consultado en www.westlaw.es).

ni tan siquiera de forma provisional, el propio Juez Instructor. Nada se señala además acerca del instante en el que la Administración pueda hacer uso de esta facultad, con lo que cabría la posibilidad de actuar incluso antes de que exista un pronunciamiento del Juez Instructor sobre la procedencia de la acusación formulada que dio lugar a las diligencias previas penales.

En todo caso parece claro que, con independencia de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración tributaria, el órgano encargado de la ejecución penal conserva intactas las facultades que le atribuye el art. 989.2 de la LeCrim, en orden a esclarecer las rentas y el patrimonio presente y los bienes que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada mediante sentencia.

III. LA APLICACIÓN DEL ART. 305.5 DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE.

Tras la reforma del art. 305.5 del CP operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, el citado precepto dispone lo siguiente: *“5. Cuando la Administración tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.*

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”.

La introducción del presente apartado quinto ha constituido una de las principales novedades de la reforma operada en el Código Penal, la cual se justifica, como bien ha señalado MONTERO DOMÍNGUEZ¹⁵¹, a la luz del diferente e injustificable trato que la norma implica para el sujeto pasivo de un procedimiento penal derivado del incumplimiento de su obligación tributaria frente al que tendría que soportar en el supuesto de que la regularización de su situación se produjese en sede administrativa. Piénsese por ejemplo a este respecto en el diferente juego de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos. En el

151 MONTERO DOMÍNGUEZ, A., “La proyectada reforma de la regulación del delito contra la Hacienda Pública”, *Tribuna Fiscal*, núm. 263, 2012, pág. 11.

supuesto de que la regularización se produjese en sede administrativa la ejecutividad del acto de liquidación sería plena, salvo recurso o reclamación interpuesta contra el mismo y previa petición de suspensión acompañada, con carácter general, de garantía. En cambio la simple aplicación de lo dispuesto en el art. 180.1 de la LGT determinaría la paralización de las actuaciones administrativas, sin otras consecuencias tributarias a corto plazo.

Como seguramente se recordará, ya con motivo de los trabajos llevados a cabo durante la redacción de la reforma del Código Penal operada en el año 2010 se pretendió introducir un nuevo apartado en el art. 305.5 CP que permitiera a la Administración recaudar en vía de apremio tanto la cuota tributaria defraudada como incluso la multa, sin que, por tanto, quedara paralizado el procedimiento administrativo de recaudación por el hecho de que se remitiera el tanto de culpa al Ministerio Fiscal. Finalmente tuvo lugar la introducción de un quinto apartado en el art. 305, de conformidad con el cual *“En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley”*.

Ciertamente la intervención de la AEAT en la exigencia de la deuda derivada de un delito fiscal ya se encontraba prevista en la Disposición Final Décima de la Ley 58/2003, si bien sólo respecto de la deuda tributaria, y no respecto a la multa. Ahora bien, tal y como se encargó de precisar el TS en su Sentencia de 18 de diciembre de 2000, el delito supone que la obligación tributaria *ex lege*, surgida del hecho imponible, se transforma en una obligación *ex damno* derivada de aquél, constituyendo la sentencia que declara dicha responsabilidad el título de ejecución único para hacer efectiva la deuda tributaria. Pues bien, a través del citado apartado 5 del art. 305 CP se dotó del necesario rango orgánico a lo ya previsto en la Ley 58/2003 respecto a la cuota e intereses, extendiendo la intervención de la AEAT a la multa. En todo caso continuó siendo el órgano judicial el titular del monopolio de la ejecución ya que, según el art. 117.3 CP, le corresponde en exclusiva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El auxilio de la Agencia se presenta así como una mera posibilidad, pudiendo utilizarse por el juez penal con el alcance que estime conveniente.

Existiendo una fianza constituida en cuantía suficiente no habrá necesidad de auxilio alguno. Y en el supuesto de que existiesen bienes inmuebles ofrecidos en garantía el juez podrá ordenar la subasta de esos bienes si no se paga en el plazo establecido, o bien (al amparo de aquello que establece el art. 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas) encomendar a la Agencia o, en su caso, a las Haciendas Forales la investigación patrimonial que resulte necesaria para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio del condenado. Incluso cabría la posibilidad de que se encomendase la ejecución material a la Administración a través del procedimiento de apremio.

Como ya sabemos, con motivo de la modificación introducida en el apartado 5 del art. 305 CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se formuló una nueva concepción de la responsabilidad civil derivada del delito, limitando la misma al importe de la deuda tributaria

que la Administración Tributaria no hubiese podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria.¹⁵²

Repárese en el hecho de que el art. 305.5 CP se refería a la deuda tributaria que la Administración Tributaria no hubiese podido liquidar, dándose a entender así que no siempre aquélla habrá de paralizar el procedimiento de liquidación cuando se inician actuaciones penales. Y, si bien la remisión del tanto de culpa al juez penal interrumpe la prescripción tanto del derecho a liquidar (así lo establece el art. 68.1.b) de la LGT) como de las infracciones administrativas (de conformidad con lo dispuesto en el art. 189.3.b) de la citada Ley), el legislador de la Ley 58/2003 únicamente ordena de manera expresa paralizar el procedimiento sancionador y no el procedimiento inspector. En efecto, de la rúbrica del art. 180.1 LGT y de su ubicación sistemática dentro de los principios de la potestad sancionadora se desprende que la referencia efectuada a la necesidad de paralizar el procedimiento alude exclusivamente al procedimiento sancionador y no al procedimiento de liquidación.¹⁵³

¿Y qué sucedería en aquellos supuestos en los que la deuda tributaria pudiera determinarse y exigirse al margen de que exista o no delito, mediante la aplicación de presunciones? *A priori* en dicho caso no parece que la Administración pueda siempre continuar con el procedimiento de liquidación pese a la existencia de actuaciones penales, dada la existencia de la prejudicialidad penal, que requiere la existencia de actuaciones penales sobre los hechos, así como que la decisión que adopte el juez o tribunal penal pueda tener una influencia decisiva sobre la procedencia o cuantía de la liquidación. De este modo, existiendo indicios de delito, y tras remitir las actuaciones al Ministerio fiscal o pasar el tanto de culpa al juez penal, la Administración tributaria habría de valorar si la decisión que en su día se adopte en la vía penal tiene o no una influencia decisiva en la procedencia o en la cuantía de la liquidación. Siendo el resultado de dicha valoración positivo, la Administración habría de paralizar el procedimiento de liquidación, no ya sólo el correspondiente a los conceptos y ejercicios objeto de actuaciones penales, sino también todos los procedimientos de liquidación en curso que puedan verse afectados. Por el contrario, si de la valoración de la trascendencia de la decisión penal pendiente sobre la procedencia y cuantía de la liquidación resultase que aquélla adolece

152 Señala acerca de esta cuestión FALCÓN Y TELLA, R., “La reforma del Código penal: la nueva concepción de la “responsabilidad civil” derivada del delito fiscal y la posible concurrencia de éste con el delito de blanqueo”, *Quincena Fiscal*, núms. 1-2, 2011, pág. 9, que “*Ello rompe definitivamente, en mi opinión, la tesis de la novación en la naturaleza de la deuda como consecuencia del delito, pues es claro que la obligación tributaria no se extingue ni se transforma, sino que sigue siendo una obligación derivada del hecho imponible, y por tanto previa al delito, al menos en la parte que no sea imposible liquidar y recaudar en vía administrativa. Ello supone que corresponde a la Administración y al orden contencioso-administrativo la determinación de la deuda propiamente dicha, así como la adopción, en su caso, de las cautelas necesarias para asegurar su cobro*”.

