

Cuadernos de la Facultad de Derecho

14 - 1986



Universitat de les Illes Balears

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

JORVICH, S.L. - Industria Gráfica
Francesc de Borja Moll, 22 - Palma

Fotocomposición y montaje:

PIXEL, S.A.
Font y Monteros, 22-A - Palma

Correspondencia:

Facultad de Derecho.
Universidad de Palma de Mallorca
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 1.000 pts.
Por suscripción. Número 700 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

14 - 1986



Universitat de les Illes Balears

Las opiniones expuestas en los diferentes trabajos son de la exclusiva
responsabilidad de sus autores.

El esfuerzo ilusionado de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares y del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, hacen posible esta modesta contribución a la ciencia del Derecho.

Consejo de redacción

Director

Gregorio Delgado del Río

Vocales

Miguel Coca Payeras
Bartolomé Colom Pastor
Juan Mulet Perera
Bartolomé Sitjar Burguera

Secretarios

Joan Oliver Araujo
Francisco López Simó

Colaboran en este número

Gregorio Delgado del Río
Catedrático de Derecho Eclesiástico
Universidad de las Islas Baleares

María del Carmen Gete-Alonso
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

Stephen Guest
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Londres

Ivan C. Iban
Catedrático de Derecho Eclesiástico
Universidad de Cádiz

Eduardo Ribes Terrado
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (Lérida)

José María Rojo Sanz
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Literaria de Valencia

Emilio Suñé Llinás
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

ESTUDIOS	Págs.
Gregorio Delgado del Rio <i>El matrimonio canónico ante el Derecho español. Algunas consideraciones básicas</i>	9
M ^a del Carmen Gete-Alonso <i>Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana</i>	33
Ivan C. Iban <i>Concreciones y protección de la libertad religiosa</i>	69
Eduardo Ribes Terrado <i>Notas sobre la solidaridad pasiva y el principio de audiencia</i>	83
Emilio Suné Llinás <i>Hacia un concepto estructuralista del Derecho Administrativo</i>	107
NOTAS	
Stephen Guest <i>La contemporánea filosofía jurídica anglo-americana</i>	137
José María Rojo Sanz <i>La objeción de conciencia como derecho fundamental</i>	151

BIBLIOGRAFIA

Krämer, Ludwig, <i>EEC Consumer Law</i> (Guillermo Alover Grau)	
José Tomás Martín de Agar y Valverde, <i>El matrimonio canónico en el Derecho civil español</i> (Miguel Albertí)	163
Jaime Suau Morey, <i>El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y el recurso de casación</i> (Carlos Gutiérrez González)	164
	165

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo contencioso-administrativo	171
II. Sala de lo Civil	203
III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal	305

ESTUDIOS

EL MATRIMONIO CANONICO ANTE EL DERECHO ESPAÑOL. ALGUNAS CONSIDERACIONES BASICAS

GREGORIO DELGADO DEL RIO

Sumario: I. *Planteamiento*. -II. *Libertad religiosa y laicidad del Estado*: 1. Breve formulación de ambos principios. 2. Consecuencias en relación con el régimen matrimonial: a. Modificación inmediata del sistema matrimonial. b. Secularización del matrimonio: 1) Protagonismo civil en torno al matrimonio. 2) Independencia y autonomía de la jurisdicción estatal. 3. El derecho a celebrar sus ritos matrimoniales. -III. *La no discriminación por razón de religión*: 1. Planteamiento general de la doctrina. 2. El verdadero núcleo del problema. 3. Valoración jurídico constitucional. 4. Crítica de ciertas "razones" invocadas. -IV. *La cooperación del Estado con las confesiones religiosas*.

I. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, el art. VI, 2 del Acuerdo sobre Asuntos jurídicos, la Disposición transitoria 2ª del citado Acuerdo, el art. 80 del Código Civil que, a su vez, remite al art. 954 de la LEC, y la Disposición adicional 2ª de la Ley 30/81 de 7 de julio constituyen básicamente el vigente régimen legal para la ejecución civil de las sentencias y resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial. Una interpretación coherente de esta normativa exige la previa fijación del marco constitucional en el que se enmarcan.

En éste, como en tantos otros temas, la Constitución de 1978 ha situado la problemática en una órbita totalmente distinta a la del inmediato pasado histórico. Aunque la apariencia de los términos y fórmulas técnicas *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 14 (Palma de Mallorca 1986).

nicas utilizadas pudiera inducir a lo contrario, la solución adoptada en el vigente régimen jurídico dista mucho de parecerse a la del pasado, directamente inspirada en el Concordato 1953. Los datos constitucionales sobre el particular, y que expondremos seguidamente, son, en mi opinión, suficientemente elocuentes. Antes de proceder a su exposición, creemos necesario realizar una breve reflexión en torno a la nueva perspectiva que impone la Constitución a la hora de considerar el factor religioso.

La opción fundamental del Estado español frente al factor religioso implica establecer un determinado criterio de identificación del propio Estado al respecto. Esto es, fijar, a nivel constitucional, cuál sea el principio básico y primario de organización social en materia religiosa que deberá, en su condición de tal, iluminar el resto de los principios y criterios sobre el particular (1).

A fin de evitar posibles equívocos, conviene precisar de entrada que la fuente inspiradora de la opción básica del Estado español en materia religiosa, como en cualquier otra, ya no es la doctrina de la Iglesia católica (confesionalidad) sino *la soberanía nacional que reside en el pueblo español* del que emanan los poderes del Estado (art. 1,2 Const.) y cuya expresión jurídica fundamental es la propia Constitución. En consecuencia, el tratamiento del factor religioso no viene determinado por lo que entienda una determinada confesión (más concretamente, la Iglesia católica) como tal sino por la voluntad real del pueblo español, expresada en la Constitución. No caben otros puntos de referencia. Nuestra Constitución ha propugnado “como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1,1 Const.), cauce y meta a realizar en la convivencia social. Asimismo ha reconocido y tutelado (garantía y promoción) unos derechos fundamentales y libertades públicas que deben interpretarse en “conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10,2 Const.), independientemente, por tanto, de la concepción que sobre ellos afirme cualquier confesión religiosa.

El factor religioso, explícitamente tutelado a través del derecho de libertad religiosa, no puede ser una excepción. Su tratamiento jurídico también ha de servir y potenciar dichos valores superiores. Lo religioso, en lo que tiene de factor social, debe de manifestarse, encauzarse y vivirse de tal modo que contribuya al logro de tan supremas aspiraciones del pueblo español. El régimen jurídico del factor religioso ha de constituir

(1) La bibliografía aparecida, en los últimos tiempos, ha sido muy abundante en rela-

una pieza más dentro del conjunto constitucional. Ha de adaptarse y servir a lo que, en cada momento histórico, se entienda por opción civilizada en términos de libertad, justicia, igualdad y pluralismo social. Habrá de seguir la propia evolución y progreso sobre lo que la conciencia humana entienda, en cada momento, como valores superiores del ordenamiento. En definitiva, entendemos que el régimen jurídico del factor religioso debe insertarse plenamente y con todas las consecuencias en el marco constitucional. Los grandes criterios y principios inspiradores de dicho régimen jurídico deberán deducirse de la Constitución, no de la doctrina de ninguna confesión religiosa (2).

II. LIBERTAD RELIGIOSA Y LAICIDAD DEL ESTADO

1. Breve formulación de ambos principios

Tradicionalmente la actitud del Estado español ante el factor religioso ha oscilado entre dos alternativas pendulares y contradictorias, causa frecuente de división entre los españoles. Ambas -confesionalidad y laicidad- valoraban lo religioso en cuanto tal, si bien con signo diferente (positivo o negativo). La Constitución de 1978, sin embargo, ha optado por una solución novedosa que pone fin a la llamada "cuestión religiosa". En efecto, ha otorgado al principio de libertad religiosa el rango de primer y básico principio organizador del factor religioso (3).

La primera consecuencia de esta nueva opción ha significado que la tradicional confesionalidad católica del Estado español desaparezca totalmente del horizonte constitucional. Los términos del art. 16 de la Constitución son, en este punto, inequívocos y claros. Ni siquiera el deber de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española (art. 16,3 Const.) -por lo demás, plurales-puede empañar mínimamente el significado y las consecuencias de la decisión constitucional en materia religiosa, en el sentido de no otorgar "carácter

ción con el tema. Por este motivo, desistimos de su enumeración completa. No obstante, debemos mencionar aquí dos trabajos, especialmente sugerentes, de cuyos planteamientos nos sentimos deudor. Me refiero a Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en "Derecho eclesiástico del Estado español" (Pamplona 1983)², págs. 169-259 y Llamazares-Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", 61 (1980), págs. 7-34.

(2) Delgado, *El concepto de Derecho eclesiástico*, en "Cuadernos de la Facultad de Derecho", 8 (Palma de Mallorca 1984), págs. 71-72.

(3) Viladrich, *Los principios...cit.*, págs. 169-200.

estatal" a confesión religiosa alguna. El Estado español aspira a organizarse, en lo sucesivo, sin tomar partido ni emitir juicios de valor dogmático sobre ninguna religión. El Estado se "autoreconoce incompetente para proclamar una fe, esto es, para constituirse, en tanto que *Estado*, en *creyente*". Elimina, pues, una causa discriminatoria por naturaleza del trato otorgado a los ciudadanos y a los grupos religiosos (la confesionalidad). Al proclamar que *la fe es libre de Estado*, en expresión feliz de Viladrich, se sitúa ante el factor religioso como *sólo* Estado, no como creyente, y, en consecuencia, se prohíbe así mismo coaccionar, sustituir, coexistir y concurrir, como tal Estado, con los actos de fe y de culto de los ciudadanos (4), que, por otra parte, garantiza a nivel individual y comunitario (art. 16,1 Const.) con la mayor extensión posible. El único límite admitido es el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley (5).

La segunda consecuencia de esta nueva opción constitucional significó también la superación de otra actitud discriminatoria, presente, en ciertos momentos, en nuestra historia constitucional. La laicidad queda, en primer lugar, desplazada en su función de primer principio organizador (libertad religiosa) y adquiere, en segundo lugar, una significación diferente a la habitual en otros tiempos. Ahora, la laicidad del Estado (art. 16,3 Const.) significa que, en materia religiosa, "*el Estado sea y actúe sólo como Estado*" (6). Esto es, considera lo religioso única y exclusivamente como un factor social más dentro del ámbito de su soberanía, sometido, por tanto, a los principios y normas del ordenamiento jurídico civil dentro del cual gozará de la tutela y promoción debidos (art. 9,2 y 16,1,3 Const.) en cuanto objeto del derecho de libertad religiosa. Derecho fundamental que, con referencia al matrimonio de los ciudadanos, comprende el derecho de éstos a "celebrar sus ritos matrimoniales" (7).

2. Consecuencias en relación con el régimen matrimonial

Si el sustrato ideológico del régimen matrimonial anterior a la Constitución de 1978 venía constituido, como era obvio, por la concepción católica del matrimonio, consecuencia directa de la afirmada confesionali-

(4) Ibidem, págs. 209-214.

(5) Llamazares-Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso... cit.*, págs. 27-28. Cfr., asimismo, Suárez Pertierra, *Libertad religiosa y orden público*, en "Revista de Derecho público", 66 (1977), págs. 201 y ss.

(6) Un análisis en profundidad de este principio en Viladrich, *Los principios... cit.*, págs. 214-224.

(7) Art. 2º, 1 b) de la *Ley orgánica de libertad religiosa*, de 5 de julio de 1980. BOE, de 24 de julio de 1980. Derecho, a su vez, que se interpretará de conformidad con lo dispuesto

dad católica del Estado, al desaparecer ésta del horizonte constitucional todo el entramado tuvo que resultar de alguna forma afectado. La misma calificación del sistema matrimonial como civil subsidiario, la indisolubilidad, la educación católica de los hijos, el reconocimiento de la jurisdicción matrimonial eclesiástica, etc. constituían piezas claves del sistema anterior que ahora pierden una razón de ser y una apoyatura básica al desaparecer la confesionalidad. De alguna forma, el cambio operado trastoca íntegramente el sistema entonces vigente y lo orienta hacia una dimensión diferente. Desde esta perspectiva, carece de sentido una defensa de hecho de las soluciones y privilegios pasados por más que se pretendan, a veces, velar con un lenguaje actual. Ni el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Gobierno español del 3 de enero de 1979 (8) ni la Ley 30/1981 de 7 de julio pueden contener un régimen jurídico coincidente con el del pasado por mucho que se intente forzar los términos técnicos utilizados. El sustrato ideológico ha experimentado un cambio radical. Ninguna norma jurídica posterior puede contradecir a la Constitución en la que se contiene tan decisivo cambio de orientación sobre el particular.

Esta primera valoración, aunque de carácter general, me parece decisiva a la hora de intentar cualquier interpretación del régimen jurídico del matrimonio y, muy en concreto, a la hora de fijar la posición exacta del matrimonio canónico (religioso, en general) en el actual sistema matrimonial español. En este contexto, es preciso afirmar que, con independencia del tenor literal de los términos legales, el régimen actual del matrimonio en España no responde ni está inspirado en la concepción católica del mismo. Igualmente es preciso afirmar que la consideración del matrimonio canónico ante el derecho español vigente y la valoración que éste haga de la jurisdicción eclesiástica matrimonial no pueden ser similares a la del inmediato pasado histórico. La unidad y armonía del conjunto vienen dadas ahora por valores y principios constitucionales que, por su misma naturaleza, excluyen cualquier posible conexión con una concepción religiosa (católica) del matrimonio.

Supuesta, pues, la valoración general realizada, consecuencia directa del cambio operado en la actitud del Estado frente al factor religioso, expondremos, a continuación, alguna de las repercusiones concretas, más significativas, en que se ha plasmado.

en el art. 10,2 Const., al igual que el resto de los derechos fundamentales y libertades que reconoce la Constitución.

(8) Ratificado por instrumento del 4 de septiembre de 1979 (BOE, de 15 de diciembre de 1979). En lo sucesivo será citado con las siglas: AJ.

a. *Modificación inmediata del sistema matrimonial*

La aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales sin necesidad de esperar a su ulterior desarrollo legislativo (9) determinó, en coherencia con la introducida aconfesionalidad estatal y la necesaria prohibición de obligar a declarar sobre su religión o creencias (art. 16,2 Const.), la modificación de los art. 42 y 86 del Código civil (10). Lo cual significó, de modo inequívoco, la conversión del sistema matrimonial en puramente facultativo (11).

Como, en su momento subrayó Reina (12), este hecho tuvo un singular valor interpretativo de las normas codiciales en tanto no se produjo la necesaria reforma de la materia matrimonial por la Ley 30/1981 de 7 de julio. Es más, la modificación casi simultánea del régimen concordatario al respecto (13) no pudo ser ajena al mandato constitucional ni puede desvincularse del mismo a la hora de su interpretación. Por la misma razón, el régimen vigente del Código civil tampoco puede entenderse correctamente al margen de tan clara consecuencia del orden constitucional: la no cabida de un sistema de matrimonio civil subsidiario, vigente con anterioridad en el ordenamiento español.

Con independencia de cuál sea la calificación que nos merezca el sistema matrimonial vigente (14), es preciso subrayar dos aspectos, en mi opinión claramente derivados de la opción constitucional respecto del factor religioso. El primero, ya puesto de relieve, implica algo más que

(9) Cfr., por todos, García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid 1982, págs. 39-94.

(10) DGRN, *Instrucción* de 26 de diciembre de 1978, BOE, del 30 de diciembre de 1978.

(11) En realidad, el proceso evolutivo del sistema matrimonial español (civil subsidiario) ya había culminado de hecho en facultativo con anterioridad a la Constitución. Sobre dicho proceso de evolución, cfr., entre otros, Díez del Corral, *El matrimonio civil en España, hoy*, en "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor don Federico de Castro", I, Madrid 1976, págs. 537 y ss. y los conocidos trabajos de los profesores González del Valle, De la Hera e Ibán.

(12) *El sistema matrimonial español* en "Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano" (Barcelona 1980), págs. 310-311.

(13) Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Gobierno español de 3 de enero de 1979.

(14) Esta temática ha merecido una abundante y polémica atención doctrinal. Una referencia bibliográfica actualizada puede hallarse en Rodríguez Chacón, *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España, Constitución y Tribunal constitucional*, en "Revista de Derecho privado", febrero 1984, págs. 150-152 y Cubillas Recio, *El sistema matrimonial español, y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado*, Valladolid 1985, págs. 123 y ss.

un aparente cambio de nombre (facultativo-subsidiario). Es decir, si no cabe ya un sistema de matrimonio civil subsidiario, el matrimonio canónico tampoco puede, en modo alguno, seguir disfrutando de la consideración que le otorgaba el Código civil de 1889 y sus posteriores reformas (particularmente la de 1958). Igualmente, la jurisdicción eclesiástica matrimonial no podrá seguir manteniendo en el futuro su *status* privilegiado anterior. El segundo aspecto anunciado consiste en tener presente que la referida opción constitucional sobre el factor religioso no impone la exclusión de un sistema de matrimonio civil obligatorio (15), siempre y cuando no se desconozcan las formas religiosas de celebración. Lo único verdaderamente claro que se desprende de la opción constitucional (libertad religiosa como primario y básico principio organizativo con la consiguiente negación de cualquier forma de confesionalidad) es que las piezas maestras del sistema matrimonial, vigente con anterioridad a la Constitución de 1978, han perdido su cobertura constitucional y no existe una exigencia constitucional en favor de su permanencia.

b. Secularización del matrimonio

En coherencia con la proclamada confesionalidad católica del Estado, el régimen matrimonial anterior a la Constitución resumaba, como es sabido, la concepción católica sobre el matrimonio. El esfuerzo realizado en adaptar la legislación codicial (reforma de 1958) a la doctrina y legislación canónicas (Concordato de 1953) fue tan notable que se pudo hablar con justicia de una "confesionalización" y "canonización" del matrimonio en el Derecho español. No sólo el matrimonio canónico gozaba de una consideración privilegiada sino que, además, inspiraba, en aspectos básicos, la propia regulación del matrimonio civil.

Como consecuencia de la opción constitucional frente al factor religioso (libertad religiosa), no cabe, en modo alguno, que el Estado, al regular el matrimonio de los ciudadanos, asuma, como propia, la concepción que la Iglesia católica o cualquier otra confesión afirme acerca del matrimonio. Al regular el matrimonio, el Estado no está sujeto a vinculación alguna de carácter confesional, ni mucho menos viene obligado a inspirar el régimen del matrimonio en los principios que sustente confesión religiosa alguna sobre el matrimonio. Desde esta perspectiva, se ha operado una clara "desconfesionalización" y "descanonización" del ma-

(15) Sobre el particular, participamos de la crítica que el Prof. Reina (*El sistema matrimonial...cit.*, pág. 316) hace al punto de vista sustentado por el Prof. Ibán (*Sistemas matrimoniales*, en "Ius Canonicum", XVII (1977), n. 34, págs. 237-238).

trimonio con todas las consecuencias que ello implica (16). Dicho de otra forma, la opción por la libertad religiosa (que supone la negación total de cualquier forma de confesionalidad) significa un paso positivo en el proceso histórico de secularización y autonomía de los ámbitos eclesiástico y civil (17) que necesariamente debe de tener su reflejo en la concepción del matrimonio y su régimen jurídico. Veamos, pues, alguna de las manifestaciones en que se concreta dicha secularización del matrimonio.

1). Protagonismo civil en torno al matrimonio

Como ha subrayado recientemente Bernádez (18), entre otros, el matrimonio canónico ha pasado, de ser el "paradigma" y el matrimonio de "primera clase", a tener una consideración "accidental" e "indirecta". Ahora el matrimonio civil es el verdadero "prototipo" y atrae hacia sus previsiones a todo matrimonio religioso, incluido el canónico. Es decir, el protagonismo del matrimonio canónico en el régimen jurídico anterior a la Constitución de 1978 (confesionalidad, canonización del sistema matrimonial y situación privilegiada del matrimonio y jurisdicción canónicas) ha desaparecido y es sustituido por el protagonismo del matrimonio civil (desconfesionalización, descanonización y desprivilegiación). Este dato me parece innegable y, por tanto, no es posible minimizar las consecuencias teóricas y prácticas que comporta.

En este contexto se comprende mejor "la clara afirmación de la propia jurisdicción en materia matrimonial de que parte el art. 32 de la Constitución ("la Ley regulará...") y la referencia a que al Estado compete regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (art. 149.8ª)" (19). Lo cual, con independencia de un análisis pos-

(16) Sugerentes reflexiones al respecto en Reina, *El sistema matrimonial...cit.*, págs. 311 ss.; ID., *Culpabilidad conyugal, separación, nulidad o divorcio en el Derecho español*, en "Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado" (Madrid 1983), págs. 731 ss.; ID., *Lecciones de Derecho matrimonial*, I, Barcelona 1984, págs. 177 ss.; Bernádez Cantón, *La "declaración de ajuste" en el contexto del sistema matrimonial español*, en "Estudios de Derecho canónico... cit.", págs. 28-30".

(17) Dicho proceso en lo que se refiere a la materia matrimonial se completó hace tiempo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. En España, gracias a la confesionalidad, ha perdurado hasta la Constitución de 1978. En sede canónica, el Prof. Reina se pronunció por esta autonomía de ámbitos ya en 1969. Cfr. *Matrimonio canónico y civil de los cristianos. Bases doctrinales canónicas*, en "Revista de Derecho privado", Noviembre, 1969, págs. 836-870.

(18) *La "declaración de ajuste"...cit.*, pág. 29.

(19) Reina, *El sistema matrimonial...cit.*, pág. 312.

terior, "sirve -en palabras del mismo Prof. Reina- para ilustrar la exclusiva competencia del Estado -sin intromisiones jurisdiccionales en su propio ámbito- en orden a establecer una completa legislación matrimonial a partir de unas determinadas "formas" de matrimonio y válida para todos los ciudadanos españoles" (20).

Tal autoafirmación de la exclusiva competencia estatal para regular autónomamente y sin vinculaciones confesionales de ningún tipo la materia matrimonial (secularización) no debe ser minimizada de hecho a través de una valoración desmedida del inciso del art. 16,3 de la Constitución en el que se afirma que "los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones". Relaciones que, en materia matrimonial, se han plasmado en el citado Acuerdo sobre asuntos jurídicos. En efecto, esa consideración de las creencias religiosas por parte de los poderes públicos no puede, en modo alguno, invalidar el rango de primer y básico principio organizador de la materia atribuido a la libertad religiosa frente a la confesionalidad del régimen anterior. En consecuencia, ni el Acuerdo sobre asuntos jurídicos ni la Ley 30/1981 de 7 de julio pueden interpretarse al margen de tan básica opción constitucional ni pueden amparar soluciones confesionales. La regularización del matrimonio, en el Derecho español, se debe de organizar a partir de la explícita autonomía del poder civil al respecto que ni puede hacer suya la concepción católica del matrimonio ni puede renunciar a una ordenación unitaria del mismo. Cosa diferente son las peculiaridades que imponga el respeto de las plurales manifestaciones de la libertad religiosa de los ciudadanos.

2). *Independencia y autonomía de la jurisdicción estatal*

Como es sabido, la dialéctica histórica *jurisdicción eclesiástica - jurisdicción civil* en materia matrimonial ha tenido, en el Derecho español, una muy tardía superación, todavía no lograda plenamente. Su tratamiento ha dependido del concreto sustrato inspirador: la confesionalidad católica del Estado español. Al desaparecer ésta del horizonte constitucional, necesariamente el futuro tratamiento del tema habría de experimentar profundos cambios de orientación. Difícilmente puede defenderse, aunque sea por vía de hecho, una situación similar a la del pasado histórico cuando la opción constitucional sobre el factor religioso ha experimentado cambios tan radicales. Veamos, pues, cuáles son las

(20) *Ibidem*.

exigencias de esta opción constitucional en relación con el régimen jurídico actual al respecto.

En el Derecho anterior a la Constitución (21), se partía de una concepción de la jurisdicción (22) "como uno de los poderes del Estado, que no padecía por el ejercicio por los Tribunales Eclesiásticos de funciones que, en cuanto se proyectan en el orden jurídico civil, podrían entenderse propias de la jurisdicción estatal" (23). El Estado renunciaba al ejercicio de su potestad jurisdiccional en favor de los Tribunales eclesiásticos respecto de las contiendas surgidas en torno al matrimonio canónico. Las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos gozaban de una eficacia civil automática e incluso, en determinados supuestos, el Juez civil estaba subordinado al contenido dispositivo de la resolución canónica como, por ejemplo, en las casos de guarda y custodia de los hijos.

Pues bien, después de la Constitución, "los principios son, ahora, el de aconfesionalidad y el de exclusividad jurisdiccional" (24) que reclaman una interpretación de los preceptos legales muy diferente. En cuanto atañe a los efectos civiles, regulados por la Ley civil, es el Juez quien dirime las contiendas, "con plena jurisdicción" y autonomía de criterio, esto es, "según la legislación civil" (25). En consecuencia, tanto el art. VI, 2 de los Acuerdos sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Gobierno español como el art. 80 del vigente Código civil no admiten, por exigencia de los referidos principios constitucionales, ninguna otra posible interpretación que cuestione las expresadas exigencias. La jurisdicción eclesiástica ha perdido su posición privilegiada y toda la materia se reconduce a su ámbito lógico: el civil.

No obstante, la sentencia del Tribunal constitucional, de 12 de noviembre de 1982 (26), RA, 131/1982, contiene una afirmación según la cual el "reconocimiento legal de eficacia en el orden civil" de las resoluciones eclesiásticas dictadas por los Tribunales eclesiásticos (art. VI, 2

(21) Arts. 71, 73, 80, 81 y 82 Cc., recientemente derogados por la Ley 30/1981 de 7 de julio.

(22) Aquellas normas estaban, sin duda alguna, directamente inspiradas en el art. XXIV del Concordato de 1953 y tenían, como sustrato ideológico, la confesionalidad católica del Estado. Apreciación reiteradamente aceptada por la doctrina y recogida, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal constitucional, de 26 de enero de 1981, RA, 65/80, en "Boletín de Jurisprudencia constitucional", 2 (1981), pág. 118, FJ, 10.

(23) Ibidem.

(24) Ibidem.

(25) Ibidem, 10 y 11.

(26) Boletín de Jurisprudencia constitucional, 20 (1982) págs. 1027-1031.

AJ y art. 80 Cc.), "se sustenta, de una parte, en el carácter aconfesional del Estado" (27). Con independencia de otras posibles valoraciones (28), entendemos que el texto del Tribunal constitucional no puede significar que éste entienda que la aconfesionalidad exige el reconocimiento legal de eficacia en el orden civil de las referidas resoluciones eclesias-ticas. Como afirma Delás (29), nos encontraríamos, en tal interpretación, con que principios en sí mismos contrarios (confesionalidad-aconfesionalidad) fundamentan y reclaman un mismo resultado: eficacia en el orden civil. Por ello, creemos que su interpretación coherente debe ser otra. El principio de laicidad lo único que reclama, en esta materia, no es el referido reconocimiento sino que, en el caso de que se establezca en base al principio de *cooperación* (art. 16,3 Const.), *ha de someterse a los principios generales* del ordenamiento jurídico civil, que es la expresión genuina del principio de laicidad.

Si alguna virtualidad tiene el principio de laicidad (o, si se prefiere, el de aconfesionalidad), como ha subrayado Delás (30), es, precisamente, someter o reconducir toda esta materia al orden jurídico civil y, en consecuencia, hacerla objeto de la plena jurisdicción estatal (de aquí el régimen de ajuste al Derecho del Estado) sin excluir, por supuesto, el control de su constitucionalidad.

Los Tribunales ordinarios, por su parte, reafirman el cambio operado a partir de la Constitución, de acuerdo con la línea argumental generalizada del Tribunal constitucional. Después de la exposición del nuevo régimen jurídico, concluyen que ello es así porque ahora los principios inspiradores son, frente al régimen jurídico precedente, el de *aconfesionalidad* y *exclusividad jurisdiccional* (31).

(27) *Ibidem*, FJ, 2.

(28) Creemos que la identidad del Estado español frente al factor religioso no se define de modo negativo (aconfesionalidad) sino de modo positivo (principio de libertad religiosa) que, por su misma naturaleza de primer principio organizador de la materia, excluye automáticamente cualquier manifestación de confesionalidad y sitúa al principio de laicidad en un plano de subordinación. En este sentido, preferimos hablar de laicidad del Estado y no de aconfesionalidad.

(29) *Denegación de eficacia civil de sentencias canónicas de nulidad matrimonial y recurso de amparo*, en "Revista jurídica de Cataluña", 2 (1984), pág. 502.

(30) *Ibidem*.

(31) Cfr., a título de ejemplo, AT Pamplona, Sentencia de 8. 5.81, en "Revista general de Derecho", 448-49 (1982), págs. 71-72; AT Barcelona, Sentencia de 16.7.81, en "Revista jurídica de Cataluña", 5 (1981), págs. 1076-1077; TS., Sentencia de 11.10.1982. Aranzadi 5550/1982; Sentencia de 31.12.1982, Aranzadi 1988/1982; AT Barcelona, Sentencia de 20.1.83, en "Revista jurídica de Cataluña", 2 (1983), págs. 341-342; Sentencia 17.2.83, en "Revista jurídica de Cataluña", 2 (1983), págs. 343-344.

3. *El derecho a celebrar sus ritos matrimoniales*

A partir del reconocimiento del derecho de libertad religiosa, el problema se centra en determinar su ámbito de protección jurídica en relación con el matrimonio. ¿Hasta dónde se extiende la tutela (protección y promoción) debida al ciudadano en sus opciones religiosas en relación al matrimonio?

Un sector doctrinal (32) ha partido, al respecto, del dato según el cual el matrimonio para los católicos contiene "un valor sagrado específico", es "un sacramento", y, en consecuencia, la propia concepción católica del matrimonio pertenece, de alguna forma, al objeto del acto de fe, cuya libertad viene plenamente garantizada en la Constitución. La opción por celebrar matrimonio canónico se enmarcará en el contexto de las opciones religiosas y aparecerá como una manifestación más del ejercicio de un derecho fundamental: el de libertad religiosa. La tutela efectiva de esta opción religiosa (matrimonio canónico) reclamaría que el Estado reconociese igualmente la entera regulación jurídica del matrimonio canónico, sustantiva y procesal, y le otorgase los pertinentes efectos civiles. Dicho de otro modo, entienden que el sistema matrimonial que mejor se corresponde con las exigencias dimanantes del derecho de libertad religiosa es el llamado "facultativo de tipo latino". Lo cual, por otra parte, significa patrocinar de hecho una situación del matrimonio canónico, en los aspectos sustantivos y procesales, prácticamente inalterable, como si el hecho capital de la Constitución de 1978 no le afectase en nada.

Como subrayó Reina (33) en su momento, en el planteamiento expuesto se advierte un verdadero equívoco, consistente en una desmedida y, por tanto, ilegítima extensión del objeto del derecho de libertad religiosa. "Una cosa es que los católicos (y los restantes creyentes) tengan la más absoluta libertad para contraer conforme a sus creencias, y otra muy distinta pretender que el Estado deba amparar, con su propia coactividad y en su propio ordenamiento, ese matrimonio religioso en su radical y absoluta configuración confesional" (34).

(32) Cfr., en este contexto de ideas, González del Valle, *El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma*, en "Anuario de Derecho civil", XXXI (1978), págs. 80 y ss.; Ibán, *Sistemas...cit.*, pág. 237; ID., *El matrimonio en la Constitución*, en "Revista de Derecho privado", 1980, págs. 142 y ss.; López Alarcón, *Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial*, en "El hecho religioso en la nueva Constitución española" (Salamanca 1979), págs. 208 y ss.; Navarro Valls, *El matrimonio religioso ante el Derecho español* (Madrid 1984), págs. 31, 65-70; etc.

(33) *El sistema matrimonial...cit.*, págs. 316 y ss.

(34) *Ibidem*, pág. 317.

En efecto, cualquier ciudadano tiene derecho a contraer matrimonio conforme a sus creencias y "a celebrar sus ritos matrimoniales" (art. 2, 1b, LOLR). Desde esta perspectiva, me parece que, sobre la base del derecho de libertad religiosa, el Estado no puede desconocer el hecho de que los sentimientos religiosos de ciertos ciudadanos se extiendan también a los *ritos matrimoniales* y, por tanto, debe de garantizar su respecto y efectividad. Asimismo cualquier ciudadano es libre para entender el matrimonio como un valor sagrado y pretender adecuar su conducta matrimonial futura a tales convicciones religiosas, sin que quepa coacción alguna en contrario. El derecho de libertad religiosa garantiza a todo ciudadano la opción de celebrar el matrimonio conforme a sus ritos religiosos. Incluso, el respeto al referido derecho (art. 2, 1a, LOLR) parece exigir que, una vez realizada tal opción confesional, en el tratamiento posible de las crisis matrimoniales también puedan ser respetadas las creencias religiosas. Ello fundamentaría el "marcado cariz facultativo" del art. VI, 2 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos (35) al establecer que los contrayentes *podrán acudir* a los Tribunales eclesiásticos en solicitud de una declaración de nulidad o de una decisión de disolución de un matrimonio rato y no consumado.

Ahora bien, sentado lo anterior, estimamos que no puede ser invocada la Constitución (derecho de libertad religiosa o laicidad del Estado) para que el Estado ampare, como propia, una determinada concepción religiosa del matrimonio ni para sancionar, con su propia coactidad, el régimen jurídico de ningún matrimonio confesional. Es más, pensamos que los principios constitucionales en relación con la opción sobre el factor religioso no reclaman necesariamente el reconocimiento de eficacia en el orden civil ni a los "ritos matrimoniales" ni, mucho menos, a los actos jurisdiccionales sobre ese matrimonio confesional, enmarcados en el seno de un ordenamiento extraño al estatal (resoluciones de los Tribunales eclesiásticos). La libertad religiosa no experimenta quiebra alguna en el supuesto de que el ordenamiento civil, admitidos los ritos matrimoniales de celebración, no reconociese eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas de carácter matrimonial.

(35) Cfr., sobre el particular, Díez-Picazo, *El sistema matrimonial y los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, en "Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro", IV (Salamanca 1980), págs. 20-21; y Reina, *La eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución de matrimonio*, en "Actualidad jurídica", 2 (1981), págs. 34-39.

III. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RELIGIÓN

A partir de la formulación constitucional del principio de igualdad (36), cuya virtualidad plena todavía está por descubrir y convertir en realidad efectiva (art. 9,2 Const.), vamos a intentar una reflexión en relación con la ejecución en el orden civil de determinadas resoluciones eclesíásticas sobre matrimonio (37).

1. Planteamiento general de la doctrina

Un sector importante de la doctrina (38), en base a la distinción entre *uniformidad-igualdad* y *trato específico-discriminación*, ha insistido en que el Estado no encuentra en el principio de igualdad (art. 14 Const.) un obstáculo que le impida asumir prácticamente en su totalidad la regulación del matrimonio canónico, tanto sustantiva como procesal. "Suplicada la libertad de elección de tipo matrimonial -afirma Navarro Valls- en modo alguno implica discriminación por motivos religiosos ni quiebra del principio de igualdad constitucional el reconocimiento de unas normas matrimoniales específicas, pues el principio de igualdad, considerado en su aspecto formal, no exige una legislación uniforme para el Estado; más aún, el principio de igualdad real y efectiva exige, por el contrario, la desigualdad normativa, pues tienen que regular desigualmente situaciones también desiguales, y la justicia consiste en tratar igualmente

(36) Como es sabido, el principio de igualdad viene siendo objeto de una atención progresivamente creciente por parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional. La bibliografía, al respecto, es abundantísima y de imposible referencia en este caso. Para un planteamiento general del tema, cfr., entre otros, el excelente trabajo de Jiménez Campo, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en "Revista española de Derecho constitucional", 9 (1983), págs. 71-114 en donde puede encontrarse una cuidada selección bibliográfica. Con referencia explícita a la igualdad y no discriminación por razón de religión, cfr., entre otros, Viladrich, *Los principios... cit.*, págs. 224-246; Llamazares-Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso... cit.*, págs. 17-21 y Suárez Pertierra, *Artículo 14*, en "Comentarios a las Leyes Políticas" (Dirig. por Oscar Alzaga). Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23, Madrid 1984, págs. 265-293.

(37) Sobre otras posibles exigencias del principio de igualdad en relación con el régimen del matrimonio, cfr., entre otros, Navarro Valls, *El matrimonio religioso... cit.*, págs. 13 y ss. y 130 y ss.; Fuenmayor, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, en "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", (1979), págs. 262-303; Peña, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, en "Anuario de Derecho civil", 3 (1980), págs. 570 y ss; Ruíz Vadillo, *El nuevo sistema matrimonial español*, en "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", 13 (1983), págs. 18 y ss; Valladares, *El principio de igualdad ante la Ley y el sistema matrimonial*, en "Revista de Derecho privado", Abril (1981), págs. 207-332; Reina, *El sistema matrimonial... cit.*, págs. 309 y ss.

(38) Cfr. cita nº 32.

a los iguales y desigualmente a los desiguales" (39). De este modo lo que patrocinan, en realidad, es una calificación del sistema matrimonial como *facultativo de tipo latino*, al menos en relación con el matrimonio canónico. Lo cual conlleva de hecho, salvo determinados matices subrayados por algún autor de los mencionados (40), una defensa del matrimonio canónico ante el Derecho estatal en términos muy similares a los existentes con anterioridad a la Constitución de 1978. En concreto, la ejecución en el orden civil de determinadas resoluciones eclesíásticas sobre matrimonio -aspecto directo de nuestra atención-, aunque no automática como antes, se concibe con gran amplitud (prácticamente son ejecutables todas las resoluciones sobre nulidad y dispensa de matrimonio rato y no consumado) y sin excesivos controles por parte de la autoridad civil cuya función, al realizar el "ajuste" al Derecho del Estado (arts. VI, 2 AJ y 80 Cc.), debería de centrarse en aspectos formales y no sustantivos o de fondo.

En abierta oposición al punto de vista expuesto, otro sector doctrinal (41) consideró que tal remisión a la entera regulación canónica (a normas confesionales) "violaría el principio de igualdad ante la Ley al establecer un privilegio exclusivo de los católicos: el de otorgarles la posibilidad de que su matrimonio se regulase por las normas de su religión".

En esta línea de valoración del sistema matrimonial compuesto, tal como lo formuló Fuenmayor (42), el Prof. Reina (43) ha entendido que "difícilmente se podría arbitrar un sistema matrimonial que consagrarse más gráficamente la quiebra del principio de igualdad religiosa ante la ley y la consagración de la discriminación por motivos religiosos, por más que se fundamente -y ahí está, según entiendo, el equívoco- en que esas serían las aspiraciones de las distintas confesiones religiosas". En efecto, no cabe, por imperativo del principio de igualdad, establecer capacida-

(39) *El matrimonio religioso...cit.*, pág. 131. Cfr. Jordano Barea, *El nuevo sistema matrimonial español*, en "Anuario de Derecho civil", XXXIV (1981), pág. 911.

(40) La anterior estimación no está exenta de cierta dosis de simplificación. Por supuesto, caben multitud de matizaciones al respecto. Quizás, éstas sean más significativas en relación con la posición últimamente sustentada por López Alarcón, *Nuevo régimen de las nulidades matrimoniales*, en "La Ley", IV (1981), págs. 937-944.

(41) Cfr., por ejemplo, Peña, *El sistema matrimonial...cit.*, págs. 576 y ss. y Valladares, *El principio de igualdad...cit.*, págs. 307-332. Con algunas matizaciones en aspectos concretos participa también de este punto de vista Ruiz Vadillo, *El nuevo sistema...cit.*, págs. 13-44.

(42) *El marco...cit.*, págs. 299-300.

(43) *El sistema matrimonial...cit.*, pág. 324.

des matrimoniales diferenciadas en base a la distinta adscripción religiosa (44). Sin embargo, en materia de ejecución en el orden civil de resoluciones eclesiásticas sobre matrimonio, el Prof. Reina no ve discriminación alguna entre los ciudadanos (soluciones "desvinculatorias" distintas) ni siquiera en el caso de la dispensa canónica por inconsumación ya que, en definitiva, "se está posibilitando de nuevo que, mediante una opción típicamente confesional, se obtenga lo que cualquier ciudadano puede conseguir sin ella" (45).

Finalmente otros autores, independientemente de su actitud al calificar el sistema matrimonial, subrayan que sería contrario al principio de igualdad la ejecución en el orden civil de sentencias de nulidad, basadas en causas exclusivamente confesionales como, por ejemplo, en los impedimentos de disparidad de cultos (c. 1086), orden sagrado (c. 1087), voto público perpétuo de castidad en instituto religioso (c. 1088), etc. (46).

2. El verdadero núcleo del problema

Sin duda alguna, el régimen jurídico de la nulidad y disolución del vínculo matrimonial en los ordenamientos canónico y civil presenta notables diferencias. Estamos, en realidad, ante datos innegables, difícilmente armonizables. Ni el régimen de los impedimentos es el mismo, ni la regulación del consentimiento obedece a un mismo posicionamiento de fondo, ni la disolución por inconsumación tiene parangón posible en el Derecho estatal. Por este motivo, las causas de nulidad y disolución del vínculo matrimonial difieren notablemente en su número y en su configuración jurídica, aunque, en ciertos casos, exista una coincidencia de términos para expresarlas (47).

A partir de esta constatación, reconocida por todos, puede pensarse que la norma (arts. VI,2 AJ; 80 Cc. y Disp. Adic. 2ª, 2 de la Ley 30/1981

(44) En este aspecto sigo el punto de vista hace ya tiempo sustentado por Finocchiaro, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*. Milano 1958, págs. 95-96.

(45) *El sistema matrimonial...cit.*, págs. 361, 368 y 380. A este criterio, en relación con la dispensa por inconsumación se ha adherido, entre otros, Navarro Valls, *El matrimonio religioso...cit.*, págs. 181-182.

(46) Cfr., por ejemplo, López Alarcón, *Nuevo régimen...cit.*, pág. 942.

(47) Cfr., en relación con el Derecho italiano, Finocchiaro, *Uguaglianza...cit.*, págs. 290-296, con abundantes referencias bibliográficas, y Cardia, *La riforma del "matrimonio concordatario" dopo le sentenze n. 16 e 18 del 1982 della Corte costituzionale*, en "Il Diritto ecclesiastico", 4 (1982), págs. 397-400. Para el Derecho español, cfr., entre otros, López Alarcón, *Nuevo régimen...cit.*, págs. 938-940.

de 7 de julio) establece de hecho una clara división o diferenciación de los ciudadanos en razón de la forma religiosa o civil de celebración del matrimonio. En efecto, los católicos, que hayan celebrado matrimonio según su propio rito (forma religiosa), podrán alegar causas de nulidad y disolución no admisibles para quienes hayan optado por la forma civil de celebración. En este sentido, parece que no puede ignorarse el hecho cierto de que la legislación en vigor establece distintas posibilidades de atacar el vínculo matrimonial con lo que las posiciones personales de los ciudadanos son en esta materia diferentes, en razón precisamente del rito religioso de celebración del matrimonio. El problema, una vez sentado lo anterior, se centra en determinar si tan claras diferencias de trato encuentran, no obstante, una justificación "razonable" y, en consecuencia, no son contrarias al principio y "valor superior" de la igualdad (48).

3. Valoración jurídico constitucional

Desde un punto de vista estrictamente teórico, poco o nada habría que objetar a las formulaciones que propician un trato desigual (específico) para el matrimonio canónico. Como tal formulación general es impecable. Nadie defiende que igualdad signifique uniformidad o niega, en el plano de la teoría, que se deba, por imperativo de justicia, un trato desigual a situaciones desiguales. Asimismo todos estamos de acuerdo en que existen causas "razonables" y "no razonables" que legitiman o no una diferencia de trato por parte de los poderes públicos, incluido el poder legislativo. Tampoco pueden ignorarse en esta línea las exigencias que comporta el deber impuesto a los poderes públicos en orden a "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad... sean reales y efectivas" (art. 9,2 Const.) en coherencia con la definición del Estado como "social y democrático de Derecho" (art. 1,1 Const.). Lo cual, sin duda, permite y hasta reclama un trato específico a múltiples aspectos de la realidad social. Es más, el Acuerdo sobre asuntos jurídicos contiene evidentes aspectos de trato específico en relación con el matrimonio canónico. Ahora bien, el problema, a nuestro entender, se concreta en la siguiente pregunta: ¿Esta posible diversidad de trato es absoluta o, por

(48) La anterior perspectiva ha sido específicamente subrayada por la doctrina italiana. Cfr., entre otros, Finocchiaro, *Uguaglianza...cit.*, págs. 259 y ss.; ID., *Del matrimonio*, en "Commentario del Codice civile" (A. Scialoja e G. Branca), I, Delle persone e della famiglia (Bologna-Roma 1971), págs. 633 y ss.; ID., *Matrimonio concordatario, giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte Costituzionale*, en "Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack", II (Milano 1976), págs. 429-454; ID., *Ancora in tema di competenza della Corte costituzionale, di "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" e di ordine pubblico italiano in rapporto alla giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio concordatario*, en "Il Diritto ecclesiastico", 4 (1982), págs. 429-445.

el contrario, gravitan sobre ella determinadas exigencias irrenunciables de la igualdad, "valor superior" del ordenamiento?

Por de pronto, conviene subrayar que el art. 14 de la Constitución excluye, de modo expreso, una serie de circunstancias justificadoras de tratamiento diferenciador. La "religión" no puede legitimar una diferencia de trato ni en la creación de la norma ni en su aplicación. Desde esta perspectiva, resulta difícil legitimar en el orden civil determinados aspectos del régimen canónico del matrimonio por mucho que se insista en que la igualdad no significa uniformidad o en la llamada *igualdad real y efectiva* (trato específico). En efecto, la igualdad formal es irrenunciable y conlleva determinadas exigencias en forma de límites al trato diferenciado o específico. Lo que parece difícilmente armonizable con la igualdad es otorgar un trato específico a un determinado colectivo de personas si ello supone también *un trato de desventaja* para el resto de los ciudadanos en orden a actuaciones esencialmente iguales o que pretenden el mismo objetivo final.

En este contexto, el reconocimiento y tutela del matrimonio canónico, por ejemplo, no puede ser, en base a la especificidad del mismo, de tal intensidad y amplitud en materia de nulidad y disolución (admisión de todas las causas canónicas de nulidad y disolución) que signifique de hecho que el resto de los ciudadanos (los que han celebrado matrimonio en forma civil) carezcan de tales posibilidades a la hora de impugnar el vínculo matrimonial. La norma crearía, en este caso, una desigualdad o división de los ciudadanos en razón del rito de celebración del matrimonio. Tal *desventaja* respecto a los ciudadanos que no han celebrado su matrimonio conforme a la forma canónica sería discriminatoria y prohibiría, en consecuencia, un trato específico de esa naturaleza al matrimonio canónico. En concreto, la cuestión se plantea en relación con *las causas de nulidad estrictamente confesionales y con la dispensa canónica del matrimonio rato y no consumado*, siempre que no sea reconducible a alguno de los supuestos del art. 86 del Cc.