153 De hecho, a pesar de que el art. 150.4 LGT establece que la remisión del tanto de culpa se considera como un supuesto de interrupción justificada que habilita (en el supuesto de que la interrupción efectivamente se produzca y, recayendo sentencia absolutoria, el procedimiento continúe sobre la base de los hechos declarados probados) para ampliar el plazo de inspección en otros doce meses, ello no implica en ningún caso que la Administración quede obligada a interrumpir el procedimiento administrativo de liquidación. Simplemente se suspenderá el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras, cuyo cómputo se reanudará, no apreciándose la existencia de delito, a partir del momento en que se tenga conocimiento de la correspondiente resolución.

de influencia decisiva sobre la misma, el procedimiento administrativo habría de continuar respecto a la cuota e intereses, exigiéndose la deuda en vía administrativa con el correspondiente control en vía económico-administrativa y contencioso-administrativa.

La reforma operada en el art. 305.5 del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, atribuyó a la Administración tributaria y, más precisamente, a los órganos de recaudación, no ya sólo la ejecución de la responsabilidad civil, sino también la de la pena de la multa. Y ello a pesar de que la ejecución de las penas se presenta como una cuestión de orden público, sujeta al procedimiento común de ejecución de sentencias, de conformidad con lo declarado en los arts. 117.3 CE y 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de conformidad con el cual *“La ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme”*.

Como bien ha puesto de manifiesto MARTÍN QUERALT¹⁵⁴, resulta complicado comprender cuales puedan ser las ventajas derivadas del citado sistema de ejecución, ya que aquellas incidencias que surjan de la ejecución de una pena criminal, por más que puedan llegar a ser de contenido pecuniario, habrán de resolverse por el Juez o Tribunal que las hubiese dictado. En cierta medida se está contribuyendo a la confusión procedimental, en perjuicio de la pretendida eficacia administrativa.

En todo caso, a resultas de dicha reforma se permitió que la Administración, cuando aprecie indicios de comisión de un delito, pueda liquidar separadamente, por una parte los conceptos y cuantías no vinculados con el posible delito contra la Hacienda y, por otra, los que se encuentren vinculados con el mismo. La principal consecuencia derivada de lo anterior no será otra que la existencia de dos liquidaciones separadas que podrá practicar la Administración. Y, tal y como precisó el art. 305.5 CP, la liquidación que “en su caso” derivase de aquellos conceptos y cuantías que se encontrasen vinculados al posible delito contra la Hacienda seguiría la tramitación que al efecto estableciese la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajustara a lo que se decida en el proceso penal.

Por otra parte dispuso el citado precepto que la existencia de un procedimiento por delito contra la Hacienda no paralizaría la acción de cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, acordara la suspensión con garantía o con dispensa total o parcial de la misma si la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. Esta no interrupción del procedimiento de liquidación de la deuda tributaria podría seguir su curso, en un primer lugar, cuando la Administración, a pesar de apreciar indicios de delito, continuase con aquélla de forma separada, liquidando los tributos que no están vinculados al posible delito, aplicando al efecto la normativa tributaria ordinaria con su propio régimen de recursos y liquidando los que sí están ligados al ilícito penal. Y ello con la finalidad de alcanzar los objetivos recaudatorios que tiene asignada la Administración y no paralizarse las actuaciones administrativas que van en beneficio del contribuyente infractor. En los supuestos de deuda relacionada con el delito fiscal se seguirá la tramitación que establezca la normativa tributa-

154 MARTÍN QUERALT, J., “Delito fiscal: una crispada relación entre Derecho Tributario y Derecho Penal (II)”, *Tribuna Fiscal*, núm. 243, 2010, pág. 7.

ria, sin perjuicio de que finalmente esa liquidación se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

Tuvo lugar además la no interrupción de la acción liquidatoria o de cobro por el Ente público afectado por la defraudación cuando se haya iniciado el proceso penal, continuándose con ella salvo que el Juez de oficio o a instancia de parte hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Y, en el supuesto de que no pudiese prestarse garantía, en todo o en parte, el Juez excepcionalmente podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

Se perseguía así eliminar la situación de privilegio en que se hallaba con anterioridad el presunto delincuente, situándolo en la misma posición que se encuentra cualquier otro obligado tributario, ya que el primero gozaba con la paralización de la acción de cobro de una prerrogativa en su beneficio retrasando injustificadamente el que la Administración hiciese la oportuna liquidación de la deuda, pudiendo disponer éste de su patrimonio salvo las cautelas adoptadas en su contra, a la vez que aquella veía como no obtenía en su momento los recursos que le corresponden conforme a la normativa impositiva. A mayor abundamiento, y tal y como ha precisado MUÑOZ CUESTA¹⁵⁵, el ordenamiento comunitario exigía esa acción de liquidación aún cuando el proceso penal se hallase incoado, con el finalidad de que no se paralizase la acción de cobro de las deudas tributarias que constituyen recursos de propios de la Unión Europea, acompasándose así la legislación nacional a la comunitaria.

Por otro lado al amparo de dicha redacción otorgada al art. 305.5 del Código Penal que, tuvo su origen en aquello que estableció en su día la Disposición Adicional Décima de la LGT, cabría la posibilidad de interpretar que se confirma la existencia de un tipo de interés específico y singular (el interés de demora) en aquellos casos en los que la responsabilidad civil nace de un delito contra la Hacienda Pública, a diferencia de lo que sucede con aquel interés que se devenga en la generalidad de los delitos (el interés legal), en cuyo caso sólo se devengaría el interés de demora a partir del instante en que exista una primera sentencia condenatoria y no a partir del momento en que se cometió el delito. Si así fuese los procedimientos en curso habrían de sujetarse al régimen común de cómputo de intereses, es decir, interés legal, y sólo interés de demora a partir del instante en el que hubiese sentencia condenatoria y ésta afectase a hechos cometidos con posterioridad al 24 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la presente reforma del Código Penal.

En todo caso, a la luz de la reforma operada en 2010 se permitió que la Administración Tributaria pudiera cobrar la deuda tributaria sin suspender el procedimiento administrativo por la mera remisión de las actuaciones a la jurisdicción penal. No obstante inicialmente no se había procedido a realizar dicho cobro ante el tenor del art. 180 de la LGT en su anterior redacción.

155 MUÑOZ CUESTA, F. J., “La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2013.

Con carácter general esta paralización del cobro de la acción administrativa resulta contraria a lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución, en tanto en cuanto no se justifica, ni siquiera por la incidencia de la vertiente penal, esta nueva posposición del deber legal de contribuir. Piénsese además a este respecto que ya con anterioridad el cumplimiento de dicha obligación fue pospuesto de manera ilícita por el propio obligado tributario en el instante en el que se produjo el incumplimiento de la obligación tributaria.

Pues bien, con motivo de la reforma operada en el presente caso por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, se permite la liquidación administrativa y su cobro de forma simultánea a la tramitación del procedimiento penal. En este sentido se prevé la separación entre la liquidación de los conceptos tributarios que no se vean incididos por el ejercicio de la acción penal y la de aquellos otros que se encuentren en la base del ejercicio de ésta, previéndose a tal efecto la necesaria modificación de la LGT, que deberá incorporar un nuevo tipo de liquidaciones a resultas de dicha posibilidad, distintas de las actualmente reguladas. Igualmente será necesario adecuar la norma legal tributaria en los distintos aspectos sustantivos y gestores vinculados a los procedimientos de aplicación de los tributos (caso de los procedimientos de comprobación e investigación y del procedimiento de recaudación), así como a los vinculados a las facultades de revisión en vía administrativa y a los relativos al ejercicio de la potestad sancionadora.

Con carácter general la Administración podrá dictar un acto de liquidación con independencia del inicio del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública. En efecto la Hacienda Pública podrá proceder a la liquidación separada de la cuota tributaria, en función de si se trata o no conceptos tributarios vinculados con los hechos constitutivos del delito contra la Hacienda Pública denunciado. Y, con carácter general, la existencia del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará el ejercicio de la acción de cobro de la deuda tributaria.

Se prevé así la posibilidad de liquidar de forma separada, de una parte, los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública. Y, de otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública. Esta liquidación habrá de seguir la tramitación ordinaria, sujetándose al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Se trataría por tanto de una liquidación de aquellos elementos ajenos a los que hubiesen podido determinar que se acordara pasar el tanto de culpa, no quedando afectados por la prejudicialidad penal a que se refiere el art. 10.2 de la LOPJ, tal

y como señala BERTRÁN GIRÓN¹⁵⁶, para quien *“Parece razonable que si, como ocurre en ocasiones, hay conceptos que deben ser liquidados pero en los que no puede apreciarse en modo alguno la existencia de dolo, pueda continuar el procedimiento administrativo sin que se vea afectado por una proceso penal que versa sobre hechos distintos – lo que excluiría la eventual existencia de prejudicialidad”*.

En todo caso, hasta que no proceda a reformarse la LGT y el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, habrá de paralizarse el procedimiento administrativo de comprobación e investigación en virtud de lo establecido en el art. 180 de la Ley, no pudiendo la Administración Tributaria continuar el procedimiento de comprobación e investigación desarrollado al efecto.

De conformidad con lo establecido en el último inciso del párrafo segundo del presente apartado se establece una especie de condición resolutoria en virtud de la cual lo actuado por la Administración en relación con las liquidaciones vinculadas al presunto delito fiscal queda sometido a aquello que pueda decidirse en el proceso penal. Y es que habrá de ser el juez penal el encargado de fijar los hechos que determinen la cuota tributaria defraudada, debiendo ajustarse aquella a los pronunciamientos que pudieran dictarse en sede penal, al objeto de evitar una vulneración de los principios de prejudicialidad penal y de preferencia de dicho orden jurisdiccional.

Recuérdese además que, tal y como establece el art. 68.7 de la LGT, el plazo de prescripción de la deuda tributaria habrá de reanudarse desde el momento en el que la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

Tal y como se establece en el último párrafo del precepto, con la finalidad de mejorar el cobro de aquellas deudas tributarias que se encuentran vinculadas a un procedimiento penal, la existencia de dicho procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria, pudiendo iniciarse por la Administración tributaria las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar

156 BERTRÁN GIRÓN, F., “El proyecto de ley de reforma del art. 305 del Código Penal: principales novedades”, ob. cit. (consultado en www.laleydigital.es). Por su parte IGLESIAS CAPELLAS, J., “La prejudicialidad tributaria en el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública”, Impuestos, núm. 3, 2013, plantea a este respecto que *“Si la Administración tributaria puede dictar un acto de liquidación independientemente del inicio del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, parece razonable entender que correlativamente el contribuyente podrá decidir si se opone a ella mediante la interposición de los correspondientes recursos en vía económico-administrativa y posteriormente en la vía contencioso-administrativa, en cuyo caso, tarde o temprano, se producirá una situación hasta ahora desconocida en nuestra práctica jurisdiccional como es la de la posible concurrencia entre un procedimiento contencioso-administrativo y un proceso penal, cuando la cuota tributaria defraudada por un contribuyente supere los 120.000 euros, y la Administración tributaria estime que dicho comportamiento puede merecer una sanción privativa de libertad”*.

la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. En efecto, se atribuye al juez penal la competencia para suspender el procedimiento de recaudación en vía de apremio, otorgándosele la competencia para paralizar la ejecución de una liquidación administrativa, poniéndose en relación la iniciación de un proceso penal por delito contra la Hacienda Pública con la presentación de un recurso administrativo o contencioso-administrativo.

De este modo se prevé que la Administración Tributaria mantenga su autotutela ejecutiva al objeto de poder acometer las actuaciones necesarias para el cobro de la deuda tributaria, aun cuando se hubiera iniciado el procedimiento por delito contra la Hacienda Pública. Y ello sin perjuicio de que el encausado pueda llegar a solicitar la suspensión ante el juez de lo penal. Con carácter adicional se atribuye la competencia para valorar la forma, alcance y, en su caso, exención de la prestación de la garantía al juez del orden penal. Ello ha de contribuir a lograr un mayor resarcimiento del perjuicio que se ocasiona al bien jurídico protegido por quienes cometen el delito contra la Hacienda Pública.

En resumen, se trata de una reforma que parece respetar el derecho a la tutela judicial efectiva así como la presunción de inocencia (regulada en el art. 24 CE) y el principio de *non bis in idem* (recogido en el art. 25 CE)¹⁵⁷. En todo caso la presente modificación se vincula a la desaparición del mecanismo de la excusa absolutoria y su sustitución por la inclusión de la regularización en el tipo. Queda así eliminado el concepto de responsabilidad civil, de manera que aquello que se estaría cobrando sería, en sentido estricto, una deuda tributaria. Y sería el impago ordinario de dicha deuda nacida con anterioridad al inicio del proceso penal lo que determinaría la existencia de dicha prioridad. No obstante se contempla igualmente la posibilidad de someter la actuación administrativa a la decisión adoptada *ex post* en sede judicial.

157 Recuérdese que, al amparo del necesario respeto que ha de producirse al citado principio, la prevalencia penal sobre la administrativa queda fundamentada en el respeto a los hechos fijados por el juez penal mediante sentencia.

Normativa regional y estatal



NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA.- DISPOSICIONES GENERALES. AÑO 2013.

BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO.

JEFATURA DEL ESTADO.-

Real Decreto-Ley 1/2013, de 25 de enero por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas (BOE.26-1-13)

Medidas urgentes.- RD-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero. (BOE. 2-2-13)

Justicia. Tasas.- RD-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración e Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. (BOE. 23-2-13)

Emprendedores. Creación de empleo.- R.D.-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE. 23-2-13)

Vida laboral.-R-D-Ley de 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. BOE. 16-3-13)

Medidas financieras.-Real Decreto-Ley de 22 de marzo de protección de determinadas productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.- (BOE: 23-3-13)

Poder Judicial.- Ley Orgánica 1/2013, de 11 de abril, sobre el proceso de renovación del Consejo General del Poder Judicial, por la que se suspende la vigencia del artículo 112 y parcialmente el 114 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. (BOE. 12-4-13)

Protección de deudores hipotecarios.- Ley 1/2013, de 1 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.- (BOE. 15-5-13)

Costas.- Ley 2/2013 de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas. (BOE. 30-5-13)

Organización.- Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE. 5-6-13)

Alquiler de viviendas.- Ley 4/2013 de 4 de junio de medidas de flexibilidad y fomento del mercado del alquiler de viviendas.- (BOE. 5-6-13)

Dopaje.- Ley Orgánica 3/2013 de 20 de junio, de protección de la salud de los deportistas y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. (BOE. 21-6-13)

Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.- Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE. 27-6-13)

Poder Judicial.- Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de Reforma del Consejo General del Poder Judicial por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.- (BOE. 29-6-13)