Es más, tampoco me parece admisible un trato desigual al matrimonio canónico si ello da lugar también a una *desventaja* (pone en situación de inferioridad) de los que han optado por la celebración en forma canónica en relación con el resto de los ciudadanos. Por mucho que venga legitimado el trato específico, no puede la norma civil establecer condiciones diferentes para el ejercicio del común derecho a contraer matrimo-

nio (49), ni puede negar a ningún ciudadano, aunque sea católico, la facultad de acudir a la celebración civil (50), ni puede establecer regímenes diferentes en materia de capacidad matrimonial (51), ni, por último, puede cerrar la vía del divorcio a quienes hayan celebrado matrimonio canónico (52). Sería discriminatorio por razón de religión. La igualdad, como valor superior que es, no puede claudicar ni dejar de informar a todo el ordenamiento incluso cuando éste otorgue, por diferentes circunstancias "razonables", un trato desigual a determinados grupos sociales o ciudadanos concretos.

Esta nueva dimensión de la igualdad (real y efectiva), que se traduce en una exigencia de capacidad actual de acceder a los bienes y derechos protegidos por el ordenamiento, constituye en sí misma, como hemos dicho (53), justificación razonable de trato específico. Pues bien, aun suponiendo que el matrimonio canónico ha sido objeto de este trato específico, éste no puede otorgarse en la medida en que dé lugar a discriminación como, por razón de religión, se produciría al situar en clara ventaja a los contrayentes que hayan celebrado en forma religiosa por cuanto únicamente éstos -y no el resto de los ciudadanos- podrían alegar determinadas causas de nulidad o disolución para atacar el vínculo matrimonial.

En consecuencia, pensamos que no es posible la ejecución en el orden civil de todas las resoluciones eclesiásticas de matrimonio (sobre nulidad y disolución por inconsumación) ya que ello significaría admitir un trato discriminatorio entre los ciudadanos. Problemática que, en todo caso, deberá ser analizada en cada caso por el Juez a quien compete otorgar el "ajuste", pero que, en principio, se planteará sobre todo en aquellos supuestos cuya nulidad haya sido declarada en base a causas exclusivamente confesionales.

(49) DGRN. Resol. 13.3.1980 y Resol.23.7.1980, en "Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado", año 1980, págs. 660-662 y 555-558 respectivamente.

(50) DGRN, Instr. 26.12.1978, BOE, 30.12.78.

(51) Cfr. Reina. *El sistema matrimonial...cit.*, págs. 325, 345-346; Ruiz Vadillo, *El nuevo sistema...cit.*, págs. 28-29. En la doctrina italiana, se ha destacado en subrayar las exigencias del principio de igualdad, Finocchiaro, *Uguaglianza giuridica...cit.*, págs. 249-302 y *Del matrimonio...cit.*, págs. 196 y ss.

(52) Cfr. Fuenmayor, *El marco...cit.*, págs. 295 y 300-303.

(53) En relación con determinados aspectos del principio de igualdad que hemos utilizado en la exposición, es de justicia señalar que hemos tenido delante el texto de la Conferencia pronunciada por el Prof. López Guerra en la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares.

4. Crítica de ciertas "razones" invocadas

Desde el momento mismo en que se patrocina de hecho un trato específico, por legítimo que lo sea, es indispensable aludir a una determinada fundamentación que lo haga "razonable" o "justificable". De aquí la frecuencia con que, en ciertos sectores doctrinales, se alude a pretendidas "causas razonables" de la diferenciación de trato normativo que postulan para el matrimonio canónico. Veamos, pues, alguna de las habitualmente invocadas.

1) Con independencia de los términos utilizados, es bastante frecuente que, en general, el sector doctrinal que propugna el reconocimiento de la entera regulación canónica del matrimonio (el mismo que califica el sistema matrimonial como facultativo de tipo latino y limita el "ajuste", en vía de ejecución, a aspectos puramente formales) se mueva con un esquema de ideas en virtud del cual la "directa referencia" a las causas canónicas de nulidad y al supuesto de disolución por inconsumación que realiza el Acuerdo sobre asuntos jurídicos impide cualquier calificación de "irracionalidad" y, en consecuencia, de "discriminación".

El argumento (54) ofrece múltiples flancos a la crítica. El simple hecho de que el Acuerdo, instrumento formal para otorgar un posible trato específico, contemple o enumere las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad y disolución por inconsumación como susceptibles de eficacia en el orden civil no constituye, por sí solo, la superación de un posible trato discriminatorio. Esto, en mi opinión, dependerá de otras circunstancias que el Juez civil deberá valorar en cada caso concreto. Por otra parte, nada autoriza a pensar que el Acuerdo ha realizado la recepción de un sistema, en sí mismo *cerrado* a cualquier influencia. Muy al contrario, la unidad y armonía del sistema matrimonial vienen dadas radicalmente por unos valores y principios de carácter constitucional que inciden directamente sobre toda norma jurídica, también, por supuesto, sobre el Acuerdo. En consecuencia, si, en un supuesto concreto, la ejecución de una sentencia eclesiástica de nulidad, otorgada en base a una concreta causa, se entiende que introduce una discriminación no "razonable", debe de negarse el "ajuste" y su consiguiente inserción en el orden civil.

(54) Aunque con ciertas matizaciones, el argumento fue utilizado por algún sector de la doctrina italiana sin demasiado éxito final. Una crítica al mismo en Finocchiaro, *Uguaglianza...cit.*, pág. 311; Navarro Valls, *El matrimonio religioso...cit.*, pág. 131. El argumento en cuestión también ha sido utilizado en Italia en relación con la Sent. 175/1973 de la Corte constitucional. Una crítica del mismo -que compartimos- en Finocchiaro, *Matrimonio concordatario...cit.*, págs. 446-451.

Ninguna norma jurídica, tampoco las concordadas, constituye una especie de "isla" fuera del orden constitucional. Por ello, la mera referencia en el Acuerdo no es suficiente para superar la posible "discriminación".

2) Otro argumento muy utilizado, con el que se pretende salir al paso de un objeción segura, es el siguiente: no hay discriminación porque hay libertad de elección de las distintas formas o clases de matrimonio (55). Sin embargo, *tal libertad de elección no es cierta*. Como ha subrayado Finocchiaro (56), ésta sólo viene garantizada a aquellos ciudadanos que pueden ser admitidos a uno u otro matrimonio o que pueden celebrar el matrimonio en una u otra forma (religiosa o civil). Tal es el caso, por ejemplo, de los católicos. Sin embargo, no viene garantizada para aquellos que no pueden ser admitidos al matrimonio canónico. Estos ciudadanos, si desean adquirir el estado conyugal, no tienen otra opción que la de celebrar el matrimonio civil.

Por otra parte, si bien es cierto que, con independencia del camino elegido, se llega a la misma meta: nacimiento en el orden civil de la relación conyugal con unos mismos efectos civiles, no lo es menos, como afirma Finocchiaro a quien seguimos, que el camino elegido comporta consecuencias diferentes a la hora de impugnar el vínculo. Es aquí donde el principio de igualdad juega su papel. En efecto, según haya sido el camino elegido (rito religioso o civil) la impugnación del vínculo matrimonial será posible en base a causas de nulidad distintas. Lo cual supone admitir desigualdad de trato en materia de estado civil, y, precisamente, por razón de religión.

Una vez más, en consecuencia, surge la necesidad del "ajuste" al Derecho del Estado en orden a verificar si la concreta sentencia eclesíástica, cuya eficacia en el orden civil se solicita, entraña o no trato discriminatorio. En cualquier caso, me parece que su existencia no se supera sin más por la invocada elección de un tipo u otro de matrimonio.

3) Finalmente, se han alegado, -en relación con la disolución por inconsumación- como circunstancias superadoras de lo "discriminatorio",

(55) Cfr., entre otros, Jordano Barea, *El nuevo sistema...cit.*, págs. 311; Navarro Valls, *El matrimonio religioso...cit.*, pág. 131. El argumento en cuestión también ha sido utilizado en Italia en relación con la Sent. 175/1973 de la Corte constitucional. Una crítica del mismo -que compartimos- en Finocchiaro, *Matrimonio concordatario...cit.*, pág. 446-451.

(56) *Ibidem*, págs. 448-451. Sobre el tema, ha vuelto a insistir el citado autor en el sentido de recalcar su carácter discriminatorio, *Ancora in tema di competenza...cit.*, págs. 435-437.

“las facilidades que a cualquier ciudadano español se le conceden para obtener el divorcio en sede civil incluso sin necesidad de aducir causa concreta” (57).

Así formulado, el argumento no es, ni mucho menos, convincente. El supuesto de disolución por inconsumación no deja de ser discriminatorio porque en el orden civil se concedan presuntas “facilidades” hasta el punto de no ser necesario aducir causa concreta. Ni hay “facilidades” ni se ejerce la acción de divorcio sin alegar causa (art. 86). Su posible no discriminación proviene de consideraciones como las que realizó Reina (58) al subrayar que “si se tiene en cuenta que tampoco en el ordenamiento canónico es la *inconsumación* la *causa* de la dispensa, sino el *hecho* que permite invocar la verdadera ‘causa dispensandi’ (imposibilidad de convivencia, deseo de formar una verdadera familia, problemas morales insolubles, etc.), entonces el instituto canónico no resulta ya -pese a sus características específicas- tan alejado de la futura legislación española sobre *causas* de disolución o divorcio (cese efectivo de la convivencia, quiebra profunda y difícilmente superable de la convivencia conyugal, perturbaciones mentales, etc.)”. A partir, en efecto, del *cese efectivo de la convivencia* (59), verdadero eje del sistema en ambos ordenamientos, difícilmente puede argumentarse que constituya trato discriminatorio, si bien puede plantear problemas desde otras perspectivas.

IV. LA COOPERACION DEL ESTADO CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

A partir de la realidad sociológica española (creencias religiosas), la Constitución (art. 16,3) ha establecido, como técnica para encauzar las relaciones entre el Estado y las Confesiones religiosas, la *cooperación* (60). Fruto de esta cooperación ha sido el *Acuerdo sobre asuntos jurídicos* en el que se otorga un determinado trato al matrimonio canónico en el orden civil.

A fin de evitar ciertos equívocos, bastante frecuentes en algún sector doctrinal, me parece necesario realizar las siguientes precisiones, directamente relacionadas con el objeto que nos ocupa:

(57) Navarro Valls, *El matrimonio religioso...cit.*, pág. 182.

(58) *El sistema matrimonial...cit.*, págs. 367-368.

(59) Cfr., entre otros, Montes, *Artículo 87. Comentario*, en “Comentarios a las reformas del Derecho de familia”, I (Madrid 1984), págs. 499-502.

(60) Sobre la problemática que encierra el referido precepto constitucional, cfr., entre otros, Viladrich, *Los principios...cit.*, págs. 246-259 y Llamazares-Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso...cit.*, págs. 29-34.

a) “La cooperación no es un principio, como el de libertad religiosa o el de igualdad religiosa, sino una técnica utilizada por el Estado para concretar sus relaciones con la Iglesia católica y las de más confesiones” (61). Desde esta perspectiva, puede discutirse si el mandato constitucional de cooperación exige de los poderes públicos dar una participación a las confesiones religiosas a la hora de elaborar el Derecho del Estado en relación al factor religioso (62). Por el contrario, la cooperación no reclama un determinado trato al factor religioso ni predetermina, en modo alguno, el contenido del Acuerdo a que pueda llegarse.

b) En consecuencia, “no se viola la cooperación por no concesión de efectos civiles al matrimonio religioso” (63) ni porque las resoluciones eclesiásticas sobre matrimonio no obtengan eficacia en el orden civil. La cooperación, como tal técnica de relación, no exige un contenido ni mucho menos convierte en exigencias del orden constitucional el contenido concreto de los Acuerdos en que se pueda plasmar la cooperación.

c) En esta línea, como ha afirmado con acierto el Tribunal constitucional, hay que decir que “la cooperación del Estado con la Iglesia Católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos” (64).

d) Sentado lo anterior y dado que, en virtud de la cooperación, existe un Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede (3.1.1979) en el que se reconoce a las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad y decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución del Tribunal civil competente, cabe afirmar que el referido reconocimiento “se sustenta” en la cooperación (65). No en el sentido de que la cooperación lo exija sino en el sentido de que, en virtud de la cooperación, se ha firmado un Acuerdo en el que el referido reconocimiento se contempla, siempre y cuando se cumplan los requisitos prescritos en el mismo.

(61) Cfr. Fernández-Coronado, *Principio de igualdad y técnica de cooperación*, en “La Ley”, 682 (1983), pág. 80.

(62) En tal sentido comparto plenamente las preocupaciones o los riesgos apuntados por Llamazares-Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso...cit.*, págs. 32-33.

(63) Fernández-Coronado, *Principio de igualdad...cit.*, pág. 80.

(64) Sentencia del Tribunal Constitucional, de 12 de noviembre de 1982, RA 131/1982 (Ponente: Fernández Viagas), en “Boletín de Jurisprudencia constitucional”, 20 (1982), pág. 1030, FJ, 3.

(65) *Ibidem*, pág. 1029, FJ, 2. Cfr. Delás, *Denegación...cit.*, pág. 219.

APUNTES SOBRE LOS PROBLEMAS JURIDICOS QUE PLANTEAN LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA

M^a. DEL CARMEN GETE-ALONSO

SUMARIO: Presentación. 1. *Los problemas relacionados con las técnicas de legislar*: 1.1. La competencia legislativa; 1.2. El modo de legislar; 1.3. Las definiciones legales. 2. *Los conceptos jurídicos*: 2.1. Consideración jurídica de las células reproductoras y de los embriones; 2.2. La calificación del concebido; 2.3. Los requisitos del nacido; 2.4. El concepto de maternidad. 3. *Los problemas de filiación*: 3.1. La determinación de la filiación; 3.2. Las acciones de filiación. 4. *Aspectos sucesorios*.

PRESENTACION

El presente escrito no pretende ser un estudio completo y pormenorizado de todas y cada una de las cuestiones que suscitan al jurista, y particularmente al que se dedica al Derecho Privado, las nuevas técnicas de reproducción humana, sino sólo -como su nombre indica- unos meros apuntes acerca de los mismos.

En realidad responde a las reflexiones que el tema me ha planteado a la hora de revisar y volver a explicar el largo temario que es el programa de Derecho Civil. Es indudable que, prescindiendo de las implicaciones éticas y religiosas que comporta, la realidad práctica no sólo de la existencia de dichas técnicas sino también del resultado de su aplicación -el nacimiento de personas- merecen una consideración especial por parte

del investigador del Derecho y, en particular, del que se dedica al sector del Derecho Privado (1).

En este orden de cosas y partiendo de dichas premisas, lo que aquí se expone es, solamente, una lista de dichas cuestiones que, a la larga, deberán ser resueltas por el legislador o al menos ser objeto de su reflexión: unas de índole general, otras más particularizadas o concretadas al ámbito del Derecho Civil que, actualmente, aparece comprendido en el marco del Código Civil y las Compilaciones de Derecho Civil, sin olvidar aquellas que tienen directa relación con los principios recogidos en nuestra Constitución.

1. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE LEGISLAR

Básicamente son tres los puntos que deben de tenerse en consideración en este apartado en nuestro actual sistema jurídico, dos de ellos generales y otro -por así calificarlo- más particular o específico: la competencia legislativa en la materia; su inclusión -modificándolos- en los cuerpos legales existentes (CC y Compilaciones); y las definiciones o descripciones de estas técnicas.

1.1. *La competencia legislativa*

No cabe duda acerca de la competencia que el poder legislativo del Estado ostenta sobre esta materia; pero quizá sí pueda suscitar conflictos -en un futuro- la que pueda ejercitarse por parte del legislador autónómico. ¿Pueden las Comunidades Autónomas que ostentan potestad legislativa regular esta materia individualmente?

La respuesta a este interrogante está, necesariamente, en función de las distintas vertientes que se presentan en la misma, pues no todas ellas se enmarcan en el ámbito del Derecho Privado.

Así todos los aspectos o cuestiones de índole estrictamente *civil* (un

(1) Este breve discurso no es más que la traducción escrita del esquema que utilicé -en parte- en una de las lecciones del Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, durante el Curso 1986/87, que versó sobre "Els nous problemes de la filiació al Dret Civil de Catalunya".

50% por lo menos con relación al total) o *privado* pueden -en mi opinión- ser objeto de regulación propia por parte del legislador autonómico que haya asumido tal competencia conforme a lo que establece la CE (Art. 149, 1.8º CE); y lo mismo puede decirse respecto de los *aspectos procesales* (acciones de filiación básicamente) que se deriven de las particularidades que se establezcan en el derecho sustantivo (Art. 149.1.6º CE) (2).

Por el contrario, aquellas que comporten una connotación *penal* -si así se decide tratar a determinadas conductas relacionadas con la realización de estas técnicas- quedan excluidas de la regulación autonómica al ser -como es conocido- competencia exclusiva, esta materia, del poder legislativo central (Art. 149.1.6º CE).

Cuestión distinta de ésta es la relativa a la oportunidad de que el legislador autonómico desarrolle, en el marco de su competencia exclusiva, esta materia de una manera particular y diferenciada. No se trata ya -entiéndase- de negar o no la competencia -que se tiene- cuanto de la conveniencia de regulaciones dispares.

Quizá pudiera pensarse por algunos (seguramente los que pondrían en tela de juicio la potestad legislativa), que la amplia trascendencia que implican estas técnicas que extravasan -con mucho- incluso las fronteras del Estado español, no hacen aconsejable que cada Comunidad Autónoma regule de forma separada las consecuencias de las mismas en el ámbito jurídico. Parece -se podría incluso argumentar- que una legislación sobre la misma debiera de ser no ya nacional sino supranacional, al menos en lo que se refiere al conjunto de países que componen la Comunidad Europea.

No obstante, debe de llamarse la atención acerca del hecho de que en el Estado de las Autonomías que se recoge en nuestra Constitución (Art. 2 CE) y que esta misma reconoce y protege, un tal razonamiento supondría no sólo desconocer y vulnerar un principio constitucional, sino el que la materia que es objeto específico de competencia -la civil- admite esa diversidad de regulaciones. Los principios sociológicos, económicos y familiares de cada grupo social lo aconsejan, y no debe de renunciarse a los mismos en pro de una falsa uniformidad de instituciones civiles que no sólo acarrearía la pérdida de identidad del pueblo (que se quiere,

(2) Para Catalunya, además, así se recoge -en relación a las "Normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña"- en el Art. 9.3 EAC.

constitucionalmente, mantener) sino de la propia persona en particular que se mantiene, precisamente, por el ordenamiento jurídico privado (3).

A pesar de lo que se acaba de decir, debe de hacerse una llamada de atención acerca de ciertos puntos que sí deberían ser objeto de un tratamiento unitario al menos a nivel general.

Como ya se sabe -y se verá-, las nuevas técnicas de reproducción humana significan no sólo una revolución en el ámbito meramente científico y médico, sino también en el de conceptos que -hasta el momento- han permanecido indiscutidos por todos: el nacimiento, el concebido, la maternidad... ¿Es que tales conceptos pueden definirse y calificarse de forma distinta por cada Comunidad Autónoma que goce de competencia legislativa de Derecho Privado?

Posiblemente, en una conclusión precipitada podría contestarse que sí a la vista, siempre, de los preceptos constitucionales: siempre que la regulación establecida no suponga una vulneración del principio de tratamiento igualitario de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes (Cfr. Art. 149.1.1^o CE) y no infringiese los derechos a la propia dignidad personal (Art. 15 CE). No debe de olvidarse que todos los conceptos enunciados no se comprenden en la materia civil que el Estado se reserva en exclusiva (Cfr. Art. 149.1.8^o CE), salvo la vertiente registral.

A pesar de ello algo sí resulta evidente: el Derecho -como es sobradamente conocido- resuelve a posteriori los problemas que se plantean en la realidad social y salvo excepciones (como la del CC que no siguió en sede de filiación, netamente, el modelo de su tradición) no en forma distinta a lo que aquella reclama en cada momento histórico y determinado. Y no solo eso, en materias como la presente que tienen directa relación con las Ciencias de la Naturaleza, normalmente la respuesta jurídica ha ido acorde con los conocimientos que se manifestaban en cada época.

Baste aquí recordar el origen del requisito de la "figura humana" que exige el Art 30 CC que se remonta a una discusión habida en el Derecho

(3) La Exposición de Motivos de la Llei de 20 de Marzo de 1984 de modificación de la CDC habla de que "...el Dret civil constitueix, juntament amb la llengua, una de les produccions culturals més importants del poble català, un dels principals exponents de la seva identitat com a poble i, per tant, un dels punts de referència essencials a l'hora d'identificar Catalunya com a producte d'un procés històric específic..." Lo mismo puede decirse del Derecho privado de cualquier otra Comunidad Autónoma, evidentemente.

Romano (4) y que el legislador de 1889 consideró que podía aun estar vigente; o del actual Art. 116 CC (derogado 108) en cuanto a los plazos de concepción para determinar la paternidad marital y el plazo máximo de gestación (10 meses) que obedece a la opinión de Hipócrates (5).

Por su parte también resulta evidente que la tipología en la filiación (las distintas clases de hijos) que se recogía en el Código Civil de 1889, no fué cuestionada en los territorios con Derecho propio que únicamente -como ocurrió en el Derecho Catalán y Navarro- mantuvo diferencias a la hora de regular las acciones de filiación (Cfr. los anteriores Art. 4 y 5 CDC), o en cuanto a la declaración de paternidad natural (Leyes 70 y 71 de la Compilación de Navarra). Sólo en el Derecho Catalán parecía recogerse -a efectos únicamente del Derecho de sucesiones- una tipología diferente (la de los hijos adulterinos y sacrílegos del Derecho Canónico. Cfr. anterior Art. 252 CDC) pero sin más trascendencia que la indicada.

Esto debe de ser objeto de reflexión: no parece que, hoy en día y máxime después de los avances de estas técnicas, los conceptos básicos deban ser objeto de una regulación diferenciada, y sí sólo sus consecuencias en el ámbito de las relaciones.

Podría argumentarse que, de la misma manera que el legislador se abstiene -en la actual regulación- de definir que sea la muerte y sus requisitos, dejándolo a lo que la ciencia médica establezca en cada momento (6); otro tanto deba de hacer respecto a conceptos tales como el naci-

(4) Vid D. 50,16,135 y D. 28,2,12 y 1

(5) El cálculo de la gestación que hiciera Hipócrates ya encuentra su reflejo en el Derecho Romano en D. 1,5,12 y D. 38,16,3,11 y 12. Esto se mantiene, luego, en las Leyes de Partida (4, 23, Ley 4^ª). Vid, para su evolución y discusión en la doctrina, el comentario de Sancho de Llamas y Molina a la ley 13 de Toro en *Comentario critico-jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid 1852 (Reproducción anastática, Barcelona 1973. Banchs editor).

(6) En relación a la regulación sobre trasplantes de órganos parece que se ha adoptado el criterio de considerar que existe *muerte* en el supuesto de lesión cerebral irreversible. Así el Art. 5 de la Ley de 27 de octubre de 1979 señala (para la obtención de órganos de persona fallecida) la exigencia de la comprobación de la muerte "Cuando dicha comprobación se base en la existencia de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida..." Y el Art. 10 del Reglamento de 22 de Febrero de 1980 impone la comprobación de la muerte cerebral -de acuerdo con los criterios médicos que se señalan en el precepto- para el trasplante de órganos que precise la viabilidad de los mismos. Como se observa el legislador sigue el criterio de la medicina en cada momento.

miento o la concepción. Y respecto de los demás que puedan comportar una connotación jurídica (la maternidad - paternidad - clases de filiación) exigir a todos los que ostentasen esa competencia legislativa un mínimo de acuerdo o principios básicos.

No significa esto, en contra de lo que pudiera parecer, el dejar la cuestión en manos exclusivas del legislador estatal en detrimento del autonómico; antes al contrario, partiendo del plano de igualdad en el que se hallan ambos, una llamada de atención a la cooperación.

1.2. *El modo de legislar*

¿Debe de procederse a través de leyes que modifiquen los actuales cuerpos legales (CC y Compilaciones) existentes, o a la redacción de *leyes especiales*?

No resulta fácil, de entrada, contestar a esta pregunta; pero la propia materia condiciona la respuesta. La solución no es, en todo caso, la misma dadas las múltiples implicaciones que presenta y la posibilidad de existencia de diversos Ordenamientos jurídicos privados que se ocupen de la misma.

Los aspectos que -en una denominación general- pudieran considerarse administrativos o reglamentarios, podrían resolverse, sin gran distorsión, mediante la técnica de leyes especiales. ¿Quid de la materia penal y civil?

La competencia exclusiva del Estado en *materia penal* y el hecho de que en el Código Penal ya se recogen tipos delictuales que toman como presupuesto la paternidad o maternidad (Arts. 468, 469 y 487 a 489 C. Pen; suposición de parto, usurpación del estado civil, abandono de menores); quizá aconsejen que aquellas conductas que pudieran merecer esta calificación fueran introducidas en el propio Código Penal. De la misma manera que el aborto se contempla en el mismo. Una ley especial, en materia penal, no es aconsejable.

La solución es diversa, y necesariamente dispar, en lo que hace referencia *la materia civil*. El *legislador autonómico*, dada la estructura y manera de ser de las actuales Compilaciones no tiene porqué proceder a introducir la materia en las mismas, sino sólo aquellas modificaciones que afecten a las actuales instituciones que se regulan en ellas. Una ley especial pudiera ser la técnica más adecuada en este caso. La cuestión resulta

más difícil de resolver en el caso del *legislador estatal*. ¿Realmente condiciona el cuerpo sistemático que es el Código Civil?

Pienso que aquí han de tenerse en cuenta los distintos puntos que presenta la materia objeto de análisis. Hay -como se ha dicho ya- diversos conceptos que estas nuevas técnicas ponen en tela de juicio y que, hoy en día, son contemplados directamente en dicho cuerpo legal: el concebido, el nacimiento, la maternidad... Una revisión de los mismos -por parte del legislador- provoca, indudablemente, una nueva modificación de nuestro ya centenario Código Civil que debería de recoger dichos conceptos para que no se le pudiera tildar de desconocedor de la realidad social y jurídica existente. Dicho con otras palabras: mal que pese (7), la modificación del Código Civil es inevitable, al menos en lo que respecta a los conceptos o principios mínimos del sistema.

En cambio en relación a los demás aspectos civiles que supongan una variación que quizá pudiera calificarse de extraordinaria (o desmesurada) de dicho Cuerpo Legal, no creo que exista obstáculo que impida la vía de la legislación especial; o mejor dicho, de la ley especial a la que se remita -de manera expresa- tal cuerpo legal. La propia complicación y extensión de la materia lo hace, sin duda alguna, aconsejable. Con todo no sería muy descabellado apuntar que, dada la extensión que hoy alcanza todo lo que es el Derecho de Familia, se acudiese a recoger esta materia (junto a la que ahora está en el Código Civil) en un cuerpo legal y separado: un Código de la Familia.

1.3. *Las definiciones legales*

Básicamente -como es conocido- son dos las técnicas de reproducción humana que vienen practicándose: la *inseminación artificial* que consiste en llevar el semen a la vagina o útero de la mujer; y la *fecundación in vitro*, la puesta en contacto, en el laboratorio, de un óvulo u óvulos con los espermatozoides con los que se fertilizan aquellos que, en un momento posterior, son transferidos al útero de la mujer. Un sistema intermedio -que no propiamente técnica de reproducción independiente-

(7) Puesto que, como se viene mostrando en las recientes reformas del Código Civil, se ha venido a empeorar -en la mayor parte de los casos- técnicamente a dicho cuerpo legal. No sólo porque se introducen contradicciones o perplejidades que luego no se resuelven (por ejemplo la que existe entre el Art. 46, 1º CC: no pueden casarse los menores no emancipados y el Art. 314, 2º: "La emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor"), sino también porque a la vez que se bisan preceptos (así el Art. 299 bis) se dejan otros tantos -del mismo título- sin contenido (los Arts. 307 a 315).

es la *transferencia intratubárica de gametos*: la puesta en contacto de los óvulos con los espermatozoides en el interior de la trompa de Fallopio.

¿Debe el legislador proceder a definir las técnicas con el fin de regularlas? En parte la respuesta a la pregunta formulada ya ha sido dada en las líneas que anteceden. El legislador, bien puede decirse, no inventa nada: se limita -lo ha hecho a lo largo de la Historia- a recoger lo que, previamente, se encuentra en la realidad social y económica del momento en el que ha ejercitado su facultad; solamente traduce a términos jurídicos los mismos, estableciendo los mecanismos adecuados para su regulación.

Pues bien, teniendo en cuenta estas premisas, es oportuno considerar que resultaría altamente distorsionador el que el legislador pretendiera definir y fijar -de manera cerrada- estas técnicas. No sólo el definir no es labor de legislador sino que, en este caso, resultaría inconveniente pues supondría el dejar, de entrada, una vía abierta a la polémica constante (8). Me explicaré, el legislador deberá tomar decisiones respecto a cuestiones puramente jurídicas: es decir, la manera de regular los diversos intereses (privados y públicos) que entran en juego a raíz de la utilización de dichas técnicas; pero debe de abstenerse de definir en qué consisten las técnicas en sí mismas consideradas para partir, únicamente, de su existencia. Otra forma distinta de operar no sólo cerraría el sistema a las posibles evoluciones de la técnica en este punto, sino que provocaría la necesidad, constante y continuada, de modificar la propia legislación. Ello, no obstante, no quiere decir que se encuentre limitado y condicionado por la técnica en cada momento, sino que debe de -en la medida de lo posible- regular la materia de forma tal que pueda llegar a tener unos visos de permanencia en el ámbito temporal.

(8) *Esquerra Republicana*, en la Legislatura catalana, presentó un proposició de Llei sobre "Regulació de l'ús de les tècniques de fecundació artificial" (BOPC n^o 102, 2 de diciembre de 1985) en cuyo Art. 1, al determinar el objeto de la misma, no se limitaba a señalar las técnicas, sino que las defendía y mezclaba -incorrectamente- con los distintos supuestos que pueden darse. Así -curiosamente- después de describir a la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos (que no es, en realidad, una técnica diferenciada, como se dice en el texto) se colocaba en el mismo precepto la implantación del embrión en el útero de otra mujer que no es, tampoco, una nueva técnica sino el medio que se utiliza en la fecundación in vitro. De ahí lo que se señala en el texto: la innecesariedad de que el legislador defina estas técnicas.

2. LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Como se ha advertido ya, una de las primeras cuestiones que, a nivel concreto, plantean las nuevas técnicas de reproducción humana incide en ciertos conceptos jurídicos que, hasta el momento, han permanecido en cierta medida invariados y respecto de los que el legislador que afronta la tarea de traducir -en una regulación concreta- las consecuencias jurídicas de las mismas, habrá de tomar alguna posición. Se trata de: la consideración jurídica de los gametos y embriones y células reproductoras; la calificación del concebido; la consideración del nacimiento y los requisitos de la persona nacida; la conceptualización de la maternidad.

2.1. Consideración jurídica de las células reproductivas y de los embriones

A los efectos de esta exposición, bajo la expresión células reproductoras se comprende tanto el semen o espermia, como los óvulos; entendiéndose como embrión al resultante de la unión de los mismos (óvulo fecundado en el laboratorio). La problemática es diversa en uno y otro caso, y sólo parcialmente la legislación actual viene a resolverla en el primero de ellos.

Efectivamente, las *células reproductoras* son un componente de la persona física, uno de sus atributos corporales junto a los órganos y sustancias (la sangre) de la misma. En cuanto tal, jurídicamente, no tienen la condición de cosa (Cfr. Art. 333 CC) pues forman parte de la propia persona, de su integridad física (Cfr. Art. 15 CE) estando -por lo tanto- excluidos, en principio, del tráfico jurídico.

Esto no ha impedido que, a medida que ha venido avanzando la ciencia médica y la conciencia social así lo ha asumido -dados los fines perseguidos (la mejora de la calidad de vida de la persona)-, se haya admitido la posibilidad de llevar a cabo actos concretos de disposición sobre los órganos de la persona. Baste recordar, en este punto, la Ley de 27 de Octubre de 1979 (y su reglamento de 22 de Febrero de 1980) sobre extracción y trasplante de órganos y el RD de 9 de Octubre de 1985 sobre la Hemodonación y los Bancos de Sangre; que -dentro de ciertos límites- regulan la realización de dichos actos de disposición basados en los principios de voluntariedad, gratuidad y rígido control de los mismos.

No es muy aventurado afirmar que la consideración jurídica de las células reproductoras debe de seguir una orientación similar. En cuanto

forman parte de la persona están protegidas por el derecho de ésta a su integridad física (Art. 15 CE) pero puede disponer de los mismos con ciertas limitaciones. Tampoco distorsionaría demasiado el pensar que, hasta que no exista esa legislación esperada, pudieran aplicarse -analógicamente- los principios que se derivan de lo ya existente. Sobre todo en lo que hace referencia a puntos tales como : necesidad de consentimiento (voluntariedad), gratuidad y anonimato.

En ningún caso -y tampoco parece que sea esa la intención del legislador, su tratamiento jurídico ha de tender a equipararlos a las cosas que están en el comercio. De ahí que pudiera establecerse (y sería muy conveniente en este caso) un fuerte régimen de sanciones para aquel o aquellos que se dedicaran habitualmente al tráfico comercial de los mismos (9). La regulación debería de seguir el criterio similar (en cuanto al anonimato, donación), que se manifiesta, ya ahora en las Leyes mencionadas.

El punto referente a *los embriones* presenta una dificultad distinta desde el punto de vista jurídico. No ya sólo por la discusión que pueda plantearse en el propio seno de la Ciencia médica acerca del momento en que pueda considerarse que ya existe formada una nueva persona, y de las implicaciones morales y éticas (de las que aquí se prescindir); sino porque, técnicamente, no puede calificarse de la misma manera que a la célula reproductora en cuanto que es *algo nuevo* formado a partir de la fusión del óvulo y el esperma.

Es evidente que no puede considerarse al embrión como cosa en sentido jurídico, pero tampoco -como se verá- es una persona o un concebido. Es un algo nuevo que responde a un previo acto de disposición que tiene marcado ya, desde aquel, un *destino* muy concreto: dar lugar al nacimiento de una nueva persona si ello es viable.

(9) La Ley Sueca sobre Inseminación Artificial de 20 de Diciembre de 1984 prevé -en su Art 7- multas y hasta la pena de seis meses de prisión (como máximo) para aquellas personas que, con finalidad lucrativa, ofrezcan esperma destinado a la inseminación artificial. Por su parte en el *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humana* del Congreso de los Diputados (Presidida por Marcelo Palacios), aprobado el 10 de Abril de 1986 (Se maneja aquí una fotocopia del texto íntegro del mismo facilitada por el propio Congreso), la *Recomendación 40* (pág. 156) señala que "Las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos serán objeto de sanción". Y en la *Recomendación 57* (pág. 158) se prevé que "Se garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación".

Esta finalidad es la que, precisamente, configura la calificación jurídica que deba de hacerse, en una futura ley, del embrión; unida al acto de disposición previo de la célula y al requisito de la viabilidad. No tanto -entiéndase- en cuanto pueda llegar a considerarse -como así se ha hecho por algunos (10)- que toda destrucción o manipulación implica la realización de una actividad similar a la del aborto porque ya existe persona; cuanto para resaltar que su destino, siempre que reúna las condiciones de viabilidad precisas, es la nota predominante del mismo. Es -por así calificarlo- una categoría jurídica que merece una especial protección, en sí misma, como algo nuevo pero no totalmente independiente, en cuanto que viene marcada por su especial destino.

Tanto lo que respecta a las células reproductoras como a los embriones deberá ser objeto de una regulación específica en cuanto a su conservación y manipulación (Bancos de semen y óvulos y de embriones) (11); y prohibirse - de manera expresa- que puedan, los embriones, ser objeto de experimentación cuando (técnica y médicamente) puedan ser viables (12).

Pero también -como se ha dicho- el embrión es el resultante de un acto de disposición concreto: el de la célula reproductora respecto del que la persona puede haber manifestado su voluntad. Pues bien, esa voluntad deberá, de algún modo, de recogerse en cuanto al destino de los embriones resultantes que, formados en el laboratorio, no se hayan implantado. Cuando la fecundación fue homóloga no cabe duda que se produce una situación de cotitularidad entre el hombre y la mujer (13) y su voluntad (la de ambos) deberá ser tenida en cuenta. En la heteróloga -si se parte del anonimato del donante- habrá de tenerse en consideración -en su caso- la de la persona conocida. Con esto quiero decir que los embriones resultantes -en este caso- no deberán de implantarse en persona distinta o ser objeto de experimentación; y que -en principio- lo más ade-

(10) Así, por ejemplo, en la *Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el progreso de las investigaciones biomédicas* que la Iglesia Católica publicó en Marzo de 1987, en la que se consideraba íntimamente ligada a la "mentalidad abortista" que - como se conoce- rechaza de plano.

(11) En el *Informe del Congreso*, cit. se hace, precisamente, una especial previsión en torno a este punto. Básicamente en las Recomendaciones Nº 36 a 89, pág. 156 y ss.

(12) En esta línea el *Informe del Congreso*, cit., pág. 99, dice que "La Comisión ha estimado que la investigación en embriones sólo debería autorizarse en embriones no viables..."

(13) La situación es similar -salvando las distancias- a la que se produce en el supuesto contemplado en el Art. 381, 1 CC pues hay creación de algo nuevo con materiales de distintos titulares.

cuado parece que sea el preveer que se conserven para una futura implantación en la misma persona.

La legislación sobre células reproductoras y embriones habrá de regular detalladamente las condiciones y requisitos en que deba de procederse a la aplicación de estas técnicas; y decidir acerca de si "la donación" de las mismas ha de ser o no anónima.

Debe, además, llamarse la atención acerca del "acto de disposición" que pueda hacerse de los mismos (células y embriones). Como regla general -y en cierto modo por inercia- se parte de la idea de la "donación" anónima para expresar que, en ningún caso, son objeto de tráfico comercial. Pero no debe de olvidarse que, además, es posible una "disposición" que no tenga ese carácter; y no sólo posible sino, presumiblemente, frecuente y querida: el simple "depósito" de semen u óvulos (si éste es posible) o de embriones a la espera de que pueda llegarse a la realización de la técnica apropiada, en el momento en que sea oportuno, en la persona (o a favor de ella) que lo llevó a cabo. Esta segunda modalidad ha de ser especialmente prevista, también, dadas las distintas consecuencias jurídicas que acarrea.

2.2. *La calificación del concebido*

Intimamente relacionado con lo que acaba de exponerse es el tema referente al concebido. Si se analiza con detenimiento la regulación actualmente existente se sigue que, aunque ésta no define que deba de entenderse por concebido, sí nos proporciona los datos suficientes para determinarlo. Básicos para ello son los *Arts. 29 y 30 CC*. A tenor de aquel al "... concebido se tiene por nacido... siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". Se le describe, así pues, en relación al nacimiento, y en concreto a la manera en qué se describe a éste. Pues bien, "para los efectos civiles" *nacimiento*, según el *Art. 30 CC*, equivale a estar "enteramente desprendido del seno materno"; más específicamente -puesto que estar enteramente desprendido se exige como requisito para que el nacido pueda ser persona jurídica independiente- el nacimiento es el momento de salida del seno materno.

De ahí se derivan ya, a sensu contrario, las actuales notas que configuran al concebido: se predica sólo de aquel "feto" (en la terminología legal) que tiene vía intrauterina, es decir, que se desarrolla en el *útero de la madre*. Así, en la regulación actual, no podrá considerarse como *concebido* al *embrión* en tanto en cuanto aún no haya sido implantado en el

útero. Y tampoco aquel (si ello fuera posible técnicamente) que aún implantado no lo fuera en el útero de una *mujer* (a ello hace referencia la expresión "seno materno"). Sólo el embrión ya implantado es un concebido que merece la protección que la ley le dispensa.

La utilización y desarrollo de estas nuevas técnicas pone a la palestra la duda acerca del actual concepto de concebido. ¿Debe de mantenerse o es preciso extenderlo de modo que pueda alcanzar ya a los embriones no implantados? Pienso que, en este punto, deben de deslindarse bien los campos de actuación; lo que permite seguir manteniendo los actuales conceptos sin mengua de la protección que haya de arbitrarse para los embriones.

No existe ningún inconveniente -a mi modo de ver- en continuar pensando que concebido es aquel que está ya en el seno materno y al que por lo tanto se le reconocerá personalidad jurídica cuando nazca y, en el interin, será considerado "para todos los efectos (civiles) que le sean favorables" como nacido. Siempre que, a la vez, se regule la situación del embrión de forma separada, estableciendo los mecanismos oportunos para su protección.

Debe de tenerse en cuenta que es necesario, en esta como en otras materias, establecer unos mínimos de seguridad jurídica y uno de ellos es -en mi opinión- éste. De lo contrario se llegaría a situaciones en las que, si se calificara al embrión como concebido, deberían de paralizarse atribuciones y transmisiones patrimoniales, prácticamente de manera indefinida. Con ello, no obstante, no pretendo excluir aquellos supuestos en los que la voluntad privada haya podido, ya preveer una atribución a la persona que pudiera llegar a nacer de un embrión, de manera expresa; sino aquellos en los que -por no resultar así- deban de operar las reglas generales de protección a los concebidos.

A la apertura de la sucesión (14) el embrión no debe de tener la consideración de concebido, pero nada impide que el causante pueda haber hecho una disposición teniendo en cuenta un futuro hijo que pudiera llegar a nacer en un momento posterior a su muerte, siempre que lo haya manifestado de manera expresa. Sin embargo, nada empece a que el legislador pueda imponer ciertos límites en este caso (15). Queda en la

(14) De hecho -como es conocido- el origen de la protección al concebido se remonta precisamente al supuesto de la sucesión del hijo póstumo.

(15) Sobre los aspectos sucesorios y posibles derechos hereditarios vid. mas adelante.

duda, en este punto, la referencia que se hace al *seno, precisamente, materno* y su mantenimiento. En verdad todo depende, de una parte de los avances de la técnica (si es probable o no que pueda desarrollarse el feto en persona distinta de la madre) y de la propia concepción social.

Algo parece claro en el estado actual de la Ciencia: es posible -se dice- que, en un futuro, el hombre también pueda gestar; y también algo es casi unánimemente compartido por la sociedad: se llegaría a admitir (inicialmente por un sector minoritario) que no sólo la mujer gestase, pero no -en cambio- un desarrollo llevado a cabo completamente en un laboratorio (la ectogénesis). El legislador deberá de efectuar la elección entre mantener el concepto de concebido sólo en relación a la mujer, o extenderlo a toda persona. Y ha de excluir -de modo tajante- el desarrollo del embrión en el laboratorio, o su implantación en otra especie no humana, bien sea a fines de experimentación (lo que debe de prohibirse, según se dijo, si los embriones son viables) o manipulación, bien a la de dar lugar al nacimiento de una nueva persona (16). La razón -por demás- es obvia pues supondría el dejar en manos de una clase de profesionales muy determinada el completo desarrollo y la creación de la persona con los consiguientes peligros que ello comporta.

2.3. *Los requisitos del nacido: Art. 30 CC.*

A tenor de este precepto, el nacido debe de tener “figura humana” y vivir “veinticuatro horas” de vida extrauterina. Directamente, si se observa con atención, el precepto no resulta afectado por las nuevas técnicas de reproducción humana que se refieren, precisamente, a una fase anterior: la puesta en marcha de los mecanismos adecuados para que pueda llegar a producirse la existencia de una nueva persona a la que atribuir personalidad jurídica. No obstante esto, una ley reguladora de las consecuencias jurídicas de estas técnicas, *no debería desaprovechar la oportunidad* de modificar, al menos en parte, lo que se dispone en dicho precepto.

No presenta especial problemática la exigencia de las 24 horas, que podrá tildarse de todo lo arbitraria que se quiera (17) pero que, afortunada-

(16) En el *Informe del Congreso*, cit. se señala como desviación no deseada de estas técnicas que debieran *prohibirse categóricamente y considerarlas delito criminal*: “2. La ectogénesis, o producción de un ser humano individualizado y autónomo fuera del útero de la mujer, es decir en el laboratorio” y “3. Intentar la gestación humana en otras especies...” (pág. 101). No se entra en la consideración de que el hombre (realidad aun lejana) pueda gestar.

damente, resuelve de manera acertada la cuestión relativa a la viabilidad o no del recién nacido sustituyéndola por lo que se ha venido a denominar "viabilidad legal".

Sí parece dudoso la referencia anacrónica a la condición, tan criticada por nuestra doctrina (18) de tener "figura humana". Sólo en el caso de que la Ciencia médica asegurase la posibilidad de la existencia de seres en parte humanos (que era lo que se planteó en el Derecho Romano), pudiera resultar aconsejable el mantenimiento de tal requisito que, en otro caso, es desde luego superfluo. Es la ciencia médica -como se dijera más arriba- la que debe de señalar cuando pueda reputarse que existe una persona humana; la ley ha de remitirse a lo que aquella establezca en cada momento sólomente exigiendo aquellas notas que un principio de seguridad jurídica aconsejan.

2.4. *El concepto de maternidad*

Tampoco, bien puede decirse, la legislación actual define -de manera directa- a la maternidad, pero sin lugar a dudas sí proporciona datos suficientes de los que se puede inferir su concepto. Notas que, tradicionalmente y a diferencia de lo que ocurre con la paternidad, han tomado su punto de partida de un *hecho biológico*: el parto (19); de modo que maternidad natural y jurídica tendían siempre a ser coincidentes.

Mientras lo biológico y lo genético no ha sido dissociado, o mejor di-

(17) García Goyena, Florencio, en el Comentario al Art. 107 del Proyecto de 1851 (similar al Art. 30 actual salvo en que requería el transcurso de 48 horas) apuntaba esa arbitrariedad: "A decir verdad -señalaba- debía de parecer suficiente el de veinte y cuatro señalado en la Ley de Toro... pero había en el seno de la Comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o madre difuntos esa súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura veinte y cuatro horas, y pretendían prolongarle más allá de los diez días del Fuero Juzgo: el término de cuarenta y ocho horas fué como una especie de transacción: de todos modos, si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento será siempre arbitrario". (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*. Madrid 1852. Reproducción anastática, Barcelona 1973).

(18) Vid De Castro, Federico, *Derecho Civil de España*. Tomo II. Madrid 1952, pág. 105 y ss.- Díez Picazo, Luis-Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, 1986. Vol I, pág. 233.- Vid, también, la interpretación que de este requisito ofrece Lacruz Berdejo, José Luis en *Elementos de Derecho Civil I*, Vol. 2º. Barcelona 1983, pág. 17 y ss.