Medidas urgentes.- R.D.-ley 7/2013 de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación el desarrollo y la innovación. (BOE. 29-6-13)

Medidas urgentes.- R.D.-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a las entidades locales con problemas financieros (BOE. 29-6-13)

Transportes.- Ley Orgánica 5/2013. de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable. (BOE. 5-7-13)

Transportes terrestres. Seguridad Aérea.- Ley 9/2013 de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea. (BOE. 5-7-13)

Emprendedores.- Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (BOE. 28-9-13)

Entidades financieras.- R.D.-Ley 14/2013.d e 29 de noviembre de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. (BOE. 30-11-13)

Educación.- Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (BOE. 10-12-13)

Transparencia. Acceso a la información. Buen gobierno.- Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (BOE 10-12-13)

Unidad de mercado.-Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado (BOE. 10-12-13)

Medio Ambiente.- Ley 21/2013 de 9 de diciembre de evaluación ambiental. (BOE. 11-12-13)

Contratación estable y empleabilidad d los trabajadores.- Real Decreto-ley 16/2013 de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE. 21-12-13)

Presupuestos Generales del Estado.- Ley 22/2013 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. (BOE. 26-12-13)

Seguridad Social. Pensiones.- Ley 23/2013 de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE. 26-12-13)

Sector Eléctrico.- Ley 24/2013, de 26 e diciembre del Sector Eléctrico. (BOE 27-12-13)

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA.-

Transporte por carretera.- R.D. 128/2013, de 22 de febrero, sobre ordenación del tiempo de trabajo para los trabajadores autónomos que realizan actividades de transporte por carretera (BOE. 23-1-13)

Cualificaciones profesionales.- Abogados y Procuradores.- Orden PRE/421/2013, de 15 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, en relación con la prueba de aptitud que deben realizar los abogados y procuradores nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea y de los Estados parte del Espacio Económico Europeo para acreditar un conocimiento preciso del derecho positivo español. (BOE. 18-3-2013)

Modificación genética. Régimen jurídico de control.- Real Decreto 191/2013 de 15 de marzo por el que se modifica el R.D. 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General para el desarrollo y ejecución, de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por el que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (BOE. 28-3-13).

Sector público.- Real Decreto 701/2013 de 20 de septiembre de racionalización del sector publico. (BOE 25-9-13)

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.-

Órganos judiciales.- Acuerdo de 7 de marzo de 2013 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/2010, de 25 de Febrero, que regula provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales (BOE; 27-3-13)

Carrera Judicial. Incapacidad temporal.- Acuerdo de 12 de junio de 2013, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la instrucción 1/2013, sobre retribuciones en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros de la carrera judicial.- (BOE. 21-6-13)

Carrera Judicial.- Acuerdo del 25 de julio de 2013 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca un proceso selectivo para provisión de plazas, entre ju-

ristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado.(BOE 24-9-13)

Letrados al servicio del Tribunal Supremo.- Acuerdo de 26 de noviembre de 2013 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca concurso para la provisión de plazas de Letrado al servicio del Tribunal Supremo. (BOE. 4-12-13)

CORTES GENERALES.-

Vida laboral.- Resolución de 11 de abril de 2013 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE. 17-4-13)

Medidas financieras.- Resolución de 11 de abril de 2013 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del R.D.-ley 6/2013, de 22 de marzo de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. (BOE. 17-4-13)

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACION.-

Acuerdos Internacionales.- Declaración de aceptación por España de la adhesión del Reino de Marruecos al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en la Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE 11-3-13)

Acuerdos Internacionales.- Declaraciones de España al Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia jurídica en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000.(BOE. 5-7-13)

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.-

Seguridad Social.-Orden ESS/56/2013, de 28 de enero por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 17/2012 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE. 29-1-13)

Seguridad Social. Accidentes de trabajo.- Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes (BOE. 30-1-13)

Seguridad Social.- Resolución de 13 de mayo de 2013, de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social por la que se establece el Plan General de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por la mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2013. (BOE. 22-5-13)

Pensiones. Seguridad Social.- Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio de 2014 (BOE. 30-12-13)

Salario Mínimo Interprofesional.- Real Decreto 1046/2013, de 27 de diciembre por la que se fija el Salario Mínimo Interprofesional. (BOE. 30-12-13)

MINISTERIO DE FOMENTO.-

Orden FOM/2861/2013, de 13 de diciembre, por la que se regula el documento de control administrativo exigible para la realización de transporte público de mercancías por carretera (BOE 5-1-13)

Vivienda.- Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 20113-2016. (BOE. 10-4-13)

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.-

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- Orden HAP/70/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 230º Impuesto sobre la renta de las personas físicas e Impuesto sobre la Renta de los No Residentes: retenciones e ingresos a cuenta del Gravamen Especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas: Impuesto sobre Sociedades: Retenciones e ingresos a cuenta sobre los premios de determinadas loterías y apuestas. Autoliquidación y el Modelo 136 e Impuesto sobre la Renta de no Residentes Gravamen especial sobre los Premios de determinadas Loterías y Apuestas. Autoliquidación. (BOE 31-1-13)

Información tributaria.- Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 720, declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y se determina el lugar, forma, plazo y el procedimiento para su presentación (BOE. 31-1-13)

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Patrimonio.- Orden HAP/470/2013, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2012, se determinan el lugar, forma, y plazos de presentación de los mismos, se establecen los procedimientos de obtención o puestos a disposición, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos. (BOE. 26-3-13)

Tasas.- Orden HAP 490/2013 de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden HAP 2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación. (BOE. 30-3-13)

Derecho de la Unión Europea.- Real Decreto 515/2013 de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE. 6-7-13)

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGIA Y TURISMO.-

Real Decreto 1718/2012, de 28 de diciembre por el que se determina el procedimiento para realizar la lectura y facturación, de los suministros de energía en baja tensión con potencia contratada no superior a 15 Kw. (BOE 14-1-13)

MINISTERIO DE JUSTICIA.-

Organización.-Orden JUS/132/2013, de 24 de enero, por la que se regulan las oficinas de registro (BOE. 2-2-13)

Administración de Justicia. Jornada y horarios de trabajo.- Resolución de 14 de junio de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se modifica la de 5 de diciembre de 1996, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo en el ámbito de la Administración de Justicia. (BOE. 1-7-13)

Cuerpo de Secretarios Judiciales. Incapacidad temporal.- Resolución de 25 de junio de 2013 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales.- (BOE. 1-7-13)

Nacionalidad española.- Instrucción de 5 de julio de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE. 9-7-13)

Abogados y Procuradores.- Resolución de 1 de octubre de 2013 de la Dirección de Relaciones con la Administración de Justicia por la que se modifica la composición de las comisiones de evaluación de las pruebas de aptitud para acceder al ejercicio de las profesiones de Abogados y Procurador en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. (BOE 9-10-13)

Registro Público Concursal.- Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre por el que se regula el Registro Público Concursal. (BOE 3-12-13)

Comisión Asesora de Libertad Religiosa.- Real Decreto 932/2013 de 29 de noviembre por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (BOE. 16-12-13)

Mediación.- Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE. 27-12-13)

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.-

Personas con discapacidad.- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (BOE. 3-12-13)

Personas en situación de dependencia.- Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (BOE. 31-12-13)

Personas en situación de dependencia.- Real Decreto 1051/2013 de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía Personal, y Atención a las personas en situación de Dependencia. (BOE. 31-12-13).

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGION DE MURCIA.-

Colegios Profesionales.- Ley 3/2013 de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre de Colegios Profesionales de la Región de Murcia. (BOE: 2-5-13)

BOLETIN OFICIAL DE LA REGION DE MURCIA.- Disposiciones Generales año 2013.