(19) En el Diccionario de la Lengua española se define la *Voz Madre* como "Hembra que ha parido".

cho, no se ha podido separar científicamente, el problema de la maternidad era inexistente. Concepción, gestación y parto se producía en una sola persona, y éste último daba lugar a la aparición del concepto de madre. De ahí se derivaba el conocido aforismo jurídico de “*Mater semper certa est*” (D.2.4.5.). Madre, naturalmente, es la mujer que ha dado a luz a una nueva persona; de modo tal que comprobado el hecho del parto, la identidad del hijo y su coincidencia con la declaración a efectos registrales, se determina ya legalmente la maternidad (Cfr. Arts. 120, 4^o CC; 47 LRC y 181, 182 RRC). La madre, a pesar de ello, podrá negarse a la determinación jurídica de la maternidad (Art. 47 LRC); pero es el hecho del parto el que nos proporciona su concepto. Basta comprobar como el Art. 139 CC señala y tasa los supuestos de *impugnación de la maternidad* con referencia siempre, al mismo dato: “*la suposición de parto*” (que no ha existido tal, Cfr. Arts. 468 y 469 C. Pen) o “no ser cierta la identidad del hijo” (que nacido no se corresponde a quien llevó en su seno).

Disociada la maternidad biológica de la genética por las posibilidades que ofrecen los medios técnicos, se plantea al legislador la cuestión referente al propio concepto de maternidad. Jurídicamente ha de operarse con criterios fijos y generales que permitan dar acogida al máximo número de supuestos que puedan darse en la vida cotidiana -en la realidad social-, distinguiendo sólo allí donde sea estrictamente necesario y preciso.

En el ámbito de la maternidad no creo que, aún en el estado actual de la conciencia social, deba de modificarse o variarse este concepto tradicional de la misma: madre es la mujer que ha gestado y ha dado a luz, pertenezca o no a ella el óvulo (es decir, no sea la madre en términos genéticos). Ese principio de seguridad -tantas veces aquí enunciado- así lo aconseja. No quiere esto decir, sin embargo, que no puedan llegar a establecerse los mecanismos jurídicos apropiados para que la maternidad denominada de gestación o sustitución, permanezca inalterada siempre; es decir, no exista la posibilidad de que a la misma se pueda superponer -en un momento posterior- otra maternidad jurídica.

Si a la maternidad tradicional, incluso estando ya determinada legalmente, puede sucederse la maternidad de adopción -cumpliendo los requisitos que para ésta se establecen-; no parece que exista especial inconveniente técnico para que pueda arbitrarse el medio de llegar a establecer legalmente -de manera sucesiva- otra maternidad en relación a la madre genética cuando sea distinta de la madre de gestación. Con esto quiere decir que el problema, en este punto, no se encuentra tanto en variar

o no el concepto de maternidad tomado como punto de partida, cuanto en regular -si así se cree oportuno- los mecanismos adecuados para que la madre genética pueda llegar a ostentar una maternidad legal.

De hecho la cuestión sólo surge respecto de la llamada *maternidad sustitutiva o de gestación* en la que (pertenezca o no el óvulo a la madre gestante) se pretende excluir la maternidad legal (determinada por el hecho del parto) por el acuerdo entre aquella y los padres -uno sólo o ambos-, genéticos (titulares de las células sexuales) (20). No así, por el contrario, cuando una mujer ha gestado un embrión procedente de donación anónima, o un óvulo no propio (fecundado por el marido o el varón de la pareja), que quiere esa maternidad a todos los efectos.

Reducido su ámbito, parece claro que no se hace preciso -sólo para un caso- el remover el concepto que sirve en la mayoría de supuestos; y que -consecuentemente- el tema se limita a la calificación de la validez y eficacia del "contrato de gestación sustitutiva", y de los posibles derechos que pueda tener la pareja que contrató, particularmente la madre genética (si la contratada gestó un óvulo de aquella), ya que -al no poder disociarse la paternidad biológica y la genética, no existe un especial inconveniente en atribuir la paternidad al hombre "contratante" (salvo que se fecunde el óvulo con semen de donante, en cuyo caso el hijo no tiene una paternidad biológica que atribuirle). ¿Es válido ese contrato? ¿Puede obligarse a la madre contratada a cumplirlo?

En pro de su validez puede argumentarse su similitud con la *adopción*, negocio jurídico de Derecho de Familia admitido en nuestra cultura y de larga tradición histórica. Una adopción que se inicia en el propio acuerdo sobre la gestación y se culmina en el momento del nacimiento. Pero, quizá, son más fuertes los argumentos en contra: un tal contrato, en cuanto siempre suele ser remunerado (se habla, también, de "madres de alquiler") es *ilícito civilmente*. Por su *objeto*: comercio de la vida humana y de la integridad física de la mujer contratada; y en su caso, por su *causa* (Art. 1275 CC) entendida como función económica del negocio. Debe de recordarse que todos los "contratos" que tienen por objeto órganos humanos son configurados como donaciones y se prohíbe, expresamente, la retribución económica (Cfr. Arts. 2 de la Ley 27/X/1979 y Arts. 3,1 del RD de 9/X/1985), y esa es la tendencia que debe de seguir-

(20) Tómese como ejemplo el conocido caso, resuelto a finales de Marzo de 1987 en Nueva Jersey (EEUU) de *Baby M* en el que el Juez decidió "el cumplimiento" del contrato teniendo en cuenta una serie de consideraciones (económicas y ambientales) realmente discutibles.

se, también, aquí. A parte de que no sólo entra en juego el embrión implantado o el semen, sino -como se ha dicho- la propia integridad física de la mujer "contratada".

Es cierto que la madre gestante puede comprometerse a dar el hijo en adopción, pero:

1º. Ello no elimina el que, en primer término, se determine legalmente la maternidad respecto de ella; o si ésta hace uso de la facultad que le otorga el Art. 47 LRC, aquel aparezca con filiación materna desconocida, y la cuestión se reduzca a crear la filiación mediante un negocio (la adopción).

2º. Tampoco tal compromiso previo es coercible -por el propio objeto de la obligación-. Ni siquiera, en la futura regulación sobre la adopción, se permite que la madre gestante pueda dar su "asentimiento" a la misma antes de que se produzca el parto. Y verificado, tal asentimiento -según se prevé en el Art. 177, 2, Segundo último párrafo del Proyecto de modificación (21)- "no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 15 días desde el parto", pudiendo -incluso- ser revocado antes de que se presente la propuesta de adopción (nueva redacción del Art. 1829 letra c) LEC de dicho Proyecto). Lo que pone en evidencia que la maternidad se determina en favor de la madre gestante (de otra forma al carecer de la calificación de madre legal mal podrá prestar su asentimiento).

Si esto es lo que se prevé en materia de adopción y ésta -normalmente- se produce en aquellos casos de maternidad tradicional, parece que una línea similar es la que se seguirá respecto de la maternidad de gestación. En el sentido de que no se puede obligar a la madre que "ha alquilado su útero" a "entregar" al hijo; sí puede -si quiere- darlo en adopción pero conforme a las reglas de ésta. Pero ¿con la finalidad de satisfacer todos los intereses en juego podría el legislador establecer algún tipo de preferencias a la hora de fijar por quien ha de ser adoptado el niño?.

Todo depende del grado de ilícitud (22) que se considere que existe

(21) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura. Serie A. Núm. 22-1 (4 de febrero de 1987).*

(22) La tendencia parece ser -no obstante- no solo la de considerar ilícita -civilmente- la maternidad de sustitución sino, también, penalmente.

En el *Informe del Congreso* cit, en las *Recomendaciones 115 a 117* (pág: 166) se excluye de radice: se la prohíbe en cualquier circunstancia y se señala que, en su caso, podrán ser objeto de la sanción penal las personas que participen en el contrato, las que la propicien y los médicos que las realicen; y de otro tipo de sanción los Centros sanitarios o Servicios en los que se lleve a cabo.

en los "contratos" de este tipo que -por otra parte- está en íntima dependencia con los principios éticos que sean preponderantes en la sociedad. Si se califica como completamente ilícito, sin duda alguna no puede luego decirse que la madre genética tiene preferencia a la hora de la adopción, pues la ley no haría otra cosa que proporcionar la vía adecuada para el fraude. Si, contrariamente, se entiende que no es ilícito pero sí incoercible -en el sentido mencionado- la preferencia, siempre contando con el asentimiento de la madre gestante mantenido después del parto, sería el vehículo apropiado para resolver ese conflicto de intereses. Una solución de este tipo, técnicamente, creo que llevaría a calificar -dentro del marco de conceptos ya acuñados- a tal "obligación" de la madre de alquiler como obligación natural: no se le puede exigir pero si cumple -voluntariamente- no puede repetir.

Contrariamente a lo que sucede con la maternidad, el concepto de paternidad -al menos inicialmente- no presenta una problemática especial y diferenciada en cuanto tal. De momento no existe una disociación entre paternidad biológica y genética, de ahí que la cuestión, en este ámbito, se remita a otro punto (que será tratado enseguida) ya tradicional en la materia: el de la determinación legal de la paternidad, los medios para ello y si debe de mantenerse la tendencia -recogida en el Art. 39.2 CE y Art 112 CC- de hacer coincidir la verdad oficial con la realidad biológica.

3. LOS PROBLEMAS DE FILIACION

En materia de Derecho Civil es, desde luego, el Derecho de filiación y en particular los medios técnicos que en éste se recogen para la determinación de la relación paterno/filial, el que resulta más directamente afectado por las nuevas técnicas de reproducción humana.

Una vez que nuestro sistema ha acogido ya el principio de *verdad biológica* (Arts. 39.2 CE y 112, 127 CC y 4 CDC) como base para la determinación de la filiación, queda en entredicho por el avance científico. Quizá no interese, ahora, hacer preponderar la verdad biológica sobre la verdad -por así calificarla- que la sociedad está dispuesta a asumir. A su vez, la cuestión conduce a separar el tema de los medios de determinación de la filiación específicos, del de las acciones judiciales de reclamación e impugnación de la misma.

3.1. La determinación de la filiación

Punto de partida es el hecho de que, sea cual sea el medio que se establezca en la ley, se persigue que los hijos nacidos a través de auxilio de estas técnicas tengan la consideración de "hijos por naturaleza" (Cfr. Art. 108 CC) matrimoniales o no matrimoniales en la medida en que ello sea posible, y en el sentido de que no deba de acudir a un procedimiento específico -la adopción- para conseguir tal resultado.

Conviene distinguir entre la inseminación y fecundación homóloga y la heteróloga para señalar cuales puedan ser los criterios más oportunos a seguir; pues aunque, en principio, la homóloga no suele presentar dificultades, sí las tiene si se parte de que los actuales medios de determinación legal de la filiación que se recogen en el CC (Cfr. Arts. 115 a 119 para la matrimonial y 120 para la no matrimonial) presuponen el principio de verdad biológica (Cfr. Art. 112 CC).

Cuando la reproducción se ha conseguido a través de estas técnicas pero utilizando células sexuales de los dos miembros de la pareja -es *homóloga*- ha de tenerse en cuenta la *relación jurídica* que une a los padres entre sí, y si ambos *están vivos* en el momento en que se produce.

Si existe *matrimonio*, no cabe duda que tanto la maternidad como la paternidad se determinarán legalmente a través de los medios que la ley ya regula al respecto. Con todo dado que ésta se basa -como es suficientemente conocido- en presunciones de convivencia con la madre (Cfr. Art. 116 CC), quizá fuera adecuado el señalar que el consentimiento del marido de la madre a la realización de la técnica (inseminación o fecundación *in vitro*), produce -por sí sólo y una vez haya nacido el hijo- la determinación de la paternidad marital sin necesidad de que se establezca -como ahora ocurre- un determinado plazo temporal en el que se presume que existió convivencia marital.

Cuando se trata de la denominada "pareja estable" o situación de *convivencia marital* sin que medie matrimonio la cuestión presenta unos perfiles distintos. El que, en este caso, pueda accederse a la utilización de estas técnicas es algo que queda fuera del marco de los problemas de filiación, aunque sí es una decisión que debe de tomar el legislador a la hora de regular la materia, y en la que la primera dificultad será la de definir o determinar qué deba considerarse como "pareja estable" a estos efectos. En todo caso sí parece que hay una tendencia a que, también, se

extiendan a las mismas (23). ¿Cómo se determina, entonces, la filiación?. Respecto de la madre y si se parte -como aquí se a venido haciendo- del mantenimiento del concepto, no existe problema; sí, -nuevamente- en relación a la paternidad.

También es evidente que el medio del reconocimiento (Cfr. Arts. 120, 1º CC) que ahora se arbitra parece que es suficiente. Con todo convendría que la ley preveyese de manera expresa este supuesto. Si el futuro padre ha prestado su consentimiento a la realización de la técnica con semen propio (bien inseminación, bien fecundación in vitro), debe de considerarse que, aún teniendo que efectuar una posterior declaración de reconocimiento, no puede negarse a ello una vez ya producido el nacimiento; de modo que debe de obligarse al mismo a hacerlo imponiéndole la paternidad. Tanto en un caso (matrimonio) como en otro (convivencia marital), dejando a salvo la posibilidad -dentro del margen que se arbitre- de ejercitar la acción de impugnación de la paternidad si existe posibilidad de que la fecundación no se haya producido a consecuencia de la técnica sino por vías naturales (el supuesto de infidelidad entendido en sentido tradicional) (24).

El otro punto en torno a la determinación de la filiación depende de lo que se resuelva respecto de la posibilidad de utilización del semen o del embrión de la propia pareja (sea o no matrimonial) después de la muerte del hombre. Si se admite que éste pueda disponer del mismo de manera expresa señalando que su mujer pueda ser inseminada o implantado el embrión después de su fallecimiento -lo que parece que es la tendencia que se va a seguir- ¿Cómo se determina tal filiación, en concreto, la paternidad? (25).

(23) A lo largo del *Informe del Congreso* cit. se manifiesta la opinión favorable a que la pareja estable heterosexual pueda acceder a estas técnicas.

(24) Es el caso que parece preverse en la Ley Sueca en cuyo Art. 5 se obliga a presentar al Tribunal que esté decidiendo un caso de paternidad, la información que exista referente a la inseminación artificial. Se trataría del caso en que la mujer inseminada artificialmente (no puede darse en la fecundación in vitro ya que ésta sólo procede cuando la fecundación del óvulo no se puede producir en el útero) hubiera tenido relaciones sexuales con un tercero en la misma época en la que fue inseminada.

(25) La *Recomendación 61* (pág. 159) del *Informe del Congreso* cit. apunta "Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrán ser utilizados por el otro para lograr su propia descendencia, pero -añade- en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido".

También en la *Recomendación 13* (pág. 153) se dice que "Deberá legislarse que el hijo nacido por Inseminación artificial con semen del marido o varón de la pareja estable, o por fecundación in vitro con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido."

La única vía aquí es la de considerar que la declaración expresa -deberá serlo siempre- sea suficiente para determinar la paternidad. No creo que exista traba a admitir la determinación de la filiación de una persona fallecida pues ya -hoy en día- se recoge un caso análogo o similar: Art. 126 CC. Cuestión diferente es la de si esta determinación debe de comportar -para el hijo- todo el contenido típico de la relación paterno/filial -apellidos, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios- o éste deberá de reducirse.

Particularmente pienso que cabe la atribución de los apellidos, no -evidentemente- de la patria potestad (porque se extingue con la muerte Art. 169, 1º CC) ni del derecho de alimentos (Art. 150 CC). ¿Quid de los derechos sucesorios?. Un principio de seguridad jurídica exige que el patrimonio hereditario no quede en situación de yacencia durante un largo período de tiempo en espera de que pueda llegar o no a nacer el posible hijo del causante; recuérdese que si no se ha utilizado la técnica antes de la muerte del padre no cabe considerar que el embrión es ya un concebido que debe de merecer una protección en el ámbito patrimonial. Pero ello no quiere decir que -como se advertiera páginas más atrás- no exista un medio jurídico que pueda dar respuesta a este problema como se verá más adelante.

En la *inseminación, fecundación heteróloga*, es palpable el hecho de que el principio de coincidencia entre la relación biológica y la relación jurídica que proclama nuestra actual legislación empieza a cuestionarse, para dar entrada a otro principio que recuerda el de la autonomía de la voluntad contractual: el querer -se podría decir- tener al hijo como propio aunque esa no sea la verdad biológica. Lo que, jurídicamente, asemeja las consecuencias jurídicas de estas técnicas a la adopción.

El que sea la inseminación o implantación del embrión heterólogos, puede venir dado de que bien: el óvulo no pertenezca a la mujer; el semen sea de donante, o ni uno ni otro sean de la pareja a la que se va a atribuir la relación paterno/filial (embrión donado). Si el óvulo no pertenece a la mujer pero es fecundado con semen del otro miembro de la pareja, creo que puede aplicarse el mismo criterio que se ha apuntado para el caso de la inseminación/fecundación homólogas dado que -como se dijo- madre, jurídicamente, es la que ha dado a luz. Respecto de los otros supuestos (semen de donante -embrión donado), el punto conflictivo -manteniendo dicho concepto de maternidad- es el de la determinación de la *paternidad*; y asimismo no es exactamente igual el criterio a seguir si se trata de una pareja matrimonial o de una relación marital de hecho permanente.

Si *existe matrimonio*, requisito previo a la realización de estas técnicas, en este caso, es el del consentimiento del marido de la mujer. De otro modo no puede ya pensarse -ni siquiera- en la posibilidad de atribuirle una paternidad no correspondiente con la biológica. Quizá pudiera considerarse excesiva la interpretación que ahora se va a formular, pero no creo muy descabellado pensar que la inseminación con semen de donante, o la implantación de un embrión donado sin consentimiento previo del marido, pueda llegar a configurar una causa de separación matrimonial o de divorcio; y no tanto porque se equipare a la infidelidad conyugal (que no lo es) cuanto porque supone, en cierta medida, un incumplimiento de los deberes conyugales (Cfr. Art. 82,1º CC). No debe de olvidarse que el matrimonio no viene configurado hoy per relationem a la descendencia sino en base a la convivencia y al cumplimiento de los deberes que nacen del status matrimonial (Arts. 45,73,1º y 67,68 CC) (26).

¿Al marido que ha prestado su consentimiento se le atribuye la paternidad marital desde el momento del nacimiento (27)? Aquí las presunciones de los arts. 116 y ss. CC sí que decaen y debe de arbitrarse, específicamente, un medio de determinación -en favor del marido de la madre- de esta paternidad. La línea a seguir puede ser diversa: bien la de que éste adopte al hijo de su mujer, bien la de que baste, legalmente, con su declaración de voluntad de admitir al hijo como propio ratificada después de su nacimiento en documento auténtico o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil donde deba de procederse a la inscripción de nacimiento. De estas dos posibilidades pienso que, quizá, la segunda sea la más adecuada pues evita el trámite de la adopción en un caso en el que si se parte del anonimato del donante, normalmente no se va a producir la determinación respecto de una persona distinta.

(26) También en el *Informe del Congreso* cit. se prevé la necesidad de este consentimiento previo ("conocimiento y consentimiento previo escrito") por parte del marido de la mujer. *Recomendaciones* 27 y 28 (pág. 155).

(27) En la *Recomendación 100* (pág. 164) del *Informe del Congreso* cit. solo se prevé -con carácter general- que "Deberá regularse (cuando se haya prestado el consentimiento) que serán los padres legales del o de los hijos que nazcan". Sin señalar cual pueda ser el mecanismo adecuado para acceder a esta paternidad legal.

Por su parte -en una relación muy poco afortunada y muy confusa- la *Proposició de Llei de Esquerra Republicana (BOPC nº 10 2 cit)* en su Art. 7 decía: "La paternitat legal es determinarà a partir de la certificació del centre mèdic autorizat d'acord amb les normes següents:

a). La mare serà la dona de haurà parit l'infant, però si aquest prové de l'ovocit d'una altra dona, el procediment legal d'adopció per part dels pares genètics podrà iniciar-se immediatament després del naixement. (?)

b). El pare, si legalment n'hi ha (?), serà el que determini la declaració formal de la voluntat d'una parella d'esser pares" (?)

Ciertamente dicha solución supone aplicar a la filiación matrimonial un medio de determinación que es, típicamente, de la no matrimonial -ya que es una declaración- (Art. 120 CC); con todo tampoco debe de olvidarse que estos medios, también, hoy pueden determinar una filiación matrimonial: así en la calificación como matrimonial del hijo nacido después de los 300 días de la separación o divorcio o del nacido con anterioridad al matrimonio de los padres (Arts. 118 y 119 CC). En todo caso lo que parece evidente es que el marido de la madre no podrá oponerse a que se determine su paternidad si prestó el consentimiento previo.

Si se trata de una "pareja estable", la solución es necesariamente diversa. El consentimiento previo deja de tener, en mi opinión, el carácter de requisito necesario (28) por la interpretación que se dió al mismo líneas más arriba. Al no existir la relación jurídica matrimonial, la mujer puede decidir individualmente sin que su situación, con respecto a su pareja, pueda modificarse jurídicamente como consecuencia de haber accedido a la maternidad a través de estas vías (29). No obstante, si el consentimiento previo se ha prestado sí que debe de vincular, de alguna manera, al futuro padre en el caso de que llegue a haber descendencia.

¿Y en cuanto al modo de determinación?. Aquí, igualmente, las vías posibles son o la adopción o el reconocimiento (30). También lo más adecuado es establecer un medio lo más sencillo posible cuando ha existido ese consentimiento previo: el que se permita una declaración de admisión de la paternidad, ratificando aquél bien en documento auténtico, bien por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil. La solución -como se observa- es la misma en ambos casos, sólo que en el primero la filiación devendría matrimonial y en éste no matrimonial.

Ha de llamarse la atención acerca de que esa *declaración de admisión de la paternidad* (matrimonial y no matrimonial) aunque presenta similitud con el reconocimiento no es tal pues falta el presupuesto básico de éste (el que se trate del hijo propio); de ahí que deba de regularse espe-

(28) No obstante, en las *Recomendaciones 27 y 28* (pág. 155) del *Informe del Congreso* cit. se prevé como necesario, también, el consentimiento del varón de la pareja estable; lo que -por lo que se dice en el texto- no parece tan imprescindible (aunque no está de más el que aquél pueda prestarlo).

(29) Aunque es evidente que si la técnica se practica sin el conocimiento y consentimiento del varón de la "pareja estable", sí se producirá una modificación en el plano de la relación personal en la mayor parte de los casos.

(30) La *Recomendación 100* (pág. 164) del *Informe del Congreso* cit. señala -con carácter general pero sin especificar el medio de determinación legal- que deberán ser "los padres legales del o de los hijos que nazcan".

cial y separadamente de aquel y, también, del procedimiento de la adopción. Si falta consentimiento previo, tratándose de una relación matrimonial de hecho, es claro que el compañero de la madre sólo podrá acceder a la paternidad a través de la adopción.

En el ámbito de los medios de determinación de la filiación constituye un supuesto diferenciado el de la *maternidad de sustitución o gestación*. Si se parte -como aquí se ha venido haciendo hasta ahora- de que debe de mantenerse el criterio de que madre es la que dá a luz -sea o no sea propio el óvulo fecundado- la paternidad no ofrece una especial dificultad cuando se ha fecundado el óvulo de la mujer contratada con el semen del varón de la pareja que la contrató, ya que al existir una relación biológica puede acudirse a la vía de la adopción para acceder a la maternidad legal. De otra parte está claro que si la mujer que gestó estaba casada, respecto de su marido deberá de cesar la presunción de paternidad marital (Art. 116 CC), sin necesidad de que lleve a cabo una especial declaración de desconocimiento de la misma (como ocurre en el caso contemplado en el Art. 117 CC), bastando con que conste -de manera fehaciente- la realización de la técnica. También aquí podría reiterarse algo que se dijera en las líneas anteriores: el marido de la mujer que gesta un hijo no suyo deberá de prestar su consentimiento a ello, de otro modo -quizá con más razón- la decisión independiente de la mujer podría venir a constituir una causa de separación conyugal o divorcio por "violación grave de los deberes conyugales" (Art. 82, 1º CC).

La maternidad de sustitución o gestación puede o no admitirse en una futura legislación; la tendencia parece que es la de prohibirla sancionándola de algún modo (31). No obstante ello no empece a que, a pesar de la prohibición o trabas que puedan llegar a ponerse, lleguen a producirse y a practicarse; se hace preciso, entonces, -aun en este caso- dar una respuesta al tema referente al de la determinación legal de la filiación.

3.2. *Las acciones de filiación*

Las acciones de reclamación e impugnación de la filiación parten hoy- como es sabido- del presupuesto básico de la verdad biológica. Se reclama la filiación, la paternidad o maternidad, porque ésta existe y se demuestra -en el proceso- a través de las pruebas biológicas. Se impugna

(31) El *Informe del Congreso* cit. (Recomendaciones 115 a 117, pág. 166) -como ya se dijo- excluye de radice esta posible maternidad, incluso apuntando su posible carácter delictual. Vid la nota 22.

la verdad oficial que consta porque la relación paterno-materno/filial no coincide con la relación biológica. Gravita sobre las mismas el principio de "investigación de la paternidad" que se recoge en el Art. 39.2 CE y, en su traducción positiva, en el Art. 127 CC y Art. 4 CDC.

Cuando -como sucede con estas técnicas- la verdad biológica no coincide con la genética, estas acciones quedan, necesariamente, afectadas.

¿Hasta qué punto el principio constitucional impide que se restrinja el alcance o la utilización de estas acciones? ¿Qué interés debe prevalecer: el del hijo en conocer la verdad de su origen o el de los padres que han acudido a estas técnicas para lograr la descendencia?. Creo que es posible, sin modificar el precepto constitucional, y sin que pueda tildarse de inconstitucional la ley que lo regule, armonizar todos los intereses en juego restringiendo el actual alcance de las acciones de reclamación e impugnación.

Efectivamente, si se lee con atención lo que se contiene en el Art. 39.2 CE se puede observar como, en él, no se establece un principio general *ilimitado* en pro de la investigación de la paternidad al que deba de someterse el legislador. Se habla, en éste, de que "la ley *posibilitará* la investigación de la paternidad" y no de que ésta será libre: el legislador -viene a decir- pondrá al alcance de quien corresponda los medios suficientes para llegar a investigar la paternidad, pero no impone el que deba de permitirla siempre. Buena muestra de ello es que el *Art. 127 CC* -que desarrolla a dicho precepto- impone, ya de entrada, una traba: "El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". La investigación no se permite, en todo caso, sino que puede restringirse (32). Quiere esto decir, a mi entender, que nada obsta a que el legislador, en casos determinados y particularmente en relación a aquellos en los que existe constancia de la utilización de las técnicas de reproducción humana, puede limitar el alcance de las acciones de filiación sin que una ley que así lo hiciera fuese inconstitucional.

(32) Rivero, Francisco, "La filiación" en *El nuevo régimen de la familia*. II Madrid 1982, pág. 34, en relación al actual *Art. 127,1 CC* señala que "... este precepto hace una declaración de principios más que crear una verdadera acción de investigación de paternidad (maternidad) como la terminología al uso y los precedentes en nuestro Derecho podían hacer pensar". De ahí que -como se dice en el texto- pueda, por una parte restringirse (ya que así se ha hecho) el alcance de esa "acción" de investigación que proclama el Art 39,2 CE; y de otra, arbitrarse una nueva (en el sistema del Código Civil, no así en el de la CDC en el que ya se acoge como acción. Cfr. Art. 4,1 CDC) especialmente adecuada para estos nuevos supuestos -como se dice más adelante-.

Despejada esta primera cuestión, conviene ver en qué medida y cómo se puede arbitrar ese *límite* a estas acciones. Ello obliga a distinguir la posición del hijo de la de los diversos padres/madres respecto de los que pueda predicarse una relación biológica o genética. Partiendo -en todos los casos- de los conceptos y modos de determinación legal que aquí se han señalado en las páginas que anteceden:

a). *Las acciones que puede ejercitar el hijo:*

Existe una especial sensibilización, en la sociedad, respecto al hecho de que al hijo -si le interesa- no se le puede negar el que, cuando tenga suficiente juicio, pueda llegar a tener conocimiento de sus orígenes reales. Es consecuencia del principio de verdad biológica (33). Pero dicho conocimiento entra en conflicto con otros intereses, también, dignos de protección.

La única manera de dar entrada al ejercicio de las acciones de filiación sería -a mi entender- la de creación de *una nueva y particular para este caso*, con un alcance, también, limitado. Dar cabida a una *acción de investigación de la paternidad/maternidad pura* (34), entendiendo como tal aquella que tuviera sólo por objeto el llegar a conocer los caracteres físicos y psíquicos del padre/madre genéticos, sin más trascendencia en el ámbito de la determinación de la filiación. Es decir, sin que -como ahora sucede- la investigación sea el medio bien para reclamar la filiación frente al progenitor genético, bien para impugnar la que se ostenta frente a aquel de los progenitores que no es el padre/madre genético (35).

(33) Sensibilización que no debe de llevarse -en mi opinión- al extremo de negar la licitud de las mismas, como lo ha hecho la *Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe* cit. en la que se llega a afirmar que "La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo (?), lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal (!?)". Por esa misma razón los hijos adoptivos serían lesionados, también, en sus derechos.

En una línea más realista, la Ley Sueca sobre Inseminación artificial fue modificada -como es conocido- en 1985 para levantar el anonimato del donante, dando acceso al hijo a conocer el contenido del informe, conservado en el hospital, referente al donante (que es lo que, realmente, interesa).

(34) Esta acción independientemente de investigación de la paternidad/maternidad no se recoge en la legislación actual. En el CC (vid nota 31) no existe como tal acción sino como medio de prueba; en el Derecho Catalán (Art. 4,1 CDC) sí que se regula como acción judicial pero, en ningún caso, desligada de la de reclamación o impugnación.

Lo que aquí se propone -como se dice en el texto- es una acción propia y especial de investigación con un contenido específico, sin que suponga nunca la imposición judicial de la paternidad/maternidad (salvo en el caso que se apunta) al donante de las células sexuales o embriones.

(35) El *Informe del Congreso* cit. dedica varias *Recomendaciones* a este punto.

De este modo, de regularse esta nueva acción, bien podría decirse que la determinación de la filiación a través de la declaración de asunción que hace el padre, o del hecho del parto (sea o no propio el óvulo) devienen inamovibles: el conocimiento no les afecta. De otra parte, tal investigación -así configurada- tampoco impone la carga de paternidad/maternidad a aquellos que donaron sus células sexuales o embriones para tal finalidad. Lo que está en íntima relación con el carácter anónimo que se quiere establecer para los mismos.

Ni qué decir tiene que cuando el medio de determinación legal haya sido la adopción del hijo, al entrar en juego las reglas de ésta, la misma deviene inalterada sea cual sea el resultado de la investigación (Cfr. Art. 177,2 actual Art. 180,4^o del Proyecto de reforma). Quizá, precisamente, esa similitud que guarda con la adopción, aconseja arbitrar esa inamovilidad de la determinación de la filiación de la que aquí se habla. Sólo en un supuesto, quizá, podría admitirse el ejercicio de las acciones de reclamación/impugnación tal como vienen ahora configuradas: cuando se tenga la certeza de que, a pesar de que se practicó la inseminación (no es probable si se trata de implantación de embriones ya fecundados) la madre mantuvo relaciones sexuales, en la época posible de la concepción, con otra persona distinta de su marido o compañero y pueda saberse quien es. El objeto de la prueba, en este supuesto, deberá de dirigirse a demostrar -lo que será relativamente sencillo- que la fecundación se produjo a través de vías naturales y no artificiales. Y probado, lógicamente, habrá lugar a la imposición de paternidad de aquel que mantuvo relaciones con la madre; destruyéndose la declaración de admisión del marido o varón (salvo que, en este último caso, la vía escogida hubiera sido la de la adopción).

b). *Las acciones que puedan ejercitar los padres:*

Cabe distinguir -por su distinto objeto- las de *reclamación* de las de *impugnación*.

En la *n^o 49* (pág. 157) se dice que "Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que el o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad".

En la *n^o 111* (pág. 166) se advierte que "Los hijos nacidos de donantes, tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características biofísicas de los donantes, pero no su identidad".

La *n^o 112* (pág. 166) señala que "Deberá establecerse legalmente si los hijos nacidos de donantes pueden recurrir al amparo constitucional y a las leyes para recabar la investigación de la paternidad".

Y la *n^o 113* (pág. 166) que "En cualquier caso, la investigación de la paternidad no deberá tener consecuencias legales para los donantes de gametos o embriones".

La *reclamación* de paternidad/maternidad por parte de los que donaron sus células sexuales (semen-óvulos) resulta imposible si -como esa es la idea- se parte de la base del absoluto *anonimato*. Estos donantes sólo pueden verse expuestos a que se conozca su historial clínico (condiciones físicas y psíquicas) sin que pueda imponérseles la paternidad/maternidad, ni puedan ellos reclamarla. Deberá de configurarse bien, por lo tanto, el acto de "donación" para que queden fuera de la relación paterno-materno/filial a efectos legales (36).

Con todo, la reclamación (unida a la correspondiente impugnación) no se podrá negar a la persona, distinta de quien figure legalmente como padre, que hubiere tenido relación con la madre en la misma época en que ésta fue inseminada artificialmente (sea con semen del marido o de un tercero). No obstante aquí entrará plenamente en juego lo que se dispone en el Art. 127,2 CC respecto de la necesidad de aportación de un principio de prueba. La mujer cuyo óvulo (madre genética) fue gestado por otra (sea la fecundación homóloga o heteróloga), si ésta se hubiera negado a cumplir el "contrato", no debe de estar legitimada para reclamar su maternidad si se mantiene el criterio de que la madre es la que gestó y dió a luz. Pues sólo -como quedó dicho- podrá acceder a la maternidad legal a través de la adopción a la que no puede obligarse a la mujer que gestó (Art. 177,2, Segundo del Proyecto de modificación de la adopción).

En cuanto a la *impugnación*, de lo que se lleva dicho resulta que sólo merece un especial tratamiento la que pueda ejercitarse por el que ostente la condición de padre legal a través de la declaración de asunción de su paternidad (no cuando ha existido adopción). Aquel que prestó consentimiento previo y después asumió, o sólo prestó su consentimiento porque estando casado con la madre se inseminó o se fecundó in vitro el óvulo con semen suyo; deberá de negársele legitimación para ejercitar la acción de impugnación de la filiación. Salvo que se dé el supuesto más arriba mencionado: que la madre hubiera tenido relaciones sexuales con otra persona en la época en que fue inseminada artificialmente con semen del marido o del donante anónimo (37).

(36) La *Recomendación 50* (pág. 158) del *Informe del Congreso* cit. es terminante en este punto; se dice en ella que "Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad".

(37) También, a este respecto, el *Informe del Congreso* cit. es terminante en su *Recomendación 108* (pág. 165): "Deberá prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa, expresamente y por escrito. Creo -como se dice en el texto- que debe de dejarse, en algún caso muy concreto y específico, un cierto margen de flexibilidad.

Naturalmente todos estos consentimientos a los que se ha aludido hasta ahora, deberán de haberse prestado con entera libertad y conocimiento. Esto supone plantearse la posibilidad de que se admita su impugnación por vicios del consentimiento -como ocurre en sede de reconocimiento- (Cfr. Arts. 138 y 141 CC).

No creo que sea conveniente el preveer una impugnación en base al puro error (sin más connotación) que haya podido padecer el que prestó su consentimiento (38). En cambio, sí cabe admitir tal impugnación cuando el error pueda calificarse de *doloso*: fue engañado acerca de la operación a la que se sometía a la mujer, bien por ésta, bien por ésta en convivencia con el equipo médico que la practicó (39); y cuando sufrió violencia o intimidación. Probados el error doloso, la violencia o la intimidación, su trascendencia jurídica se podría traducir en un doble momento: una antes del nacimiento -si cesan antes de éste- en cuanto a eliminar la obligatoriedad de ratificarlo de la que se ha hablado aquí; y otro, en uno posterior si después del nacimiento se ratificó porque persistía el vicio, para dar lugar a la impugnación de la paternidad. Debería, en todo caso, establecerse -si se acoge tal impugnación- un plazo de caducidad razonable para el ejercicio de esta acción (40).

4. ASPECTOS SUCESORIOS

Es posible que pueda disponerse, de manera expresa, que bien el semen depositado sea utilizado por la viuda o mujer que convivió con el fallecido; bien el embrión formado con el óvulo de la mujer y el semen del

(38) Parece muy importante que pueda hablarse, en estos casos, de que el marido de la madre o el varón sufrió error al consentir la realización de la técnica, sobre todo si se parte de que la información previa es un requisito indispensable para llevarla a cabo.

(39) El dolo -como tal- no tiene cabida en los negocios familiares pues es un vicio propio de los negocios de carácter patrimonial (Cfr. Art. 1269 y 1270 CC). Con todo la conducta de la otra parte o de un tercero que induce a error al otro -el error *doloso*- sí puede tenerse en consideración en los mismos. Dadas las especiales características de estas técnicas y la manera probable en que se regularán creo -como se dice en el texto- que el error puro debe proscribirse, y en cambio admitir expresamente y con esta terminología el error doloso.

(40) En la *Recomendación 101 del Informe del Congreso* cit. parece apuntarse algo similar, pero no se distingue ni se habla, en la misma, de una posible impugnación por vicio. Se señala que (pág. 164) "El marido o el varón de una pareja estable, a cuya mujer se ha realizado una inseminación artificial con semen de donante o una fecundación in vitro con material germinal donado, sin que él haya dado su consentimiento -o cuando si hubo consentimiento éste fue desatendido en sus términos sustanciales probadamente-, podrá renunciar al hijo nacido, que será registrado como sin padre". Como se observa el supuesto que se contempla es diverso (no hay consentimiento) pero apunta la posibilidad aquí enunciada (fuera desatendido).

marido (o varón) fallecido, sea implantado a ésta después de su muerte. Esto provoca, también, ciertas modificaciones en el fenómeno sucesorio tradicional que deberán ser tomadas en consideración por el legislador (41).

Una primera es ya el mismo hecho de tal disposición y el medio donde deba contenerse. Tal disposición, en mi opinión, es perfectamente válida y no presenta especiales dificultades de regulación. La autorización deberá de constar, siempre, de forma expresa e indubitada. ¿Es necesario que se contenga en testamento?. Creo que ello no es preciso, no obstante es ineludible el que revista forma documental y que la voluntad se haya declarado de manera que no deje lugar a dudas.

El nacido (y concebido) después del fallecimiento del padre -como se dijo- no tiene ahora, ni debe tener el mismo tratamiento que el concebido, pero es posible arbitrar el medio legal para llegar, en su caso, a atribuirle parte del caudal relicto por su padre.

No hace falta recurrir a la imaginación para resolver la cuestión si la solución se refiere a través de la *vía voluntaria* (se hace testamento). Puede recomendarse, a quien se encuentre en esta circunstancia, que disponga una *sustitución fideicomisaria condicional* nombrando heredera fiduciaria a la mujer con la carga de restituir el fideicomiso al hijo cuando nazca y si nace, o bien -caso de que no llegue a nacer- a otro pariente o persona. Instituciones que en la época actual han caído en desuso sirven, no obstante, para resolver problemas hasta ahora no imaginados.

Por el contrario, la *ausencia de testamento* obliga a acudir a la creación de algún medio posible a través del que pueda atribuirse, al menos en parte, el patrimonio hereditario del padre si se acepta que pueda tener algún derecho de este tipo. Una solución posible sería la de preveer que, cuando se produce esta circunstancia -muerte sin testamento- el caudal hereditario se atribuye a los herederos ab intestato a quien corresponda -de acuerdo con el orden sucesorio que establece la ley- pero gravado con la *carga legal* de que, en cuanto nazca un posible hijo del fallecido, deberá de restituirse a éste, al menos, aquella parte que -como legítima (42)- le hubiera correspondido en el patrimonio hereditario si hu-

(41) Vid la nota 25. El legislador español parece que admite la posibilidad -como se dijo- de disposición para después de la muerte, pero precluye -no del todo justificadamente en mi opinión- el que puedan atribuirse derechos sucesorios.

(42) La referencia a la legítima no se hace en su concepto técnico sino puramente cuantitativo; es decir, para señalar el mínimo (un tercio, dos tercios, una cuarta) del valor del patrimonio hereditario del padre fallecido que deba de restituirse a sus descendientes.

biera estado concebido en el momento de la muerte del causante. O, si se considera que el hijo debe de recibir una mayor parte, aquella que se estime oportuna.

En todo caso parece evidente que esta carga que se impusiera a los herederos intestados no debería de pesar, indefinidamente, sobre el patrimonio hereditario. Teniendo en cuenta, de una parte el tiempo máximo que puedan conservarse el semen y el embrión congelados sin mengua de sus cualidades; y el tipo de esterilidad que pueda padecer -en su caso- la viuda, deberá de establecerse un plazo máximo en el que la descendencia de ésta pueda ostentar ese derecho hereditario respecto del patrimonio de su padre, pasado el cual los herederos no deberán restituir nada aunque llegue a producirse un ulterior nacimiento.

Para tal restitución quizá fuera aconsejable que se estableciera una opción, en favor de los herederos ab intestato, de pago bien en los mismos bienes de la herencia -si persisten en el momento del nacimiento- bien en metálico, a su elección. Esta carga real encontraría -como puede fácilmente deducirse- su justificación en un presunción de la voluntad del causante que arranca de la propia autorización a la utilización de su semen después de fallecido. De este acto de voluntad se deduce que no sólo quiso tener descendencia y que llevara su apellido, sino que también participara en su patrimonio.

Supuesto distinto de éste es el de la posible destinación "post mortem" de los embriones cuando ambos padres hayan fallecido (la técnica fue homóloga), o haya muerto la madre a la que debía de implantarse. Partiendo de que siempre es necesario que se haya declarado expresamente, en forma documental, que se pueda utilizar tal embrión para ser implantado en otra mujer, conviene distinguir las diferentes situaciones que pueden producirse:

1). Que ambos padres hayan fallecido habiendo sido el embrión fecundado con células propias. Se puede preveer, por éstos, que el embrión pueda ser utilizado para implantar a otra mujer, e incluso -yo diría- a una concreta siempre que pertenezca -en este último caso- a su círculo familiar. No se trata aquí de una donación de embrión sino de un depósito del mismo con una finalidad ya prevista expresamente.

2). Que haya fallecido la madre a la que debió implantarse y el embrión fue formado con óvulo propio de ella y semen de su marido o pareja. La mujer puede autorizar al varón a que lo utilice para obtener su

propia descendencia, en lógica consecuencia a que se admite en el caso contrario (cuando el varón ha fallecido).

3). Que la madre fallezca pero el óvulo fecundado no fuera propio. Aquí, a su vez, pueden darse dos variantes: el semen era propio del marido o del otro miembro de la pareja; era de donante. Tanto en un caso como en otro pienso que la mujer no tiene, aquí, nada que decir ni autorizar, y sólo el varón (cuando se utilizó su semen) es el que podrá decidir acerca del destino de tal embrión; no cuando se trate de un embrión donado.

¿Deben de otorgársele algún tipo de derechos sucesorios a esta posible descendencia ulterior?. A mi entender, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la inseminación e implantación post mortem del marido o varón de la pareja en el que cabe -como se dijo- esa posible previsión legal, no creo que pueda mantenerse el mismo criterio de aquí.

Queda fuera de dudas el supuesto comprendido en el número 3 en el que la formación del embrión ha sido heteróloga. ¿Quid de los otros dos?.

En el primero, dado que se ha producido la muerte de ambos padres, por aplicación de los criterios que se han venido utilizando hasta el momento, ni hay concebido ni, implantado en mujer diferente, habrá una relación que subsista después de la muerte con los padres genéticos; a contrario de lo que sucede en la inseminación post mortem o en la implantación del embrión (la madre sigue existiendo) cuando sólo el padre ha fallecido. Padres legales serán: la madre que gestó y el marido o compañero de ésta. No veo posibilidad de otorgarles derechos sucesorios en la herencia de los padres genéticos, ni tampoco lo creo conveniente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que, mediante la vía voluntaria, se haya podido prever -por los padres genéticos- una sustitución fideicomisaria en favor de la descendencia que pueda tener determinada persona o pareja (a la que se autorizó para la utilización del embrión).

Con mayor claridad -por lo expuesto- debe de rechararse (siempre dejando abierta la vía de la disposición testamentaria) que en el supuesto del número 2, el hijo del marido (varón) de la madre fallecida que gestó otra mujer después de la muerte de aquella pueda ostentar derechos hereditarios en el patrimonio de la misma; pues madre -según lo que se viene diciendo- será aquí la que gestó y no la fallecida (43). No veo posible

(43) De todos los posibles casos mencionados, la *Recomendación 102* (pág. 165) del *In-*

que la ley pueda reconocer tales derechos sobre el patrimonio de la “madre genética difunta” en tanto en cuanto ni siquiera -aunque viviera- en ese caso (que es el de la maternidad de sustitución) hubiera podido atribuirsele de manera directa (y sí sólo superpuesta: adopción) la maternidad legal (madre es la que dá a luz).

Quizá esta conclusión a la que se llega es -objetivamente mirada- injustificada ya que, en el caso contrario (fallecimiento del varón), se ha sostenido abiertamente la posibilidad de que el hijo pudiera obtener parte del patrimonio hereditario. La única solución sería sólo la de admitir abiertamente -con carácter excepcional y restringido a este supuesto- esta maternidad de sustitución cuando la madre genética a la que debía de implantarse el embrión haya fallecido.

De todas formas, una tal excepción -no nos engañemos- no deja de tener riesgos pues admitiendo una ¿no puede decirse que las demás son, igualmente, dignas de protección y no deben proscribirse?. Máxime, si analizando detenidamente el tema, el interés protegido no es exactamente el mismo. En efecto, en la maternidad de gestación o sustitución en vida de los futuros padres, aunque exista una remuneración, el interés de los padres está en la propia descendencia en sí misma considerada. Por el contrario, en el supuesto de la maternidad de sustitución porque la madre ha muerto, si se admitiera que el hijo así nacido pudiera tener parte del patrimonio de ésta ¿no se vería más el interés económico que el puramente familiar (tener descendencia)?.

En realidad, la misma reflexión es extensible a todos aquellos casos en los que -al menos inicialmente- el sistema de determinación legal de la paternidad / maternidad que aquí se ha delineado no ofrece las trabas que se dan en este supuesto. De ahí que el legislador, a la vista de las circunstancias, deba de ponderar -a la hora de afrontar la legislación positiva- todos los intereses en juego tratando de ofrecer aquella respuesta que más se acomode a lo que la sociedad ya, ahora, admite (44).

forme del Congreso cit. solo recoge uno “Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida -señala-, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito”. Me parece, no obstante lo dicho, correcto que en este caso se nieguen derechos sucesorios.

(44) Quizá, por estas dificultades -a primera vista insuperables- el *Informe del Congreso* cit. se haya decidido claramente por recomendar que -sea cual fuere el caso- es posible la utilización post mortem de células o embriones, pero no deben reconocerse derechos sucesorios a los nacidos.

No veo porque -como se dice en el texto- no se pueda arbitrar la técnica adecuada para hacerlo posible, dada la presumible voluntad del o de los causantes; siempre distinguiendo netamente cada uno de los casos.

Podrían seguir apuntándose otra serie de problemas que las nuevas técnicas de reproducción humana plantean desde la vertiente meramente jurídica y que inciden en el ámbito penal -calificación como delictual de las conductas- y en el administrativo -Centros médicos, creación de Comisiones... etc-. No obstante, estos escapan del objetivo de estos apuntes en los que -como se dijo al principio- sólo se ha pretendido poner por escrito las reflexiones e ideas que me ha sugerido el tema a la hora de poner al día conceptos propios del Derecho Civil.

CONCRECIONES Y PROTECCION DE LA LIBERTAD RELIGIOSA (*) (**)

IVAN C. IBAN

Sea cual fuere la opción ideológica (Bobbio) -o de metodología jurídica, como prefieren decir algunos (Hervada) -por la que optemos: seamos iusnaturalistas, positivistas, o nos movamos en el confuso mundo de la "sacralización" de los derechos fundamentales, creo que todos comprendemos que los problemas prácticos cotidianos no pueden ser resueltos acudiendo exclusivamente al inhaprensible mundo de los grandes conceptos abstractos. El Derecho es una Ciencia eminentemente práctica; el Derecho puede y debe hablar de libertad, de igualdad y de justicia; pero, para cumplir con su compromiso de que precisamente esos valores sean reales, no se puede detener en esos grandes principios, sino que tiene que proveer a la materialización de los mismos en categorías operativas.

(*) Texto de la conferencia dictada el 6 de mayo de 1987 en Palma de Mallorca dentro del ciclo "*El tractament del fenomen religiós en el Dret espanyol*", organizado por el *Centre d'Estudis Teològics de Mallorca* y el *Departament de Dret Privat de la Universitat de les Illes Balears*.

(**) Un tan rápido recorrido del Derecho eclesiástico español como el que se realiza en las siguientes líneas sin duda hace incurrir en simplificaciones que implican el apartarse de las opiniones del propio autor. Todo lo que se dijo en la conferencia que ahora se publica exigiría de numerosas matizaciones; no cabe hacerlas ahora, pero como en otras sede si las he realizado a ellas me remito. En concreto:

En colaboración con L. Prieto Sanchís he publicado un manual que con el título *Lecciones de Derecho Eclesiástico* (Madrid, 1985), pretende analizar sintéticamente el sistema de Derecho eclesiástico español. Para mi postura acerca de la evolución del modelo en la reciente historia puede verse mi libro *Factor religioso y sociedad civil en España. (El camino hacia la libertad religiosa)* (Jerez, 1985); referido a tiempos más recientes puede verse mi *Iglesia-Estado en España hoy* en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", II, 1986, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 14 (Palma de Mallorca 1986).

No soy filósofo, ni sociólogo, ni historiador; de ser algo, sería un jurista, y, precisamente por ello, a la hora de referirme a la libertad religiosa, debo de actuar de conformidad a la exigencia metodológica a la que acabo de referirme. No se esperen pues abstractas definiciones de tal libertad, ya que ese no es mi oficio; por ello he propuesto el título de mi intervención se abriera con la palabra "concreciones". Y es que, me parece que ese es el camino metodológico adecuado: el de la concreción.

Pero, a mi modo de ver, si no es suficiente con la proclamación de grandes principios, sino que es menester que estos se plasmen en concreciones que les permitan ser operativos en el engarce sistemático de derechos que conforman un ordenamiento jurídico, tampoco cabe detenerse en ese punto. La concreción de valores abstractos en derechos concretos es en si mismo un avance, pero notoriamente insuficiente. No basta con proclamar derechos, sino que es necesario establecer unos mecanismos para que tales derechos sean efectivos en la práctica. Por ello el título de mi intervención incluye una palabra: "protección".

págs. 357-381. Para el concepto de libertad religiosa: *Contenido del derecho de libertad religiosa en el Derecho español* en "La Ley", IV, 763, 1983, págs. 1-3; *La libertad religiosa como derecho fundamental* en "Anuario de Derechos Humanos", 3, 1984-85, págs. 163-174 y *El contenido de la libertad religiosa* en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", I, 1985, págs. 353-362. Acerca de la propia Ciencia del Derecho Eclesiástico: *Derecho eclesiástico del Estado* en "Tapia", III, 16, 1984, págs. 29-31 y *Valoración de una "recepción"* (*La Ciencia eclesiasticista italiana en las revistas canónicas españolas*) en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", II, 1986, págs. 89-163.

Para el concepto de confesión: *Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente en Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid, 1983, págs. 271-303.

Acerca de la enseñanza: *La libertad de creación de centros docentes en España* en "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", III, 1986, en prensa y *Una opinión acerca de la libertad de enseñanza* en "Revista Jurídica de Castilla-La Mancha", I, 1987, en prensa.

Sobre la objeción de conciencia y también sobre asistencia religiosa: *Religión y Ejército* en estos mismos "Cuadernos de la Facultad de Derecho", 7, 1984, págs. 147-154 y *Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas en Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Madrid, 1985, págs. 513-554.

Sobre el sistema matrimonial: *Sistemas matrimoniales, libertad religiosa y Constitución española* en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", I monográfico, 1978, págs. 75-90; *Sistemas matrimoniales* en "Ius Canonicum", XVII, 34, 1977, págs. 213-247; *Matrimonio canónico, divorcio y Constitución* en "Revista de Derecho Privado", LXIII, 1979, págs. 768-771; *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)* en "Anuario de Derecho Civil", XXXIII, 1980, págs. 83-175; *El matrimonio en la Constitución* en "Revista de Derecho Privado", LXIV, 1980, págs. 137-145; *Cuarenta años de jurisprudencia en materia de sistemas matrimoniales* en "La Ley", I, 8, 1980, págs. 1-2; *Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español* en "Anuario de Derecho Civil", XXXIV, 1981, págs. 259-369; *El término "profesario la religión católica" en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado* en "Ius Canonicum", XX, 40, 1980, págs. 125-147.

Así pues, ya tenemos dos coordenadas dentro de las cuales se moverá mi intervención. Dos coordenadas, en cierto sentido, metodológicas. Junto a ello, un tercer punto de referencia: el objeto no será la totalidad del ordenamiento, sino aquellas parcelas del mismo relativas a la libertad religiosa o, si se prefiere, y asumiendo una identificación que un sector de la doctrina española ha acogido acríticamente, es decir, identificando la libertad religiosa con el Derecho eclesiástico, nuestro objeto será, precisamente, el Derecho eclesiástico. Para concluir con la tarea de precisar el ámbito de mi intervención habrá que señalar una limitación espacio-temporal: me referiré, de modo exclusivo, al ordenamiento jurídico español vigente. Pero entremos ya en materia.

He señalado como la concreción es una exigencia en el modo de actuación del jurista; ello, al margen de ser una opción metodológica para lograr una cierta eficacia de la actividad del teórico del Derecho, es también una exigencia de nuestro concreto ordenamiento jurídico.

Situada la Constitución como cúspide del ordenamiento español, nos encontramos con que ésta proclama en su artículo 16 el Derecho fundamental de libertad religiosa. A primera vista es desde ese precepto de dónde cabría arrancar nuestro análisis; sin embargo me parece que tal sería un camino contrastante con el propuesto al inicio de mi intervención.

El artículo 1 del mismo texto normativo establece que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Sin entrar en un análisis de tales valores que ahora no corresponde hacer, me limitaré a señalar que pienso que la referencia a la justicia es innecesaria en tanto que es un corolario de la igualdad y la libertad y, de otra parte, que el pluralismo político no es en sí mismo un valor sino, más bien, un instrumento para la consecución de la libertad y la igualdad. Así pues, pienso que libertad e igualdad son las dos metas -inalcanzables- que pretende lograr el ordenamiento; pero la propia Constitución es consciente de que con tal proclamación de buenas intenciones poco se logra, y, por ello, para evitar que todo quede en el evanescente mundo de las grandes proclamaciones, trata de concretar acudiendo a una técnica generalizada en nuestro entorno jurídico: la configuración de un sistema de derechos fundamentales.

De este modo me parece que el catálogo de derechos fundamentales que aparecen en los artículos 16 y siguientes de la Constitución no son nada más -y, ciertamente, nada menos- que un intento de concreción de

los valores igualdad y libertad. Ciertamente los derechos fundamentales son técnicamente otra cosa, por ejemplo: derechos públicos subjetivos, exigibles *erga omnes*, pero desde una perspectiva práctica son uno de los modos de alcanzar la libertad y la igualdad. Pero tal planteamiento no nos puede llevar a caer en un error nada infrecuente: el de considerar que en tales derechos se agotan la libertad y la igualdad o, de otro modo dicho, que la suma de todos los derechos fundamentales es igual a la libertad y a la igualdad del artículo 1-1 de la Constitución. Insisto: son sencillamente un modo, pero ni es la única vía ni, desde luego, es suficiente con ella.

Así las cosas, nos encontramos con que el primer derecho que aparece en este catálogo es precisamente la libertad religiosa. Así, y desde mi personal punto de vista, el derecho fundamental de libertad religiosa no sería sino una técnica para posibilitar la consecución de la libertad y la igualdad o, lo que es lo mismo, si existiese plena libertad y plena igualdad no sería necesario que el ordenamiento tipificase el derecho fundamental de libertad religiosa. Sin duda la categoría "libertad religiosa" es más aprehensible que la simple proclamación de la libertad, pero con todo es categoría lo suficientemente abstracta como para que, sumergida en el tráfico jurídico cotidiano pudiese quedar vacía de contenido; es por ello por lo que el legislador, tanto constitucional como ordinario, ha tratado de concretar aún más ese derecho fundamental de libertad religiosa, escindiéndolo en un conjunto de derechos. Seguidamente me referiré a ese conjunto de derechos en que se proyecta la libertad religiosa, tratando de exponer muy sintéticamente en que modo son protegidos. Pero aún otra vez hay que repetir la advertencia: del mismo modo en que la suma de todos los derechos fundamentales no agotan la idea de libertad y de igualdad, tampoco la suma de todas las manifestaciones a las que me voy a referir agotan la libertad religiosa.

A la hora de realizar el subsiguiente catálogo no pretenderé ser exhaustivo -razones de tiempo me lo impiden- sino que mi pretensión no será otra que el referirme a algunas de las más significativas concreciones de la libertad religiosa en nuestro ordenamiento; todas ellas aparecen entrelazadas en la práctica, algunas son derechos claramente tipificados, otras técnicas imputadoras, algunos principios inspiradores, y todo ello conformará una especie de pintura impresionista, cuya coordinación y sistematización no dependerá de la actividad científica, sino de su adecuación a los principios de libertad e igualdad. Vayamos a este telegráfico catálogo.

Los sujetos de la libertad religiosa: Dos tipos de sujetos encontra-

mos: de una parte el individuo, que más que creación del ordenamiento es dato previo al mismo; pero, junto al individuo, encontramos un concepto creado por el ordenamiento -tomado de la sociología (Jemofo), pero reelaborado por el Derecho-: confesión religiosa.

El concepto de confesión aparece ya en la Constitución, pero el ordenamiento lo define a lo largo de una pluralidad de normas de todo rango. No es éste el momento de precisar con exactitud esa categoría; es labor que he tratado de realizar en otra sede, pero en todo caso me parece que nuestro legislador ordinario ha realizado una tarea en ese campo, cuando menos, poco favorecedora de la igualdad; dicho de un modo claro: nuestro legislador ha creado una pluralidad de categorías de confesión, cada una de ellas con derechos diversos, que pueden ser consideradas como discriminatorias. En concreto estos serían, en mi opinión, los distintos tipos de confesiones: Iglesia católica, confesiones con convenio con el Estado, confesiones sin convenio, confesiones inscritas y confesiones no inscritas; además, y fuera ya de la categoría de confesiones, habría que referirse a los grupos religiosos que no son confesiones.

El hecho de acceder a la categoría de confesión implica la concesión de ciertos derechos, algunos de los cuales serán objeto de nuestra atención más adelante; por el momento me limitaré a señalar dos: en primer lugar que mediante su inscripción obtendría personalidad jurídica -carta de naturaleza para actuar en el tráfico jurídico- y, en segundo término, la concesión por parte del ordenamiento de, si se me permite la expresión, una especie de *copyright* de su nombre y símbolos, como parece apuntar el artículo 6-1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y parece confirmar alguna sentencia denegatoria de la inscripción de algún grupo religioso.

Libertad de culto: Probablemente se trate de la más específicamente religiosa de las libertades, y comprendería tanto el derecho de realizar las ceremonias y actos litúrgicos de la propia religión, como el de no ser obligado a realizar alguno. Aunque entiendo que se trata de una manifestación, de entre las varias, de la libertad religiosa, la Constitución la tipifica de un modo separado.

En la práctica se han planteado algunos problemas relativos tanto a la vertiente positiva como negativa de este derecho, e incluso han existido pronunciamientos al respecto de los Tribunales ordinarios así como del Constitucional. Desde la pretensión de algún trabajador de no acudir a su centro de trabajo determinados días so pretexto de no permitirle su religión, hasta denuncias de la obligatoriedad de hecho de asistir a de-

terminadas ceremonias católicas en centros penitenciarios, o establecimientos militares, no han sido situaciones insólitas. Extraordinariamente más fácil de garantizar su aspecto negativo -no obligación de asistir a un determinado acto de culto-, en el plano legislativo parece suficiente con lo realizado, pero aún parecen subsistir algunas "exigencias fácticas". Por lo que se refiere al aspecto positivo, me parece claro que se deben establecer límites muy precisos, pues un reconocimiento en su grado máximo de este derecho supondría, lisa y llanamente, la paralización de la vida nacional.

Libertad de enseñanza en la religión: Entiendo por tal no la libertad de proselitismo, ni la de enseñanza de la religión como una disciplina académica, sino la posibilidad de fundación de un centro docente con una concreta inspiración ideológica. Toda esta temática es reconducible al concepto de "carácter propio" empleado por la L.O.D.E., o al más expresivo de "ideario" utilizado por el derogado Estatuto de Centros, que comprenderá las orientaciones religiosas o de cualquier otra naturaleza.

Reconocida la libertad de creación de centros docentes en la Constitución, en un puro análisis exegético de tal precepto y del alud de disposiciones normativas que lo desarrollan, y singularmente de la L.O.D.E., deberíamos llegar a la conclusión que la libertad de enseñanza es una temática ajena a la libertad religiosa; sin embargo, los hechos, con pertinaz vehemencia, se ocupan de desbaratar tan aséptico análisis. El gran problema hoy religión-Estado, o, si ustedes lo prefieren, Iglesia católica-P.S.O.E., es exactamente ese.

Daré mi opinión al respecto de un modo impreciso a fuer de lineal. Refiriéndome a la enseñanza no universitaria, hay tres modelos de centros docentes: los públicos, los privados en sentido estricto y los concertados. En los primeros no se planteará problema alguno ya que carecen de "carácter propio", y pretenderían esa ilusión que es la enseñanza ideológicamente neutral, si bien es cierto que en la práctica concluirán por tener el "ideario" propio de la ideología dominante en la sociedad. Por lo que se refiere a los segundos, tampoco se plantearía problema de especial relevancia: tienen el "ideario" que establezca el fundador sin otros límites que el razonable del respecto a la Constitución; sólo un comentario: al no recibir ninguna subvención estatal, quedarán reservados para aquellos estratos económicos de la población más elevados, que serán los capaces de pagar las presumiblemente elevadas tasas de matrícula. El gran problema se plantea en los centros concertados.

Cuando un centro privado recibe fondos públicos viene obligado a constituir un conjunto de órganos de gobierno del mismo con una deter-

minada estructura prevista en el ordenamiento, singularmente el Consejo escolar. Aunque formalmente no es competencia del Consejo el fijar el "carácter propio", como quiera que su intervención es decisiva para la contratación del profesorado y la designación del director del centro, se comprenderá que por esa vía indirecta concluirá por fijar de hecho el ideario. De sus miembros únicamente un quinto es designado por el titular del centro y el resto es elegido por los profesores, padres, alumnos y personal administrativo, que bien pueden tener una opción ideológica-religiosa en nuestro caso-distinta a la del titular, y de esa manera concluir por imponer su propio "ideario".

Enseñanza de la religión: Tras su apariencia de precisión, el artículo 27-3 de la Constitución deja las cosas muy poco claras: "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". No creo que nadie esté en desacuerdo con ese mandato constitucional directamente, pero en cuanto se trata de llevarlo a la práctica las cosas se complican. ¿Son las propias religiones las que se deben ocupar de esa labor en su integridad?, ¿debe realizarse esa tarea en los centros escolares y dentro del horario escolar?, ¿a partir de qué edad corresponde elegir al hijo? Son numerosas las normas que se refieren a la cuestión, y no son infrecuentes los incumplimientos de las mismas; sin embargo, no me referiré a ello, sino que me limitaré a dar un dato en la esperanza de que sirva de aviso de navegantes -o, mejor, de gobernantes-: en un país con una sociedad mucho más sensibilizada en materia de libertades que la nuestra, y con una vida política menos mortecina, y con problemas en materia de libertad religiosa no muy diversos a los nuestros, precisamente esa cuestión ha provocado hace algo más de un año un gran escándalo parlamentario, y han sido necesarios acuerdos y leyes para arreglarlo. Ciertamente España no es Italia, pero ni la política de *fait accompli*, ni la invocación de privilegios, aunque sean concordados, parece el mejor camino para resolver un problema que afecta a lo más importante de una sociedad: el proceso de formación de la conciencia de un niño o de un adolescente.

Proselitismo: Reconocido ese derecho de modo específico tanto para la Iglesia católica en particular, como para las restantes confesiones en general, no parece ser en nuestro ordenamiento otra cosa que una manifestación del derecho de libertad de expresión reconocido constitucionalmente, y por lo tanto con las mismas técnicas de protección. Sus diferencias con la libertad de enseñanza pueden parecer formalmente de matiz, pero creo que son radicales: el destinatario de la enseñanza religiosa

comparte ya ese credo religioso, mientras que el destinatario de una actividad proselitista pretende ser captado para él.

Objeción de conciencia: Me parece que se trata de uno de los casos más claros en que se crea un derecho subjetivo como técnica de protección de otro derecho. El derecho de objeción de conciencia no es otra cosa que una técnica de protección de la libertad de conciencia y, por lo tanto, también de la libertad religiosa.

La delimitación de la categoría objeción de conciencia con respecto a otras figuras similares resulta más sencilla de realizar en el plano teórico que en la realidad social. Reconocida en la Constitución exclusivamente para el servicio militar obligatorio, en la práctica tiende a confundirse con la desobediencia civil. El objetor antepone su conciencia al mandato normativo y si son contradictorios obedece a la primera, asumiendo el posible castigo que lleve aparejado el incumplimiento de la norma. El objetor tipo tiende a ser individualista. La posición del desobediente es bien distinta: el objetivo de su desobediencia no es preservar su conciencia, sino el emplear tal procedimiento como vía de presión para que la norma que considera injusta sea modificada, por lo que el desobediente tiende a constituirse en grupo como vía para lograr que la eficacia de su propuesta sea mayor. Refiriéndome por el momento exclusivamente al servicio militar, me parece que en España los fenómenos que se plantean son más bien reconducibles al ámbito de la desobediencia civil, y tendiendo más a oponerse al armamentismo, a la propia existencia del ejército, etc., que al dato concreto del servicio militar obligatorio.

Para concluir con la objeción de conciencia al servicio militar, bastará con decir que el grave problema planteado es la fijación de una prestación social sustitutoria que sea equiparable, por su dificultad y duración, al servicio militar.

Aunque la Constitución sólo recoja la objeción de conciencia al servicio militar, en pura teoría cabe objeción de conciencia a cualquier mandato normativo: desde el pago de impuestos, a formar parte de una mesa electoral; sin embargo, dos son los supuestos que parecen preocupar especialmente a la opinión pública: aborto y transfusiones de sangre.

Aunque la normativa reguladora de la práctica del aborto voluntario en nuestro país no regula la objeción de conciencia a la práctica del mismo, es cuestión que se ha suscitado en la calle y a la que el Tribunal Constitucional se ha referido en estos términos: "Por lo que se refiere a la objeción de conciencia [a la práctica de un aborto], que existe y puede ser

ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16,1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales" (S. 11-IV-1985). La regulación, que evidentemente deberá producirse, de este tipo de objeción deberá tener especial cuidado en algunos extremos que ya han creado problemas en otros países, en concreto: 1º, la posibilidad de que algunos médicos se nieguen a practicar abortos en centros hospitalarios públicos declarándose objetores, pero, sin embargo, simultáneamente practiquen abortos en centros privados; 2º, establecer el límite de hasta donde puede llegar la objeción; que un médico puede declararse objetor es claro, pero ¿debe llegar ese derecho al personal sanitario auxiliar, al administrativo, o al de limpieza y cocinas de un centro sanitario?

Por último me referiré a un supuesto nada frecuente pero, sin duda, grave y espectacular: la oposición de alguna confesión religiosa a que se realicen transfusiones de sangre a sus componentes. Estamos aquí en el caso típico de colisión de dos valores fundamentales: la vida y la libertad de conciencia. El supuesto resulta extraordinariamente difícil de resolver en la práctica; en mi opinión personal, en el caso de que el paciente sea mayor de edad y se oponga a esa transfusión, debe atenderse tal deseo; en el caso de un menor, si es que los padres se oponen, creo que el Juez, al amparo del artículo 158-3 del Código Civil, podrá ordenar la transfusión.

Asistencia religiosa: Como tantas veces ocurre, con la asistencia religiosa nos encontramos ante una de esas figuras cuyos orígenes poco tienen que ver con las justificaciones de presente de las mismas. Con sus orígenes en épocas de fuerte confesionalidad, hoy se trata de defender en base a la función promocional que a los poderes públicos corresponde en un Estado social y democrático de derecho.

Podemos entender por derecho a la asistencia religiosa aquél del que es titular todo individuo, con especiales dificultades para cumplir con sus obligaciones religiosas, para que el Estado facilite los instrumentos necesarios para cumplir con tales obligaciones.

Con carácter general suele entenderse que existen esos supuestos de sujeción especial, que obligan a que el Estado colabore en la prestación de la asistencia religiosa, en los siguientes casos: Fuerzas Armadas, establecimientos hospitalarios y centros penitenciarios; por razones de una

arcáica legislación encontramos también materializaciones en el ámbito de los centros de beneficencia.

El ordenamiento español establece un entramado muy complejo de asistencia religiosa católica, que se extiende no sólo a los supuestos mencionados, sino que también se encuentra en centros docentes, determinadas entidades locales, etc., y por lo que se refiere a otras confesiones religiosas existe poco más que la previsión legal, sin ningún contenido específico.

Sin poder exponer el sistema vigente con detalle, por obvias razones de tiempo, me limitaré a apuntar algunas críticas personales al mismo: 1ª, me parece que el sistema tiende a concebirse más como un derecho de la confesión religiosa a estar presente en esos ambientes, que como un derecho del individuo a cumplir con sus obligaciones religiosas; 2ª, como corolario de lo anterior, entiendo que pueda ser justificable, al menos en algunos casos, que el individuo tenga ayuda del Estado para cumplir con sus obligaciones religiosas, pero me parece extraordinariamente discutible que sea adecuado al principio de igualdad, e incluso de libertad, que las confesiones -singularmente la Iglesia católica- puedan utilizar esa estructura asistencial para realizar una labor de proselitismo; 3ª, por último, me parece extraordinariamente discutible que se de el supuesto de sujeción especial en numerosos casos que son tenidos por tales: piénsese, por ejemplo, en el militar profesional que en tiempos de paz desarrolla su actividad profesional en una oficina militar situada en una gran ciudad, y con un horario y una libertad de desplazamiento muy similar a la de cualquier funcionario civil, o trabajador por cuenta ajena.

Financiación de las confesiones: Otra figura más que es difícilmente comprensible, de no atender a sus orígenes históricos típicamente confesionales, jurisdiccionalistas, etc., pero que ahora pretende ser justificada en base a la tan socorrida función promocional del Estado.

La opinión pública tiende a reducir este problema a la recepción de algunos miles de millones por parte de la Iglesia católica a través de los Presupuestos Generales, en cumplimiento de una previsión transitoria de origen concordatario, que se mantiene en vigor como consecuencia del incumplimiento estatal del compromiso de fijar otro sistema de financiación. Me parece, sin embargo, que esa es la menor parcela de la financiación real.

Si quisieramos cuantificar la total percepción pecuniaria de la Iglesia católica en nuestro país -poco hay por lo que se refiere a otras confesio-

nes-, deberíamos incluir otras partidas sin duda más cuantiosas: las numerosas exenciones y bonificaciones fiscales de las que es beneficiaria la Iglesia; el coste real de la estructura de asistencia religiosa: locales, sueldos, etc.; los emolumentos que recibe el profesorado de religión con cargo a los Presupuestos Generales; las prestaciones de seguridad social que reciben todos los sacerdotes y religiosos católicos -recientemente ampliado a los ministros de culto adventistas (O.2-III-1987)-; etc.

En este punto tal vez convenga referirse al mal llamado "impuesto religioso", aunque sólo sea porque el conjunto de informaciones que parecen llegar a conocimiento del gran público por vía de la prensa no son absolutamente precisas. Un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español preveía que para sustituir el actual sistema de financiación directa en el plazo de tres años desde la firma de dicho acuerdo (1979), se entregaría a la Iglesia católica un porcentaje del rendimiento de un impuesto personal de aquéllos contribuyentes que así lo solicitasen. En sede política, y por respetar el principio de igualdad, hay la intención de ampliar dicha posibilidad para todas las confesiones. Aún a pesar de haberse superado el plazo inicialmente previsto en más de un trienio, el sistema no se ha puesto en marcha. Desde mi punto de vista las razones de ello pueden ser las siguientes: de una parte la complejidad técnica de la gestión de tales cantidades; de otra el escaso interés de la Iglesia católica por aplicar un sistema que, probablemente, haría disminuir sus ingresos; por lo que se refiere a las restantes confesiones y como consecuencia de su escaso número de adeptos, la cantidad que recibirían sería tan reducida que no compensaría la pérdida de independencia que supone recibir fondos estatales.

Acceso a los medios públicos de comunicación: La normativa al respecto es muy poco precisa, y consiste en la práctica en que el Consejo de Administración de R.T.V.E. tiene que asignar periódicamente un cierto tiempo de los programas a los grupos socialmente significativos, entre los cuáles deben contarse las confesiones religiosas. Eso tiene como reflejo la actual programación religiosa de tales medios que es conocida por aquéllos ciudadanos que sean televidentes.

Conectada directamente con esta cuestión, nos encontramos con la prohibición de que haya espacios publicitarios pagados con contenido religioso. Tal norma fue invocada para prohibir una campaña publicitaria mediante la cual la Iglesia católica quería recabar fondos. Señalaré, solamente, que tal tipo de disposición es difícilmente justificable en nuestro actual sistema neo-liberal.

Ministros de culto: La fijación de un *status* jurídico peculiar para los ministros de culto ha sido una tradición en los países confesionales. En el actual sistema español quedan algunos residuos; por simple vía de ejemplo citaré los siguientes: la exención del servicio militar a los obispos católicos, la sustitución del servicio militar por tres años de permanencia en territorio de misiones de clérigos católicos, una especial protección penal de los ministros de culto cuando están desarrollando su ministerio, la aludida concesión de los beneficios de la Seguridad Social a algunos ministros, etc.

Sistema matrimonial: También perviven en este campo algunos residuos de un sistema confesional superado. Tema de extraordinaria complejidad por la impericia del legislador, y que ha dado lugar no sólo a miles de páginas destinadas a la interpretación doctrinal, sino también a numerosas intervenciones de los tribunales de justicia y del Tribunal Constitucional. Podríamos sintetizar, de un modo excesivamente lineal, diciendo que el matrimonio canónico sigue teniendo efectos constitutivos en el Derecho español, y que las declaraciones canónicas de nulidad, bajo ciertas condiciones, son eficaces en nuestro Derecho.

* * *

Tras este precipitado recorrido por nuestro sistema de Derecho eclesiástico, sin duda les asaltarán numerosos desacuerdos con mis posiciones, y tal vez también algunas preguntas; de modo anticipado trataré de responder a tres hipotéticas objeciones:

1ª, Mi exposición no ha sido sistemática. En efecto, deliberadamente he presentado un *collage* inconexo, porque es obligación de la doctrina científica introducir sistemática allí donde falta, pero también es menester que su actividad sea descriptiva de la realidad del ordenamiento y, en este punto, el ordenamiento es caótico.

2ª, Faltan otras muchas concreciones de la libertad religiosa. Sin duda. Ya dije que pretendía realizar un catálogo puramente indicativo, pero es que, además, cuáles son las manifestaciones de la libertad religiosa es algo que dependerá de la opción ideológica personal.

3ª, Algunos ejemplos dados no son reconducibles a la libertad religiosa. Completamente de acuerdo, pero eso sería, aún otra vez, entrar en el subjetivismo de la propia ideología. El legislador español ha considerado que todo eso forma parte de la libertad religiosa, yo creo que no es así, pero debe atenerme a lo que dice el ordenamiento.

Una última pregunta: ¿cuál es el gozne en torno al que pretende girar el sistema de Derecho eclesiástico español?. Creo que uno muy concreto, el establecido en el artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... religión”; lo único que ocurre es que el ordenamiento, en la práctica, no respeta esa idea, como muy bien intuía el constituyente cuando hacía decir el artículo 16-2 de la Constitución: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su... religión”.

NOTAS SOBRE LA SOLIDARIDAD PASIVA Y EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA

EDUARDO RIBES TERRADO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Interpretación del artículo 1.141, párrafo segundo, del Código civil:* a) Antecedentes históricos y legislativos del precepto. b) Conclusiones. III. *Breves consideraciones en torno a la reclamación judicial de la deuda:* a) Exigencia del litiscorcio pasivo necesario. b) La llamada en garantía. c) La intervención voluntaria. d) La cosa juzgada. IV. *Consideraciones generales previas:* a) La presunta indefensión del deudor solidario no demandado. V. *Razones en favor de la no indefensión del deudor solidario no demandado:* a) El artículo 1.148 y las excepciones oponibles por el deudor demandado. b) Ausencia de excepciones que pueden ser opuestas por el deudor demandado.

I. INTRODUCCION

Como resulta sabido, la solidaridad pasiva es una estructura pensada y creada en interés del acreedor. Asistiéndole como razón de ser, la protección de los intereses de dicho acreedor en la prestación, de suerte que pueda reclamarla indistintamente de cualquiera de los varios obligados. No se olvide, además, que el patrimonio de todos los deudores que participan en la obligación se encuentra comprometido en el cumplimiento de ésta (arg. ex. art. 1.911 C. civil).

El interés práctico de este tipo de solidaridad se enmarca en el hecho o circunstancia de la extensión del ámbito de la responsabilidad, por una sólo relación obligatoria, al patrimonio de todos los deudores. Ello implica un aumento de la seguridad de que la deuda será satisfecha y, además, la mayor certeza de que lo será en tiempo oportuno con la consideración, por otro lado, de que el acreedor podrá elegir a aquél de los deu-

dores que le confiera unas mayores garantías de cumplimiento (1).

En consecuencia, el bien jurídico protegido por la solidaridad de deudores radica, principalmente, por un lado, en la posibilidad que tiene el acreedor de dirigirse contra el deudor que él prefiera y exigirle la totalidad de la prestación debida (arg. ex. art. 1.137 C. civil) y por otro lado, y como consecuencia directa de ésta, la total cobertura del riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores solidarios (arg. ex. art. 1.144 C. civil) (2).

Dentro de ese contexto que nuestro Código civil dedica a la regulación de las obligaciones solidarias se halla ubicado un artículo de gran importancia (3), por las consecuencias que de él se derivan y, que además, plantea serios problemas en cuanto a los posibles sentidos de su interpretación. Nos referimos al artículo 1.141, párrafo segundo, en el cual se dispone que "las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos".

De la interpretación literal de este precepto es perfectamente posible sostener que las acciones judiciales que el acreedor ejercite contra uno cualquiera de los deudores solidarios perjudican directamente al resto de los codeudores del demandado (4). Tal perjuicio podría, incluso, entenderse directamente referido a la ejecución de la sentencia de condena. Es obvio que el acreedor que se dirija contra un deudor solidario, reclamándole judicialmente el cumplimiento de la obligación, y habiendo obtenido sentencia de condena, puede dirigirse contra el patrimonio de ese mismo deudor demandado y condenado solicitando el despacho de la ejecución. Ello no supone ninguna especialidad ni característica pro-

(1) Este aumento de la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones ha determinado que algunos códigos, no así el nuestro, hayan optado por sancionar la solidaridad pasiva como regla general de la obligación con pluralidad de deudores. Así, entre otros, el Código italiano de 1.942.

(2) Díez Picazo, opina que "con la solidaridad pasiva lo que se trata de conseguir fundamentalmente es un refuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple, de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de una solidaridad de deudores se está aludiendo en rigor a una responsabilidad solidaria". En "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", I, Tecnos. Madrid 1.979. pág. 420.

(3) Que guarda relación con la regulación que de la solidaridad pasiva realiza el Código.

(4) Como es sabido, el especial régimen jurídico que impone la solidaridad a aquellos que la pactaron (refiriéndonos a la pasiva), implica el deber de soportar la consecuencia de que, lo actuado (en sentido general) contra uno de los deudores perjudica, necesariamente, al resto de codeudores solidarios.

pia del régimen de las obligaciones solidarias, puesto que se aplicarían las reglas generales.

Lo que sí supondría ya una “especial” consecuencia del régimen de la solidaridad pasiva, sería la posibilidad de que mediante la sentencia de condena dictada contra uno de los deudores solidarios, el acreedor pudiera dirigirse contra el patrimonio de cualquiera de los codeudores del condenado que no litigaron en el proceso declarativo inicial y solicitar contra ellos el despacho de la correspondiente ejecución.

Interpretando, pues, en ese sentido el párrafo segundo del artículo 1.141 del Código civil, cabría entender que, en sede de solidaridad pasiva, es posible solicitar, en virtud de una sentencia firme de condena, el despacho de la ejecución contra uno cualquiera de los deudores que no litigaron en el proceso declarativo, mediante el cual se obtuvo esa sentencia de condena.

Sería, por tanto, consecuencia de esta posible interpretación del precepto comentado, el que se despache ejecución contra un deudor que ni ha estado presente en el proceso (declarativo ordinario) ni, consecuentemente, ha tenido posibilidad alguna de defensa.

No obstante lo expuesto, conviene señalar que el resultado alcanzado con esta interpretación puede suponer, “prima facie”, una vulneración de los principios consagrados en la Constitución de 1.978. En efecto, el artículo 24, párrafo primero, del mencionado cuerpo legal establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

En el transcrito artículo de la Constitución se consagra, fundamentalmente, el llamado principio de audiencia. En una primera apreciación, tal principio supone una manifiesta relación con el interés procesal en la medida en que todos los interesados en el juicio han de ser llamados al mismo. De tal modo que este principio está íntimamente unido al interés, y éste a su vez, a la indefensión, puesto que lo que se pretende evitar es la indefensión de la parte que debió estar presente en el proceso, precisamente para oponer y defender su interés.

Así pues, nos encontramos, por un lado, con el artículo 1.141, apartado segundo, del Código civil que, de acuerdo con la interpretación sugerida, permite entender que el acreedor está facultado para dirigirse contra el deudor de su elección y que lo accionado contra éste perjudica

directamente a los demás deudores. De tal manera que, sería razonable entender que ese perjuicio incluye la posibilidad, por parte del acreedor, de solicitar (y obtener) el despacho de la ejecución contra uno de los deudores solidarios no litigantes en el declarativo correspondiente. Y por otro, nos encontramos con el artículo 24, apartado primero, de la Constitución, el cual eleva a rango constitucional el llamado principio de audiencia que, entendido en sus justos términos, equivale a decir que en materia procesal no puede admitirse un supuesto en el cual a una persona se le niegue la tutela "efectiva" de los jueces y tribunales. Es decir, este precepto nos está diciendo, más claramente, que nadie puede ser condenado (y mucho menos ejecutado) sin ser previamente oído, dado que ello supondría la más absoluta de las indefensiones.

Este planteamiento nos conduce inevitablemente a una colisión entre los dos preceptos citados, lo que aconsejará, si es que se quiere respetar el principio de audiencia y no producir indefensión, en los términos vistos, a cualquiera de los deudores solidarios, abandonar el sentido de la interpretación propuesta.

Entendemos, con todo, que esta contradicción es puramente formal, y que es posible mantener la interpretación apuntada del artículo 1.141 sin que ello provoque la indefensión de cualquiera de los obligados. Para ello deberá, en primer lugar, procederse a la interpretación del propio artículo 1.141,2 con la finalidad de averiguar si la interpretación sugerida puede efectivamente subsumirse en el marco de este precepto. Y en segundo lugar, analizar las razones en favor de la no indefensión del deudor solidario no demandado y ejecutado.

II. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.141,2 DEL CODIGO CIVIL

Lo primero que se advierte de la lectura de este precepto es la imposición de una extensión de efectos al colectivo de deudores solidarios, de tal manera que, cualquier actuación del acreedor dirigida contra uno de los deudores tiene los mismos efectos que si la hubiera dirigido contra cada uno de ellos. Consecuentemente, lo actuado frente a uno alcanza a todos ellos.

Cabe preguntarse, ahora: ¿Cuándo el artículo habla de que las acciones ejercitadas... perjudicarán a todos, a qué tipo de acciones se está refiriendo?... Evidentemente alude a las acciones extrajudiciales. Nótese que la propagación de efectos a todos los deudores solidarios, que esta-

blece el precepto, lo es con carácter general y, por tanto, se refiere a una pluralidad de actos, tales como: la interrupción de la prescripción (5), reconocimiento de deuda, constitución en mora, la transacción, etc. (6), cuando cada uno de ellos tiene lugar frente a uno o varios de los deudores (7).

Pero, a nuestro juicio, y también de una forma indudable, se está refiriendo a las acciones judiciales. Efectivamente, sobre este punto está de acuerdo prácticamente la mayoría de nuestra doctrina (8). No podía ser de otro modo, pues reportaría un beneficio muy efímero para el acreedor el que la propagación a los deudores sólo se concretara en las acciones extrajudiciales. No se olvide que la estructura de la solidaridad pasiva, como ya se ha apuntado, está pensada para reforzar la posición del acreedor en la obligación y asegurarle unas mayores posibilidades de éxito en sus pretensiones (9).

Así las cosas, y apoyándonos en la evidencia del propio artículo 1.141 apartado segundo, del Código civil, es perfectamente lícito señalar que, en sede de solidaridad pasiva, las acciones judiciales ejercitadas contra cualquiera de los deudores afectan perjudicando a todos ellos. Tesis, ésta, también apoyada por una serie de preceptos de nuestro Derecho histórico.

a) Antecedentes históricos y legislativos del artículo 1.141,2

Este precepto encuentra su antecedente más inmediato en el Anteproyecto de 1.882-88, que en su artículo 1.158 aparece con la misma redacción (10). En este sentido, pues, el artículo 1.158 del Anteproyecto

(5) Confrontese a ese respecto el artículo 1.974, 1 del Código civil.

(6) Vid. Guilarte Zapatero, Vicente, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales" R.D.P. Tomo XV, Vol. 2º, págs. 268 y 269.

(7) Esto ya lo dice, en parte, el propio artículo 1.143, apartado primero, del Código civil.

(8) A título meramente indicativo, cabe citar a: Díez Picazo, Luis, en "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", cit., pág. 430 y 431. Guilarte Zapatero, Vicente, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", cit., pág. 268.

(9) Es de tal envergadura el reforzamiento de la posición del acreedor en las obligaciones solidarias que, algún autor, como por ejemplo Soto Nieto, señala que en las obligaciones solidarias se produce el reconocimiento del "favor creditoris". En "Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva". R.D.P., Julio-Agosto, 1.980 pág. 799.

(10) En tal precepto se dispone que: "Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos" Vid. Peña Bernaldo de Quiros, Manuel, "El Anteproyecto del Código civil español de 1.882-88". Centenario de la ley del Notariado, sección IV. Fuentes y Bibliografía. Volumen 1º. pág. 361 y 362.

citado no sufre modificación alguna con relación al 1.141 actual. Es ya más problemático determinar con precisión la procedencia de ese precepto del Anteproyecto de 1.882-88, y averiguar qué precepto o preceptos fueron los que inspiraron al legislador de la época para que redactara en tal sentido el artículo 1.158.

Algunos autores (11) han coincidido al admitir la influencia que ejerció el artículo 1.059 del Proyecto de 1.851 en la configuración del artículo 1.158 del Anteproyecto. En el citado precepto del Proyecto de 1.851 se dispone que "cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados (12), aprovecha o perjudica a los demás" (13). Nótese que en él únicamente se habla de interrupción de la prescripción (14). Con todo, estos autores se reafirman en su postura, manteniendo que, si bien no lo encontramos exactamente formulado, no parece haber muchas dudas en cuanto a su procedencia, dado que este precepto del Anteproyecto establece de forma general la determinación especial que, para el caso concreto de la interrupción de la prescripción, mantiene el referido artículo 1.059 del Proyecto (15).

Remontándonos, pues, hasta el Proyecto de Código civil de 1.851, no se encuentra ningún precepto que justifique (históricamente) mantener la interpretación ya sugerida del actual artículo 1.141.2. No obstante, en el Proyecto de 1.836, sí que aparece un precepto directamente relaciona-

(11) En ese sentido: Guilarte Zapatero, Vicente, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales". Cit. pág. 264. Manresa y Navarro, José María, en "Comentarios al código civil español", Tomo VIII, Vol. 1º, Reus S.A., Madrid. 1967. pág. 511.

Quintus Mucius Scaevola, en "Código civil comentado y concordado" Tomo XIX, 2ª Edic. Reus, S.A. Madrid 1957. pág. 25. Cossio Corral, Alfonso, en "Instituciones de Derecho Civil" Edic. Alianza - Universitaria. Textos 1977. pág. 222. Puig Peña, Federico, en "Tratado de Derecho Civil español". Tomo IV. Vol. 1º, 3ª. Edic. R.D.P. Madrid 1958. pág. 64.

(12) Téngase en cuenta que el Proyecto denomina mancomunidad a la solidaridad.

(13) Vid. García Goyena, Florencio. "Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español". (reimpresión de la edición de Madrid 1.852). Zaragoza. 1.974. pág. 569.

(14) Incluso hay autores, como por ejemplo Guilarte Zapatero, que mantienen la opinión de considerar que el artículo 1.059 del Proyecto de 1.851 inspiró de forma directa el redactado del artículo 1.158 del Anteproyecto de 1.882-88, pues "el artículo 1.141, cuyo apartado segundo encuentra su antecedente en el Proyecto de 1.851, que en su artículo 1.059 se limitaba a referirse a la interrupción prescriptiva, sin la generalidad del actual, aparece en el artículo 1.158 del Anteproyecto de 1.882-88 con su misma redacción y se tomó directamente del 1.198 del Anteproyecto belga de Laurent". En "comentarios..." cit., pág. 264.

(15) García Goyena, al comentar el artículo 1.059 citaba como fuentes de inspiración, entre otras, los artículos 1.199 y 1.206 del Código francés. En "Concordancia, ..." cit., pág. 569.

do con la cuestión que nos ocupa. Nos estamos refiriendo, en concreto, al artículo 913, en el que señala que “la demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada (16) perjudica a los demás codeudores, e igualmente la sentencia que contra él se pronunciare, pero aquéllos podrán apelar de ella, y si la sentencia fuese favorable al deudor que había litigado, aprovechará a los mismos” (17).

El artículo expuesto está advirtiendo claramente que, en los casos de solidaridad pasiva, las acciones judiciales ejercitadas contra uno de los deudores perjudicarán a sus codeudores. Pero, y ello es importante, el precepto dice todavía más, pues está indicando de una forma categórica que no sólo perjudican a los codeudores las acciones judiciales que se ejerciten contra uno de ellos, sino que, también, *les perjudica la sentencia que en tales casos recaiga*.

¿Qué significa, en realidad, la advertencia que contiene este precepto en el sentido de que la sentencia que se pronuncie contra uno de los deudores perjudica a los demás?. Entendemos que su significado es muy claro, pues nos está señalando que habiéndose obtenido sentencia de condena contra algún deudor solidario, puede el acreedor dirigirse contra cualquiera de los codeudores de éste y solicitar el despacho de la ejecución, ya que la sentencia que obtuvo frente a uno es como si la hubiera obtenido frente a todos ellos (18).

No constituyen un caso aislado, en nuestro Derecho histórico, las afirmaciones contenidas en el artículo 913 del Proyecto de Código civil de 1.836. Manifestaciones en tal sentido las hallamos en LAS SIETE PARTIDAS. En efecto, en la Ley XX, Título XXII de la Tercer Partida se dispone que “guisada cosa es, e derecha, que el juyzio que fuere dado contra alguno non empezca a otro, ... Pero cosas y ha en quel empeceria,

(16) En el Proyecto de Código civil de 1.836 se denominaba mancomunidad a la solidaridad.

(17) Vid. Lasso Gaité, Juan Francisco, “Crónica de la Codificación española”, Codificación civil (Génesis e historia del Código). Vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión general de Codificación. Madrid. 1.980, págs. 204 y 205.

(18) Nótese que este precepto está, en definitiva, proclamando la propagación de efectos al grupo de deudores solidarios en el sentido de que, lo accionado contra uno de ellos perjudica al resto, e incluso, tal propagación se concreta en la sentencia dictada contra uno de ellos, afectándoles directamente, ya sea aprovechándoles (si la sentencia fue favorable) o bien perjudicándoles (si fue desfavorable). Todo ello sin otro límite, reza el precepto, que la posibilidad de apelar la sentencia. siempre y cuando, se entienda, ésta no haya adquirido condición de firmeza.

e esto sería quando dos omes se fiziessen debdores de otro sobre vna cosa misma cada vno por todo... Ca el juyzio que fuesse dado cotra alguno destes sobredichos en razo de aquellas cosas empeceria a los otros, maguer y no fuessen acertados a la fazo que lo diero" (19).

El citado texto, a la hora de precisar los efectos de las sentencias sobre terceras personas ajenas a los que litigaron, está señalando dos consecuencias distintas o, si prefiere, está exponiendo una regla general y unas excepciones a tal regla. Así, por un lado, mantiene de una forma terminante que la sentencia emitida contra una persona no puede perjudicar a otra. No obstante, advierte el precepto, hay supuestos en que sí se produce perjuicio: se trata de los casos en los cuales "dos omes se fiziessen debdores de otro sobre *vna misma cosa cada uno por todo*". En definitiva, cuando dos o más deudores estén unidos por vínculos de solidaridad, la sentencia que se dicte contra uno de ellos perjudica a los demás (20).

b) Conclusiones

En resumen, conviene precisar que, si bien no es posible hallar un precepto que haya motivado de una manera clara la concepción del artículo 1.141, apartado segundo, del Código Civil, se ha apuntado por un cierto sector de nuestra doctrina la idea de que tal precepto proviene del artículo 1.059 del Proyecto de 1.851 (21), ya que tal regla establece una

(19) Vid. "Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono", glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de Su Majestad. Salamanca 1.555 (Reproducción anastática, edición del B. O. E., Madrid 1.974), pág. 138 y ss.

(20) No obstante esta categórica afirmación que hace la Ley comentada, en las glosas a ésta de Gregorio López, se señala la opinión contraria de Bartolo en el sentido de que la sentencia dada contra uno de los deudores solidarios no debe perjudicar a los otros. En realidad Bartolo se limita a poner de manifiesto que la sentencia que se dicte contra un deudor solidario *obligado pura y simplemente* no puede perjudicar a otro que se encuentre *obligado bajo condicion*.