PRESIDENCIA.-

Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad Docente de la Región de Murcia.

Ley 2/2013, de 15 de febrero de creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de la Región de Murcia (BORM. 19-2-13)

Ley 3/2013, de 3 de mayo, de modificación de la 6/1999, de 4 de noviembre de Colegios Profesionales de la Región de Murcia (BORM. 8-5-13)

BORM.- Orden de 2 de mayo de 2013 de la Consejería de Presidencia por la que se establecen las especificaciones y requisitos necesarios para la publicación de documentos en el Boletín Oficial de la Región de Murcia cuya transmisión se realice a través de medios y aplicaciones informáticas electrónicas o telemáticas. (BORM. 15-5-13)

Ley 4/2013, de 12 de junio de Medidas Urgentes en materia de Gastos de Personal y Organización Administrativa. (BORM. 14-6-13)

Ley 5/2013, de 8 de julio, de apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia. BORM. 10-6-13)

Ley 6/2013, de 8 de julio, de medidas en materia tributaria del sector público, de política social y otras medidas administrativas (BORM. 10-6-13)

Ley 7/2013, de 15 de julio de creación del Colegio Oficial de Economistas de la Región de Murcia (BORM. 18-6-13)

Ley 8/2013, de 15 de julio de Modificación de la Ley 5/2007, de 16 de marzo, de creación del Colegio Oficial de Periodistas de la Región de Murcia (BORM. 18-6-13)

Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia número 13/2013, de 23 de julio, de reorganización de la Administración Regional. (BORM. 2-6-13)

Ley 9/2013, de 18 de octubre de modificación de la Ley 13/2012 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para ejercicio 2013. (BORM. 24-10-13)

Ley 10/2013, de 18 de octubre, para el aprovechamiento de excedentes alimentarios y creación de la Red Solidaria para el aprovechamiento de Alimentos (BORM. 24-10-13)

Ley 12/2013, de 20 de diciembre de Turismo de la Región de Murcia. (BORM. 24-12-13)

Ley 13/2013, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio de 2014. (BORM. 30-12-13)

Ley 14/2013, de medidas tributarias, administrativas y de función pública (BORM. 30-12-13)

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA.-

Orden de 23 de julio de la Consejería de Presidencia por la que se modifica la Orden de 18 de abril de 2011, de la Consejería de Agricultura, y Agua, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para el sector forestal, para la mitigación de la desertificación y la prevención de incendios forestales en montes privados de la Región de Murcia. (BORM. 7-8-13)

Orden de 22 de noviembre de 2013, de la Consejería de Presidencia por la que establecen las Bases reguladoras y se convoca el concurso de iniciativas ciudadanas europeas (BORM. 26-11-13)

CONSEJO DE GOBIERNO.-

Decreto 23/2013, de 15 de marzo, de racionalización del sector público de la Región de Murcia (BORM. 2-4-13)

Decreto 33/2013 de 12 de abril, que crea el Consejo Autonómico de Relaciones Laborales de la Región de Murcia, y regula su funcionamiento. (BORM. 16-4-13)

Decreto 40/2013, de 3 de mayo, sobre garantías de prestación de servicios mínimos en los centros docentes de enseñanzas públicas no universitaria dependientes de la Administración Pública de la Región de Murcia con motivo de la huelga convocada para el día 9 de mayo de 2013. (BORM. 4-5-13)

Decreto 41/2013, de 3 de mayo, por el que se garantizan los servicios mínimos en el ámbito universitario durante la huelga convocada en el sector Educativo para el día 9 de mayo de 2013. (BORM. 4-5-13)

Decreto 59/2013, de 31 de mayo, sobre garantía de prestación de servicios mínimos en los centros docentes de enseñanza pública no universitaria dependientes de la Administración Pública de la Región de Murcia, con motivo de las huelgas convocadas entre el personal docente. (BORM. 1-6-13)

Decreto 63/2013 de 14 de junio, por el que se crea y regula la Comisión Interdepartamental para la igualdad entre mujeres y hombres (BORM. 18-6-13)

Decreto 80/2013, de 26 de julio, por el que se regulan las actividades

Juveniles de ocio y tiempo libre en el territorio de la Región de Murcia (BORM. 30-7-13)

Decreto 86/2013 de 26 de julio, por el que se modifica el Decreto 286/2007, de 14 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con el Área de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. (BORM. 30-7-13)

Decreto 87/2013, de 26 de julio, por el que se modifica el Decreto 291007, de 14 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con el apartado de Educación para la Ciudadanía. (BORM. 30-7-13)

Decreto 118/2013, de 2 de agosto, Del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por el que se establecen, las actuaciones en materia de educación y formación de personas adultas y se determinan los instrumentos para su desarrollo en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM. 6-8-13)

Decreto 123/2013, de 20 de septiembre, por el que se crea y regula el Consejo Asesor Regional de Salud Mental de la Región de Murcia (BORM. 24-9-13)

Decreto 132/2013 de 8 de noviembre por el que se crea y regula el Registro Autonómico de Empresas que sin tener la condición de entidades de crédito llevan a cabo actividades de contratación de préstamos o créditos hipotecarios o de intermediación para la celebración de préstamo o crédito (BORM. 12-11-13)

Decreto 136/2013 de 22 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en el ámbito del empleo juvenil. (BORM. 23-11-13)

Decreto 155/2013 de 27 de diciembre por el que se crea y regula el Registro Contable de Facturas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM. 30-12-13)

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y AGUA.-

Orden de 10 de octubre de 2013 por a que se procede al traspaso efectivo de competencias y funciones del Ente Público del Agua de la Región de Murcia a la Entidad Regional de Saneamiento y Depuradora de Aguas Residuales, adscrita a la Consejería de Agricultura y Agua.- (BORM. 25-10-13)

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA.-Agencia Tributaria.

Orden de 5 de febrero de 2013 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se publican las tarifas de las tasas y precios públicos aplicables en el 2013. (BORM. 13-2-13)

Orden de 4 de marzo de 2013, de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración Pública. (BORM. 9-3-13)

Orden de 4 de julio de 2013, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración Pública. (BORM. 6-6-13)

Orden de 25 de julio de 2013, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se fijan los honorarios máximos a percibir por los peritos terceros que intervengan en los procedimientos de tasación pericial contradictoria. (BORM. 9-8-13)

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN Y EMPLEO.-

Orden de 3 de abril de 2013, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se regulan las bases y se convocan subvenciones para programas de fomento de las relaciones laborales para el año 2013. (BORM. 12-4-13)

Orden de 25 de junio de 2013, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan ayudas para libros de texto y material didáctico e informático complementario para el alumnado de los niveles obligatorios de la enseñanza escolarizado en centros sostenidos con fondos públicos durante el curso 2013-14. (BORM. 27-6-13). Modificación (BORM. 30-6-13)

Orden de 8 de julio de 2013, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación por la que se regula la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores desempleados, mediante la ejecución de acciones y proyectos de formación y la realización de prácticas profesionales no laborales, y se establecen las bases reguladoras de subvenciones destinadas a tal fin, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM. 11-6-13)

Orden de 9 de julio de 2013 del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, de modificación parcial de la Orden de 31 de julio de 2012, por la que se regula la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados, mediante la ejecución de planes de formación y se establecen las bases reguladoras de subvenciones destinadas a tal fin, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. (BORM. 16-6-13)

Orden de 10 de julio de 2013, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, de bases reguladoras de los programas de subvenciones para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad (BORM. 16-6-13)