Este autor sostiene, pues, como caso especial, el no perjuicio contra uno de los deudores de la sentencia otorgada contra otro, cuando ambos se encuentran *obligados de forma distinta*, lo cual es perfectamente posible (cfr. art. 1.140 C. civil). De lo que se sigue, que en el caso en que dos deudores solidarios estén obligados de la misma manera, la sentencia dictada contra uno alcanza al otro. Véase Bartolo a Saxoferrato, "In Secundam Digesti Novi Partem", 1.574, en sus comentarios a la Ley VII, Título II.

(21) Y este, a su vez, fue inspirado por los artículos 1.199 y 1.206 del Código francés. En el artículo 1.199 se disponía que: "Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers". Por su parte en el artículo 1.206 se señalaba que: "Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompt la prescription à l'égard de tous". Véase por todos los exegetas a Marcade en "Explication du Code Napoleon", Tome IV. Cinquieme edition. Paris 1.852. págs. 466 y sig.

peculiar comunicación de efectos a todos los deudores solidarios, al igual que el artículo 1.141,2 actual, pero aquél referido únicamente a la interrupción prescriptiva. No puede negarse, por lo tanto, la influencia que tal precepto del Proyecto ejerció sobre el legislador para redactar el artículo comentado.

En definitiva, el artículo 1.141,2 está regulando algo más que la simple comunicación de los efectos de la interrupción prescriptiva. Con base en nuestro Derecho histórico es posible sostener que el artículo comentado nos está advirtiendo que las acciones judiciales entabladas contra uno de los deudores solidarios perjudican a todos los demás, de tal modo que la sentencia que en tal caso recaiga, obliga a los otros deudores de la misma manera que si hubieran litigado ellos mismos (22). En suma, una de las formas de garantizar la ejecución de los principios que rigen en tema de solidaridad es, precisamente, la *exigibilidad* (por cualquier vía) del crédito solidariamente debido.

III. BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RECLAMACION JUDICIAL DE LA DEUDA

El acreedor común de varios deudores solidarios tiene, al tiempo de pretender que se cumpla la obligación, dos posibilidades: o decidirse por una reclamación extrajudicial de la deuda, o bien optar por una reclamación judicial de la misma.

Si se decide por la reclamación judicial, el acreedor, puede demandar a un sólo deudor; a varios, o bien a todos a la vez (arg. ex art. 1.144 C. civil). Ello es consecuencia de que, frente al acreedor, cada uno de los deudores es deudor de la totalidad, es decir, se debe "totum et totaliter", de tal modo que, si todos deben el todo, el acreedor puede elegir al deu-

(22) Esta interpretación del segundo párrafo del artículo 1.141, guarda armonía, además, con la regulación que de la solidaridad pasiva efectúa el Código. Puesto que si del artículo 1.144 se desprende que el acreedor puede exigir por entero la deuda a cualquiera de los deudores, y el artículo 1.147, párrafo segundo, que hace responsables a todos los deudores del incumplimiento culpable de la obligación, aunque la culpa pueda individualizarse en uno de ellos, cabe pensar, pues, que las mismas razones existen para que la acción judicial ejercitada contra uno de los deudores afecte a todos los demás, así como la sentencia que en tales casos recaiga.

Piénsese que si en el régimen de la solidaridad pasiva, las consecuencias de la culpa, por incumplimiento de la obligación, afecta incluso a aquellos deudores que no la motivaron, rechazando con ello la regulación general contenida en el artículo 1.101 del Código civil. ¿Porqué nos ha de extrañar el que se propague, también, al grupo de deudores las consecuencias de la sentencia dictada contra uno de ellos?

dor (o deudores) que más le convenga y demandarle por la totalidad de la deuda. En principio, si el acreedor acciona sólo frente a un deudor, demandándolo por la totalidad de la deuda, ha de cuestionarse necesariamente la posición que deben o pueden adoptar el resto de codeudores del demandado, puesto que la *sentencia* que contra el demandado se pronuncie, *afectará a todos ellos*. Dos son, en consecuencia, los problemas que cabe plantear. En primer lugar, y por lo que hace referencia a la legitimación pasiva, ¿debe el acreedor demandar a todos los deudores?. En segundo lugar, y caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa, ¿pueden intervenir, de alguna manera, los deudores no demandados en el juicio?.

a) *Exigencia del litisconsorcio pasivo necesario*

El litisconsorcio pasivo necesario se da en aquellos casos en que el Derecho exige que el actor dirija la demanda, simultáneamente, frente a dos o más personas. Mediante el litisconsorcio necesario se pretende evitar que personas que no han litigado queden alcanzadas por los efectos que puedan derivarse de la sentencia dictada frente a uno de ellos. De tal modo que el fundamento de tal consorcio, se dice, sea la necesidad de preservar el principio de audiencia (evitar la indefensión) cuidando que no queden alcanzadas por los efectos de una sentencia aquellas personas que, por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso y alegar lo que más convenga a su derecho (23). Pero, planteadas así las cosas, la cuestión parece una petición de principio, ya que se parte del necesario y, acaso, institucional perjuicio de varios sujetos.

Así las cosas, podría pretenderse que en la solidaridad pasiva ha de exigirse la figura del litisconsorcio pasivo necesario, dado que el supuesto reúne las características exigidas para su aplicación. En efecto, es uno de los casos en que la sentencia dictada frente a una persona alcanza, en cuanto a sus efectos, a otras puesto que todas ellas quedarán directamente afectadas por la sentencia que se dicte.

(23) Vid. De La Oliva, Andrés y Fernández López, Miguel Angel, en sus "Lecciones de Derecho procesal", 1º, 2ª Edic. Barcelona, 1.984, pág. 204, exponen que "puesto que, en ciertos casos, es inevitable que de la actividad procesal de las partes se deriven efectos perjudiciales para otros, la única forma de evitar que estas personas queden en la indefensión es obligar al actor a dirigir la demanda frente a todo aquél que tenga un interés en el resultado del proceso. Que, habiendo sido emplazado, comparezca efectivamente, depende de su espontánea decisión".

Aunque el supuesto que nos ocupa reúne todas las características para la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario, no es de aplicación aquí. Y no lo es por tres razones: 1). En primer lugar, la propia esencia de las obligaciones solidarias se opone a que entre en juego tal consorcio. Si aceptamos su aplicación, es decir, si el acreedor tuviera que demandar necesariamente a todos los deudores solidarios, estaríamos dejando sin contenido los artículos 1.141,2 y 1.144 ambos del Código civil. 2). En segundo lugar, es opinión mayoritaria de la doctrina procesalista el que la relación procesal pueda quedar válidamente constituida sin necesidad de que sean demandados todos los deudores solidarios (24). 3). Finalmente, el propio Tribunal Supremo ha sido ciertamente unánime al considerar no operante el litisconsorcio necesario en los supuestos de obligaciones solidarias (25).

Parece claro que el acreedor que demanda a uno de los deudores solidarios, exigiéndole el cumplimiento íntegro de la obligación, no puede oponérsele la excepción de falta de legitimación pasiva ("exceptio plurium litis consortium"). Ello, pese a la extensión subjetiva de la cosa juzgada a los codeudores (arg. ex. art. 1.252,3 C. civil) y a los principios de audiencia bilateral y economía procesal que informan el procedimiento, a los cuales supone una importante excepción (26).

Ahora bien, excluida la posibilidad de aplicación del litisconsorcio pasivo necesario, ¿cuál es entonces la situación del deudor solidario demandado?. ¿Cuáles son las posibilidades de los codeudores respecto del proceso en marcha, que les afecta directamente?. Las respuestas a estas cuestiones no parecen tan claras como en el caso del litisconsorcio necesario. Pero, en cualquier caso, es sumamente significativo el que la doctrina procesalista no se ha puesto de acuerdo en cuanto a las soluciones que deben adoptarse (27).

(24) La doctrina procesalista es unánime a la hora de rechazar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario en la solidaridad de deudores: Fairen Guillen, "Sobre el litisconsorcio", Nueva Enciclopedia Jurídica, XV, pág. 692; Prieto Castro, "Derecho Procesal civil", I, pág. 323; Gómez Orbañeja, "Derecho procesal civil" Iº, págl. 410; Guasp, "Derecho procesal civil", Madrid, 1.962, pág. 123.

(25) En tal sentido se pronuncia la Sentencia de 23 de Febrero de 1.962, en unos términos muy claros, así: "De la resolución de un contrato, de su extinción y del cumplimiento de obligaciones derivadas del mismo, no puede conocerse, según repetidas declaraciones de éste Tribunal, en proceso en que no se haya demandado a todos los contratantes, salvo que, como previene el artículo 1.252 del C. civil, los demandados y los que no lo fueron, estén unidos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones reclamadas".

(26) Vid. Caffarena Laporta, Jorge, "La solidaridad de deudores", Madrid, 1.980, pág. 10.

(27) Algunos autores se han pronunciado calificando la situación de la solidaridad de

b) *La llamada en garantía*

Si fuera posible que el deudor demandado pudiera hacer citar y traer a los codeudores al proceso pendiente, ello situaría a la solidaridad de deudores como uno de los supuestos en los que funcionaría la denominada llamada en garantía (28).

De todas maneras, conviene precisar que en nuestro Derecho no es posible entender que el deudor solidario demandado pueda pedir que se citen e incorporen al proceso los demás codeudores. Las razones de mantener tal negativa pueden resumirse así: en primer lugar, no existe en la Ley de Enjuiciamiento civil precepto alguno que establezca, como regla general, el que cualquier parte pueda llamar al proceso a un tercero, que se considere común a la causa; en segundo lugar, porque ello no encuentra ningún apoyo en nuestro Derecho histórico. Es más, no sólo no encuentra apoyo, sino que se niega tal efecto (29); y en tercer lugar, cabría apuntar que tal derecho del deudor demandado supondría una limitación del derecho que asiste al acreedor (cfr. arts. 1.137 y 1.144 C. civil) de considerar a cada uno de los deudores, deudor de la totalidad de la deuda (30).

De lo expuesto se deduce que en nuestro Derecho no parece posible que el deudor demandado pueda pedir que se suspenda el procedimiento para que sean citados y emplazados los demás codeudores solidarios. Tal negativa indudablemente perjudica a los deudores, tanto al demandado como a los que no lo fueron, pero no cabe olvidar que el régimen de la solidaridad pasiva es un régimen excepcionalmente gravoso para los

deudores como un supuesto de litisconsorcio cuasi-necesario o eventualmente necesario (a). No obstante, esta tesis ha sido duramente criticada por Serra Domínguez, calificando la aplicación de un litisconsorcio cuasi-necesario a la solidaridad pasiva como algo inútil y por lo tanto inexistente. En "Litisconsorcio" ob. cit., pág. 693.

(a)- Vid. Fairen Guillén, "Sobre el litisconsorcio ..." cit., pág. 143 y sig... Y en el mismo sentido Ramos Mendez en "Derecho procesal civil", Bosch, Barcelona 1.980, pág. 279 y 280.

(28) Esta solución ha sido empleada por la doctrina italiana y francesa en el caso de la solidaridad de deudores/. Para estos autores, el deudor solidario demandado puede oponer la "excepción dilatoria de garantía" y pedir un plazo para traer al pleito a sus codeudores. Véase sobre el tema a Caffarena Laporta, en "La solidaridad de deudores" cit., el cual hace un estudio muy detallado y completo de la cuestión.

(29) García Goyena considera que "en las obligaciones mancomunadas (solidarias) no puede el codeudor demandado pedir nunca término para emplazar a sus codeudores porque cada uno de ellos debe totum et totaliter". En "Concordancias, motivos, ..." cit., pág. 580.

(30) Vid. Caffarena Laporta, Jorge, que hace un estudio completo de las razones que hacen desestimar la postura comentada. En "La solidaridad de deudores" cit., pág. 15 y 16.

deudores y que busca las máximas garantías para el acreedor (31).

c) *La intervención voluntaria*

Descartada la posibilidad de que el deudor demandado pueda citar y emplazar a sus codeudores en el proceso iniciado contra él, conviene plantearse la cuestión relativa a la intervención voluntaria, es decir, ¿pueden los codeudores intervenir en el proceso ya iniciado?. Parece una cuestión fuera de toda duda que cualquiera de los deudores no demandados pueda acudir al proceso e intervenir en él con carácter de litis-consorte (32).

Así lo aconseja el legítimo interés en intervenir para la defensa de su propio derecho que tienen los deudores solidarios no demandados, cuando resulta del artículo 1.252,3 del Código civil que a ellos se extenderán los efectos de la cosa juzgada.

d) *La cosa juzgada*

Del artículo 1.252 se desprende que, en el caso concreto de la solidaridad pasiva, la sentencia dictada contra uno sólo de estos deudores afecta a todos los demás, como si tal sentencia se hubiera dictado frente a todos ellos. En definitiva, este precepto está imponiendo una extensión de la eficacia de la cosa juzgada, en el sentido de que la sentencia firme producirá eficacia de cosa juzgada con respecto a los deudores solidarios no intervinientes en el proceso en que ésta recayó (33).

(31) La negativa, en nuestro derecho, de la llamada en garantía perjudica efectivamente a los deudores solidarios, pero conviene precisar que no se agrava, por ello, sus situación en la relación obligatoria.

(32) Serra Domínguez, trata este tema con profundidad, manteniendo la posibilidad de intervención de los codeudores del demandado en el proceso ya iniciado. Vid. "Intervención de terceros en el proceso" en Estudios de Derecho procesal, Barcelona, 1.969, pág. 229 y 230.

(33) Pese a la aparente claridad del precepto, la doctrina procesalista no se ha puesto de acuerdo sobre la interpretación de este artículo, pues mientras unos no tratan la cuestión, limitándose a describir simplemente el artículo, para otros se trata de un grave problema. Gomez Orbaneja (a), califica a este artículo de ilógico, señalando que "resístese, por ejemplo, el buen sentido a admitir que la sentencia ganada por el acreedor contra uno de los deudores solidarios pueda, en virtud de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, afectar a los demás deudores, los cuales (medie o no confabulación), son dueños, conforme el artículo 1.148 del C. civil, de oponer todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que les sean personales. Y porque se resiste el buen sentido, se postula que esos otros deudores deben ser traídos al pleito (y por el demandante, pese al texto

Nuestra doctrina civilista, al comentar este precepto, trata de limitar los efectos de la citada extensión. Díez-Picazo mantiene, al respecto, que la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia recaía frente a un deudor solidario se extiende a los demás deudores, únicamente en dos supuestos: Por un lado, en el caso en que haya recaído sentencia absolutoria fundada en causas comunes a todos los deudores, y por otro, en el supuesto de sentencias condenatorias respecto a los medios comunes de defensa opuestos y desestimados (34).

Puig Ferriol, también niega el efecto de la cosa juzgada en los casos de solidaridad de deudores (35). La argumentación que emplea este autor se basa en contraponer lo preceptuado por el artículo 1.144 a lo dispuesto en el propio artículo 1.252, ambos del Código civil. Es decir, a pesar de que el artículo 1.252 impone una extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada al resto de codeudores del que litigó, éste autor la rechaza basándose, para ello, en que el artículo 1.144 permite al acreedor dirigirse sucesivamente contra todos los deudores solidarios en tanto no haya cobrado la deuda por completo.

Pese a la opinión de estos autores, lo que resulta claro es que el párrafo tercero del artículo 1.252 establece una propagación de los efectos de la cosa juzgada a los cotitulares solidarios. Y así, la sentencia dada con-

categorico del artículo 1.144); o lo que es igual, se postula, con apoyo exclusivamente en el artículo 1.252 que el artículo 1.252 no opere”.

Este autor postula, en definitiva, la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario en la solidaridad de deudores, con lo cual, como ya se ha visto, no sólo contradice la opinión mayoritaria de la doctrina procesalista y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que también, topa con la naturaleza jurídica de la solidaridad pasiva, la cual excluye la aplicación de tal consorcio.

(a)- En “Derecho procesal civil” cit. pág. 410.

(34) En “Fundamentos de Derecho civil patrimonial”, cit. págs. 431 y 432.

(35) Efectivamente, este autor señala que obtenida sentencia de condena frente a uno o varios deudores solidarios “pese a lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código civil, es evidente que esta sentencia no produce los efectos de la cosa juzgada material en relación con los demás deudores solidarios que no hayan sido parte en el litigio, y ello por la razón fundamental de que en las obligaciones solidarias uno de sus principios cardinales es el de que el acreedor puede dirigirse sucesivamente contra todos los deudores en tanto no haya recibido íntegramente la prestación (cfr. art. 1.144 C. civil). Por tanto, la sentencia condenatoria obtenida frente a un deudor en nada afecta a los restantes, pues el acreedor puede ejercitar el *ius variandi* mientras no resulte cobrada la deuda por completo según el artículo 1.144 C. civil en su proposición última, lo cual lleva a la afirmación de que la distinción entre sentencia favorable y desfavorable es institucionalmente fundada a la hora de fijar la eficacia de la cosa juzgada en materia de obligaciones solidarias, a pesar de que el artículo 1.252 del Código civil no establece tal distinción”. En “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre. Tomo II, Madrid, 1.976, pág. 474.

tra uno de estos codeudores afecta a todos los demás. Ello es acorde con el régimen jurídico de la solidaridad pasiva, puesto que, como ya se ha señalado, el artículo 1.141, apartado segundo, advierte lo mismo.

Es muy cierto, por otro lado, que el artículo 1.144 permite al acreedor dirigirse contra uno, varios o todos los deudores solidarios y, sobre todo, que las reclamaciones entabladas contra uno de esos deudores no son obstáculo para las que posteriormente puedan efectuarse, eso sí, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. Y precisamente por ello, en éste artículo, sobre todo en su apartado final, se contempla, a nuestro juicio, la posibilidad de que mediante la sentencia firme de condena puede, el acreedor, dirigirse contra el patrimonio del deudor condenado en ejecución, no siendo obstáculo tal ejecución para las que posteriormente puedan dirigirse contra otro u otros de los deudores solidarios. Obsérvese que el inciso final de este precepto señala que “mientras no resulte *cobrada* la deuda por completo”. Aquí, el término “cobrada” es significativo en extremo y parece poder referirse a la sentencia de ejecución, pues no es probable que se refiera a la mera sentencia de condena, ya que ésta última *perjudica* a todos (arg. ex. art. 1.141,2 C. civil).

Así pues, como se ha puesto de manifiesto, los autores que han estudiado el tema han tratado de limitar al máximo la extensión de la cosa juzgada a los codeudores solidarios no intervinientes en el primer proceso. No obstante, por mucho que se trate de limitar sus efectos, cuando el artículo 1.252 dice que “se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos a los que contendieron en el pleito anterior por vínculos de solidaridad”, es difícil pensar que haya establecido otra cosa que no sea que el deudor litigante en el segundo pleito es como si fuera el mismo deudor antes demandado a los efectos de la cosa juzgada (36).

IV. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

Efectuando una breve reconsideración de lo visto hasta aquí, nos encontramos que si, por un lado, y siguiendo lo preceptuado por el artículo 1.252, la solidaridad de deudores es uno de los supuestos en los cuales funciona plenamente la extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada y, por ello, el acreedor que ha obtenido sentencia favorable de condena contra uno de los deudores, no puede, puesto que se lo impide la propia presunción de veracidad de la cosa juzgada, reproducir el proceso

(36) Vid. Caffarena Laporta, en “Solidaridad...” cit. pág. 18 y ss.

declarativo correspondiente contra otro de los mismos deudores (37), es perfectamente lícito mantener la extensión de los efectos perjudiciales de la sentencia pronunciada contra uno, al resto de correos de éste. Dicho perjuicio se nos antoja, en línea de principio, indivisible e indisponible.

Piénsese, por ejemplo, en qué sucedería si el acreedor, después de haber obtenido sentencia firme de condena, solicita el despacho de la ejecución contra ese deudor vencido y condenado, y no se hallan bienes en su patrimonio puesto que resulta totalmente insolvente. Resultaría que habiendo obtenido resolución favorable no le sería posible resarcirse de su crédito dado que no podría dirigirse contra los codeudores, en un nuevo declarativo, puesto que ello se lo impide la propia presunción de cosa juzgada (38).

Evidentemente ello no es así, puesto que, por un lado, el artículo 1.144 faculta al acreedor para poder dirigirse contra otros deudores, después de haber intentado infructuosamente el cobro de la deuda contra uno de ellos. Pero, además, el propio artículo 1.252 impone, claramente, una extensión de efectos de la sentencia recaída contra un deudor, a los codeudores de éste, de tal modo que con esa sentencia puede el acreedor dirigirse, en ejecución, contra otros deudores que no fueron demandados. De la adecuada conjugación de los preceptos contenidos en los artículos 1.252 (cosa juzgada), 1.141,2 (comunicabilidad del perjuicio) y 1.144 (reclamación patrimonial, vía título ejecutivo), por lo

(37) ¿Tampoco en el supuesto de que obtenida sentencia favorable de condena contra uno de los deudores solidarios, y habiéndose procedido a solicitar el despacho de la ejecución contra su patrimonio, no fueron hallados en él bienes suficientes para cubrir el total importe de la deuda, quedando así cubierta, por ejemplo, la mitad de la misma. En tal caso, puede el acreedor dirigirse contra otro cualquiera de los deudores, nuevamente, solicitando el resto del importe de la deuda, o tal vez se lo impide la propia fuerza expansiva de la cosa juzgada?

Sin entrar en cuestiones profundas, hay que considerar que, a nuestro entender, falta aquí uno de los requisitos en los cuales se apoya la consideración de cosa juzgada, nos referimos a la perfecta identidad que se exige entre las cosas, es decir, en el primer proceso declarativo, el acreedor demandó el total importe de la deuda, y en el segundo se pretende accionar solamente por la mitad de ella. Por tanto, el "petium" no es el mismo y cabrá entender que en estos casos es perfectamente posible una nueva reclamación judicial de la deuda sin topar con la excepción de cosa juzgada.

(38) Nos encontraríamos, pues, de nuevo, con el efecto extintivo de la "litis contestatio", recordemos que en Derecho romano clásico, la reclamación que el acreedor dirigía contra uno de los deudores solidarios, reclamándole el importe de la deuda, extinguía su acción aunque no se hiciera efectiva la totalidad de ésta. Es decir, el acreedor sólo podía dirigirse contra uno de los deudores solidarios y con ello extinguía su acción, cobrará o no la totalidad de la deuda.

tanto, resulta la consideración preliminar de la ejecutabilidad de la resolución judicial.

No se olvide que todos son deudores por la totalidad. Así pues, y objetivamente, ¿qué objeciones pueden alegarse al hecho de que condenado un deudor solidario, dicha sentencia afecte a todo el grupo de codeudores, de la misma manera que si hubiera sido condenado cada uno de ellos en particular?.

a) *La presunta indefensión del deudor solidario no demandado*

Habida cuenta de todo lo dicho, es posible afirmar, pues, la admisibilidad, en sede de solidaridad pasiva, de la ejecución sobre el patrimonio de un deudor no demandado, de la sentencia de condena obtenida frente a otro de los deudores de la misma clase, lo que ha de ser perfectamente compatible con la sanción constitucional del principio de audiencia del artículo 24 de la Constitución. Porque si hasta aquí hemos mantenido, en definitiva, que cualquiera de los deudores solidarios puede ser ejecutado mediante la sentencia de condena ya aludida, ¿no se está produciendo con ello una vulneración de los principios consagrados por la Constitución?

En efecto, el artículo 24 de la Constitución, en su apartado segundo, como ya se ha visto, eleva a rango de Derecho público subjetivo el llamado principio de audiencia que, como ya sabemos, recoge la consideración de que nadie puede sufrir las consecuencias de una sentencia dictada en proceso en el cual no haya sido parte, puesto que no ha tenido ocasión de pronunciarse en él como mejor le conviniera. Consecuentemente, y en virtud del propio artículo 24 de la Constitución, nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio. la formulación de este principio, ¿es absoluta?... Hay excepciones?.

Si, por un lado, 1)- tenemos unos preceptos del Código civil, los cuales aconsejan entender que en los casos de solidaridad pasiva, la sentencia de condena pronunciada contra uno de los deudores perjudicará a los codeudores del que litigó, de tal manera que, dicha sentencia puede ser ejecutada sobre el patrimonio de cualquiera de esos deudores, incluso de aquellos que no fueron demandados, que deberán soportar, así, en su propio patrimonio, las consecuencias aludidas.

Y por otro, 2)- nos encontramos con el artículo 24, apartado primero, de la Constitución, que se opone categóricamente a los resultados al-

canzados con la aplicación del especial régimen jurídico de la solidaridad de deudores (puesto que tal precepto eleva a rango constitucional el principio de audiencia que, entendido en sus justos términos, equivale a mantener que en materia procesal no cabe la admisión de un supuesto en el cual a una persona se le niege la tutela efectiva de los jueces y tribunales, puesto que ello supondría la más absoluta y flagrante de las indefensiones), se deduce sin ninguna dificultad que los comentados preceptos del Código civil, mediante los cuales es posible mantener la postura apuntada, parecen colisionar con lo dispuesto en el artículo 24 mencionado, sobre todo en su apartado primero. Entendemos, con todo, que la contradicción es puramente formal.

Indudablemente, lo que se pretende con la consagración del rango constitucional del principio de audiencia es, fundamentalmente, la exclusión de cualquier tipo de indefensión. Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido por el apartado primero del artículo 24 es la indefensión, en el sentido de que nadie puede verse compelido a soportarla. Por lo tanto, cabría estimar que, si se pretende ejecutar la sentencia de condena contra el patrimonio de uno de los deudores que no fue condenado (y que por ello no tuvo oportunidad de pronunciarse en el proceso declarativo) se está produciendo, según el propio artículo 24, la más absoluta de las indefensiones.

La indefensión que se podría producir al deudor solidario no demandado y ejecutado, funcionaría en un doble plano:

1) -En el plano de lo jurídico procesal- La indefensión aquí se produce como consecuencia de que resulta condenado de facto un deudor, el cual no ha tenido ocasión de alegar personalmente en el proceso, en el que se ha obtenido sentencia de condena, aquellas posibles excepciones personales que en él concurrían.

2) -En el plano de lo jurídico sustantivo- Esta indefensión, evidentemente, es consecuencia de lo anterior. Es decir, en la medida en que el deudor solidario no demandado tendría que soportar en su patrimonio las consecuencias del despacho de la ejecución, está cargando con unos perjuicios materiales (económicos) que, en definitiva, debería soportarlos, en principio, sólo el deudor efectivamente demandado y condenado.

V. RAZONES EN FAVOR DE LA NO INDEFENSIÓN DEL DEUDOR SOLIDARIO NO DEMANDADO

La doble indefensión expuesta parece ser el principal obstáculo que excluye la posibilidad de admitir la ejecución aludida. Por ello, en la medida en que se demuestre que en sede de solidaridad de deudores no se produce ningún tipo de indefensión (ni en el plano de lo jurídico procesal, ni en lo jurídico sustantivo) al ejecutar a un deudor no demandado ni condenado, estaremos advirtiendo de la posibilidad de una solución que no comprometa los principios jurídicos procesales tantas veces aludidos. Es decir, si el único obstáculo que se encuentra para no admitir la ejecución del no demandado es la posible indefensión que ello le produciría, demostrando que no hay tal indefensión, no se encuentran otras razones para no aceptar plenamente la solución propugnada: a saber, la ejecución del no demandado.

a) *El artículo 1.148 y las excepciones oponibles por el deudor demandado*

Este precepto está destinado a establecer los posibles medios de defensa de que puede valerse el deudor solidario reclamado por el acreedor. En efecto, tal precepto dispone que “el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables”.

Se pone, pues, a disposición del deudor demandado, tres tipos de excepciones de las cuales puede valerse frente a las reclamaciones del acreedor. En primer lugar, las excepciones reales, que son las derivadas de la naturaleza de la obligación; en segundo lugar, las excepciones personales propias; y en tercer lugar, las excepciones que personalmente correspondan a los demás deudores solidarios (39). Con ello se faculta, en

(39) El tratamiento que dispensa nuestro Código a la cuestión del empleo de las excepciones que personalmente corresponden a los demás deudores solidarios, podríamos calificarlo de novedoso. En efecto, este precepto, que con su misma redacción, aparece regulado en el artículo 1.165 del Anteproyecto de Código civil de 1.882-88 (a), proviene del Proyecto de 1.851 (b), el cual, y siguiendo la pauta establecida por el Código civil francés, disponía en su artículo 1.067 que: “El deudor mancomunado (léase solidario) puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, o sean comunes a todos los codeudores. Podrá también oponer todas las que le sean personales pero no las que lo sean de los demás codeudores”.

(a)- Vid. Peña Bernaldo de Quiros, “El Anteproyecto...” cit. pág. 365

(b)- Vid. García Goyena, “Concordancias...” cit. pág. 537 y sig.

definitiva, al deudor demandado, el que pueda alegar en el proceso todo aquello que se podría oponer a la pretensión del acreedor. Es decir, se le permite excepcionar no sólo sus propios medios de defensa (excepcionales reales y personales propias) sino que, también, los de sus codeudores no demandados (excepciones personales de éstos). Consecuentemente, ¿en qué medida se produce indefensión de un deudor solidario no demandado y al que se pretende ejecutar, si resulta que todo lo que hubiera podido oponer al acreedor, lo ha opuesto (40), en su nombre, aunque en interés propio, el demandado? (41).

Quizá, el único supuesto que puede plantear problemas sea el del deudor solidario demandado que pudiendo oponer una excepción personal propia del no demandado, no la opone. En primer lugar, conviene

(40) Resulta claro, a nuestro juicio, que si el deudor demandado hace uso de las excepciones que le asisten (tanto las propias como las de sus codeudores) no se produce indefensión del deudor no demandado y ejecutado. No obstante conviene analizar los supuestos en los cuales el deudor demandado no hace uso de esas excepciones.

a)- *Primera hipótesis.* El deudor solidario demandado podía oponer una excepción real en el proceso declarativo ordinario - Si el demandado, pudiendo oponer una excepción derivada de la naturaleza de la obligación, no hace uso de ella y el acreedor mediante la sentencia de condena pretende ejecutar al deudor no demandado, parece, en este caso, que puede producirse indefensión sobre tal deudor, dada la resignación del condenado sobre la excepción de prescripción (por ejemplo). Esa posible indefensión deriva de la consecuencia de que si hubiera sido efectivamente demandado el deudor que se pretende ejecutar, habría podido oponer la excepción real que el demandado no opuso, y se libraría, caso de que fuera estimada, de tener que pagar el total importe de la deuda. Se deduce, pues, el hecho de no ser opuesta por el demandado esa excepción real, un perjuicio para *todos* los deudores solidarios no demandados. Tal perjuicio no conlleva, a nuestro juicio, indefensión alguna para el deudor ejecutado, pues en la medida en que el deudor condenado ha renunciado a la prestación ganada frente al acreedor, al no oponerle la correspondiente excepción, continúan todos y cada uno de ellos obligados por la totalidad de la deuda, y el deudor no demandado y ejecutado deberá pagarla. La indefensión aquí no perjudica, pues la condición de los deudores no se agrava por ello (cfr. el art. 1. 147 del C. civil, del cual se desprende la posibilidad de que cualquier deudor solidario puede, con su conducta, agravar la situación de los demás deudores en la obligación). Pero en el supuesto que nos ocupa no hay perjuicio y, por ende, tampoco indefensión. La excepción de prescripción corresponde, en definitiva, a la discrecionalidad del demandado.

b)- *Segunda hipótesis.* El deudor demandado podía oponer una excepción personal propia en el proceso declarativo ordinario. Si el deudor demandado no hace uso de una excepción personal propia, sigue sin producirse indefensión del no demandado y condenado. La razón de ello se encuentra en el hecho de que el demandado puede perfectamente renunciar a utilizarla, y ello no agrava la responsabilidad del deudor no demandado y ejecutado. Al no oponerse tal excepción, será ejecutado por la totalidad de la deuda, pero posteriormente podrá repetir contra sus codeudores por la parte que les correspondía a cada uno de ellos en la obligación, incluso contra el deudor demandado, el cual no podrá oponerle la excepción personal que no utilizó contra el acreedor.

(41) Piénsese en el supuesto en el que habiendo dos deudores solidarios, el acreedor se dirige contra uno de ellos, obteniendo sentencia de condena, y solicitando el despacho de

matizar que las excepciones personales del deudor no demandado pueden oponerse, por el demandado, *en nombre ajeno y en interés propio*, con lo cual, el deudor demandado que las oponga, no sólo está defendiendo su propio interés, sino que, además, lo hace aduciendo razones ajenas y aún beneficiando, indirectamente, al titular de éstas. En cualquier caso, si el deudor demandado no hace uso de esa excepción personal propia de uno de sus codeudores, tampoco se produce indefensión. Veamos: en el supuesto en que el demandado no oponga, en el declarativo ordinario, por ejemplo, la excepción personal de falta de capacidad del deudor no demandado, no por ello se produce indefensión sobre ese deudor que no fue demandado. Y no se produce indefensión puesto que ese deudor podrá hacer valer su propia excepción incluso fuera del proceso declarativo ordinario.

En efecto, cuando se pretenda ejecutar al deudor no condenado, podrá éste oponerse al despacho de dicha ejecución, alegando lo preceptuado en el número 1º del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tal precepto dispone que “podrá pedirse igualmente que se declare nulo el juicio: 1º. Cuando *la obligación* o el título en cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulos”. Consecuentemente, el deudor no demandado que disponga de una excepción personal, como por ejemplo, la minoría de edad, ya haya sido opuesta o no por el deudor demandado, no podrá ser ejecutado, dado que a ello se opone la nulidad de la obligación (con respecto a él) por virtud de la cual se solicita el despacho de la ejecución previa la sentencia de condena.

Pero es necesario destacar, por otro lado, que *esta inejecutabilidad de la sentencia de condena contra el deudor no demandado no se debe a la vigencia aquí del principio de audiencia* (es decir, que se produzca indefensión), sino a la falta de legitimación pasiva que produce en ese deudor la concurrencia de la excepción personal. De todo lo expuesto se desprende que es posible ejecutar, pues, al deudor solidario no demandado sin que por ello se conculque el principio de audiencia que consagra la Constitución en su artículo 24, apartado primero. Con la salvedad, ya vista,

la ejecución contra el otro deudor que no ha sido demandado. Supongamos, y ello es posible, que no pueda oponérsele al acreedor excepción alguna, entonces ¿en qué medida se produce indefensión del deudor no demandado y ejecutado cuando, de haber sido demandado hubiera sido igualmente condenado al pago, pues no podrá haber opuesto ningún tipo de excepción?. Recuérdese que todos y cada uno de los deudores solidarios deben la totalidad de la deuda, y que el acreedor puede dirigirse contra el deudor que prefiera, a su elección.

¿Qué perjuicio se produce, pues, al deudor ejecutado cuando resulta que debía la totalidad de la deuda, y con ello no ha hecho más que cumplir con su obligación?.

de que se intente ejecutar a un deudor no demandado en el cual concurra una excepción personal. En tales supuestos, no es posible despachar ejecución contra ese deudor. Pero ello no se debe a la aplicación del principio de audiencia, sino que su inejecutabilidad es debida a la falta de legitimación pasiva de tal deudor solidario, pues que una sentencia de condena, cualquiera que sea, no puede ejecutarse contra aquél que ni siquiera podía ser condenado, dada la naturaleza de las normas civiles sobre la nulidad del título o contrato del que deriva la obligación (cfr. arts. 1.300 y sig. C. civil). En estos casos, al deudor solidario no podrá ni siquiera condenársele, pues oponiendo la nulidad del contrato, del cual deriva la obligación que se intente declarar, paraliza la pretensión del acreedor. Es más, tal deudor no podrá ser *nunca* condenado y ejecutado, por esa obligación, puesto que, a pesar de que la acción de nulidad sólo dura cuatro años, en vía de excepción es perpetua.

b) *Ausencia de excepciones que puedan ser opuestas por el deudor demandado*

Podría aún entenderse que se produce una indefensión material, en la medida en que dicho deudor no demandado debe cagar con los perjuicios materiales que suponen el pago total de la deuda que debería soportar, en principio, el deudor demandado y condenado. A pesar de lo expuesto no se produce esta aludida indefensión material, por un lado porque en virtud del artículo 1.137 del Código civil, tanto el deudor demandado como el que no lo fue deben la totalidad de la deuda y, como consecuencia de ello, la acción de condena dictada contra uno afecta, perjudicando, al otro como si se hubiera dictado contra él mismo (arg. ex. art. 1.141, 2 C. civil). Y, por otro lado, cuestión sumamente importante es que la pretendida indefensión material queda totalmente excluida por el instituto de la subrogación en los derechos del acreedor.

El artículo 1.210 del Código civil dispone, a ese respecto, que “se presumirá que hay subrogación: 3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”. De este precepto resulta claro que las únicas personas que pueden subsumirse en tal situación no pueden ser otras que el *deudor solidario* y el fiador, que, naturalmente, son personas que tienen un claro interés en subrogarse en los derechos del acreedor.

No hay duda de que el deudor solidario está interesado en la obligación, lo está hasta tal punto que la debe. De tal modo que, no sólo puede pagar y extinguir, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.158 del Có-

digo civil, sino que también puede perfectamente no extinguir o adquirir el crédito del acreedor pagado. El deudor solidario, como tal deudor, tiene un interés indudable en cumplir la deuda a la que se obligó para liberarse de la misma, y precesamente por ese interés, la ley le presume que con su pago no extingue la obligación (42).

El artículo 1.210, 3º del Código civil, está diciendo, en definitiva, que normalmente el deudor solidario, cuando paga la deuda, paga con intención de subrogarse en los derechos y en las acciones (consecuentemente, en el crédito) del acreedor al que debía y esta sujeto. Ello es así porque la ley le presume un interés en no extinguir un crédito que servirá, al no extinguirlo, para reclamar de sus codeudores, lo mismo que a él, siendo deudor, le hubiera reclamado el acreedor. De tal manera, pues, el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda en interés y nombre propio, puede hacer uso del mismo crédito que disponía el acreedor, salvo, naturalmente, en su parte confundida, para reclamar de sus codeudores la parte que les corresponda en la obligación (43).

En suma pues, el deudor solidario que paga la totalidad de la deuda se le presume que lo hace sin intención de extinguirla, adquiriendo el crédito, por ello, en identidad de condiciones (44) en que lo tenía el acreedor. Con ello se quiere poner de manifiesto que, a menos que "renuncie" al beneficio de la subrogación, el deudor solidario siempre realiza el pago con el deseo de no extinguir la obligación. Por ello, el artículo 1.210 3º, con tal presunción, exime del deber de demostrar otra cosa que no sea su propia condición de deudor solidario y el hecho del pago (45).

Habida cuenta de todo lo expuesto, ¿qué indefensión puede producirse en el deudor no demandado y ejecutado, el cual se ha visto compelido a pagar la totalidad de la deuda, si resulta que por el hecho del pago

(42) De una forma más categórica se pronunciaba el artículo 1.117 del Proyecto de 1.851, al establecer que la subrogación "tiene lugar por disposición de la ley a favor... del que paga por interés en el cumplimiento de la obligación". García Goyena, al comentar este precepto aclara que tal interés lo tiene el deudor mancomunado (solidario) y el fiador. Vid. "Concordancias..." Cit.

(43) Lo que nunca puede ser objeto de la subrogación del deudor solidario es lo que en realidad debe (su parte de la deuda en la relación interna), que es lo mismo que no puede nunca recuperar de sus codeudores. El resto, pagando la totalidad de la deuda, puede no extinguirlo y recuperarlo a través del crédito al cual se ha subrogado.

(44) Naturalmente, salvo los efectos de la confusión. Confróntese el artículo 1.194 del Código civil, el cual señala que "la confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor quien concurren los dos conceptos."

(45) Sobre la subrogación en el crédito véase Hernández Moreno, Alfonso, en "El pago del tercero", Barcelona, 1.983. En el que se analizan detalladamente los supuestos del artículo 1.210 del Código civil.

se le transfiera el crédito que ostentaba el acreedor y en sus mismas condiciones?. En efecto, según el artículo 1.212 del Código civil, “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”. Ello quiere decir, sencillamente, que no puede hablarse de indefensión ni de perjuicio causado al deudor solidario demandado y posteriormente ejecutado, puesto que por el hecho de haber procedido al pago la ley le presume la subrogación en el crédito del acreedor pagado, y en sus mismas condiciones, lo cual quiere decir que adquiere un crédito que ya ha sido declarado y ejecutado. ¿Qué mejores garantías pueden ofrecérsele?

Cabe resumir, en fin, que en ningún caso se produce indefensión sobre el deudor solidario que no ha sido condenado y al que se pretende ejecutar (46).

(46) Aunque en “obiter dicta” así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 17 de Febrero de 1.984, ya que “en el recurso que resolvemos se ha suscitado, aunque sin una formulación contundente, la cuestión relativa a si Doña Dolores Tomás Pravia podía haber sido lesionada en los derechos que le reconoce el artículo 24 de la Constitución en la medida en que ha sufrido las consecuencias de un procedimiento sin haber sido parte de él, sin haber sido oído y sin haberse podido defender. Frente a esta alegación o argumentación se ha dicho que el artículo 88 de la Ley del Suelo establece una regla de subrogación real en materia de situaciones urbanísticas, que son, por regla general, vínculos “ob rem”. Además de ello ha de señalarse que el principio de eficacia de la cosa juzgada, tal como se encuadra configurada en nuestro Derecho positivo, y en especial por el artículo 1.252 del Código civil determina que en un caso como el presente no se contraviene el artículo 24 de la Constitución, sino que el efecto frente al causahabiente de la sentencia o decisión recaída en proceso seguido contra el causante es rigurosa aplicación del mismo. Lo decidido en un procedimiento vincula a los causahabientes de los que fueron parte en ese procedimiento y a los que están unidos a ellos por vínculos de la solidaridad, quienes no pueden pretender reabrir el proceso, ejercer la pretensión contradictoria con la ya resuelta y, además, *han de soportar la ejecución de la decisión o sentencia dictada en el proceso seguido contra su causante o codeudor solidario*”.

Vid. Sentencia Tribunal Constitucional, en Recurso de Amparo número 59/1.983. Sentencia número 22/1.984, de 17 de Febrero. Sexto Fundamento Jurídico. Nótese la claridad con que el Tribunal Constitucional (en la voz de su ponente Luis Díez-Picazo) mantiene (aún en “obiter dicta”) la posibilidad de ejecución del deudor solidario no demandado sin que por ello se concluya el artículo 24 de la Constitución y el fundamental principio de audiencia. El subrayado es nuestro.

HACIA UN CONCEPTO ESTRUCTURALISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

EMILIO SUÑE LLINAS

1.1. NOCIONES INTRODUCTORIAS

Es difícil reflexionar sobre el concepto de Derecho Administrativo, sin tener presente en lo más profundo de nuestra mente la afirmación de Rivero, según la cual, los administrativistas merecemos compasión, porque hemos de edificar sobre el terreno inestable.

La observación de Rivero, absolutamente cierta, más que provocar el desánimo, ha de ser una voz permanente de humildad, que nos advierta frente a construcciones dogmáticas abocadas a no ser perfectas, entre otras cosas, porque no pueden serlo.

Quizás adelantándome a la exposición de las doctrinas subjetivistas y objetivistas sobre la Administración Pública y su actividad, a partir de las cuales se han construido distintas nociones del Derecho Administrativo; he de observar que tanto un pilar como el otro están sujetos a la relatividad de los hechos históricos. Muy bien decían los neokantianos Dilthey y Rickert que las Ciencias Sociales, a diferencia de las Ciencias de la Naturaleza, requieren para su explicación, además de la lógica, la Historia. En el fondo se trata de Ciencias de objeto variable, con todos los problemas que ello comporta.

En este sentido debo decir:

1º. Que, históricamente, se han dado múltiples modelos de comunidad política, conforme ha precisado muy bien Balandier, uno de los cuales es el multifacético Estado soberano. Ello ha de originar forzosamente, que no sea invocable una perspectiva unívoca de la Administración, relativizada, por definición, a la concreta forma política de pertenencia.

2º. Por lo que hace referencia a la actividad administrativa, es de indicar que ésta suele estar en relación ideológica con la noción de "interés general". Pero *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 14 (Palma de Mallorca 1986).

también pertenece a cada forma de comunidad política, la necesaria delimitación sobre qué parte de este interés general está encomendado a las Administraciones Públicas y asimismo, la concreción de este concepto jurídico indeterminado; puesto que no es lo mismo la noción de interés general en el Estado Liberal, productor de orden como prerrequisito y sustancia de la libertad -conforme señala Villar Palasí-, que en el Estado Social, productor además de bienes y servicios.

3°. Por añadidura, en nuestros tiempos, no existe una división tajante entre sociedad civil y Estado; lo cual difumina los límites de la Administración Pública, con escasas barreras a su intervencionismo y contribuye a dejar borrosa la noción del Derecho Administrativo.

Con tales premisas, resulta evidente, antes de entrar en ello, que ni las perspectivas subjetivistas ni las objetivistas, nos van a solucionar, con carácter definitivo, el problema conceptual del Derecho Administrativo; de la misma forma que tampoco nos van a ofrecer una solución adecuada las teorías de la relación jurídica, institucionalistas, etc.; por cuanto que no pueden prescindir del sujeto Administración ni de la actividad que le es característica.

Pues bien, lejos de dejar que cunda el desaliento y de renunciar, sin más, a definir el Derecho Administrativo, aunque por esta vía se hayan decantado, también muy razonablemente, Villar Palasí y Villar Ezcurra, y estuviera a punto de hacerlo Gascón y Marín; me inclinaré por aportar un concepto que, a sabiendas de su relatividad, tenga en cuenta la actual realidad y las necesidades de exposición académica de la disciplina.

Constatada ya la existencia de un problema político en la raíz misma del Derecho Administrativo, que hace inútil cualquier intento de formalización jurídica dogmática universal e intemporal; procede entrar ahora en el análisis y crítica serena de cada uno de los grupos de criterios definitorios, para exponer después mi propia perspectiva.

1.2. CRITERIOS QUE ATIENDEN AL SUJETO ADMINISTRACIÓN

Las nociones subjetivas para el enfoque del Derecho Administrativo, no necesariamente apuntan hacia una concepción de la Administración como persona jurídica. Sin perjuicio de que en ocasiones así lo hagan, la idea central consiste en ver a la Administración como núcleo del Derecho Administrativo, cuando aquélla actúa como poder público.

En este marco, Garrido Falla, al que sigue Entrena Cuesta, cataliza el Derecho Administrativo en torno a la Administración, pero se alude a ella desde una perspectiva orgánica y no como sujeto de Derecho en sentido formal.

Para Garrido, Derecho Administrativo es "aquella parte del Derecho Público que determina la organización y comportamiento de la Administración direc-

ta e indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado”.

Nótese que la inclusión de la voz Derecho Público es una alusión indirecta a la “puissance publique” y, por lo tanto, a la actuación de la Administración revestida de “imperium”.

Además, es obvio que para dicho autor, el Derecho Administrativo está integrado por normas de organización y normas de comportamiento (relaciones), siendo en él evidente el carácter propiamente jurídico de las normas de organización.

Por último, denomina Administración directa a la Administración del Estado, que además es persona jurídica de Derecho Público, y Administración indirecta a los otros Entes Públicos que, por razón del fin perseguido, pueden conceptuarse indirectamente como órganos propios de la Administración del Estado.

Entrena Cuesta dice que el Derecho Administrativo es “el conjunto de normas de Derecho Público interno, que regulan la organización y actividad de la Administración Pública”.

Realmente, Entrena se limita a ir algo más allá de lo ya expuesto por Garrido.

Hablar de Derecho Público interno, es tanto como circunscribir el Derecho Administrativo al ámbito estricto del Estado.

También matiza más las distintas normas jurídico-administrativas, puesto que de las de organización separa tanto las reguladoras de las relaciones entre los Entes Públicos, como aquellas otras que establecen relaciones entre los Entes Públicos y los particulares, y en las que se armonizan las prerrogativas del poder con la necesaria garantía de los derechos de los ciudadanos, indispensable en un Estado de Derecho.

Para ambos, pues, lo determinante es la referencia del Derecho Administrativo a la Administración, entendida como complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo.

Otras nociones, dentro del mismo grupo, son las que reparan básicamente en el carácter personal de la Administración Pública, otorgando al Derecho Administrativo un carácter estatutario. Ahí se encuadran García de Enterría y Fernández Rodríguez, así como S. Martín-Retortillo; e incluso Villar Palasí participaba de la idea con anterioridad a su última obra general sobre la materia, escrita en colaboración con Villar Ezcurra.

Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, Derecho Administrativo es “un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de sin-

gulares especies de sujetos, que se agrupan bajo el nombre de Administración Pública, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho Común”.

De esta definición se deducen con claridad varios extremos:

1º. El carácter estatutario del Derecho Administrativo, reactualiza la vieja categoría medieval, en la medida en que viene a resolver el mismo problema, puesto que se trata de excepcionar a la mayoría de las relaciones jurídicas en que interviene la Administración Pública, del Derecho Común aplicable a toda clase de sujetos, que es el Derecho Civil.

2º. El Derecho Administrativo es el Derecho Público interno del Estado por excelencia, al ser la Administración Pública la única personificación interna del mismo, cuyos fines asume y al ser, además, el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos.

3º. El Derecho Administrativo es, incluso, Derecho Común de las Administraciones Públicas, al tratarse de un ordenamiento con principios generales específicos, capaz de autointegrar sus propias lagunas, sin necesidad de acudir a otros Derechos.

4º. La trascendental importancia de la presencia de la Administración Pública, para que exista una relación jurídico-administrativa, excluye la entrada en la materia de las funciones administrativas desempeñadas por el Poder Legislativo o el Judicial y, en cambio, sí se incluirán las actividades de los particulares, cuando éstos actúan en el ejercicio de potestades que les han sido delegadas por la Administración.

5º. La organización administrativa forma parte del Derecho Administrativo y en el lugar preeminente que le confiere su estabilidad, en relación con la mucho más variable actividad administrativa. Es más; el criterio de la integración en la organización de la Administración es fundamental para determinar la pertenencia a ella de determinado Ente.

Visto ya este elenco conceptual, que aún circunscrito a la doctrina española, es significativo de la integridad de los enfoques subjetivistas existentes; corresponde ahora apuntar unas breves líneas críticas:

En primer término, es evidente que este orden de nociones se vincula demasiado a la teoría de la división de poderes, haciéndose depender la Administración del Ejecutivo y así es difícil comprender la existencia de Administraciones al servicio de otros Organos del Estado, extremo evidente en el actual Derecho Constitucional de España.

En segundo lugar, la Administración, bien se la entienda como órgano, bien como persona jurídica, sería una creación del Derecho, que no sirve como prius lógico del Derecho Administrativo.

Tradicionalmente, además, existió una falta de delimitación entre Gobierno y Administración, en relación con los actos políticos; concepto que, a partir de la Constitución, ha de ser planteado de otra forma.

1.3. CRITERIOS OBJETIVISTAS, RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Para el otro gran grupo de teorías, el Derecho Administrativo regula la función o actividad administrativa. Este es precisamente la base y el punto de coincidencia entre ellas, por más que surjan discrepancias a la hora de determinar cuál es esta "actividad administrativa".

Muy significativa de este elenco de teorías, consideradas en abstracto, es la definición de Ballbé, para quien el Derecho Administrativo es "aquella parte del Derecho Público interno, que determina el ejercicio de la función administrativa".

Poco hay que comentar de la noción acuñada por el malogrado Ballbé, puesto que no entra en la sustancia de la "función administrativa objetivamente considerada" (conforme él mismo la denomina). Destacan aspectos más secundarios, como el carácter ordinamental que atribuye al Derecho Administrativo, el cual pasa a ser algo más que un mero conjunto de normas, destacando el papel de los principios y la naturaleza misma de las instituciones. Por otra parte, al ser el Derecho Administrativo de carácter Público, quedan excluidas de su ámbito las relaciones privadas entre la Administración y los particulares.

Otros autores intentan hurgar más en la naturaleza y contenido de la función o actividad administrativa, así Serrano Guirado entiende que se trata del desenvolvimiento de la función ejecutiva, la organización y el servicio público.

Los maestros franceses de la Escuela de Burdeos (Leon Duguit y Gaston Jeze) intentaron centrar la actividad administrativa, exclusivamente en la idea de Servicio Público, al que, conforme es sabido, llegaron a configurar como representativo de la entera actividad estatal y a emplearlo como sustituto de la noción de Soberanía. De todas formas, al haber sufrido el Servicio Público en Francia, las consecuencias de su propia crisis de extensión, esta perspectiva ha tenido escaso predicamento en España y los autores objetivistas, en la época de máximo relieve de la concepción, prefirieron despegarse en lo posible de la multívoca noción de Servicio Público.

Veamos ahora una muestra de estas definiciones de Derecho Administrativo:

Posada: "Es el orden jurídico de la actividad política encaminada a procurar la buena disposición de las instituciones del Estado, a fin de realizar eficazmente la gestión y prestación de los servicios exigidos para el cumplimiento de los fines del mismo".

Santamaría de Paredes: "Es la rama del Derecho referente a la organización, funcionamiento y procedimiento del Poder Ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida". Nótese que está presente la idea de actividad, por más que Santamaría la refiera al Poder Ejecutivo.

García Oviedo: "Es el Derecho que establece el límite, la extensión y las formas de acción de los fines de interés general del Poder".

Fernández de Velasco: "Es el Derecho de la gestión administrativa, que comprende por necesidad inmanente, la organización y autoridad que la justifica".

Alvarez Gendín: "Es la Ciencia Jurídica que estudia los principios que inspiran y las normas que regulan la organización, las funciones y la Jurisdicción Administrativa".

Royo Villanova: "Es el conjunto de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado".

Gascón y Marín, algo más escéptico, dice que se trata del "conjunto de normas o reglas jurídicas relativas a la actividad encaminada a la realización de los fines de interés general". No obstante, advierte claramente que no es una definición precisa, porque tampoco lo es la materia administrativa a que se refiere.

Clavero Arévalo: "Es el ordenamiento común de la función administrativa".

Boquera, de una forma bastante original dentro del grupo, señala que lo trascendental del Derecho Administrativo está en los efectos de la actividad y no en el autor. De alguna forma intenta centrar nuestra disciplina en el acto administrativo, que es el más débil de los actos del poder, pero superior a los actos privados. Otros actos de poder (no administrativos), serían el acto-ley, al que atribuye un pretendido carácter soberano; el acto-sentencia y el acto político.

Con el elenco de definiciones citadas, se observa que, con las excepciones de Clavero, Boquera y Ballbé, los defensores de las posturas objetivistas se sitúan antes, cronológicamente, que los subjetivistas; cosa lógica si se tiene en cuenta la influencia en ellas de la "belle époque" del Derecho Administrativo francés, centrada en el Servicio Público. En todo caso, le es aplicable la misma crítica, basada en la indefinición de la actividad administrativa, cuya heterogeneidad no logran descifrar con fortuna. A pesar de todo, estas teorías tienen un punto positivo, que no es sino el refuerzo de las garantías ciudadanas frente a actuaciones administrativas, no dependientes del poder ejecutivo.

1.4. POSTURAS ECLÉCTICAS: LA RELACIÓN JURÍDICA

Dadas las insuficiencias de ambos grupos de teorías, hay autores que intentaron llegar a una síntesis entre las mismas. Así, García-Trevijano, consciente del

problema de la definición subjetiva, en relación con la existencia de funciones administrativas desarrolladas por órganos del Estado no integrados en el Poder Ejecutivo y consciente a su vez de la escasa concreción presente en las posturas objetivistas, e incluso de las funciones no administrativas del Poder Ejecutivo (como la potestad reglamentaria), ofreció la siguiente definición:

Derecho Administrativo es "un conjunto de normas y principios referibles al sujeto Administración, que tiene por objeto el estudio y la regulación de la Administración Pública subjetivamente considerada, con todas las funciones que desarrolla y además, accesoriamente, el estudio de las funciones administrativas de los demás Poderes del Estado, así como de la Justicia Administrativa".

De la noción aportada por García-Trevijano es plausible el pragmatismo que la imbuye, pero constituye más una descripción, sin duda muy acertada, del actual Derecho Administrativo, que una definición del mismo.

Otros autores, con una intención parecida a la de García-Trevijano, han intentado profundizar más en el sentido conceptual, en base a las nociones de relación jurídica y de Institución.

Realmente, la relación jurídico-administrativa está implícita en las posturas subjetivistas; pero con toda probabilidad se profundiza en ella, para evitar la compleja problemática que supone el hecho de tener que adentrarse en la actividad administrativa.

Otros autores sí han intentado construir el Derecho Administrativo a partir de la relación jurídica. En este sentido, Baena del Alcazar ha llegado a afirmar que no hay que preguntarse por el criterio de reconocimiento del Derecho Administrativo, sino de la relación jurídica administrativa.

Por su parte Zanobini, con un criterio que me gusta y sobre el que volveré cuando exponga mis propios planteamientos, señala que "la relación jurídico-administrativa se distingue de la relación de Derecho Común en que la Administración actúa en uso de una potestad".

He dicho que el criterio de Zanobini me gusta, por cuanto que en el mismo está implícita la no existencia de potestades en el Derecho Privado. Otra cosa es que me identifique con él y no lo hago al cien por cien, por cuanto entiendo que si bien la presencia de potestades suele individualizar a la relación jurídica administrativa, no es menos cierto que existen potestades extraadministrativas (aunque públicas en todo caso), de la misma forma que no todo el Derecho Administrativo es Derecho de potestades. No me extiendo más sobre el tema porque, como ya he afirmado, volveré sobre el mismo.

Centrándonos de nuevo en la teoría de la relación jurídica, ésta es imprescindible si se admite, como lo hace Rivero, que para definir el Derecho Administra-

tivo es preciso emplear un criterio pluralista que conjugue principios complementarios.

El propio Posada, objetivista, admite, al igual que en el fondo lo hacen los subjetivistas, que el Derecho Administrativo es Derecho porque se refiere a relaciones jurídicas, las cuales están cualificadas por la intervención de la Administración como poder, con la indudable utilidad de que el poder jurídico es limitado, lo que constituye una garantía para el administrado. De ahí según Posada y por eso es objetivista, que no importe tanto la Administración sujeto, como la garantía del particular.

Conforme puede observarse, no se suele poner en duda por nadie la existencia de una relación jurídico-administrativa; más bien se piensa de distinta forma sobre el elemento de dicha relación (sujeto Administración u objeto) que determina la existencia del Derecho Administrativo. Es más, Ballbé llegó a decir que constituía un piconasmo afirmar que el Derecho Administrativo rige relaciones intersubjetivas, puesto que se trata de algo propio del Derecho.

Los autores que parten de la relación jurídica misma, para comprender el Derecho Administrativo, de hecho no han conseguido evitar la indeterminación del objeto (que, en este caso, suele identificarse en abstracto con el poder público) y corren el riesgo de olvidarse de la Administración interna corporis (organización administrativa), por más que el problema se salve, diciendo que es un término de la relación. Esto lo acepto, aunque no estaría de más una mayor insistencia en el sujeto Administración. Más discutible me parece que se haga entrar con pie forzado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como protección jurisdiccional de la relación jurídico-administrativa; lo que no puede obedecer sino al prurito artificioso de lograr un rigor absoluto. En verdad no creo que la Jurisdicción, que es puro Derecho Procesal, se encuadre en el Administrativo, por otra razón que no sea una pragmática división académica de las materias.

En general, la artificiosidad y el formalismo impregnan la perspectiva relacional, probablemente más allá de la resolución efectiva de los problemas; porque sigue quedando pendiente la concreción del objeto y del propio sujeto: ¿Es Administración sólo el entramado orgánico integrante del Poder Ejecutivo?. A pesar de todo, le reconozco el gran valor de no renunciar a perspectiva alguna de entrada.

No despreciar ninguno de los elementos de la relación jurídico-administrativa es necesario, pero construir el Derecho Administrativo a partir de ella es excesivamente formalista y puede conducir al círculo vicioso de saber qué es antes y qué es después, si el Derecho o la relación jurídica.

Por esta vía han venido las críticas institucionalistas, de la mano de Santi Romano y Hauriou, cuyos planteamientos ha vuelto a recoger en los últimos tiempos Garrido Fallá, con expresa dejación de su anterior idea subjetivista.

Para este sector de la doctrina, el Derecho es un producto de la Institución, entendida como una determinada forma de organización de la vida social, que también precede y hace posible la relación intersubjetiva.

El Derecho y la calidad de jurídica de la relación entre personas, debe derivar de un aspecto institucional y organizativo previo.

Entiendo que la solución de todo ello, máxime si se tiene en cuenta que una organización abstracta, como la administrativa, no es posible sin el Derecho, pasa por una visión estructuralista de la realidad jurídica.

También volveré sobre la cuestión, porque ahora corresponde agotar la exposición de los planteamientos existentes, con la referencia a la negativa de Villar Palasí y Villar Ezcurra, sobre la posibilidad de definir el Derecho Administrativo.

1.5. EL ABANDONO DE LA DEFINICION POR LA DESCRIPCION FENOMENOLOGICA

El tema, conforme ya fue apuntado, ha sido planteado abiertamente por Villar Palasí y Villar Ezcurra, aunque tiene precedentes en el reconocimiento por Gascón y Marín de la relatividad histórica de la actividad administrativa (idea que, por evidente, no tengo más remedio que compartir). También García-Treviñano, de hecho, procedió más a describir el actual Derecho Administrativo que propiamente a definirlo.

Villar Palasí y Villar Ezcurra, después de abordar con decisión lo que es una definición, expresan claramente que el elemento Administración sólo es indicativo de la posibilidad de que una determinada relación se encuentre regulada por el Derecho Administrativo, al existir múltiples supuestos en que la Administración Pública actúa sometida al Derecho Privado. De otro lado, la heterogeneidad de las materias tradicionalmente incluidas en el Derecho Administrativo, hace imposible en la práctica, cualquier intento de reconducción a los sencillos términos de una definición omnicompreensiva de su contenido.

Por lo tanto, según Villar Palasí y Villar Ezcurra, si no es posible la simplificación que supone definir, hay que descubrir.

En esta descripción entrarían tres elementos:

1º. Presencia de una Administración Pública, lo que efectivamente confiere al Derecho Administrativo un carácter estatutario.

2º. Estructura peculiar del Ordenamiento Administrativo, que viene dada, en resumen, por la existencia de grupos normativos; lo cual determina a su vez el tercer elemento.

3º. La teoría de las normas, tal como se deduce del Derecho Administrativo, es parte sustancial de la Teoría General del Derecho.

A pesar de la importante aportación de los autores aludidos, entiendo que no hay que renunciar a definir el Derecho Administrativo, puesto que las razones reales que inducen a la descripción pueden entrar en una definición y los elementos imprecisos de ésta, pueden ser objeto de definiciones sucesivas. De ahí que anuncie, a pesar de todo, mi intención de dar una noción, para lo cual antes he de resolver algunos problemas ya apuntados y plantear otros.

1.6. SOBRE LA NECESIDAD DE UN ESTRUCTURALISMO JURÍDICO

Ya ha sido visto cómo cualquier intento de definir en profundidad el Derecho Administrativo, ha de tener muy presentes los elementos tanto subjetivos como objetivos de la correspondiente relación jurídica. De la misma forma, habrá podido observarse cómo las críticas institucionalistas a los teóricos de la relación jurídica y viceversa, nos encierran en círculo vicioso.

Pues bien, este círculo vicioso tiene una salida con los planteamientos estructuralistas, que desgraciadamente han tenido poca fortuna en el ámbito de lo Jurídico. Intuyo que la razón de ello está en que el Institucionalismo constituye una forma no consciente de Estructuralismo que nadie ha reconocido como tal y consecuentemente, no ha aprovechado las aportaciones generales de esta corriente, que le hubieran ayudado a superar sus imperfecciones técnicas.

El Estructuralismo, nacido con el "Cours de Linguistique Générale", publicado por F. de Saussure en 1916, se ha extendido hoy a absolutamente todas las Ciencias, conforme se recoge en una obra general sobre el tema de Piaget, en la que el autor se interroga además sobre la posibilidad de un Estructuralismo Jurídico y alude también a Kelsen, más gestaltista que estructuralista, perdiéndose la ocasión de reconducir a este campo las obras de Hauriou y Santi Romano, aunque no se pueda culpar de ello a Piaget, dada su calidad de psicólogo y biólogo, materias ambas muy ajenas al conocimiento jurídico en profundidad.

El Estructuralismo es un método, más que una filosofía, que sirve y se emplea para el estudio de todas las Ciencias y disciplinas, a las que no considera como compartimentos estancos. Es más, a través de una cadena de subestructuras se intenta crear un sistema integrado de las Ciencias. Por todo ello difícil considerar al Derecho como ajeno al método estructuralista, que a mí me seduce y procedo a esta construcción, que acaso se considere arriesgada, porque el empleo universal del Estructuralismo por gente destacada de los más diversos campos del conocimiento, da razón sobrada al intento en el marco de lo Jurídico, máxime cuando permite resolver el importante problema apuntado al principio de este capítulo.

Por otra parte, el empleo de este método en el ámbito de lo jurídico, tiene

claros antecedentes en los profesores españoles Hernández Gil y Elías Díaz. Con respecto al extranjero, recientemente E. Alonso García, ha puesto de relieve cómo en los Estados Unidos está muy al uso, en cuanto a la interpretación constitucional (Black).

Una estructura se define como “un sistema de transformaciones que entraña unas leyes que relacionan los elementos del sistema, el cual se conserva o se enriquece por el mismo juego de sus transformaciones, sin que éstas lleguen a un resultado fuera de sus fronteras o reclame unos elementos exteriores”.

Si nos imaginamos el sistema social como estructura, tendremos que sus elementos son las personas, relacionadas por leyes no necesariamente jurídicas (pueden ser también morales, meros usos, etc.), que se va transformando en el tiempo (diacrónicamente), sin dejar de ser estructura social.

Una subestructura de la estructura social sería el Estado, que compartiría con la sociedad los mismos elementos personales, pero cuyas leyes serían las políticas y las jurídicas predominantes en el Estado de Derecho constituido; teniendo entendido que la pertenencia tanto a la estructura como a la subestructura de los mismos elementos y el hecho de que las leyes jurídicas sean parte de las sociales, genera un sistema de transformaciones interdependiente entre estructura y subestructura.

Sobre estas bases estructurales se explica que no tenga sentido plantearse qué es antes y qué después entre el Derecho y la Institución y pueden comprenderse perfectamente tanto las relaciones sociales generales, como específicamente las relaciones jurídicas. Asimismo, se entiende cómo el Derecho es motor de transformación social y las demás leyes reguladoras de las relaciones sociales inciden también sobre el Derecho y el Estado.

Para acabar de rematar el planteamiento, que servirá de punto de partida para la definición del Derecho Administrativo, no están de más unas precisiones adicionales:

1ª. En la estructura del Estado, las propias leyes crean unos elementos, órganos y personas jurídicas (no es casualidad que se emplee el término persona), que son susceptibles de entrar en relación jurídica con otros elementos de la misma especie, o con personas naturales.

2ª. El Derecho mismo es una subestructura pura, dentro de las estructuras estatal y social, cuyos elementos son las normas y cuyas leyes de relación suelen ser, a su vez, normativas, al constatarse la existencia, profusa en el título preliminar del Código Civil, de normas sobre normas, a las que aludía, con la voz *nomotesia*, Santamaría de Paredes.

El Derecho, además, e independientemente de la estructura que en sí mismo representa, es el conjunto de leyes (y empleo esta expresión en el sentido estruc-

turalista), que definen las relaciones válidas entre los elementos del Estado, los de la sociedad civil y el Estado como tal con los distintos elementos de la sociedad civil.

Sobre este tema no corresponde insistir aquí, porque ya he cumplido mi propósito explicativo. Nótese solamente que he necesitado introducir el término validez, lo que por esta vía conduce, aunque lo deje para mejor ocasión, a un análisis de ésta, en relación con la legitimidad y la eficacia de los distintos sistemas jurídicos.

3ª. El Derecho Administrativo es, a su vez, una subestructura de la estructura jurídica, cuya precisión se hará cuando se le defina.

4ª. Para acabar de comprender los planteamientos estructuralistas, es preciso decir que la estructura, conforme a la definición dada por Piaget, es una totalidad de transformaciones autorregulada.

a) Una estructura es una totalidad, porque conforme se ha apuntado, está formada de elementos, los cuales están subordinados a unas leyes que caracterizan al sistema "qua talis" y estas leyes, llamadas de composición, confieren al todo, en su calidad de tal, unas propiedades de conjunto distintas de aquellas de los elementos.

Ahora bien, esta totalidad no es estática.

b) Conforme a lo que se acaba de apuntar, una estructura es un sistema de transformaciones, por cuanto que lo esencial de las totalidades estructuradas concierne a sus leyes de composición y éstas son estructurantes por naturaleza. En Derecho, rechazar ésto equivaldría a negar su valor transformador de la realidad social.

c) Existe autorregulación porque una actividad estructurante consiste en un sistema de transformaciones, que mutan la estructura sin romperla. Este dato, acaso en apariencia chocante, sólo significa que las transformaciones no cambian la naturaleza de la estructura: las sociedades son sistemas esenciales diacrónicos, que mutan en el tiempo sin dejar de ser sociedades. Igual sucede con el Derecho.

En resumen y conclusión: Instituciones, Derecho y relaciones jurídicas conviven en una misma estructura, sin que sea necesario preguntarse por el antes y el después.

5ª. Puesto que he aludido a Kelsen con la voz "gestaltista", estoy obligado a ofrecer una breve explicación sobre el Gestaltismo y su relación con el Estructuralismo. El Gestaltismo, que procede de la voz alemana "gestalt" (forma), comenzó como una escuela de Psicología, fundada por Wetheimer, Köhler y Koffka (1912). Según esta escuela, los fenómenos físicos, biológicos y psicológicos constituyen una unidad, un todo funcional que no se puede analizar en sus par-

tes, ya que no está constituido por la suma de los elementos separados.

Conforme puede observarse, el Gestaltismo es muy semejante al Estructuralismo. La gran diferencia es que el Gestaltismo se queda en lo sincrónico y el Estructuralismo tiene además en cuenta lo diacrónico, sin lo cual es imposible ver la estructura como sistema de transformaciones.

Voy a citar literalmente un párrafo de Piaget sobre el Gestaltismo en general, para que se observe hasta qué punto cuadra con el pensamiento de Kelsen:

"La Gestalt representa un tipo de "estructuras" que gustan a un cierto número de estructuralistas cuyo ideal, implícito o confesado, consiste en buscar unas estructuras que puedan considerar como "puras" porque las desearían sin historia y a fortiori sin génesis, sin funciones y sin relaciones con el individuo. Es fácil construir esencias de este tipo en el terreno filosófico, donde la invención está libre de toda coacción, pero es difícil encontrarlas en el terreno de la realidad comparable".

1.7. PRECISIONES PREVIAS A UN CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Comencé la exposición con la advertencia de la sujeción de la realidad administrativa a la coyunturalidad histórica, tanto en su aspecto de sujeto-Administración, como con referencia a la actividad que ésta desempeña. A pesar de todo he creído conveniente ofrecer una definición del Derecho Administrativo, que se ajuste a los datos más estructurales de nuestro tiempo. Para llegar a ello, son necesarias todavía algunas precisiones:

1ª. Zanobini definía la relación jurídico-administrativa por la presencia de una potestad, lo que sin duda constituye un relativo acierto.

La presencia de una potestad comporta necesariamente la existencia de una norma de Derecho Público, sea éste Administrativo (supuesto estadísticamente más probable) o no.

Personalmente he elaborado una tesis doctoral sobre la potestad y en ella, al igual que sucede implícitamente en Zanobini y explícitamente en Bodino, se rechaza la existencia de potestades en el ámbito del Derecho Privado; con lo cual, forzoso es admitir que mi criterio discrepa en puntos esenciales del de Santi Romano, fuente de la práctica totalidad de los planteamientos actuales sobre la cuestión.

En la tesis, a la que me remito, definí la potestad como "toda manifestación del poder soberano, que entra en el ámbito de lo jurídico a través de la Constitución del Estado, para ser distribuida entre los distintos niveles de su estructura orgánica, sin que jamás pueda formar parte del ámbito posible de poder de los

ciudadanos como tales, dada la realidad política de su naturaleza última”.

Por contraposición a la potestad, el derecho subjetivo es, simplemente, una esfera de poder legítimo que puede ostentar el ciudadano como tal. En concreto, las pretendidas potestades de Derecho Privado, no tienen de potestad más que el nombre. Así sucede con la patria potestad, que sin duda lo fue en Roma, dada la naturaleza política de la organización familiar; pero que hoy es una situación jurídica en la que los derechos subjetivos están muy contrapesados por obligaciones que protegen los derechos e intereses de los hijos.

Es cierto, pues, que las potestades únicamente aparecen en el Derecho Público; pero en el Derecho Administrativo se regulan también privilegios, auténticos derechos subjetivos y actos administrativos que no son de autoridad.

Aparte de todo lo anterior y ya fuera del Derecho Administrativo, nos encontramos con la actuación de la Administración en régimen de Derecho Privado.

Tanta condensación de ideas merece, sin duda, una explicación detallada:

a) Además de potestades, la Administración tiene privilegios, fenómeno que se da en todo Derecho estatutario (incluido el Mercantil). Un claro ejemplo de privilegio lo constituyen las reclamaciones previas al ejercicio, contra la Administración, de acciones civiles y laborales. En este caso existe privilegio y no potestad, puesto que no nos encontramos ante actuaciones positivas de los Entes Públicos que emanen de un “imperium” derivado de la Soberanía, sino ante técnicas protectoras del singular status jurídico de que disfrutaban las Administraciones Públicas y que se articulan como obligaciones del ciudadano, conexas a su derecho al ejercicio de la acción procesal.

Conforme expone De Castro, los privilegios (que no necesariamente han de ser atribuciones positivas), suponen un status jurídico singular predicable de determinadas personas o Entidades. Se trata de una cuestión recesiva en el ámbito del Derecho Privado, a raíz de la universal aceptación en los Estados Democráticos del principio de igualdad, tal como lo entendió la Ilustración.

b) De la Administración son predicables auténticos derechos subjetivos (y correlativas obligaciones), no sólo cuando actúa en régimen de Derecho Privado. Existen también derechos subjetivos amparados en normas de Derecho Administrativo, a los que sería partidario de denominar “derechos públicos subjetivos”, si no fuera porque la variabilidad histórica de la expresión la ha hecho tan confusa, que me siento impelido a abandonarla.

A modo de ejemplo expondré el siguiente: La potestad expropiatoria lo es, por tratarse de una manifestación del Poder Soberano; pero la ocupación del bien expropiado, en el procedimiento ordinario, no es sino una facultad del derecho de propiedad, independientemente de que encuentre su regulación en una norma de Derecho Público, como lo es la ley de Expropiación Forzosa.

c) Por último, existen actos administrativos que no son de autoridad y que no implican, por lo tanto, el ejercicio de una potestad... y no me refiero, precisamente, a la actuación de la Administración en régimen de Derecho Privado.

En las formas clásicas de la actividad administrativa, están presentes auténticas potestades en la de Policía (coacción y limitaciones) y en el Servicio Público (poder derivado de la asunción de titularidad en materias prestacionales); pero no en el Fomento, al menos de forma sistemática. Una subvención o un honor se otorgan a través de un acto administrativo que no es de autoridad, sino de pura gestión. A pesar de todo, se trata de una auténtica resolución, susceptible de recurso con arreglo al Derecho Administrativo, que puede ser anulada en base al artículo 48 LPA, revisada de oficio, etc.

Lo mismo se puede predicar de los actos separables, que están por entero sujetos al Derecho Administrativo, aún cuando no conlleven el ejercicio de imperium. Un ejemplo claro está en el acto separable de enajenación de un bien del Patrimonio del Estado.

La conclusión es tan clara como desalentadora, si la consideramos desde el punto de vista de la definición del Derecho Administrativo: Incluso en los supuestos en los que la Administración no utiliza instrumentalmente el Derecho Privado, es decir, cuando estamos ante auténticas normas de Derecho Administrativo, no aparecen diferencias nítidas con aquél. Ello hasta el punto de que acaso no fuera desacertado referirse a un Derecho Privado estatutario de la Administración, englobado también en el Derecho Administrativo, junto a las normas (mayoritarias) de Derecho Público, cualificadas por la presencia de potestades.

Este hipotético Derecho Privado estatutario de la Administración, que englobaría privilegios, derechos subjetivos y actos administrativos de gestión, y que es distinto de la actuación de la Administración sujeta al Derecho Privado ordinario (Civil y Mercantil), no ofrece singularidades dignas de mención, puesto que los privilegios y derechos subjetivos pueden imponerse mediante actos administrativos de autoridad (ejecutorios y que encierran potestades) y asimismo, los actos administrativos de gestión, al estar sujetos a procedimiento, participan del régimen jurídico general de los actos administrativos.

Ciertamente la presencia de potestades (mayoritaria) es típica y exclusiva del Derecho Público; pero los privilegios, los derechos subjetivos y los actos de gestión aparecen tanto en el Derecho Público como en el Privado. Es más; sólo la potestad cualifica a todas las ramas del Derecho Público; pero los privilegios, derechos subjetivos y actos de gestión son específicos del Derecho de la Administración dentro del Derecho Público, dada la naturaleza de aquella, esencialmente intervencionista y relacional con los ciudadanos.

En cuanto a la diferencia entre los privilegios, derechos subjetivos y actos de gestión con las figuras correlativas de Derecho Privado, ésta se da por cuanto que

los primeros derivan de un Derecho estatutario específico de las Administraciones Públicas.

2ª. Dado que me referí al Derecho de la Administración, debo indicar que la diferencia de éste con el Derecho Administrativo no es sustancial, sino que obedece exclusivamente a la especialización académica de las disciplinas. Entre el Derecho Fiscal o el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Administrativo, no existen diferencias de esencia, sino meramente pragmáticas. En todo caso, esta parte académica del Derecho de la Administración, constituida por el Derecho Administrativo, al ser más completo, general y acabado, tiene el carácter de Derecho Común de las Administraciones Públicas y la cualificación de residual, sin que esto signifique mengua alguna de su extensión (antes bien, todo lo contrario).

La característica definitoria por excelencia de todo el Derecho de la Administración, está en el grupo normativo, en la potestad reglamentaria, que no aparece en el Derecho Privado ni en las demás ramas del Derecho Público.

El papel que la potestad reglamentaria asume en el Derecho de la Administración, viene dado por la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. De ahí que la mayor parte del Derecho Hipotecario (la vertiente registral) sea Derecho de la Administración y no Derecho Privado. Otra cosa es que por comprensibles razones académicas, que los administrativistas debemos incluso agradecer, lo impartan los especialistas en Derecho Civil.

En todo caso, ha sido puesto de relieve un criterio para la definición del Derecho de la Administración que no por ser exclusivamente formal es menos interesante: Sólo en el Derecho de la Administración aparece la potestad reglamentaria y, por lo tanto, existen grupos normativos.

Conforme ha sido ya expuesto, la presencia de reglamentos en normas consideradas "civiles", remacha el carácter público de éstas.

Es también la presencia de reglamentos propios de Organos y Poderes del Estado, distintos del Ejecutivo, la que nos señala la presencia de Administraciones Públicas no dependientes de éste (Reglamentos de las Cámaras, del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional).

La presencia de la potestad reglamentaria, diferencia al Derecho de la Administración de otras ramas del Derecho Público (ej. Político o Proccsal).

3ª. En cuanto a la relación entre el Derecho Administrativo (es preferible archivar ya la noción "Derecho de la Administración") y la división de poderes; se trata de una relación conflictiva, en la medida en que no existe una estricta correlación poder-función (actividad). Las Administraciones Territoriales dictan normas de carácter reglamentario y juzgan, en el supuesto de los recursos administrativos. El Poder Judicial administra, cuando actúa como Jurisdicción Volunta-

ria y legisla de forma negativa cuando decide sobre la inconstitucionalidad de las leyes (el tema es muy claro en los países anglosajones y menos en los continentales, debido a la existencia de Tribunales Constitucionales). El Parlamento administra, por ejemplo, cuando alguna ley de él emanada es un acto singular y no una norma general, e incluso juzga en algunos países a altos cargos del Poder Ejecutivo ("impeachment").

Que la Administración se integre mayormente en el Poder Ejecutivo es lógico, puesto que la Administración no debe definir los grandes fines del Estado (cosa que hace el Parlamento, mediante la ley, subordinada a la Constitución), sino ejecutarlos.

Cierto es que el Poder Judicial también ejecuta la Ley (de ahí que en Locke y en la Constitución Británica no se le separe con nitidez del Ejecutivo); pero en un sistema democrático, la necesaria independencia del Poder Judicial, que ha de verse reflejada en todos sus órganos, impide una estricta jerarquía y es incompatible con la atribución de potestad en línea jerárquica, a sus órganos.

Por otra parte, el Poder Judicial, al no ser un poder intervencionista y transformador, como el Ejecutivo, sino resolutorio de conflictos, no necesita ordenar la realidad mediante una potestad reglamentaria, sino delimitar cuál es el orden correcto, en el marco de la norma.

De acuerdo con lo anterior, la tradición británica que apunta hacia un Derecho de creación jurisprudencial, más que de creación normativa, no provoca la necesidad de una separación tajante entre el Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

Parece claro que la Administración por antonomasia y el sector abrumadoramente mayoritario del Derecho Administrativo, ha de encuadrarse en el Poder Ejecutivo, tanto por ser poder relacional con los ciudadanos e intervencionista (potestad reglamentaria de trascendencia general), como por la macroestructura organizativa que eso conlleva (potestad reglamentaria de organización).

Los demás Organos y Poderes del Estado con potestad reglamentaria propia (Cámaras Legislativas y Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, básicamente), la tienen atribuida por una razón determinada y con un modo de ser específico.

a) La razón de los reglamentos propios de estos organismos, estriba en que la atribución de esta potestad al Gobierno comportaría una inadmisibile injerencia del Ejecutivo (vicario y no dominus del poder), en otros Organos y Poderes del Estado.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial dictó el primero de ellos, con fecha 12 de noviembre de 1980, para estructurar sus Organos Técnicos, al amparo de lo dispuesto en la antigua LOCGPJ 1/1980, de 10 de enero. Lo mismo hizo el Tribunal Constitucional, mediante Acuerdo Plenario de 15 de enero de

1981, con respecto a los temas de Organización y Personal.

Tales Altos Organos del Estado han seguido produciendo este tipo de Reglamentos propios, en función de sus necesidades, el último de los cuales es reciente y tiene su origen en el CGPJ surgido de la nueva LO del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

Es más, el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, configurado en el artículo 41 del Estatuto de Autonomía, aprobado por LO 4/1979, de 18 de diciembre; y regulado en la Ley Autonómica 1/1981, de 25 de febrero, tiene en realidad un Reglamento propio. Dicho Reglamento fue aprobado por el Consejo Ejecutivo, pero a propuesta vinculante del propio Consejo Consultivo.

No es extraño que así fuese, dadas las garantías de independencia que requiere un órgano que es asesor tanto del Consejo Ejecutivo, como del Parlamento de Cataluña.

b) El modo de ser de tales reglamentos, obedece a estrictas necesidades autoorganizatorias de sus propios servicios y no relacionales con el ciudadano. De ahí que sus reglamentos se circunscriban a organización y personal.

También las Cortes tienen Reglamentos de tipo (Estatuto del Personal de las Cortes Generales), aprobadas por las Mesas de ambas Cámaras, y con regulaciones, a veces muy diferentes de la general, conforme se ha podido observar en materia de incompatibilidades de su personal (de régimen jurídico singular). Es más, los propios Reglamentos de las Cámaras, como el del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982 y el del Senado, de 26 de mayo del mismo año, aunque sean formalmente Leyes, por el Organo del que emanan, en lo demás, no difieren de los Reglamentos propios, al encomendarles el artículo 72.2 de la Constitución, la regulación del régimen de sesiones.

El tema de las Administraciones no encuadradas en el Poder Ejecutivo, ha abierto un interesante debate, sobre todo a partir de las obras de Garrido Falla, López Rodó, López-Guerra y Santamaría Pastor.

Por último, sólo me resta indicar en este punto, que el incremento de funciones estatales, normalmente a costa de la sociedad civil, no puede hacerse por otro poder que no sea el Ejecutivo, puesto que es éste el agente del intervencionismo. De ahí que la función administrativa tenga un claro carácter residual, conforme tantas veces se ha afirmado y que consecuentemente el Derecho Administrativo, como Derecho Común de las Administraciones Públicas, tenga a su vez un carácter residual con respecto al Derecho Público y al Derecho de la Administración; sin que la palabra "residual" suponga mengua de su importancia y volumen. Antes bien, todo lo contrario.

4ª. Resulta inevitable, sin embargo, reconocer que no toda la actividad del Gobierno es administrativa, sino que desempeña también una actividad política.

Evidentemente, el tema de los actos políticos no puede plantearse hoy como antaño, en el sentido del artículo 2. b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que equivalía a declarar injusticiables determinados actos del Gobierno.

Tampoco merece demasiado la pena bucear en la Historia; puesto que, conforme señaló el profesor Baena, no cabe distinguir la actividad política y administrativa del Gobierno con criterios intemporales y abstractos; e incluso es evidente que el origen de la noción "acto político" en Francia (temor del Consejo de Estado a entrar en asuntos relacionados con el patrimonio de los Bonaparte) y en España (idéntico temor del Consejo de Estado, en relación con el patrimonio de la familia Godoy) se produce asimismo por razones políticas y no jurídicas, de idéntica forma que la fluctuación de la noción a lo largo del tiempo.

Con la Constitución en la mano, en la España actual todo acto del Gobierno es justiciable (sea por la Jurisdicción Constitucional, sea por la Contencioso-Administrativa), con lo cual, la problemática de los actos políticos ha dejado de existir en su dimensión histórica.

No obstante, reciente todavía la Constitución, insistió Garrido Falla en que los actos políticos pervivían en distinta forma y sentido. No se trataría ya de pretendidos actos políticos por naturaleza, sino de actos de relación entre Poderes Constitucionales, y en el caso de plantearse conflictos, tendría competencia decisoria el Tribunal Constitucional; con lo cual queda abierto un interrogante no a analizar aquí, pero sí a apuntar: ¿Cuál es la naturaleza de una sentencia del Tribunal Constitucional y, en general, de toda decisión de última instancia?

En el fondo, la idea que se apunta con los nuevos "actos políticos", es que existe un Derecho Político, junto al Derecho Administrativo, delimitación que conscientemente no ha planteado problemas fuera de la cabeza del Ejecutivo o Gobierno.

La conclusión es la siguiente:

Toda relación entre Organos Constitucionales del Estado es Derecho Político. El resto de la actividad del Gobierno y todas las funciones de los demás órganos de la Administración, integran el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo abarca asimismo la organización de los otros Organos y Poderes del Estado y aquella parte de la actividad por ellos desarrollada, que no les está constitucionalmente atribuida en conjunto. Por lo tanto, es claro tanto que se inserta en el Derecho Político la actividad legislativa de un Parlamento, como que es Derecho Procesal la regulación de la actividad de los Juzgados y Tribunales. No obstante, el contenido propio de los Reglamentos de las Cámaras y en general del denominado Derecho Parlamentario, es Administrativo, al igual que los actos de aquéllas ajenos a su función constitucional (léase, por ejemplo, contratación). Por último, y también a guisa de ejemplo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye en su disposición adicional 1ª.2, potestad re-

glamentaria genérica al Gobierno; dato formal que confirma mi hipótesis de que también la organización judicial pertenece al Derecho Administrativo.

En resumen: Sólo la actividad constitucionalmente atribuida a órganos y poderes del Estado, distintos del Ejecutivo, escapa al Derecho Administrativo.

La estructura compleja del Estado, como sucede en el caso de nuestro Estado de las Autonomías, únicamente resta claridad a la solución apuntada, pero no le hace perder ni un ápice de validez.

Una Comunidad Autónoma es un Órgano Constitucional del Estado, dividido en órganos y Poderes Estatutarios, e interna corporis le es aplicable la misma doctrina ya apuntada: existen actos de relación entre Poderes, que no están sujetos al Derecho Administrativo, como el que se produce cuando el Presidente de la Comunidad disuelve la Asamblea Legislativa y que en el sentido apuntado por el profesor Garrido son actos políticos (es decir, sujetos al Derecho Político, en nuestras nuevas coordenadas). Los demás actos del Ejecutivo Regional, que no le relacionen con otros Poderes Estatutarios, estarían sujetos al Derecho Administrativo.

Sin embargo, las Comunidades Autónomas permiten hacer algunos interesantes matices:

a) En el esquema de división de poderes, el Judicial sigue siendo un poder global en el seno del Estado, puesto que a pesar de tener el Tribunal Superior de Justicia consideración de órgano autonómico (artículo 152 C.E.), no es de echar un saco roto el principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 C.E.).

b) Pueden existir Órganos Estatutarios sin reflejo Constitucional que son copartícipes del equilibrio de poder entre los Altos Órganos de la Comunidad Autónoma, como sucede con el citado Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña.

c) Las Comunidades Autónomas elevan definitivamente a teoría las hipótesis que he venido manejando.

Acaso pudiera pensarse, con un criterio puramente formalista, que los actos de los Poderes Públicos no sujetos al Derecho Administrativo ni al Privado, son enjuiciables ante el Tribunal Constitucional; mientras que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conocería con exclusividad de los actos (empleo la expresión en sentido amplio) sujetos al Derecho Administrativo.

Tal conclusión formalista funciona por aproximación, pero no es exacta. El tema ya se entrevé, sin tomar en consideración a las Comunidades Autónomas, si se tiene en cuenta que algunos actos administrativos, aunque sea de forma mediata, pueden ser recurridos ante el Tribunal Constitucional, por vía de Amparo. No obstante, las Comunidades Autónomas arrojan luz definitiva sobre la mate-

ria, al ser claro en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, que una disposición reglamentaria, al ser globalizable como actividad de la Comunidad Autónoma, puede originar un conflicto constitucional de competencias; lo que despeja visiones simplistas, que a priori pudieran deducirse del artículo 153 de nuestro Texto Fundamental.

5ª. Dado que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se suele incluir dentro de la noción de Derecho Administrativo, se impone entrar en la cuestión.

Para mí está meridianamente claro que las normas reguladoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto que la organicen, al igual que sucede en general con la Ley Orgánica del Poder Judicial, son de Derecho Administrativo; pero todas las demás disposiciones son, en buena lógica, puro Derecho Procesal.

Entiendo que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mientras estuvo en la esfera de la propia Administración (retenida o delegada) y no en la del Poder Judicial, formaba parte de la esfera regulada por el Derecho Administrativo; pero hoy eso no es cierto, al tratarse de una jurisdicción meramente especializada, pero siempre dentro de la ordinaria.

Desde el punto de vista académico, se considera conveniente (razón puramente empírica y coyuntural) que dicha Jurisdicción se estudie en Derecho Administrativo y no en Derecho Procesal.

Razones de pura oportunidad siempre abundan en Derecho y no debe extrañarle a nadie. Así, existen cuestiones claramente administrativas de las que no conoce la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino la Jurisdicción Laboral (artículo 2.a) LJCA, en relación con el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Que este tipo de cuestiones se estudien en Derecho del Trabajo, abona lo coyuntural y empírico de la división académica de materias.

6ª. Por último, toca entrar en la zona de penumbra entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, tanto mayor cuanto que en nuestra época se han difuminado progresivamente las barreras entre Estado y sociedad civil, por causa del inmenso auge del intervencionismo administrativo en el Estado Social de Derecho.

Este fenómeno da lugar a un estrechamiento entre las formas públicas y privadas de gestión, que está en la base de la Administración Institucional.

Por otra parte y con anterioridad histórica a las recientes épocas de auge de la intervención administrativa en la sociedad, aparecen fenómenos de utilización del Derecho Privado, en el ámbito relacional con los ciudadanos (tema claro en materia de contratación), así como la penetración de la sociedad civil en el Estado, a través de las Corporaciones, las cuales tampoco son ajenas a un control so-

cial, que opera en sentido contrario; e incluso mediante el denominado ejercicio privado de funciones públicas.

En estos dos puntos, voy a hacer poco más que ser meramente descriptivo, como no puede por menos que acontecer, en un tema de concepto.

a) La Administración Institucional responde a la idea de descentralización por servicios, acuñada por Hauriou y recibida en España a través de Royo Villanova.

Su figura típica son los Organismos Autónomos, de base fundacional o institucional, en el sentido de masas patrimoniales adscritas a un fin de interés público (no en vano, la denominación clásica en el ámbito local, ha sido la de Fundaciones Públicas).

Se trata de personificar un servicio, bajo las normas de Derecho Público, que regulan también su régimen de actuación. No obstante y dado que se persigue agilizar la gestión, se producen también especialidades, sobre todo en el ámbito presupuestario y en la contratación administrativa.

Sobre la noción básica de Organismo Autónomo, que constituye el centro de la Administración Institucional, se presentan posibilidades de un mayor sometimiento al Derecho Administrativo, como se da en el caso de los Organos de Gestión, sin personalidad diferenciada; o por el contrario, de mayor flexibilidad, como acontece con los Entes con Personalidad Pública y Régimen de Gestión de Derecho Privado, que constituyen uno de los supuestos de sociedades estatales, previsto en la Ley General Presupuestaria (Renfe, Infe, etc.).

Precisamente el supuesto de máxima flexibilidad se da con figuras instrumentales, que escapan casi por entero del Derecho Administrativo, en la medida en que su personalidad es privada y también lo son por entero, su régimen de contabilidad y de contratación. Se trata de las Empresas Públicas, constituidas bajo la forma de sociedad anónima.

Supuestos menos comentados, pero que también existen, de utilizar instrumentalmente formas de organización propias de la sociedad civil, se dan con la constitución de Fundaciones Privadas por Entes Públicos y con la posible utilización instrumental de la legislación de asociaciones, conforme se ha efectuado, por ejemplo, con las Federaciones de Municipios.

b) Si en todo lo anterior (ámbito organizativo), la posibilidad de utilizar una u otra forma de organización es discrecional; en cambio, la utilización del Derecho Privado en el ámbito relacional con los ciudadanos, no puede considerarse de igual forma.