Orden de 26 de julio de 2013 de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan subvenciones para la realización de actuaciones para el desarrollo del Plan Regional de Prevención, Seguimiento y Control el absentismo escolar en los centros docentes privados concertados de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para el curso escolar 2013-2014. (BORM. 3-8-13)

Orden de 29 de julio de 2013 de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan actuaciones para el desarrollo del Plan Regional de Prevención, Seguimiento y control del absentismo escolar y reducción del abandono escolar, en los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el curso escolar 2013-2014. (BORM. 3-8-13)

Orden de 29 de julio, de 2013, por la que se aprueba las bases reguladoras y se convocan subvenciones a Ayuntamientos de la Región de Murcia, para la realización de acciones destinadas a la prevención, seguimiento y control del absentismo escolar y a la reducción del abandono escolar (BORM- 3-8-13)

Resolución de 30 de julio de 2013, del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones del Programa Mixto Empleo-Formación. (BORM. 3-8-13)

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y EMPLEO.-

Resolución del Rector de la Universidad de Murcia (R-745/2013), por la que se ordena la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del Reglamento de Doctorado (BORM. 18-10-13)

Orden de 25 de noviembre de 2013, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación por la que se regula la concesión de subvenciones para el fomento de la contratación indefinida de jóvenes menores de 30 años en la Región de Murcia (BORM. 27-11-13)

Orden de 25 de noviembre de 2013 del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se regula la concesión de subvenciones para el fomento del empleo autónomo de jóvenes menores de 30 años en la Región de Murcia (BORM. 27-11-13)

CONSEJERÍA DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL.-

Orden De 24 de enero de 2013 de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones dirigidas a instituciones sin fines de lucro para el desarrollo de programas destinados a la integración socio-laboral y mejora de la empleabilidad de personas en situación o riesgo de exclusión social o con especiales dificultades. (BORM. 9-2-13)

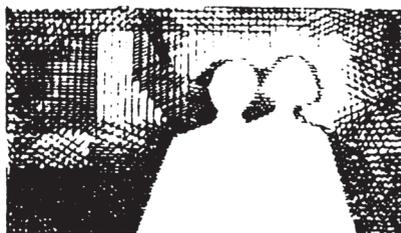
Orden de 24 de julio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Política Social por la que se modifica la Orden de 24 de enero de 2013, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones dirigidas a instituciones sin fin de lucro para el desarrollo de programas destinados a la integración socio-laboral y mejora de empleabilidad de personas en situación oriento de exclusión social o con especiales dificultades. (BORM. 1-8-13)

CONSEJERÍA DE UNIVERSIDADES, EMPRESA E INVESTIGACIÓN.-

Orden de 27 de marzo de 2013, de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para la artesanía en la Región de Murcia año 2013. (BORM. 11-4-13)

Universidad Politécnica de Cartagena.- Reglamento de progreso y permanencia de la Universidad Politécnica de Cartagena. (BORM. 12-6-13)

Revista de Revistas



REVISTA DE REVISTAS

DERECHO ADMINISTRATIVO.-

Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos.-Sánchez ;Orón, M.- Justicia Administrativa nº58/2012. Lex Nova

La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- González Alonso, A. Justicia Administrativa. Lex Nova. 58/2012

Prejudicialidad homogénea y prejudicialidad heterogénea en los procesos contencioso-administrativo.-González-Varas Ibáñez, S. Justicia Administrativa. Lex Nova 59/2013

El Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales, considerados sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos. Del Olmo Alonso, J. Justicia Administrativa. Lex Nova 59/2013

Coste “no prohibitivo” de los procedimientos judiciales en materia e medio ambiente. María Cruz Urcelay Lecue. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2357

La solicitud de tasación no impide la conformidad. Emilia Zozaya Migueliz. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2356

Adquisición conociendo el riesgo de recalificación del terreno. Ana Laura Cabezuelo Arenas. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2163

Las patentes farmacéuticas en caso de infracción y la adopción de medidas cautelares. Blas Alberto González Navarro. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2153

DERECHO CIVIL.-

Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables. Teresa Echeverría de Rada. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2203

La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario. Ana Díaz Martínez. Aranzadi Doctrinal. BIB 2213/2202

Derecho a la información del medicamento y sus consecuencias en el orden civil. Enrique Rubio Torrado. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2199

DERECHO DE EXTRANJERIA.-

Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el Derechos de la Unión Europea. Martín Arribes, Juan José. Extranjería. Lex Nova 32/2013

La política común de inmigración de la Unión Europea y la Directiva del permiso único. Marín Puebla, Eduardo. Extranjería. Lex Nova. 32/2013

El futuro de la inmigración laboral ante los Presupuestos Generales del Estado de 2013 ¿dónde ha quedado la integración de las personas extranjeras? Vela Díaz, Raquel. Extranjería Lex Nova. 32/2013

Algunas reflexiones sobre el derecho a la educación y ciertos elementos del sistema educativo que contribuyen a la integración social de los inmigrantes. Delgado del Rincón, Luis E. Extranjería. Lex Nova 32/2013

La expulsión de ciudadanos extracomunitarios: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del Art, 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería. Selma Penaba, A. Extranjería. Lex Nova 33/2013

Balance y perspectiva de las migraciones económico-laboral en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico-políticas. Triguero Martínez, LA. Extranjería .Lex Nova 33/2013

Crisis económica y derecho al trabajo de los inmigrantes: la evidencia de una insuficiencia normativa. Guzmán A. Extranjería. Lex Nova, 33/2013

Valoración de la integración del extranjero en la sociedad española, cuando solicita la nacionalidad española por residencia: visión actual y futura en España y en parte del extranjero. Alfonso Ortega Jiménez. BIB2013/2401

DERECHO DE FAMILIA.-

Un hijo extramatrimonial de pareja de hecho no inscrita tiene derecho al incremento de la pensión de orfandad. Mabel Inda Errea. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2161.

La aplicación del artículo 1.902 del Código Civil a los incumplimientos del régimen de visitas. Aurelia María Romero Coloma. Aranzadi Doctrinal BIB 221

Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Carmen Pérez Conesa. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2402

La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho. Eduardo de la Iglesia Prados. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2314

Doctrina formulada por el Tribunal supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida. Carmen Pérez Conesa. Aranzadi Doctrinal. 2013/2004

Libertad religiosa del menor, patria potestad y derecho a la educación. Aurelia María Romero Coloma. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2647

Diligencias previas preliminares al proceso de liquidación de gananciales. Pérez Martín y otro. Rev. Derecho de Familia. Lex Nova 58/2013

De los matrimonios simulados y sus efectos administrativos. Legislación Europea. Mateo y Villa, I. Rev. Derecho de Familia. Lex Nova 58/2013

Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación con la extinción de la pensión compensatoria. Casado, B. Rev. Derecho de Familia. Lex Nova 58/2013

La vivienda familiar: adjudicación del uso, terceros y liquidación perspectiva jurisprudencial. Reyes Gallur, J.J. Rev. Derecho de Familia Lex Nova, 59/2013

Ética y deontología del psicólogo forense en los procedimientos de familia. Molina Bartumeus, A. Rev. Derecho de Familia, Lex Nova 59/2013

DERECHO FISCAL.-

Consecuencias fiscales del concurso de acreedores. Javier Bas Soria. Quincena Fiscal Aranzadi BIB 2013/2661

Supuestos de inversión del sujeto pasivo en la lucha contra el fraude. Enrique de Miguel Canuto. Quincena Fiscal Aranzadi BIB 2013/2663