Aquí sucede que el Derecho Administrativo ha ido ganando campo, a costa de empequeñecer el papel que tiene para la Administración el Derecho Privado,

entendido como Derecho Común. En este sentido, está claro que los contratos administrativos, históricamente pasan de no existir a regular, por necesidad reglada, la mayoría de las relaciones de tráfico patrimonial de los Entes Públicos.

La utilización del Derecho Privado en las formas de organización es básicamente discrecional, mientras que en el ámbito relacional suele ser reglada. De ahí que en las zonas de sombra entre lo organizativo y lo relacional (personal) estén muy combinados los elementos reglados y los discrecionales.

No se olvide tampoco que al condicionar la forma de organización la manera de gestión, se da un entrecruzamiento entre lo doméstico y lo relacional, en favor de una mayor discrecionalidad administrativa a la hora de utilizar el Derecho Privado, si bien con el precio de la pérdida de potestades.

Para terminar con el tema de la utilización instrumental del Derecho Privado en relaciones jurídicas con terceros, he de decir (sin aportar nada nuevo), que la formación de la voluntad administrativa es siempre pública (teoría de los actos separables).

c) Considero, en disonancia con la opinión de los profesores Villar Palasí y Baena del Alcázar, que las realidades Administración Institucional y Administración Corporativa, han de separarse. En este punto coincido con las tesis de los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez, entre otros.

Parece claro que la Administración Corporativa surge como penetración de la sociedad en la estructura del Estado. Esto es históricamente cierto, con independencia del control e incluso del dirigismo social, por parte del Estado, que puede articularse a través de las Corporaciones.

Este fenómeno, así como la naturaleza, asociativa en su base, de la Corporación, me impelen a no considerar la Administración Institucional como un cajón de sastre de realidades heterogéneas.

Sobre la base de estos planteamientos, se puede comprender también cómo las Corporaciones combinan lo privado con lo público y cómo, sólo parcialmente, son Administraciones Públicas.

d) Un problema parecido se presenta con el denominado "ejercicio privado de funciones públicas", planteado por el Consejo de Estado francés, y muy bien expuesto en España por Garrido Falla.

El problema es si cabe que los particulares dicten actos administrativos, tema de trascendental importancia para elegir la vía procesal oportuna en la que puedan ser impugnados.

El supuesto por antonomasia, suelen ser las potestades (normalmente de policía), delegadas en los concesionarios de los servicios públicos.

El profesor Garrido salva la cuestión diciendo que lo normal es conceder un recurso administrativo frente a tales actos, con lo cual se impugnaría ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el acto resolutorio de dicho recurso.

La conclusión es ingeniosa, pero no deja de ser una vía de escape, que en supuestos análogos, como las funciones públicas desempeñadas por el capitán de un buque mercante, ni siquiera resulta explicativo de la naturaleza de la actividad.

Para mí es claro que estas personas, en una parte pequeña de sus cometidos, tienen atribuido el ejercicio de una competencia administrativa y en esta misma medida son titulares de un órgano administrativo, perteneciente a determinada Administración Pública. De ahí, que sus actos sean administrativos.

La confusión se origina por la excepcionalidad de la cuestión: no hay ejercicio privado de funciones públicas, sino titularidad excepcional de un órgano administrativo, lo que provoca que a tales personas no se les pueda aplicar sistemáticamente el régimen estatutario propio de los funcionarios públicos.

De todas formas, con la creciente laboralización de la Función Pública, no todos los que tienen una relación de servicio para con la Administración están sometidos a un régimen jurídico idéntico; es decir, que la relación ejercicio de autoridad/funcionario/régimen estatutario, es susceptible, incluso con carácter normal, de múltiples matices que dependerán únicamente de lo dispuesto en la Ley.

1.8. DEFINICIÓN QUE SE PROPONE

Con plena conciencia, conforme señalaba al principio, de que no cabe dar una noción ahistórica de ninguna de las Ciencias Humanas, voy a plantear, sin embargo, un concepto del Derecho Administrativo que atienda esencialmente a sus datos más estructurales:

Derecho Administrativo es aquella rama del Derecho (subestructura jurídica), aplicable a la organización estatal global, que relaciona a dicha organización con los sujetos en Derecho (elementos personales y organizativos) de la sociedad civil, a través de órganos fuertemente jerarquizados y transformadores y mediante normas jurídicas cualificadas por la atribución de potestades a la organización estatal.

O, si se prefiere una definición más acorde con la terminología que se ha venido manejando y que gana precisión a costa de ser inusual, diré, sin perjuicio de una nueva profundización en sus elementos, que Derecho Administrativo es una subestructura jurídica, estructurante de la organización estatal global, que relaciona a ésta como elemento, a través de órganos fuertemente jerarquizados y transformadores, con los elementos personales u organizativos de la sociedad ci-

vil, mediante normas jurídicas cualificadas por la atribución de potestades a la organización estatal.

Analicemos ahora los elementos contenidos en la definición:

a) El Derecho Administrativo es una subestructura jurídica: Con esto se afirma, conforme al marco conceptual en el que me he venido desarrollando, que el Derecho Administrativo es una parte del Ordenamiento Jurídico y que en sí mismo forma un Ordenamiento peculiar, puesto que toda subestructura es, a su vez, estructura.

b) El Derecho Administrativo es estructurante de la organización estatal global: Esto significa que la organización estatal subconstitucional está esencialmente configurada por el Derecho Administrativo y no sólo a nivel del Ejecutivo, sino interna corporis de los demás Organos y Poderes del Estado.

Otra cosa son las relaciones entre esos Organos y Poderes, que cuando se mueven en el marco de sus competencias constitucionalmente atribuidas, se rigen por el Derecho Político, aún cuando actúen por intermediación de sus respectivas Administraciones Públicas (recuérdese la posibilidad de un conflicto constitucional entre el Gobierno y una Comunidad Autónoma, a través de su Consejo de Gobierno).

En cambio, las estrictas relaciones entre Administraciones Públicas se rigen por el Derecho Administrativo o por el Privado, según sea posible o necesario el ejercicio de potestades. No suele ser posible el ejercicio de potestades por una Administración sobre otra, cuanto más efectiva sea la autonomía de la segunda; por ejemplo, cada día aparecerá como más insólito que en el establecimiento de un concierto o de una sociedad entre la Administración del Estado y la de una Comunidad Autónoma, alguna de ellas pretenda imponer a la otra la Ley de Contratos del Estado. Lo normal será contratar con arreglo al Derecho Privado. En cuanto a la no necesidad del ejercicio de potestades, puede darse en las relaciones contractuales entre una Administración Territorial y alguno de sus Organismos Autónomos: ¿Para qué la complicación de contratar con arreglo al Derecho Administrativo, cuando las potestades de la Administración Territorial están aseguradas por su control sobre el Ente?

De hecho, la propia Ley de Contratos del Estado, a pesar de su veteranía preconstitucional, excluye de su ámbito "los convenios de cooperación que celebre la Administración con las Corporaciones Locales u otros entes de Derecho Público" (artículo 2.4.). Sin duda existen hoy muchas más razones que antaño, para que esta norma sea de verdad eficaz, y no se haga en términos como los del artículo 145.2 RSCL, al disponer que "cuando el concierto se estableciera entre dos Corporaciones locales o entre una de éstas y el Estado u otra de carácter paraestatal, no requerirá prestación de garantía", con lo que se aseguraba la persistencia real de la Contratación de Derecho Administrativo y de hecho se cerraban las puertas al Derecho Privado.

Por otra parte, me he referido a la organización estatal, sin reparar en su personificación formal, porque mi planteamiento es inverso al más comúnmente aceptado. Según esa perspectiva usual, la persona jurídica nace de una declaración formal desde el Derecho, con lo cual se originan graves problemas, como los derivados de las relaciones contractuales de Las Cortes, que no están personificadas, o de algunos olvidos en cuanto a declarar persona jurídica a la Administración de otras tantas Comunidades Autónomas. Personalmente pienso que toda organización no integrada jerárquicamente en otra, es centro de imputación de relaciones jurídicas y, por lo tanto, persona jurídica, con independencia de que esto conste formalmente o no. La constancia formal sirve para coadyuvar a la seguridad jurídica, o para delimitar el alcance de la personalidad y, en su caso, para convertir en centros unitarios de imputación de relaciones jurídicas a organizaciones dependientes (como es el supuesto de los Organismos Autónomos).

Me he referido exclusivamente a la organización estatal, para no complicar más el tema con las Organizaciones Internacionales y Comunidades Supranacionales; pero sin duda, a ellas les es aplicable todo lo que ha sido señalado del Derecho Administrativo, en relación con el Estado. En todo caso, y a los efectos de España, esto no constituye problema, puesto que nuestro Ordenamiento Constitucional está inspirado en un fuerte monismo estatista, que hace derivar, incluso al Derecho Internacional, de nuestra *Lex Maxima*; conforme evidencia su artículo 95, al exigir la previa reforma constitucional para concertar un Tratado que pueda contener estipulaciones contrarias a la misma.

c) La organización estatal global es un elemento, dentro de la estructura del Derecho Administrativo, que se relaciona con los particulares a través de órganos fuertemente jerarquizados y transformadores.

Eso significa que si antes fueron analizadas las Administraciones Públicas, aunque de un modo dispar al de la teoría estatutaria, ahora interesa centrarse en la relación jurídica como tal, con especial incidencia en el polo Administración. Precisamente, los elementos relacionales por excelencia de la organización estatal a estos efectos, tienen la característica de ser "fuertemente jerarquizados y transformadores", lo que les diferencia con nitidez del Poder Judicial, cuya jerarquía, por razones de independencia, no conoce apenas más alcance que la vía de recurso; por otra parte, el Poder Judicial resuelve conflictos u opera como garante de la seguridad jurídica (Jurisdicción Voluntaria); pero no es transformador, porque no pretende ser agente del cambio social. No es intervencionista, en suma. Además, este carácter transformador, que la Administración no tiene atribuido en exclusiva, ni a todos los niveles, encaja perfectamente con los postulados generales del Estructuralismo, los cuales se sitúan tanto en lo sincrónico como en lo diacrónico.

d) El otro polo de la relación jurídica son los elementos personales u organizativos de la sociedad civil. En el fondo, y desde la perspectiva que he manejado, podía haberme referido sin rubor a "elementos personales, naturales o jurídi-

cos"; pero he preferido dejar la cuestión en términos más amplios, para evitar los problemas que derivarían, desde perspectivas más convencionales, de la toma en consideración de comunidades de bienes o de herencias yacentes, a los que no se considera personas; pero cuya realidad de tales tiene alguna acogida en ordenamientos sectoriales (artículo 33 de la Ley General Tributaria).

e) Por último, las leyes de la estructura son, en este caso, normas jurídicas calificadas por la atribución de potestades a la organización estatal. Este posterior elemento, al ser evidente, merece sólo una aclaración: el Derecho Administrativo, como rama más extensa y residual del Derecho Público, participa de la nota exclusiva de éste en cuanto al ejercicio de potestades; lo que no significa, conforme ya fue expuesto, que no existan también en él privilegios (al igual que sucede en el Derecho Mercantil), o auténticos derechos subjetivos. De todas formas, destaca el ejercicio de potestades como elemento definidor, en general, de la actividad Pública.

Hemos tenido ocasión de observar cómo en esta perspectiva estructuralista del Derecho Administrativo, se integran armónicamente las nociones subjetivas, objetivistas, relacionistas e institucionalistas, lo que sin duda reafirma la validez parcial de todas ellas, a través de su superación con una perspectiva de conjunto como la que acaba de ser expuesta.

Poco queda por decir ya, dado que el concepto expuesto, con las tan inevitables como necesarias componentes históricas, es suficientemente revelador de lo que, el que esto escribe, entiende como Derecho Administrativo. No obstante, la definición ha sido obtenida, parafraseando a Kant, a través de la razón pura. Resta ahora introducir la razón práctica. En este sentido, el Derecho Administrativo práctico, comprende necesariamente las normas generales de organización y procedimiento del Derecho Administrativo puro (Derecho Administrativo Común), más aquellas materias que se incluyan en el programa de la asignatura, por razones históricas o de oportunidad académica; es decir, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (que hoy es esencialmente Derecho Procesal) y parte del Derecho Administrativo puro (el sector excluido, como sucede con el Derecho Fiscal, no por eso deja de ser conceptualmente Derecho Administrativo).

LA CONTEMPORANEA FILOSOFIA JURIDICA ANGLO-AMERICANA (*)

STEPHEN GUEST

Me complace celebrar esta conferencia sobre filosofía jurídica en el Reino Unido a un público español, sobre todo, porque entiendo que, en España, hace tiempo se tiene especial interés en la materia que conocemos como jurisprudencia analítica. Por ejemplo, el estudio de las obras de H. Kelsen, uno de los más grandes juristas analíticos, ha sido una parte importante de ambas jurisprudencias: la española y la del Reino Unido.

Ya que sólo tengo un tiempo limitado para hablarles, y mi temática es enorme, me propongo dividir la charla del siguiente modo. Les presentaré las cuatro ideas clave que forman el núcleo de los debates académicos en periódicos, conferencias y aulas. Mi propósito, de tratar principalmente con ideas, en lugar de mencionar los nombres de filósofos jurídicos importantes -aunque también haré lo último, naturalmente- es dejar claro que son las ideas y no la gente las que forman la base de la filosofía legal. Permítanme añadir que me es imposible como lo es para cualquiera, ser neutral en estos asuntos. En la descripción de las diversas ideas en esta área, portamos nuestros propios, subjetivos, puntos de vista. Así que no pido disculpas por comprometerme en los argumentos que describiré- creo firmemente que la única manera de entender la filosofía, incluyendo la jurisprudencia, es comprometiéndose con ella. También diré que tengo un extenso territorio que cubrir. Las limitaciones de tener que hablarles a través de intérprete, me impone una formalidad desafortunada. Pido disculpas por no hablar en castellano. Pero no

(*) Conferencia pronunciada por el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Londres, Dr. Stephen Guest, traducida por el profesor de Filosofía del Derecho de esta Universidad, Dr. Sebastián Urbina. Con el agradecimiento a la Consellería de Cultura del Consell Insular por su colaboración y apoyo.

me molesta en absoluto que se me interrumpa para hacerme preguntas o aclaraciones: es mi forma natural de hacer las cosas. Estaré, por supuesto, dispuesto al final de la conferencia a extenderme en cualquier punto que deseen.

Las cuatro ideas clave son: las del utilitarismo, positivismo, ley natural y metodología. Hay, por supuesto, importantes solapamientos entre estas ideas, y las señalaré. Dos de estas ideas están presentes hace tiempo en la filosofía inglesa: utilitarismo y positivismo; verdaderamente, como ya saben, ambas doctrinas se originaron en las obras del filósofo inglés Jeremy Bentham a la vuelta del siglo XVIII al XIX. Por otro lado, la doctrina de la ley natural no ha sido, hasta hace poco, parte de nuestra filosofía de Derecho; sus principales dogmas han sido estudiados pero, principalmente, en términos de interés histórico más que seriamente. No obstante, recientemente, ha habido un resurgir de un serio interés por la ley natural, principalmente, yo diría, a través del despertado interés, en los últimos quince o veinte años, por la filosofía política.

El germen de este despertado interés ha sido la publicación del libro *Una teoría de la justicia*, en 1971, por el filósofo político de los Estados Unidos, John Rawls. También una gran obra que revive la doctrina clásica de la ley natural se publicó en Inglaterra por John Finnis, en 1980, titulada *Ley Natural y derechos naturales* y en referencia a esto, debe mencionarse la gran influencia de R. Dworkin, de la Universidad de Oxford, quien al tiempo que no reclama ser un "abogado iusnaturalista" - porque considera que la frase es demasiado ambigua para un uso serio - reclama que el positivismo es incorrecto porque niega la conexión entre los derechos morales y los jurídicos. Naciendo, también, de este creciente interés en filosofía política, hay un énfasis en la metodología. Pienso que esto es especialmente claro en las obras de ambos: Finnis y Dworkin, pero los dos son reconfortantemente claros en sus métodos. Sus discusiones acerca del método en filosofía del Derecho marcan una ruptura del empírico, "científico", y, en mi opinión, demasiado rígido énfasis hecho por Bentham y más tarde por su discípulo John Austin.

Quizá hay otra cosa que debo decir: es difícil describir la filosofía del Derecho inglesa como distinta de la filosofía del Derecho en los Estados Unidos. Ronald Dworkin, por ejemplo, que ha tenido una gran influencia en el Reino Unido - lo cual no sorprende ya que ostenta la cátedra de Jurisprudencia en Oxford - es, de hecho, de los Estados Unidos y actualmente ostenta, también, la cátedra en la Universidad de Nueva York. Preferiría, pues, hablar de "Filosofía del Derecho anglo-sajona" aún cuando existan ligeras diferencias de énfasis. Por ejemplo, los filósofos

del Derecho en los Estados Unidos, al tener su país una Constitución escrita que abarca conceptos morales, a diferencia del Reino Unido, están más preparados que sus colegas ingleses para aceptar alternativas al positivismo. Hay, todavía, una fuerte creencia en el positivismo en el Reino Unido, no sólo entre los filósofos del Derecho sino también entre los profesionales del Derecho.

UTILITARISMO

Me centraré, ahora, en el utilitarismo. El fundador de esta doctrina fue Jeremy Bentham, uno de los arquitectos del liberalismo moderno. Su opinión era que la sociedad debería organizarse por medio de directrices para que fuera maximizada la mayor felicidad para el mayor número de personas. No se puede mostrar suficientemente el impacto de las ideas de Bentham, no sólo en el Reino Unido sino en los Estados Unidos y en Europa. Aunque esta imperante noción- que los actos sólo eran acertados si producían consecuencias favorables, o eran de utilidad máxima para la sociedad- ha sido tan frecuentemente criticada, el utilitarismo está en el fondo del pensamiento en gran parte del pensamiento de la vida política inglesa y americana de hoy. La idea de Bentham era una idea fructífera. Iba a apartar la lóbrega, oscura y acrítica doctrina del Derecho natural.

Armado con la doctrina- llevar al máximo la felicidad de la mayor cantidad de personas posible- Bentham contempló la legislación como portadora de reformas fundamentales. Y está claro, históricamente, que desde el medio intelectual así creado surgieron reformas importantes y liberalizadoras como resultado de la legislación, a lo largo de mediados del siglo XIX en Inglaterra.

DERECHOS Y ANALISIS ECONOMICO DE LA LEY

El utilitarismo y la economía ha sido el objeto de debates actuales entre los filósofos del Derecho. En los últimos años, ha habido una tendencia entre abogados académicos de ocuparse en lo que se conoce como el análisis "económico" de la ley. Esta doctrina, que se originó en la Facultad de Derecho de Chicago, en los Estados Unidos, simplemente expone, que cuando los jueces se enfrentan con un asunto jurídico difícil, como invariablemente lo están en casos de apelación, deberían resolver el asunto decidiéndose por la interpretación que crea mayor riqueza en la economía. Richard Posner, ha argumentado, por ejemplo, en la Facultad de Derecho de Chicago, que el efecto acumulativo de tales decisiones tendría un gran impacto en la potencia creadora de riqueza de la

sociedad. Los tribunales de apelación, propone Posner, entre otros, deben verse ahora como árbitros de mercado corrigiendo las imperfecciones del mismo por medio de sus decisiones. Muchos de los análisis económicos de las decisiones jurídicas han procedido de esta manera, aunque afortunadamente, en mi opinión, los jueces por lo menos no han, explícitamente, empezado a decidir de esta manera. Quizá deba decir, sin embargo, que los "analistas económicos" del Derecho reivindican que los jueces decidan en sentido económico, pero no se dan cuenta de que esto es lo que están haciendo. Y claramente, la idea de un análisis económico de la ley es superficialmente atractivo, compartiendo la misma atracción superficial del utilitarismo... Pero el análisis económico de la ley, está agrietado por muchas razones que han sido señaladas, en mi opinión correctamente, por el bien conocido y reciente debate del profesor Dworkin con el profesor Posner.

Mucho del pensamiento sobre la economía moderna se inspiró en el utilitarismo. Nótese que dos principios del utilitarismo- la idea del placer o felicidad y su consecuente maximización- tienen su contrapartida en el pensamiento económico. La idea del placer se reemplaza en la práctica por unidades monetarias. El placer o la felicidad de una persona debe estar fijada por la cantidad que está dispuesto a pagar por ello. En consecuencia, cuando comparamos el placer obtenido por una persona cuidando su jardín con el placer obtenido en la creación poética, disponemos de unidades monetarias medibles. Es más, la cuestión de maximizar el placer se convierte simplemente en una cuestión de maximizar el dinero: en sus términos más crudos, la felicidad de una sociedad puede medirse en términos de su producto nacional bruto.

Podemos ver las ventajas del pensamiento económico. Son obvias en el mundo real- las comparaciones de placeres que deben hacerse y las decisiones reales que deben tomarse. Por otra parte, trasplantar el pensamiento económico de este tipo a los tribunales es usar un cuchillo muy romo en una zona muy delicada. Dworkin adopta la postura de que el análisis económico del Derecho propuesto por Posner ignora la cuestión de los derechos. El propone que los argumentos basados en el Derecho en esos casos de apelación deberían basarse no en cuánto dinero se creará para la sociedad como un todo sino sobre el derecho que un individuo particular tiene a una decisión particular, independientemente del impacto que esa decisión produzca en la riqueza de la sociedad.

La noción de un derecho, para Dworkin, depende de su capacidad para superar argumentos usados para justificar decisiones para el bienestar general. En su misma y bien conocida frase, los derechos "triumfan"

sobre los argumentos para la utilidad general. La fuerza especial de un derecho es que sirve para recordar a los encargados de las decisiones políticas- lo que incluye a los jueces- que la gente no es simplemente un vacío receptáculo de dolor y placer. El informe de los derechos de Dworkin, entonces, es funcional. Reclamar que uno tiene un derecho sirve la función de contradecir el argumento que dice que si una decisión se tomara no respetando ese derecho, el bienestar general mejoraría. Quizá un ejemplo real vendría bien aquí. En el Norte de Irlanda, hay una ley que permite a la policía arrestar por un periodo indefinido de tiempo a cualquier persona sospechosa de estar involucrada en actividades terroristas. Algunos consideran que esta ley ha disminuido el terrorismo considerablemente y que, por lo tanto, el bienestar general ha aumentado. (Habrá que decir que un número igual de personas piensan lo contrario).

Ahora, un argumento Dworkiniano sería el siguiente. Aunque el terrorismo disminuyera por estos medios, no significaría que esta ley estaba justificada, debido a los derechos que tienen los individuos. Esto es, el argumento del bienestar general no es decisivo en el tema de si debería o no existir tal ley.

Por supuesto- y aquí se han producido muchos malentendidos con Dworkin- no significa que los derechos no puedan ser nunca postergados en nombre del bienestar general. Puede ser muy bien que la situación en el Norte de Irlanda sea un caso especial, donde se puede defender, para postergar los derechos en cuestión, que allí hay una situación extraordinaria. Lo importante para Dworkin es que los derechos pueden pasar por encima de los argumentos para el bienestar general y que los argumentos sobre los derechos de las personas son de diferente tipo que los argumentos sobre qué objetivos y políticas son mejores para el bienestar general.

¿De dónde saca Dworkin estos derechos? Dworkin los extrae de lo que llama la justificación política de fondo para el sistema jurídico. En una sociedad democrática como la anglo-americana, tales derechos existen para contraponerse- en un cierto umbral- a los argumentos del bienestar general. En el centro de esta teoría jurídica está la idea de que las instituciones políticas de los tribunales y jueces existen para proteger contra el abuso de los derechos personales en favor del bienestar general. De lo que se deduce que los tribunales no quedan justificados al tomar decisiones creadoras de riqueza porque esto es incompatible con lo que él considera el papel principal de los tribunales, que es el de determinar los derechos de las partes, como él los define, en la sentencia.

UTILITARISMO IGUALITARIO Y "DISCRIMINACION POSITIVA"

Se puede señalar algo importante en Dworkin. Me parece que, aunque el espíritu general de su filosofía está en contra del utilitarismo, puede que, de hecho, no esté en contradicción con él. Desgraciadamente, el término "utilitarismo" cubre muchas, aunque similares, doctrinas morales. Pienso que Dworkin es un utilitarista cualificado hasta el punto que piensa que los sistemas políticos democráticos, sobre los que escribe, están justificados por la siguiente teoría utilitarista cualificada. Ella matiza la, más bien, cruda versión del utilitarismo que he señalado como originada en Bentham, por la noción de igualdad. Continúa acentuando el carácter igualitario del utilitarismo y ahora caracteriza los derechos como protectores de las personas- por ejemplo, de grupos minoritarios- contra las demandas utilitaristas ilimitadas o toscas, de la mayoría. Mirad, dice, el atractivo del utilitarismo. No está sólo la cuestión de la maximización de la felicidad o del bienestar, sino más aún, está el espíritu de la doctrina de que el beneficio se debe extender a todos. La felicidad de todos cuenta; por supuesto, el mismo Bentham dijo que ninguna persona debería contar más que otra o menos que otra. (Ciertamente el efecto liberalizador de la doctrina en el siglo XIX se debió, parcialmente, a que recogía alguna clase de noción igualitaria). Este principio de igualdad que Dworkin extrae del utilitarismo frena, en la práctica, al crudo utilitarismo. Si el bienestar general demanda que la gente no sea tratada como igual, entonces el utilitarismo cualificado no justifica tal avance en el bienestar general.

Dworkin utiliza la noción de "utilitarismo igualitario" para justificar lo que se conoce, en Estados Unidos, como programas de "discriminación positiva" por las que ciertas posiciones privilegiadas tales como, por ejemplo, plazas escasas en una Facultad de Derecho se mantienen abiertas a los grupos minoritarios, dejando a un lado el hecho de que las calificaciones para la admisión a estas plazas puedan estar basadas en la raza más que en la capacidad. Dworkin argumenta que tales programas están justificados porque no ofenden los derechos de las personas a ser tratados como iguales. Ya que la justificación de estos esquemas, la meta del bienestar general de reducir la fricción racial, tales programas de "discriminación positiva", dice que están justificados en términos del trasfondo político democrático (y, por tanto, en los Estados Unidos, legalmente justificados de acuerdo con la Constitución).

EL POSITIVISMO

Pasaré, ahora, a la siguiente idea que tengo intención de tratar. El positivismo fue también una invención de Jeremy Bentham y, para él, las cuestiones de validez del Derecho debían distinguirse rigurosamente de las cuestiones referentes a lo moralmente correcto. El positivista de mayor influencia en el Reino Unido, hoy, es sin lugar a dudas, Herbert Hart, que publicó su famoso *Concept of Law*, en 1961. En esta obra, el profesor Hart criticó el positivismo de Bentham y del discípulo de Bentham: John Austin. Austin y Bentham habían declarado que el Derecho era fundamentalmente un sistema de coerción hecho por el hombre. La ley debía verse como un tipo particular de mandato, es decir, el mandato del soberano, siendo el "soberano el grupo de personas que normalmente son obedecidas y que no obedecen normalmente a nadie. Hart pensó que esta teoría estaba seriamente malconcebida y la reemplazó con otra versión positivista: el Derecho debía verse como un sistema de normas. Sólo por el concepto de norma podía explicarse la importante noción de un sistema jurídico de obligación. Más aún sólo a través de las normas, podía caracterizarse una importante diferencia en nuestro sistema jurídico entre las leyes que imponen obligaciones y las leyes que confieren potestades.

La teoría es la siguiente. El Derecho es la "unión" entre lo que él llama normas "primarias" y "secundarias". Las normas primarias, como la ley penal, son normas que imponen obligaciones y las normas secundarias son normas que confieren potestades, tales como, por ejemplo, las normas que crean contratos, testamentos, que gobiernan las leyes sobre el matrimonio, etc. Hart propuso diferentes tipos de normas secundarias pero lo importante para nosotros, al considerar los actuales debates en Inglaterra, es lo que llamó su regla recundaria de reconocimiento. Esta regla de reconocimiento nos da los criterios de identificación de todas las normas válidas del sistema jurídico: es una norma que confiere poder porque confiere potestades a los funcionarios del sistema, como jueces y abogados, para aplicar las normas identificadas como Derecho por la regla de reconocimiento. Ahora, lo que es esencial para entender el positivismo de Hart, es que esta regla de reconocimiento se identifique como una cuestión empírica. Hart es muy reiterativo sobre esto. Dado que la existencia de la regla de reconocimiento debe identificarse como una cuestión de hecho, atendiendo a la conducta reglamentada de los funcionarios del sistema, realiza la separación del Derecho y la moral: el Derecho debe identificarse como una cuestión de hecho, mientras que la moralidad es una cuestión reservada al mundo de los valores.

Esto suena sólo como teoría abstracta. Pero, de hecho, es un informe real de cómo operan los sistemas jurídicos. Piensen en ello. Imaginen que pasan a otra sociedad e intentan averiguar lo que cuenta como Derecho válido en esa sociedad. La teoría de Hart nos da una guía clara: averiguar lo que, como cuestión de hecho, es la práctica oficial y profesional. Averiguar quienes son los personajes principales, aquellos que están aplicando medidas coercitivas, etc. Observen sus patrones de comportamiento, lo que dicen hacer, etc. De este material fáctico, dice Hart, emergerán los criterios de identificación de lo que cuenta como Derecho válido.

CASOS DIFICILES

Sin embargo, Dworkin es muy crítico respecto de esta idea de la regla de reconocimiento. Afirma que, aunque esta regla de reconocimiento explica muchas de las leyes, no puede explicar la forma en que abogados y jueces argumentan en los tribunales los casos que presentan cuestiones jurídicas controvertidas. Dicho de otra manera, no puede explicar los argumentos jurídicos en los casos de apelación, donde el caso se lleva a los tribunales precisamente porque la ley en cuestión no está establecida. Dworkin llama a estos casos, "casos difíciles". Veamos ahora un ejemplo de caso difícil. Imaginemos que hay una ordenanza que prohíbe a los vehículos atravesar los parques.

Del uso ordinario del lenguaje no habría controversia que esta prohibición se aplique a un camión o un coche. Este tipo de situación está fácilmente contemplada en la teoría de Hart. Los hechos de práctica oficial sea en España o el Reino Unido nos dicen que las ordenanzas son Derecho y que las palabras claras de las mismas deben ser aplicadas. Pero ¿y si alguien va por el parque en monopatín? ¿y si alguien atraviesa el parque en patines? Este es el tipo de situaciones planteadas en los tribunales. Es precisamente porque no hay determinación en los hechos y una indicación clara en la práctica oficial de los abogados que llevan tales casos a los tribunales para obtener una decisión de los jueces. Iré más allá: estos casos "difíciles" son los tipos de casos que se les enseñan a los estudiantes para argumentar sobre ellos en las tutorías de la Facultades de Derecho. ¿Por qué? Porque hay razones en ambas partes. No son el tipo de casos tratables como resueltos, sencillamente, por referencia a una norma fáctica de reconocimiento.

Por supuesto, Hart tiene respuesta a la pregunta de qué pasa en estos casos difíciles. Es simplemente que no hay ley, por ejemplo, en la pregun-

ta de si un monopatín o unos patines son vehículos según la finalidad de la ordenanza. El juez, más bien, hace la ley y decide si, para un futuro, los monopatines y los patines deben considerarse vehículos. El es, en efecto, un tipo de mini-legislador, muy restringido, que llena las "lagunas" creadas por la legislación.

Dworkin es muy crítico con este tipo de razonamiento jurídico en estos casos difíciles. Dice que, en una democracia, la idea es constitucionalmente errónea. Primero, los jueces, al no ser elegidos y no tener que responder ante un electorado, no son las personas apropiadas para legislar a la sociedad. A menudo tienen experiencia en una, relativamente, estrecha y, a menudo, privilegiada clase de sociedad, con una educación especializada en Derecho y poco más. ¿Por qué, dice él, se les debe confiar este asunto de reparar las "lagunas" en la legislación". En segundo lugar, si los jueces legislan de esta forma, resulta injusto para los litigantes que la ley- hecha por el juez en su decisión al final de la audiencia judicial- sea, entonces, aplicada retrospectivamente a esos litigantes. Si la teoría de la regla de reconocimiento es acertada, entonces no existe Derecho, realmente, hasta que el juez haya tomado su decisión. Por consiguiente, si aplica entonces el Derecho a los litigantes, este Derecho se aplica retrospectivamente.

Es aquí donde la postura antipositivista de Dworkin aparece claramente. Dice que la caracterización fáctica de los criterios de validez jurídica de la regla de reconocimiento no es suficiente.

Mas bien debemos mirar la justificación de fondo de las instituciones aplicadoras de la ley. ¿Cuál es la justificación de fondo en los sistemas jurídicos anglo-americanos? Dice que es una justificación democrática que toscamente se equipara al utilitarismo igualitario que mencioné anteriormente. Debemos deducir de esta justificación de fondo, dice él, los argumentos que a la vez dan poder y limitan a los jueces. La institución judicial existe, no como el legislativo, para hacer leyes concernientes al bienestar general, sino para juzgar entre litigantes y proteger sus derechos legales frente a los argumentos del bienestar general. Verdaderamente, dice, son los principios y no las normas las que forman el límite argumentativo en los casos difíciles. Hart estaba equivocado, por lo tanto, al concebir el Derecho como un sistema de normas.

De esto se deduce que las razones sobre cómo deberían decidir los jueces en los casos difíciles se sacarán del campo político. Los argumentos sobre lo que los jueces tienen el poder de hacer o están obligados a hacer, y cómo deben ser constreñidos, se referirá a la justificación de

fondo de las instituciones del sistema jurídico como un todo. Desde este punto de vista, habrá razones que impliquen juicios morales, que inevitablemente serán parte de las decisiones sobre lo que debería ser una decisión judicial correcta. Consecuentemente, el positivismo está equivocado en su rígida separación entre la moralidad y el Derecho.

Por lo menos, describe mal la manera en que operan los sistemas democráticos; y lo que es más importante para Dworkin, no consigue entender como deberían razonar los juristas en los casos de apelación. La teoría de las "normas", señala, no nos dice nada de cómo argumentar cuando las normas se "agotan".

DERECHO NATURAL

Volveré ahora sobre el tema de un pensamiento sobre el Derecho Natural, hoy, en el Reino Unido. En los años 1950 hubo un famoso debate en el *Harvard Law Review*, entre el profesor Hart y el profesor Fuller, el conocido iusnaturalista de los Estados Unidos. El resultado de este debate destruyó la idea del Derecho Natural en el Reino Unido, por lo menos entre los pensadores académicos. Pero recientemente ha revivido. La doctrina iusnaturalista, por supuesto, aparece de distintas maneras. Pero la esencia de la idea es, que es erróneo pensar que las cuestiones morales pueden mantenerse separadas de las cuestiones de validez jurídica. Si esta, más bien básica, definición de Derecho Natural se acepta, entonces pienso que es correcto decir de Dworkin es iusnaturalista. Sin embargo, el problema de entender aquí a Dworkin es que él respalda la justificación democrática- el utilitarismo igualitario- del sistema jurídico anglo-americano. No obstante, podría ser que su teoría se aplique a justificaciones de fondo- digamos totalitarias o racistas- que él no respaldaría. Aquí puede que haya cuestiones de validez jurídica que no tienen ninguna conexión con la moral.

EL POSITIVISMO COMO UNA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

Sin embargo, quiero llamarles la atención sobre la rearticulación que hace John Finnis de las doctrinas clásicas del Derecho Natural, en su obra *Natural Law and Natural Rights* publicada en 1980. Finnis sustenta el punto de vista- muy razonable en mi opinión- de que la determinación de la ley, que concierne al gobierno y la coordinación de los asuntos humanos en sociedad, necesariamente implican un elemento moral. El argumento de Finnis es extremadamente sutil. Es difícil, pero ello no de-

bería impedir que fuera correcto. El Derecho, dice, debe identificarse en virtud del mejor de los propósitos con los que se postula el uso del término "Derecho". Las definiciones de Derecho deben servir un propósito y el único propósito concebible que puede pensar, para postular una definición de Derecho, sería moral. Su propósito moral es, con mucho, el mismo de lo que él estima que es el propósito moral de Hart. Esto es, que el propósito moral del Derecho en sociedad es que provea una clara indicación de lo que se le pide a las personas para, en sus propias palabras, disponer las condiciones para "el florecimiento de la humanidad".

El resultado paradójico es- y debe subrayar que pienso que es sólo aparentemente paradójico- que Finnis resulta ser un positivista. Piensa que la definición de Derecho que mejor sirve a la moral es la definición positivista, porque deja claro a la gente lo que es una cuestión moral, a diferencia de lo que sería una cuestión sobre lo que es válido jurídicamente. Sólo suena paradójico si se comete el error de pensar que porque algo es válido jurídicamente es concluyente la cuestión de su obediencia moral. Pero esta pretensión nunca fue formulada por los positivistas. Finnis* va más allá, sin embargo, y está dispuesto a rellenar el contenido de las leyes. Construye un sistema jurídico ideal en el que ciertas ideas, que él dice se deducen del "principio de razonabilidad", llenan el contenido de las leyes.

A mi modo de ver, Finnis consigue demostrar que sólo los asuntos morales son los apropiados para construir definiciones y teorías jurídicas. Una vez que lo hace notar parece obvio. Junta a los más conocidos filósofos del Derecho, sean positivistas o iusnaturalistas, y proporciona una explicación racional de sus objetivos. Por supuesto, la idea de Finnis puede no haber sido apreciada por estos filósofos del Derecho, pero él aporta una explicación sensata y coherente de lo que ellos estaban haciendo. Por ejemplo, veamos a Bentham y Austin. ¿Estaban sólo describiendo, de forma neutral y desapasionada, lo que era el Derecho "ahí fuera", por decirlo de algún modo?. Parece más sensato suponer que su positivismo derivaba de su utilitarismo: que la mayor felicidad o placer para el mayor número se fomentaría adoptando una definición positivista del Derecho, que mantuviera las cuestiones de validez jurídica separadas de la cuestión de lo que era del mayor interés para todos. Veamos a Kelsen también. ¿Por qué estaba interesado en conseguir una teoría "pura" del Derecho? En un pasaje famoso, al comienzo de su obra *A general theory of Law and State*, dice que sólo la ciencia puede sobrevivir las ideologías en conflicto que acosan al siglo XX, y que sería necesario tener una ciencia pura del Derecho, que purificase las cuestiones referentes a la validez jurídica de las diversas doctrinas políticas y morales.

Esto se parece mucho a una razón moral que desea mantener separadas las cuestiones jurídicas y la moralidad.

METODOLOGIA

Llegó, por último, a mi cuarta idea central; la de la metodología. Habrán notado el solapamiento entre el informe de John Finnis, del Derecho Natural, y el acercamiento metodológico que adopta. Pero hay dos ideas más que pienso que es apropiado mencionar. Las dos provienen de Dworkin y han provocado mucha controversia e interés. Están mejor explicadas en un libro que está a punto de publicar titulado *LAW'S EMPIRE*.

EL DERECHO COMO INTERPRETACION

Para empezar, está la idea de Dworkin del Derecho como interpretación. Dworkin adopta la postura de que resolver lo que es el Derecho, definirlo, es un asunto de interpretación. Interpretación, para él, significa "sacar el sentido mejor de" un montón de materiales jurídicos que han de ser interpretados. Y como adopta una postura parecida a la definición de Finnis, piensa que "sacar el mejor partido" de los materiales jurídicos significa "sacar el mejor sentido moral" de esos materiales. Sacar este "mejor sentido moral" de las instituciones jurídicas básicas del sistema jurídico anglo-americano, dice, es verlo en términos de una justificación de fondo del utilitarismo cualificado, que a su vez genera argumentos basados en los derechos para decidir en los casos difíciles.

Me doy cuenta de que esto suena muy abstracto, pero es más fácil entenderlo si contemplamos su idea de interpretación de las leyes particulares. Dice que, en los casos difíciles, los jueces están obligados por el Derecho aunque, se debe recordar, el Derecho toma la forma de principios más que de normas (esa era la esencia de su crítica al profesor Hart). No niega, sin embargo, que los jueces tienen una discreción para decidir; es solamente que esta discreción no es un tipo de discreción débil que signifique algo así como: "se le permite ejercitar su juicio para resolver lo que es la mejor interpretación del Derecho". Dworkin dice que hablamos sobre interpretación de leyes y decisiones judiciales, y que se puede sacar una analogía entre este tipo de interpretación y la interpretación en el arte. La idea es la siguiente. Imaginemos un moderno musicólogo que escribe el movimiento final de la "sinfonía inacabada" de Schubert. Ese musicólogo habrá tenido que interpretar lo que pasaba antes,

en esta pieza musical, tal como lo escribió Schubert. Para que sea el movimiento final de esa sinfonia en concreto, y no una composición totalmente nueva, el musicólogo estará constreñido por los principios de composición contenidos en los anteriores movimientos originales de Schubert. Más aún, el musicólogo estará limitado por los principios musicales de la época, uso de la escala diatónica, la forma clásica y el lenguaje romántico. No estaría "en el carácter" de Schubert si, digamos, el musicólogo programara la sinfonia final para guitarra eléctrica, tambores africanos y un coro de quinientos tenores. Pero también sería un error, dice Dworkin, suponer que el musicólogo no gozó de alguna libertad para interpretar; su trabajo es seleccionar esas notas y huellas del tiempo que "sacan el mejor sentido de" lo que ha sucedido antes y que producirían el tipo de obra que Schubert podría haber producido.

Se puede ver, por supuesto, la analogía con el Derecho. La función interpretativa del juez es, después de mirar el material jurídico que tiene delante, producir algo que sea consistente, coherente y que saque el mejor sentido de ello, dada la justificación de fondo para los materiales, tal como él los ve. Significa que el juez está involucrado en crear una nueva ley, como el musicólogo crea una nueva música, pero esta creación está limitada y, por tanto, no es legislativa.

LA TESIS DE LA RESPUESTA CORRECTA: OBJETIVIDAD Y SUBJETIVIDAD EN EL DERECHO

Esta metodología interpretativa utilizada por Dworkin está acoplada a otra doctrina que ha causado una riada de controversias en el Reino Unido y en los Estados Unidos. Es su tesis de que puede haber respuestas correctas o verdaderas a las preguntas del Derecho. La idea es que en los casos difíciles a los que me he referido- puede haber, en principio, respuestas correctas aunque nadie sepa con certeza cuáles son. Estoy preparado para apoyar esta tesis, pero debo decir que a muchas personas les parece, simplemente, grotesca.

Lo que Dworkin está diciendo, realmente, es: el hecho de que los juristas hablen como si hubiera respuestas correctas- y pienso que está claro que lo hacen- es todo lo que se necesita para decir que hay, de hecho, respuestas correctas. El dice que no ve la diferencia de significado aunque, tal vez, diferencias en énfasis o cortesía, entre el jurista que dice, en un caso difícil, "en mi opinión, este es el Derecho..." y el jurista que, oponiéndosele, dice, "este es el Derecho..." Dworkin piensa que simplemente no es cierto que sólo podamos hablar de proposiciones ciertas

o concretas cuando podemos probar que lo son. Piensa que la verdad en terrenos diferentes al Derecho, pero particularmente en los casos difíciles, puede sobrepasar a la demostrabilidad.

CONCLUSION

Se observará que mucho del estado actual de la filosofía del Derecho, en el Reino Unido, debe su fuerza a las obras de Bentham, Hart y Dworkin. Las teorías jurídicas, sean positivistas como las de Hart, o antipositivistas como las de Dworkin, han sido forjadas en el yunque del utilitarismo. También, dado el crecimiento del interés anglo-americano por la filosofía política, durante los últimos veinte años, y la influencia que la obra de Ronald Dworkin ha tenido en los últimos diez años, pienso que la tendencia principal, actualmente entre los filósofos del Derecho en el Reino Unido, es dejar a un lado las nociones de que el estudio filosófico del Derecho puede realizarse separadamente del análisis de los problemas de la filosofía política.

LA OBJECCION DE CONCIENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL (*)

JOSE M^a ROJO SANZ

I. INTRODUCCION

Junto con los trabajos "Objeción de conciencia y guerra justa" y "Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz" (1), la presente comunicación constituye el tercer paso de una reflexión sobre la objeción de conciencia que se limita, en este caso, a profundizar en el estudio de los elementos que, para la configuración de la objeción de conciencia como derecho fundamental, nos aporta la Constitución española de 1978, la legislación complementaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este enfoque tiene sus ventajas. Al ser reciente la jurisprudencia que vamos a utilizar es evidente que encontraremos los ecos de la doctrina más actual sobre nuestro tema, así como una interpretación y adaptación del derecho y jurisprudencia comparados, en la medida en que nuestro ordenamiento jurídico permita su asimilación y remita a ellos.

Por otra parte, en los últimos años han aparecido interesantes aportaciones sobre la objeción de conciencia que hemos consultado, aunque no provengan estrictamente del campo de la Filosofía del Derecho, sino del administrativista o constitucionalista. De esta forma, los trabajos de Martín Retortillo, González Salinas, De Otto, entre otros, así como diferentes comentarios a la Constitución han sido tenidos en cuenta a la

(*) Comunicación presentada a las VIII Jornadas de Profesores de Filosofía Jurídica y Social. Sigüenza, Diciembre de 1985.

(1) Estos trabajos han sido publicados respectivamente en *Persona y Derecho*, 11, 1.984, pp. 122-147, y en *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1.985, pp. 95-104.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 14 (Palma de Mallorca 1986).

hora de concluir acerca de la objeción de conciencia (2), si bien, se ha procurado que el tratamiento que aquí se intenta dar a este tema no sea sino complemento decuado de los dos estudios mencionados al comienzo del presente trabajo.

Por último, y antes de pasar al objeto del mismo, conviene advertir la importancia de que temas como la objeción de conciencia aparezcan cada vez con mayor frecuencia, no sólo en Congresos y monografías, sino también en manuales de Filosofía del Derecho (3) lo que indica, en nuestra opinión, que ésta mantiene la sensibilidad hacia los problemas concretos que afectan al hombre, lejos de todo abstraccionismo, resolviéndose una laguna que existía en nuestra literatura filosófico-jurídica y en nuestra metodología y que recupera para ellas la mejor tradición anglosajona (4).

(2) Cfr. L. Martín Retortillo, *El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Sistema, 62, 1.984, pp. 3 y ss; P. González Salinas, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional*, REDA, 34, 1.982, pp. 389 y ss; I. de Otto, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Vasca de Administración Pública, 10, II, 1.984, pp. 53 y ss.

Entre los comentarios a la Constitución que se han tenido en cuenta citaremos los siguientes: P. Lucas Verdú, *Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales* Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico 2, 1.979, pp. 9-38; José A. Alonso de Antonio, *El derecho a la libertad religiosa en la Constitución española de 1.978: artículo 16*, Ibid., 223-256; I. Peidro, *Los derechos humanos en la Constitución española*, en *Estudios en homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés*, Valencia, 1.984, pp. 721-742; M. García Gómez, *Derechos humanos y Constitución española*, Alhambra, 1.980 Madrid; A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1.984; F. Américo, *Objeción de conciencia al servicio militar*, Anuario de Derechos Humanos, 3, 1.985, pp. 11-47; F.J. De Lucas, E. Vidal y M.J. Anón, *El régimen jurídico de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria*, Comunicación presentada al I Congreso Nacional de la Objeción de Conciencia, Valencia, 1.985; L. Prieto, *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho*, Sistema, 59, 1.984, pp. 41 y ss.