La inversión del sujeto pasivo en los procesos concursales. Pilar Álvarez Barbeito. Aranzadi Fiscal BIB. 2013/2450

La sujeción al ISD del contrato de seguro de vida y otras figuras afines. Consuelo Arranz de Andrés. Aranzadi Fiscal BIB 2013/2448

Observaciones a propósito de los supuestos de sujeción en los Impuestos especiales de fabricación. Antonio Fernández de Buján. Aranzadi Fiscal. 2013/2449

El nuevo reglamento de procedimiento en materia de ayudas de Estado.- Leopoldo García Guijo. Aranzadi Fiscal. BIB 2013/2447

La tributación del dinero virtual.- Ramón Falcón y Tella. Aranzadi Fiscal. BIB 2013/2446

La tributación local en las daciones en pago de bienes inmuebles.- Rosario Vázquez Carrasco. Aranzadi Fiscal.- BIB 2013/2351

Una primera aproximación al nuevo régimen especial del criterio de caja en el IVA. Juan Calvo Végez. Aranzadi Fiscal BIB 2013/2348

Conflictos entre la Hacienda estatal y las autonómicas en el Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades financieras. Teresa Mata Sierra y otro. Aranzadi Fiscal BIB 2013/2156

Aspectos controvertidos de la aplicación del beneficio de excusión del responsable subsidiario. Pilar Álvarez Barbeito. Aranzadi Fiscal. BIB 2013/2155

La amortización del inmovilizado intangible con vida útil definida. Ramón Falcón y Tella. Aranzadi Fiscal. BIB 2013/2154

La entrega de acciones a los empleados: aspectos controvertidos de su tributación en el IRPF. Florián García Berro. Aranzadi Fiscal. BIB 2013/2157

A vueltas con la tributación de los contratos de novación de cuenta de crédito con garantía hipotecaria en el IAJD. Juan Calvo Vergez.- Aranzadi Doctrinal BIB 2151

El criterio del pago efectivo a la luz del derecho de la Unión Europea. Soler Roch, M.T. Rev. Información Fiscal. Lex Nova 111/2013

La obligación de información sobre bienes o derechos situados en el extranjero. Alcance de la nueva disposición adicional 18ª de la LGT. Calvo Vérguez, J. Rev. Información Fiscal. Lex Nova 111/2013

La responsabilidad tributaria de los administradores por la presentación reiterativa de autoliquidaciones sin ingreso. Málvarez Pascual, L. Rev. Información Fiscal. Lex Nova 113/2013

Modificaciones del IVA, en relación con los procesos concursales. De Miguel Canuto, E. Rev. Información Fiscal. Lex Nova 113/2013

La impugnación de una medida cautelar dirigida a asegurar el cobro de la deuda tributaria: situación actual y propuestas de mejora. Uriol Egido, C. Rev., Información Fiscal. Lex Nova 113/2013

DERECHO LABORAL.-

Emprendedores y reformas laborales. Antonio V. Sempere Navarro.- Aranzadi Social BIB. 2013/2367

Factor de sostenibilidad e índices de revalorización: el estado de la cuestión. José Luis Monereo Pérez y otro. Aranzadi Social. BIB 2013/2370

Las medidas de flexibilidad interna en la Reforma Laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional. Francisco Javier Gárate Castro. Aranzadi Social. BIB 2013/2368

Personal laboral del Servicio Navarro de Salud: cancelación de la prolongación de la actividad concedida tras el cumplimiento de la edad de jubilación forzosa en virtud de norma aplicable exclusivamente al personal funcionario. Francisco Trujillo Pons. Aranzadi Social. BIB 2013/2380

El contrato indefinido de apoyo a emprendedores y su periodo de prueba. Juan Antonio de Lanzas. Aranzadi Social. BIB 2013/2379

Rango normativo del RDL 28/2012, restrictivo de la revalorización y actualización de pensiones contributivas. María Laso González. (BIB 2013/2378

La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario. Eduardo Enrique Talents Visconti. Aranzadi Social BIB 2013/2377

Legitimación en conflicto colectivo sobre movilidad geográfica y derecho de los trabajadores temporales. Helena Ysás Molinero. Aranzadi Social. BIB 2013/2376

La cláusula de escape en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo. Luis Francisco Carrillo Pozo. Aranzadi Social BIB 2013/2375

El derecho a la formación profesional del trabajador. Raquel Poquet Catalá.- Aranzadi Social 2013/2374

La distribución constitucional y legadle competencia en el modelo de protección social a la dependencia. Manuela Durán Bernardino. Aranzadi Social BIB 2013/2373

Un análisis de los estímulos a la contratación en la Ley 11/2013. Francisco A. González Díaz. Aranzadi Social 2013/2371

Despidos colectivos por causas económicas en grupos de empresas. Anna Ginés. Aranzadi Social BIB 2013/2369

La compleja articulación procesal de los Despidos Colectivos e Individuales. Pablo Aramendi Sánchez. Aranzadi Social BIB. 2013/2149

El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar. Josefa Romeral Hernández. Aranzadi Social 2013/2146

Protección social del trabajo a tiempo parcial. José Fernando Lousada Arochena. Aranzadi Social 2013/2139

El derecho de la reproducción asistida de las homosexuales y el derecho al reintegro de gastos sanitarios. Miguel Gutiérrez Pérez. Aranzadi Social BIB 2013/2132

Forma de cómputo de los periodos cotizados a tiempo parciales y durante el periodo de incapacidad temporal y su prórroga para lucrar una prestación de incapacidad permanente. María Isabel Varela Álvarez-Quiñones. Aranzadi Social 2013/21

Jurisprudencia Constitucional de 2013 (abril-junio 2013). Bernardo García Rodríguez. Aranzadi Social BIB 2013/2128

La obligación del empresario de adaptación al puesto de trabajo. Carmen Carrero Domínguez. Aranzadi Social BIB 2013/2127

Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial. Federico Navarro Nieto. Aranzadi Social BIB 2013/2136

Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo. María del Carmen Salcedo Beltrán. Aranzadi Social BIB 2013/212

La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo. Juan Bautista Vivero Serrano. BIB 2013/2126

Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012. Raquel Poquet Catalá. Aranzadi Social BIB 2013/2125

Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el R.D.Ley 11/2013 de 2 de agosto. Francisco Requejo Gutiérrez. Aranzadi Social BIB 2013/2138

El Plan Anual de Política de Empleo (2013).- Antonio V. Sempere Navarro. Aranzadi Social BIB 2013/2148.

Sobre la terminación empresarial del contrato durante el periodo de prueba. Antonio V. Sempere Navarro. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2390

Modificación sustancial de condiciones de trabajo y extinción contractual.

Miguel Azagra Solano. Aranzadi Doctrinal. 2013/2364

La disminución o bajo rendimiento como causa de despido. Mabel Inda Errea. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2392

Los trabajadores no pueden elegir las vacaciones como en años anteriores. Mabel Inda Errea. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2363

Contenido socio-laboral de las Leyes 11 y 14/2013 de apoyo a los emprendedores. Antonio V. Sempere Navarro. Aranzadi Doctrinal 2013/2186

El derecho del trabajo en España, líneas de evolución y reformas recientes. García Murcia, J. Justicia Laboral. Lex Nova, nº53/2013

Marco presupuestario en tiempo de crisis en el ámbito de seguridad social: las leyes 2/2012 y 17/2012. Suárez Corujo, B. Justicia Laboral. Lex Nova 53/2013

Primer intento de mejora en la gestión del sistema especial para empleados de hogar por RDL 29/2012 de 28 de diciembre. Fernández Orico, J. Rev. Justicia Laboral. Lex Nova 53/2013

La ultraactividad de los convenios colectivos.- José María Goerlich. Rev. Justicia laboral. Lex Nova 54/2013

Nuevas tendencias en la contratación: las herramientas de fomento de la celebración de contratos. Eva María Blázquez Agudo. Rev. Justicia Laboral. Lex Nova 54/2013

El Pacto de Toledo y la financiación de la Seguridad Social. Avances recientes y cuestiones abiertas a debate. Javier Albar Bernad. Rev. Justicia Laboral. Lex Nova 54/2013

El papel de la negociación colectiva en materia de derechos de autor y propiedad intelectual en especial en el sector de la prensa. Aradilla Marqués, María José. Rev. Justicia Laboral. Lex Nova 55/2013

Los profesionales altamente cualificados en el derecho migratorio. Fernández Avilés, J.A. Rev. Justicia laboral. Lex Nova 55/2013

La delimitación conceptual de la incapacidad permanente. Albert Embuena, V. Re. Información Laboral, Lex Nova 2/2013

La responsabilidad de los técnicos de prevención como auxiliares del empresario en materia preventiva. Palomino Saurina, P. Rev. Información Laboral. Lex Nova 2/2013

Análisis del régimen jurídico de la negociación colectiva tras la reforma del mercado de trabajo. Duque González, M. Rev. Información Laboral, Lex Nova 4/2013

La limitación de la ultraactividad legal del convenio colectivo. Duque González, M. Rev. Información Laboral. Lex Nova 5/2013

Los grados de incapacidad Permanente. Problemas en su determinación o precisión. Albert Embuena, V. Rev. Información Laboral. Lex Nova 5/2013

Principios versus factores: algunas reflexiones sobre las pensiones en España. Dueñas Herrero, L. Rev. Información Laboral. Lex Nova 7/2013

El ideal del tratamiento conjunto de las contingencias: realidad o quimera. Sánchez Pérez, J. Rev. Información Laboral Lex Nova 7/2013

El acceso por el empresario al ordenador y correo del trabajador. Arbonés Lapera, H.J. Rev. Información Laboral. Lex Nova 8/2013

El delegado de prevención. Palomino Saurina, P. Rev. Información Laboral. Lex Nova 8/2013

DERECHO MERCANTIL.-

Los apoderamientos electrónicos en la “Ley de emprendedores”; una primera lectura. Alberto Díaz Moreno .Aranzadi Doctrinal B 2013/2386

Reflexiones sobre los efectos de la transmisión de créditos cubiertos por una hipoteca flotante, desde un tercero a favor del acreedor hipotecario y viceversa. José Luis Arjona. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2362

Algunas cuestiones prácticas sobre la impugnación de acuerdos sociales. Clara Muñoz Palma y otro. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2394

El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil. Alex Plana Paluzie. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2391

Propuesta española de Código Mercantil. Gonzalo Luis Anaya. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2395

Hipoteca multidivisas contratada por abogado especialista en la materia: ¿nulidad? Germán Elizalde Redín. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2385

El emprendedor de responsabilidad limitada. Mucho ruido y pocas nueces. Carlos Santaefemia Rodríguez. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2213

Créditos derivados de impagos de cuotas o derramas de una junta de compensación: clasificación concursal. Germán Elizalde Redín. Aranzadi Doctrinal. 2013/2184

Sobre los efectos de una escisión parcial sobre deudas de la sociedad escindida relacionados con la unidad económica objeto de escisión. Rafael Hidalgo Romero. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/ 2160

La utilización en Internet de un nombre de dominio puede considerarse una forma de publicidad. María Cruz Urcelay Lecue. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/204

Consideraciones preliminares sobre la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. José Luis Ballester y otros. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2211

La incidencia de la Ley de Apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal. José María Fernández Seijo. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2208

Ficheros de morosos, nulidad del Reglamento de Protección de Datos y derecho al honor. Teresa Hualde Manso. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2415

Un expolio ilustrado.- Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2398

El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles en la proyectada reforma de la Ley de Consumidores y Usuarios. Lucía Costas Rodal.- Aranzadi Doctrinal 2013/2397

Competencia judicial, Internet y propiedad intelectual. Rodrigo Bercovitz. Aranzadi Doctrinal 2013/2190

Reconocimiento y clasificación de un crédito concursal derivado de un contrato de compraventa CIF. Francisco Javier Valenzuela Garach. Aranzadi Doctrinal 2013/2167

DERECHO PENAL.-

La “doctrina Parot” bajo el prisma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del principio de irretroactividad en la ejecución penal. Javier Nistal Burón. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2360

Primera aplicación de la sentencia del TEDH que anula la llamada “doctrina Parot”. Juan Iribarren Oscáriz. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2358

Cuadro sinóptico y comparativo del Proyecto de Ley de reforma de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2328

La Administración Desleal en el Proyecto de Código Penal de 30 de septiembre de 2013. Francisco Javier Muñoz Cuesta. Aranzadi Doctrinal. 2013/2354

Responsabilidad por corte de línea telefónica de despacho de abogado. Germán Elizalde Redín. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/2384

Ella en París y el en Barcelona: no existe relación de pareja a los efectos de apreciar la excusa absolutoria de parentesco. Inés Larrayoz Sola. Aranzadi Doctrinal 2013/2383

Consecuencias de la eliminación de las faltas contra la propiedad. Emilio Labella Osés. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2361

Dolo eventual.- Isabel Burusco Elizondo. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/2359

Mantenimiento de la “doctrina Parot” pese a su rechazo por la STEDH de 10de julio de 2012. Inés Larráyo Solá. Aranzadi Doctrinal. BIB 2191

La conversación privada entre el Tribunal y el Fiscal causa la anulación del juicio. Juan Iribaren Oscáriz. Aranzadi Doctrinal 2013/2187

Las medidas de seguridad en el proyecto de reforma del Código Penal.-Juan Manuel Fernández Martínez. Aranzadi Doctrinal 2013/2209

La nueva pena de “Prisión Permanente Revisable” proyectada en la reforma del Código Penal. Su particular régimen penitenciario de cumplimiento. Javier Nistal Burón. Aranzadi Doctrinal 2013/2124

La buena conducta y sus variantes en el ordenamiento penal y penitenciario español: un requisito anacrónico y espurio. Gallego Díaz, M. Rev. Derecho Penal. Lex Nova 40/13

La responsabilidad penal de los encargados de las bases de datos de ADN frente a la cesión de información contenida en los registros. Caruso Fontán, V., Rev., Derecho Penal. Lex Nova 40/13

La respuesta específica del ordenamiento penitenciario frente al crimen organizado. Nistal Burón, J. Rev. Derecho Penal. Lex Nova nº40/13

Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del Derecho Penal preventivo y de la seguridad; un nuevo ejemplo en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2010. Iglesias Río, M.A. Rev. Derecho Penal Lex Nova nº 39/13

Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo (Un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes). Vicente Remesal, J. Rev. Derecho Penal Lex Nova nº 30/13

Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuricidad o de la tipicidad y requisitos respectivos. Luzón Peña, D.Rev, Derecho Penal. Lex Nova nº 38/13

Diligencias de investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado. Castillejo Manzanares, R. Rev. Derecho Penal. Lex Nova nº 38/13

Ciencia y proceso. De la pericial científica con privilegio jurisprudencial a la pericial científica con privilegio legal. Pardo Iranzo, V. Rev. Derecho Penal Lex Nova nº 38/13