(3) En este sentido puede verse la segunda edición del libro *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1.985, de Rodríguez Paniagua que introduce un capítulo dedicado a la desobediencia civil y la objeción de conciencia.

(4) Ejemplo claro de lo dicho es el conocido libro de R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duchworth, London, 1.978. En Italia cuentan asimismo con cierta tradición como demuestra, por ejemplo, el manual de L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, CEDAM, Padova, 1.981.

II. OBJECION DE CONCIENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL

Por objeción de conciencia debe entenderse la actitud de quien rechaza un mandato de la autoridad, invocando la existencia en el foro de la conciencia de un dictamen que prohíbe realizar el comportamiento prescrito. Es la conciencia la que opone dicha resistencia por fidelidad a las propias convicciones morales. En efecto, se puede afirmar que, genéricamente, los motivos filosóficos humanitarios, políticos, etc..., deben incidir o proceder del contraste previo con la propia conciencia moral de alguna forma. Esto no quiere decir, que los motivos tengan que ser siempre estrictamente morales, sino que pueden ser de otro tipo, siempre que sean expresión de una actitud moral genérica o concreta. Parece claro que al ser la conciencia la activadora de la objeción, todo motivo tenga en último término un fundamento moral: vivir humanamente, vivir conforme a derecho, vivir conforme a rectitud y justicia, vivir respetando a los demás, son claramente actitudes morales. Aquí encontramos, una diferencia con la desobediencia civil, cuyos motivos no tienen por qué tener necesariamente un fundamento ético (5).

Las formas de objeción de conciencia pueden ser tan numerosas como abusos puedan darse por parte de la autoridad o como distintas formas de violencia puedan afectar a la conciencia de la persona. Sin embargo, al estudiar la objeción de conciencia en la legislación, incluso en la comparada, vemos cómo se reduce en la mayoría de los casos a pocas ideas generales siendo insuficiente para un tratamiento realista de aquella. Es lo que, en otro lugar, hemos denominado "pereza del legislador", que sería más bien "temor o desconfianza del legislador" ante las consecuencias de una aceptación generalizada de la objeción de conciencia (6), puesto que ésta aparece como un posible "legítimo impedimento" frente a la urgencia de la autoridad a obedecer sus propios mandatos (7).

(5) Cfr. J.M. Rodríguez Paniagua, *Lecciones...*, cit, p.183.

(6) Cfr. *Objeción de conciencia y guerra justa*, cit., pp. 121-124 y 138-139.

(7) El tratamiento legal de la objeción de conciencia es casi exclusivamente la de su especie frente al servicio militar o el empleo de armas o participación en la guerra. Sin embargo, para un tratamiento completo habría de verse: Declaración de la ONU de 1.948, art. 18; Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, 1.950, art. 9; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1.965, art. 83.c.II y art. 18; Resolución de 26 de Enero de 1.967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, nº 337; Resolución del Parlamento Europeo de 7 de Febrero de 1.983.

En nuestro ordenamiento habrá que consultar la Constitución española de 1.978, arts. 16.1. 30.2 y 53.2; los arts. 45 a 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; la ley 46/1.984 de 26 de Diciembre sobre regulación de la objeción de conciencia y del servicio social

Por otra parte, la objeción de conciencia aparece como una posible forma de enfrentamiento y competición a la monopolización del uso de la fuerza por el Estado, cuando aquella se manifiesta como obstáculo a la pretendida uniformidad y sometimiento que procura el Estado. En el momento en que la regla jurídica no coincide con la norma moral, por ejemplo, ya están dadas las condiciones para la objeción de conciencia la cual se manifiesta o en un acto de desobediencia civil o en el ejercicio de un derecho, según la objeción de conciencia no esté reconocida o si lo esté por el ordenamiento jurídico de que se trate.

La mayoría de los autores consideran que en caso de desobediencia civil se pretende el cambio de la legalidad vigente, mientras esto no ocurre en el caso de la objeción de conciencia (8), estableciéndose esta diferencia como la principal entre ambas. Incluso se llega a afirmar que la objeción de conciencia es simplemente una especie de desobediencia civil.

Es cierto que el objetor resiste a la sacralización de la ley, a considerar la obediencia como una virtud absoluta, a la divinización del Estado y rechaza una ley para sustituirla, en una determinada y concreta situación, por la ley y el poder de la conciencia (9), sin embargo no parece que necesariamente la objeción de conciencia tenga que ser una especie de desobediencia civil, salvo el caso de no estar admitida por el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de éste.

sustitutorio; la ley orgánica 8/1.984 de 26 de Diciembre por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia; la ley 19/1.984 de 8 de Junio del servicio militar, sobre todo los arts. 1 y 34; el Real Decreto 551/1.985 de 24 de Abril por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia; la Ley Orgánica 1/1.984 de 5 de Enero de reforma de la ley orgánica 6/1.980 de 1 de Julio por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización Militar.

Se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 15/1.982 de 23 de Abril; 23/1.982 de 13 de Mayo; 25/1.982 de 19 de Mayo; 40/1.982 de 30 de Junio y 53/1.985 de 11 de Abril; así como los autos 108/1.981 de 29 de Octubre; 100/1.982 de 24 de Febrero y 144/1.982 de 21 de Abril, comentando casi todo ello por Martín Retortillo en el artículo citado -y, supra nota 2- Por último, puede verse el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra algunos puntos de la ley 48/1984 de 26 de Diciembre, y la ley orgánica 8/1.984 de 26 de Diciembre, de fecha de 28 de Marzo 1.985.

(8) Así, para Rodríguez Panagua en la obra citada la desobediencia civil no pretendería suplantarse en bloque la legalidad sino algunos puntos concretos que son los que rechazaría. Sin embargo, la objeción de conciencia no pretendería la supresión sino el sustraerse a la aplicación de una pena. V.t.R. Dworkin, o.c., pp. 206 y ss, o, en otro sentido la obra de Singer, *Democracia y desobediencia*, Ariel, Barcelona, 1.985.

(9) Cfr. H.D. Thoreau, *La desobediencia civil*, J.J. Pauvert, Paris, 1.968. V.t. el trabajo *Monopolización del poder*... cit.

Por otro lado, si bien -como ha sido puesto de relieve en estas Jornadas- podría haber desde 1945 un retroceso y un recorte de las libertades o un ejercicio de determinados derechos a cambio de la renuncia a otros y hacerse necesario, junto a una relativización de los derechos fundamentales, mayores cotas de democratización del Estado (10), el reconocimiento de la objeción de conciencia como derecho fundamental hace posible una mayor democratización del Estado social de derecho, junto con una llamada a la regulación de conflictos entre derechos o libertades fundamentales por parte de los Parlamentos y los tribunales, ya que cuando en el ejercicio de este derecho, también fundamental, se da un conflicto de derechos, también fundamentales entonces ha de ser resuelto con los medios habituales del ordenamiento jurídico para estos casos, lo que permitirá relativizar aquellos y limitar asimismo la actuación de la Administración pública. En definitiva lograr una adecuada convivencia entre deberes y derechos necesarios para la democratización del Estado social de derecho.

III. LA OBJECCION DE CONCIENCIA EN LA LEGISLACION Y EN LA JURISPRUDENCIA

En nuestro ordenamiento jurídico no se atiende a la objeción de conciencia hasta los años setenta, por lo que se carece de experiencia y de una abundante jurisprudencia sobre el tema, que ha sido paliado en gran parte por la constante remisión que el Tribunal Constitucional ha hecho al derecho y a la jurisprudencia comparados.

La objeción de conciencia hizo su aparición en nuestro escenario jurídico en un proyecto de Ley de Junio de 1970 que constaba de tres artículos y en el que se afirmaba que "los criterios que informan determinadas creencias religiosas y las prácticas derivadas de las mismas llevan en ocasiones a quienes profesan dichas creencias a objetar el cumplimiento de deberes inherentes al servicio militar. Lo que plantea situaciones que, por lo que tienen de grave conflicto entre una obligación subjetiva de conciencia y una obligación cívica general, han de ser resueltas respetando el principio de libertad religiosa reconocido en nuestro ordenamiento jurídico". Este proyecto fue rechazado por la Comisión de Defensa de las Cortes, siendo la primera vez después de la guerra civil que un proyecto del Gobierno era rechazado.

(10) En este sentido tuvieron lugar las intervenciones, a lo largo de las Jornadas, de los Profesores J. R. Capella y N. M. López Calera, respectivamente.

En 1.971 se vuelve a proyectar una nueva ley en la que se concretaba la posibilidad -a regular por el Gobierno mediante Decreto- de prestar un servicio obligatorio en tiempo de paz en régimen especial. Este proyecto provocó, al parecer, tales discusiones que el mismo Gobierno lo retiró antes de que se produjera votación alguna. Llegó, más tarde, la reforma del Código de Justicia Militar, art. 383 bis, que contemplaba la negativa a la prestación del servicio militar, y por tanto también en caso de objeción de conciencia, como un delito.

Habrà que esperar al Real Decreto 3011/1.976 de 23 de Diciembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al servicio militar, para que ésta entre a figurar en nuestro ordenamiento jurídico definitivamente, si bien de manera insuficiente ya que, no sólo se contemplaba la objeción de conciencia exclusivamente por motivos religiosos, sino que la única objeción posible era al cumplimiento del servicio militar. Esta es precisamente una constante en la legislación comparada, e incluso en nuestra misma legislación posterior, si bien pudiendo ya convivir con una aceptación más amplia de la objeción de conciencia como veremos a continuación.

En efecto, la Constitución española de 1.978 da un paso definitivo al contemplar la objeción de conciencia expresamente en los artículos 30.2 y 53.2, siendo la cuarta Constitución europea que incluye esta mención, junto con las de Alemania (República Federal), Holanda y Portugal. Nuestra Constitución ha sido desarrollada posteriormente en este punto por la ley 48/1.984 de 26 de Diciembre reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (11) y otras disposiciones complementarias.

A la vista de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia constitucional podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existe y puede ser ejercido el derecho fundamental a la objeción de conciencia con independencia de que se dicte o no regulación concreta aplicable *ad casum* (12), puesto que la objeción de conciencia forma parte del conte-

(11) Cfr. B.O.E. de 28 de Diciembre de 1.984, pp. 37306 y ss. V.t. B.O.C. Congreso de los Diputados de 1 de Diciembre de 1.983, II legisl., Serie A, nº 791, pp. 1101 y ss. Además de los textos citados en la nota 7, para un completo examen se ha tenido en cuenta también: Los Boletines Oficiales de las Cortes, Congreso de los Diputados de 28 de marzo, 6 de Abril y 25 de Mayo de 1.984; el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 16 de Febrero de 1.984; el Boletín Oficial de las Cortes, Senado de 14 de Junio de 1.984.

(12) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 53/1.985 de 11 de Abril, fundamento jurídico 13.

nido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución (13) y, como reiteradamente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ésta es aplicable directamente especialmente en el caso de los derechos fundamentales. La Constitución al recoger la libertad ideológica y religiosa como derecho fundamental y, por tanto, también la objeción de conciencia como tal, convierte en el ejercicio de un derecho la actitud del objetor y no sólo frente al servicio militar, sino en principio, frente a cualquier obligación o mandato imperativo de cualquier autoridad.

En cuanto a las garantías de que goza este derecho fundamental a la objeción de conciencia habrá de estar al artículo 53.2 que contempla una doble protección constitucional: a) Ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y b) A través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pero, además, el artículo 30.2 del mismo cuerpo legal recoge lo que podríamos denominar una concreción constitucional del derecho fundamental a la objeción de conciencia, al afirmar que "la ley (...) regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio".

De este modo, la objeción de conciencia como derecho fundamental constituye al mismo tiempo una de las causas específicas de exención del servicio militar, aunque no del deber de la defensa de España dentro de un concepto amplio de "defensa" (14). En este caso, para su ejercicio se

(13) Ibid, fundamento jurídico 14.

(14) Acerca de lo que legalmente se entiende por "defensa", podemos decir que el servicio militar obligatorio viene considerado como el principal modo de poner en práctica el derecho-deber de defender a España, recogido en el artículo 30.1 de la Constitución. El artículo 1.1 y 2 de la ley 19/1.984 de 8 de Junio del servicio militar afirma que el servicio militar en las Fuerzas Armadas constituye una prestación fundamental de los españoles a la Defensa Nacional ya que, de acuerdo con la Constitución, éstos tienen el derecho y el deber de defender a España. Y por defensa nacional se debe entender ante todo: "ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas, según el artículo 8 de la ley orgánica 1/1.984 de 5 de Enero de reforma de la ley orgánica 6/1.980 de 1 de Julio por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar. Ahora bien en el artículo 30 de la Constitución, apartados 3 y 4, la defensa nacional prevee situaciones no necesariamente de carácter militar, tales como pueden serlo "otros fines de interés general o casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública". Del mismo modo el artículo 6.1 de la ley 48/1.984 reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria establece que ésta consistirá en actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares, sin que ello tenga que eximir necesariamente -al menos no se desprende de la interpretación de los textos legales- del deber de defender a España, sino que en ello consisten también ese otro tipo de actividades enumeradas.

establece, asimismo, una doble garantía: a) Un recurso administrativo previo de alzada, y b) El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional del artículo 53.2. Si bien, la referencia explícita a la objeción de conciencia del artículo 30.2 supone -como ha señalado el profesor Peces-Barba en estas Jornadas- un equilibrio entre diferentes posturas, parece, no obstante, conveniente dicha referencia para reafirmar su inclusión en la protección del amparo en tema tan delicado como podría ser el rechazo del servicio militar (15).

A la vista de este examen sumario de nuestro derecho positivo podemos concluir que es obvio que la objeción de conciencia no puede entenderse ya exclusivamente como objeción de conciencia al servicio militar, postura que conllevaría graves consecuencias de interpretación del artículo 16.1 de la Constitución en relación con el 30.2. Así, cuando hablemos de objeción de conciencia tendremos que referirnos, en primer lugar, al artículo 16.1 y sólo al 30.2 cuando nos refiramos al servicio militar obligatorio. Por tanto, la objeción de conciencia como derecho fundamental aparece primada por la Constitución y expresamente reconocido éste por el Tribunal Constitucional, quedando impedida ya cualquier autoridad de obstaculizar su ejercicio al ser de aplicación directa la Constitución.

Por último, habría que decir que la objeción de conciencia al ser reconocida de esta forma por el ordenamiento jurídico no puede ser ya conceptualizada en su ejercicio como una especie de desobediencia civil sino, por el contrario, como el mero ejercicio de un derecho fundamental.

IV. GENERALIDAD DE LA OBJECION DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia al ser regulada en un ordenamiento jurídico introduce ciertamente una normatividad no positiva que rompe con el monopolio de la creación del derecho por parte del Estado primándose de algún modo, la conciencia individual sobre la ley general en algunos casos concretos. Decir, por otra parte que uno tiene derecho a la objeción de conciencia ante una norma legal que imponga un deber, significa, en rigor, que cada norma imperativa puede tener excepciones a la misma, que incluso pueden suspenderla o anularla en algunos casos, en

(15) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 15/1.982 de 23 de Abril, fundamento jurídico 3. V.t. Oliver Araujo, J., *El recurso de amparo*, Universitat de les Illes Balears, Palma de M., 1986.

base a lo preceptuado por la conciencia individual que consiste en una imperatividad que produce efectos jurídicos reconocidos por el propio ordenamiento de forma que la conducta del objetor es su propio derecho. Sin embargo el temor que puede darse ante esta situación de que "la objeción de conciencia se convierta un instrumento de destrucción del Estado" parece infundado. En efecto, desde el momento en que la objeción de conciencia pasa a ser reconocida como derecho fundamental del ordenamiento, entra su ejercicio en el juego de conflictos entre derechos y deberes, pasando su delimitación y la declaración de su prevalencia o no -o en qué términos-, en cada caso, de manos del legislador a la de los jueces y, en último término, al Tribunal Constitucional. Como, sin embargo, a pesar de las declaraciones de los mismos tribunales la objeción de conciencia puede seguir siendo mantenida en ciertas situaciones: habrá que contar además con otro elemento estabilizador, por ejemplo, la aceptación social -la libre aceptación por el pueblo soberano- de un contenido mínimo en las pautas sociales que podría aventurarse en la línea de las propuestas de Hart o Dworkin (16): No se debe plantear, por tanto, ante el hecho de la objeción de conciencia una disyunción entre democracia y pluralismo o entre Estado y pluralismo ya que una y otro deben saber acoger toda forma diferenciada. La disyunción se habrá de plantear, en todo caso, entre democracia y positivismo legalista o entre éste y Estado, ya que como hemos afirmado anteriormente el reconocimiento de la objeción de conciencia por un ordenamiento jurídico no puede ser sino un paso más hacia la democratización del Estado.

Como, además, la respuesta ante el interrogante sobre la ley, la libertad y la conciencia, ha de buscarse en el discurso antropológico, si el objetor se sitúa en la perspectiva de la pregunta acerca de la conciencia de lo verdadero, entonces el objetor se presentará como un eficaz contribuyente a la consecución de los fines del Derecho y a la aclaración de su sentido: la justicia en la decisión, la seguridad en la certeza del bien y la paz en las actuaciones, presidirán entonces la vida jurídica de la sociedad.

(16) Cfr. *El concepto de Derecho* de Hart (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.968, pp. 239 y ss.) y la obra ya citada de Dworkin (*passim*).

KRÄMER, LUDWIG, *EEC CONSUMER LAW*, Editorial Story-Scientia, Bruselas, 1986, 432 páginas.

El profesor alemán Krämer ofrece en este manual la que seguramente es la primera descripción completa tanto del estado actual como de las perspectivas futuras de la ya abundante legislación comunitaria sobre protección de los consumidores, descripción cerrada a 31 de diciembre de 1985.

Como es sabido, en el Tratado de Roma no se contempla de forma específica la figura del consumidor a los efectos de otorgarle, como parte débil en la contratación, una específica protección (así, se afirma que el consumidor fue el "*forgotten man*"). La razón de esta ausencia radica sencillamente en que el amplio movimiento de protección de los consumidores se inició después de la conclusión del Tratado, en la década de los sesenta, siendo según algunos el punto de inicio el célebre mensaje al Congreso del Presidente Kennedy de 15 de marzo de 1962. Ahora bien, las autoridades comunitarias han sido sensibles a este justo movimiento, que como dice De Castro no es simplemente una moda, y después de varios acuerdos y estudios previos han puesto en marcha de forma sucesiva un programa preliminar (14 de abril de 1985) y un segundo programa (19 de mayo de 1981) para una política de protección e información de los consumidores. Por último, el Acta Unica Europea establece en su artículo 18, y como adición al art. 100 del Tratado de Roma, que la aproximación de la legislación en materia de protección a los consumidores se basará en un nivel de protección elevado.

Fruto de ello ha sido la aparición de una legislación comunitaria derivada para lograr esta protección, que en líneas generales es suficientemente completa y avanzada, aunque no pueden dejar de señalarse algunos aspectos críticos, en ocasiones de importancia (por ejemplo, Krämer critica en el capítulo tercero muchos aspectos de la legislación comunitaria sobre información a los consumidores), ni, incluso, que para algunos autores la legislación es insuficiente y para otros, y desde otra perspectiva, la Comunidad carece de competencia en materia de protección a los consumidores.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que con nuestro reciente ingreso en la Co-

munidad deberemos adaptar nuestra normativa sobre consumo a la comunitaria, es claro el interés de todo jurista español, y en realidad de todo consumidor, en el manual de Krämer, ya que es un pionero a la hora de ofrecer una visión del ordenamiento comunitario relativo a consumo sintética y divulgatoria a la vez que rigurosa y de altura jurídica. Doble característica que es ciertamente muy de agradecer ya que muchas obras sobre temas de consumo adolecen a nuestro entender del defecto de sacrificar el siempre necesario rigor científico a un mal entendido, y por eso casi siempre fallido, planteamiento divulgativo.

A este respecto, es digno de mención por su altura jurídica el capítulo primero de la obra comentada, que analiza la posición del consumidor en el Derecho comunitario, siendo concretamente de especial interés su sección segunda, que estudia la competencia de la Comunidad para regular cuestiones relacionadas con la política de consumo, realizando un estudio exhaustivo de las distintas opiniones y fundamentando de manera rigurosa dicha competencia. Por otra parte, basta citar el contenido del resto de los capítulos para darse cuenta del carácter sintético y completo del libro: así, el capítulo segundo analiza la regulación de los precios; el tercero, la información a los consumidores; el cuarto, la normativa publicitaria; el quinto, la protección de la salud de los consumidores; el sexto, la calidad de los productos; el séptimo, la normativa sobre crédito al consumo y la de seguros; el octavo, una serie de temas diversos (servicios postales, ...); el noveno, las cuestiones judiciales, y el décimo, una serie de conclusiones. Finalmente, se cierra la obra con una completa referencia bibliográfica.

En conclusión, la lectura del libro de Krämer resulta obligada para todas aquellas personas que de alguna manera tienen especial interés por los temas de consumo, temas que adquieren una importancia de primer orden en los países capitalistas avanzados.

Guillem Alcover Garau

JOSE TOMAS MARTIN DE AGAR Y VALVERDE, *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1.985, 215 págs.

En el presente volumen de la Colección canónica de la Universidad de Navarra se ofrece una breve síntesis de la posición del matrimonio canónico ante el Derecho español. El trabajo se estructura en torno a tres capítulos: Historia y Derecho concordatorio comparado; evolución del sistema matrimonial español hasta la Constitución de 1.978; y el matrimonio canónico en el Derecho español vigente.

Se trata de un trabajo, bien documentado, pero un tanto lineal. En efecto, se

munidad deberemos adaptar nuestra normativa sobre consumo a la comunitaria, es claro el interés de todo jurista español, y en realidad de todo consumidor, en el manual de Krämer, ya que es un pionero a la hora de ofrecer una visión del ordenamiento comunitario relativo a consumo sintética y divulgatoria a la vez que rigurosa y de altura jurídica. Doble característica que es ciertamente muy de agradecer ya que muchas obras sobre temas de consumo adolecen a nuestro entender del defecto de sacrificar el siempre necesario rigor científico a un mal entendido, y por eso casi siempre fallido, planteamiento divulgativo.

A este respecto, es digno de mención por su altura jurídica el capítulo primero de la obra comentada, que analiza la posición del consumidor en el Derecho comunitario, siendo concretamente de especial interés su sección segunda, que estudia la competencia de la Comunidad para regular cuestiones relacionadas con la política de consumo, realizando un estudio exhaustivo de las distintas opiniones y fundamentando de manera rigurosa dicha competencia. Por otra parte, basta citar el contenido del resto de los capítulos para darse cuenta del carácter sintético y completo del libro: así, el capítulo segundo analiza la regulación de los precios; el tercero, la información a los consumidores; el cuarto, la normativa publicitaria; el quinto, la protección de la salud de los consumidores; el sexto, la calidad de los productos; el séptimo, la normativa sobre crédito al consumo y la de seguros; el octavo, una serie de temas diversos (servicios postales, ...); el noveno, las cuestiones judiciales, y el décimo, una serie de conclusiones. Finalmente, se cierra la obra con una completa referencia bibliográfica.

En conclusión, la lectura del libro de Krämer resulta obligada para todas aquellas personas que de alguna manera tienen especial interés por los temas de consumo, temas que adquieren una importancia de primer orden en los países capitalistas avanzados.

Guillem Alcover Garau

JOSE TOMAS MARTIN DE AGAR Y VALVERDE, *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1.985, 215 págs.

En el presente volumen de la Colección canónica de la Universidad de Navarra se ofrece una breve síntesis de la posición del matrimonio canónico ante el Derecho español. El trabajo se estructura en torno a tres capítulos: Historia y Derecho concordatorio comparado; evolución del sistema matrimonial español hasta la Constitución de 1.978; y el matrimonio canónico en el Derecho español vigente.

Se trata de un trabajo, bien documentado, pero un tanto lineal. En efecto, se

centra preferentemente en exponer y subrayar las tesis más tradicionales sobre el particular sin someterlas a una serena crítica a partir de los datos constitucionales. Lo cual, en nuestra opinión, revela la carencia de una perspectiva irrenunciable para el jurista. Probablemente las conclusiones a que llega sintonizan perfectamente con el "desideratum" de la Iglesia sobre el tema. Pero ello, a partir de la Constitución de 1.978, no es un criterio válido de trabajo para el estudioso del Derecho estatal.

No obstante esta valoración, el trabajo es de gran utilidad para conocer la posición tradicional cuyos argumentos ordena, sistematiza y documenta con notable acierto. El trabajo se complementa con una cuidada selección bibliográfica.

Miguel Albertí

JAIME SUAUMOREY, *El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y el recurso de casación*, Madrid, 1986, ed. REUS, págs. 206.

El quebrantamiento de las formas en el juicio resulta relevante en todo caso para el estudioso del Derecho procesal, por cuanto el tratamiento de las normas reguladoras del proceso por los jueces y tribunales debe ser escrupuloso y realizarse con rigor, pues de ello depende, en gran medida, el control de los derechos fundamentales de los particulares en todo proceso, y sobre todo el cumplimiento de las garantías que deben residir en toda clase de juicios.

Para ello es preciso que, desde el primer momento, hagamos especial hincapié en lo que constituye el proceso, y sobre ello debe sostenerse la necesidad de que las garantías procesales sean cumplidas. Pues bien, si como reiteradamente ha manifestado la doctrina, el proceso es el instrumento que sirve al órgano jurisdiccional para poder arbitrar y solucionar las controversias que surgen entre los particulares, las normas procesales deben cumplirse con rigor, salvo que admitamos que, con independencia de su cumplimiento, los jueces o tribunales estén en condiciones de fallar un pleito.

Ahora bien, sin con acento en la casuística general, esto puede plantearse (después volveremos sobre esta idea), desde una perspectiva general no es admisible que podamos concluir que los jueces y tribunales, según cada cual, pueda estar en condiciones de fallar un pleito, en momentos distintos de su tramitación.

Lo cierto es que, el camino elegido por el legislador -que no podría ser otro, en cuanto que el juzgador es ser humano y, en consecuencia, necesitará valerse de instrumentos para poder dictar una sentencia (otra sería la cuestión, como dice FENECH, si Dios fuera el juzgador, que no necesitaría de proceso)- es sentar las reglas adecuadas de tratamiento procesal del propio proceso con el fin de salvaguardar un "desideratum" generalizado al administrar justicia: que la sentencia, que tendrá eficacia de cosa juzgada con independencia de lo ajustada a

centra preferentemente en exponer y subrayar las tesis más tradicionales sobre el particular sin someterlas a una serena crítica a partir de los datos constitucionales. Lo cual, en nuestra opinión, revela la carencia de una perspectiva irrenunciable para el jurista. Probablemente las conclusiones a que llega sintonizan perfectamente con el "desideratum" de la Iglesia sobre el tema. Pero ello, a partir de la Constitución de 1.978, no es un criterio válido de trabajo para el estudioso del Derecho estatal.

No obstante esta valoración, el trabajo es de gran utilidad para conocer la posición tradicional cuyos argumentos ordena, sistematiza y documenta con notable acierto. El trabajo se complementa con una cuidada selección bibliográfica.

Miguel Albertí

JAIMESUAU MOREY, *El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y el recurso de casación*, Madrid, 1986, ed. REUS, págs. 206.

El quebrantamiento de las formas en el juicio resulta relevante en todo caso para el estudioso del Derecho procesal, por cuanto el tratamiento de las normas reguladoras del proceso por los jueces y tribunales debe ser escrupuloso y realizarse con rigor, pues de ello depende, en gran medida, el control de los derechos fundamentales de los particulares en todo proceso, y sobre todo el cumplimiento de las garantías que deben residir en toda clase de juicios.

Para ello es preciso que, desde el primer momento, hagamos especial hincapié en lo que constituye el proceso, y sobre ello debe sostenerse la necesidad de que las garantías procesales sean cumplidas. Pues bien, si como reiteradamente ha manifestado la doctrina, el proceso es el instrumento que sirve al órgano jurisdiccional para poder arbitrar y solucionar las controversias que surgen entre los particulares, las normas procesales deben cumplirse con rigor, salvo que admitamos que, con independencia de su cumplimiento, los jueces o tribunales estén en condiciones de fallar un pleito.

Ahora bien, sin con acento en la casuística general, esto puede plantearse (después volveremos sobre esta idea), desde una perspectiva general no es admisible que podamos concluir que los jueces y tribunales, según cada cual, pueda estar en condiciones de fallar un pleito, en momentos distintos de su tramitación.

Lo cierto es que, el camino elegido por el legislador -que no podría ser otro, en cuanto que el juzgador es ser humano y, en consecuencia, necesitará valerse de instrumentos para poder dictar una sentencia (otra sería la cuestión, como dice FENECH, si Dios fuera el juzgador, que no necesitaría de proceso)- es sentar las reglas adecuadas de tratamiento procesal del propio proceso con el fin de salvaguardar un "desideratum" generalizado al administrar justicia: que la sentencia, que tendrá eficacia de cosa juzgada con independencia de lo ajustada a

derecho que sea, sea lo más justa posible.

En consecuencia, si la finalidad es la búsqueda de una justicia "justa", que indudablemente se conseguirá cuando la coincidencia y adecuación de la verdad formal -aquella obtenida en el proceso- y la verdad material, sea absoluta, el legislador no debe hacer otra cosa que marcar el camino adecuado para conseguir que, a través de las actuaciones procesales, el juez pueda estar en condiciones de dictar una resolución plenamente ajustada a derecho; y estas condiciones se obtienen cuando se cumplen con todos y cada uno de los requisitos procesales que salvaguardan las garantías necesarias de los particulares para que el juez arbitre una solución justa.

¿Quiere esto decir que la resolución dictada por un juez o tribunal en proceso que no se han observado estas garantías procesales, sea injusta?: en absoluto. Puede ser que sea más justa -desde la perspectiva de la verdad material- que aquella otra resolución dictada por juez que ha observado escrupulosamente las garantías procesales. Pero esto no nos importa ahora. Lo cierto es que, al amparo del principio de normalidad, el legislador debe adecuar un tratamiento procesal a lo que para él suponen las condiciones mínimas para dictar una resolución justa, y si estas no se cumplen, debe anular la resolución y retrotraer las actuaciones, declarando la nulidad de lo actuado desde que se haya producido una infracción o violación de una garantía del proceso.

Este es, a nuestro entender, el planteamiento que sigue el legislador, y se observa claramente a través de un análisis, por superficial que este sea, del recurso de casación. Sea a través del ya derogado recurso de casación por quebrantamiento de forma, sea por el actual motivo de casación contenido en el art. 1693, i.f. de la Lec, la sentencia que acoja el recurso de casación -o sea, que observa la existencia de un vicio procesal en el proceso- dictará sentencia -nos referimos al Tribunal Supremo- por la cual se anulará la sentencia definitiva dictada por la Audiencia, y retrotraerá las actuaciones, para que el proceso sea llevado conforme a las leyes procesales (art. 1715, III Lec), aunque al final pueda ser que la sentencia ya dictada acorde con la normativa legal -es decir, corregidos los vicios procesales- tenga igual contenido material que aquella que se anuló.

Esto es en esencia la razón por la cual el legislador constituye el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio; la simple presunción de que el juez o tribunal no ha estado en condiciones de dictar una sentencia justa, porque no ha observado la tramitación legal, es suficiente para que el legislador desconfíe de la "justicia" administrada, por lo cual se limita a anularla, impreviéndolo el fallo sobre el fondo.

No obstante, el legislador prefiere, y más a tenor de la reforma de la Lec de 1984, que explícitamente así lo expresa, que la violación de las normas procesales en la tramitación del proceso afecte al derecho de defensa consagrado en el art. 24,II de la Constitución Española. Este es, sin duda, el punto de conexión que tiene el tema, con el contexto constitucional en el que deben desenvolverse

las normas del Ordenamiento jurídico.

La obra, que ahora presentamos, analiza con detenimiento los aspectos más importantes de los vicios procesales que pueden ocasionarse en el proceso, y en la medida en que los mismos pueden ser motivo de recurso de casación, el autor hace un análisis de dicho recurso de carácter extraordinario ante el Tribunal Supremo, y en cuanto que le afecta la propia normativa constitucional, el autor indaga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El manejo por el autor de la doctrina, tanto nacional como de los países de nuestro entorno, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del propio Tribunal Constitucional, y los conocimientos que el autor tiene de la práctica diaria ante los tribunales -no en vano el mismo lleva ejerciendo la abogacía por más de quince años- hacen que esta obra resulte interesante y novedosa a todos aquellos profesionales, tanto desde el punto de vista teórico, como a aquellos que viven la realidad práctica del ejercicio de la abogacía ante los juzgados y tribunales españoles.

Carlos Gutiérrez González

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Jurisdicción contencioso-administrativa.** Su carácter revisor. Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta del de reposición. Es extemporáneo el interpuesto a requerimiento de la Sala en virtud de lo establecido en el art. 129 de la Ley Reguladora de esa Jurisdicción. *Sentencia de 8 de Enero de 1986 (*)*.
2. **Funcionarios públicos.** Igualdad ante la Ley: se infringe el precepto constitucional al no reconocer a un funcionario el derecho a la percepción de un complemento retributivo concedido a otros en idénticas condiciones. Es indiferente que el funcionario formule tal petición una vez jubilado. *Sentencia de 9 de Enero de 1986*.
3. **Autorizaciones administrativas.** Es procedente la denegación de autorización a empresa distribuidora de agua para corte del suministro por impago del servicio de recogida de basuras, aunque tal concepto se incluya en el mismo recibo. *Sentencia de 10 de Enero de 1986 (*)*.
4. **Infracciones urbanísticas.** Demolición: carácter extremo de tal medida; procedencia en el caso de autos pues la ampliación de la vivienda efectuada lo ha sido al margen de toda legalidad urbanística. *Sentencia de 11 de Enero de 1986 (*)*.
5. **Expropiación forzosa.** Impugnación del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa. Interposición del recurso de reposición casi dos años después de la notificación del acuerdo: inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Visión benevolente de la postura de la parte actora, al objeto de no imponerle las costas del juicio. *Sentencia de 13 de Enero de 1986*.

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por D. José Luis Alemany Pau en lo que se refiere a las sentencias en materia administrativa. Por el Profesor M. Dolís Roca en lo que se refiere a las sentencias en materia de Derecho Financiero y Tributario, y por el Profesor Dr. García Fernández en lo que se refiere al Derecho del Trabajo.

6. **Dº Administrativo sancionador.** Sanción a personas que se dedicaban a otorgar préstamos a alto interés en el interior de un Casino. Irregularidades de que no determinan la nulidad de lo actuado. Legalidad de la sanción. *Sentencia de 14 de Enero de 1986.*
7. **Urbanismo.** Estudio de la figura del silencio positivo: el mismo no puede ser cauce para obtener lo que no se podía alcanzar expresamente. No se puede considerar aprobado definitivamente un Plan Parcial por silencio positivo, dados los defectos intrínsecos del mismo. *Sentencia de 16 de Enero de 1986 (*).*
8. **Contratación.** Falta de poder a favor de quien interpuso el recurso de reposición; tal defecto no es causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Eliminación por parte de la Administración contratante de condiciones puestas por el concursante por ser contrarias al Pliego de Condiciones: no supone alteración de las condiciones del contrato, ni afecta a la selección del contratista. *Sentencia de 17 de Enero de 1986.*
9. **Contribuciones especiales.** Notificaciones por correo; firma del destinatario ilegible; no puede ser tenida en cuenta al objeto de declarar inadmisibile el recurso por extemporáneo. No se puede discutir en el procedimiento económico administrativo cuestiones ajenas a las estrictamente tributarias, aunque las mismas tengan un contenido de índole económico y constituyan un ingreso no fiscal para la Corporación. *Sentencia de 18 de Enero de 1986.*
10. **Seguridad Social:** Falta de cotización. Valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo; su conjunción con otras circunstancias concurrentes. Desestimación del recurso. *Sentencia de 22 de Enero de 1986.*
11. **Urbanismo.** Carácter reglado de las licencias urbanísticas; nulidad de la otorgada por sobrepasar la altura máxima permitida por el Plan General. Declaración del derecho del actor a que el Ayuntamiento demandado ordene la demolición de exceso de edificación. *Sentencia de 22 de Enero de 1986.*
12. **Dº. Administrativo sancionador.** Sanciones en materia turística. Excursiones sin guía-intérprete; procedencia de la sanción. Presunción de veracidad de las actas de los Inspectores de Turismo. *Sentencia de 22 de Enero de 1986.*

13. **Vía de apremio.** En la impugnación ante el Tribunal Económico-Administrativo no se pueden discutir los aspectos de la multa impuesta, que en su caso debió recurrirse en alzada por la vía administrativa ordinaria. *Sentencia de 22 de Enero de 1986.*
14. **Seguridad Social.** Sanción por falta de cotización a la Seguridad Social por un trabajador en el tiempo transcurrido desde su despido hasta que el mismo fue declarado improcedente por la Magistratura de Trabajo; legalidad de la misma. *Sentencia de 28 de Enero de 1986. (*)*.
15. **Urbanismo.** Trámite de audiencia al interesado; no es causa de anulabilidad de la resolución si la misma no implica indefensión. Denegación de licencia de actividad comercial en zona residencial. Interpretación de informes periciales contradictorios. Límites del silencio positivo. *Sentencia de 29 de Enero de 1986. (*)*.
16. **Funcionarios públicos.** Sanción por incumplimiento de deberes. Sustitución de la separación definitiva del servicio por la suspensión temporal de funciones. *Sentencia de 31 de octubre de 1986.*
17. **Responsabilidad administrativa.** Distinción de la responsabilidad civil. Denegación de indemnización a Policía Municipal que resultó herido en accidente de tráfico con resultado de incapacidad permanente. Denegación de la misma por no guardar relación con el funcionamiento de un servicio público. *Sentencia de 4 de Febrero de 1986. (*)*.
18. **Urbanismo.** Trámite de audiencia al interesado; no es causa de anulabilidad de la resolución si la misma no implica indefensión. Denegación de licencia de conexión con la red de alcantarillado de locales comerciales no amparados por licencia de obras. Interpretación de informes periciales contradictorios. Desestimación del recurso al ser inaplicable la doctrina de los actos propios. *Sentencia de 5 de Febrero de 1986.*
19. **Funcionarios públicos.** Reconocimiento de niveles y coeficientes de proporcionalidad. Viabilidad de tal solicitud aún después de la jubilación, siempre y cuando se refiera a su situación en activo. *Sentencia de 6 de Febrero de 1986.*
20. **Propiedad industrial.** Denegación del Registro de la marca "Multi-centro Jaime III" por similitud fonética con otros nombres comer-

ciales que utilizan la palabra "multicentro". Inexistencia de similitud. Denominaciones genéricas. Estimación del recurso. Notificación personal de la sentencia a los titulares de los nombres afectados. *Sentencia de 6 de Febrero de 1986. (*)*.

21. **Funcionarios públicos.** Profesorado. Pagas extraordinarias. Conveniencia de seguir la Doctrina Jurisprudencial de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otras Audiencias Territoriales en aras a la seguridad jurídica. *Sentencia de 21 de Febrero de 1986.*
22. **Funcionarios públicos.** Profesorado. Pagas extraordinarias. Conveniencia de seguir la Doctrina Jurisprudencial de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otras Audiencias Territoriales en aras a la Seguridad Jurídica. *Sentencia de 22 de Febrero de 1986.*
23. **Funcionarios públicos.** Profesorado. Pagas extraordinarias. Conveniencia de seguir la Doctrina Jurisprudencial de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otras Audiencias Territoriales en aras a la Seguridad Jurídica. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986.*
24. **Funcionarios públicos.** Profesorado. Pagas extraordinarias. Conveniencia de seguir la Doctrina Jurisprudencial de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otras Audiencias Territoriales en aras a la Seguridad Jurídica. *Sentencia de 25 de Febrero de 1986.*
25. **Funcionarios públicos.** Profesorado. Pagas extraordinarias. Conveniencia de seguir la Doctrina Jurisprudencial de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otras Audiencias Territoriales en aras a la Seguridad Jurídica. *Sentencia de 26 de Febrero de 1986.*
26. **Funcionarios públicos.** Profesorado. Pagas extraordinarias. Conveniencia de seguir la Doctrina Jurisprudencial de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otras Audiencias Territoriales en aras a la Seguridad Jurídica. *Sentencia de 26 de Febrero de 1986.*
27. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** El procedimiento especial de la Ley 26/78 no es el adecuado para discutir actuaciones de la Inspección de Hacienda. *Sentencia de 3 de Marzo de 1986.*
28. **Licencias administrativas.** Colocación de letrero luminoso. Discrepancia entre la Administración Autonómica y la Local en cuanto a si el punto de su ubicación se encuentra enclavado en el Centro His-

tórico-Artístico de la Ciudad. Resolución a favor del administrado. *Sentencia de 6 de Marzo de 1986.*

29. **Sanidad veterinaria.** Competencias concurrentes de diversas administraciones. Nulidad de la convocatoria municipal de plaza de veterinario por invadir competencias de la Comunidad Autónoma. *Sentencia de 7 de Marzo de 1986. (*)*.
30. **Licencias.** Transmisión de las de auto-taxi; impugnación de la misma por Central Sindical. Inadmisibilidad formal del recurso. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*
31. **Servicio público.** Contrato municipal con empresa para el suministro de agua a una urbanización. Carácter administrativo del convenio, aunque no tributario. Procedencia de la liquidación Municipal por débito de agua suministrada. No es necesaria la notificación personal de los aumentos del precio del agua a la empresa distribuidora. *Sentencia de 25 de Marzo de 1986.*
32. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Sanción a funcionarios consistente en pérdida de un día de haberes; inmediata ejecución de la misma: no viola el principio de tutela judicial efectiva. *Sentencia de 15 de Abril de 1986. (*)*.
33. **Contrato administrativo.** Servicio público de recogida de basuras. Su naturaleza. Prórroga. *Sentencia de 17 de Abril de 1986.*
34. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Derecho constitucional a la libre sindicación; lo vulnera un acuerdo de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo que deniega a una Organización Empresarial de probada representatividad la atribución de vocalías en el Fondo de Garantía Salarial. *Sentencia de 24 de Abril de 1986.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. Su carácter revisor. Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta del de reposición. Es extemporáneo el interpuesto a requerimiento de la Sala de en virtud de lo establecido en el art. 129 de la Ley Reguladora de esa Jurisdicción. *Sentencia de 8 de Enero de 1986.*

I. Ante todo y para despejar el camino que nos conduzca a la resolución de las cuestiones suscitadas en el presente proceso, se hace preciso eliminar la pretensión alternativa o subsidiaria actuada en la demanda, de que se declare la ilegalidad de las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la otorgada por la Corporación demandada y consiguiente demolición de las mismas, ya que dicha pretensión ha de ser considerada inadmisibile en términos procesales contencioso-administrativos, para constituir la denominada por la doctrina jurisprudencial desviación procesal, puesto que en estos litigios únicamente cabe entender y decidir sobre el acto (o disposición general) citados en el escrito de interposición, como tiene desde antiguo sentado la Jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal (Sentencias de 5 de Diciembre de 1.986, 30 de Marzo de 1.910, 26 de Febrero de 1.972, etc., hasta las más modernas como las de 23 de Noviembre de 1.982 y 25 de Abril de 1.984), o como dice la más reciente de 24 de Octubre de 1.984, el acotamiento del acto o disposición general impugnados en el proceso ha de realizarse en el escrito inicial del recurso, según exige el artículo 57 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción; y en el presente caso basta con la lectura del escrito de interposición del recurso, reseñado para circunscribir su objeto en el encabezamiento de esta sentencia, en relación con los que formuló la recurrente en la vía administrativa (antecedente de hecho 2º), denunciando la realización de obras excediéndose de la licencia concedida a su colindante, para declarar la inadmisibilidad de tal pretensión en base al artículo 82, c) de la propia Ley Jurisdiccional, pues no existe ni se ha impugnado ante esta Jurisdicción un acto administrativo expreso o presunto en relación con tal denuncia de obras ilegales y como dice la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 1.984, la función revisora de esta Jurisdicción exige como presupuesto procesal la existencia de un acto expreso o presunto o de una disposición de carácter general como requisito indispensable para el ejercicio de la acción contencioso-administra-

tiva, por lo que, ante su inexistencia, procede declarar la inadmisibilidad de conformidad con el citado precepto y 1º y 37 de la Ley reguladora; declaración que, naturalmente, exime a este Tribunal de entrar en el examen de la posible prescripción urbanística de las obras realizadas extendiéndose de la licencia concedida, opuesta por la Administración demandada.

II. En lo que se refiere a la pretensión principal actuada en el proceso --nulidad del acuerdo municipal que concedió licencia de obras a un colindante-- si bien este acto municipal fué impugnado en el escrito de interposición del recurso, se hace preciso acoger la alegación de inadmisibilidad del mismo formulada por la parte demandada al amparo del artículo 82, letra e) de la misma Ley reguladora, al no haber precedido a su interposición recurso de reposición formulado en el plazo de un mes exigido en su artículo 52. 2., a contar desde la notificación del acto impugnado con los requisitos ordenados por las leyes y reglamentos sobre procedimiento administrativo, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1.983, esta causa de inadmisibilidad tiene su fundamento en que la finalidad del recurso de reposición es precisamente la de que quién dictó el acto impugnado pueda reconsiderar el tema, bien para modificarlo bien para mantenerlo, sea con base en fundamentos idénticos o con apoyo en razones distintas en todo o en parte, siendo por ello presupuesto necesario de la función revisora de esta Jurisdicción; y aunque en el presente caso el acuerdo de concesión de la licencia no consta fuera notificado en el plazo y con los requisitos que exige la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958 en su artículo 79. 2., debiendo por tanto considerarse como notificación defectuosa, el plazo para la interposición del recurso de reposición ha de contarse desde que se hizo manifestación expresa en tal sentido por el recurrente interesado (artículo 79. 3. de la misma Ley), es decir, desde que en 18 de Julio y 24 de Octubre de 1.981 el interesado, dándose por enterado de la existencia y condiciones de la licencia concedida, denunció las obras que se realizaban a su amparo por no ajustarse al proyecto presentado para su concesión; por lo que ha de estimarse extemporáneo el recurso de reposición formulado a requerimiento de esta Sala, después de interpuesto el jurisdiccional, el 4 de Noviembre de 1.983, ya que, como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, los Autos de 5 de Octubre de 1.982 y 17 de Octubre de 1.983 y la Sentencia de 18 de Octubre de 1.983), no constando la publicación o notificación de los actos con los requisitos aludidos en el artículo 59 de la Ley Jurisdiccional, ha de estarse a la fecha en que el interesado se dá por enterado.

III. No impide esta necesaria declaración de inadmisibilidad del recurso por falta de interposición del de reposición en tiempo hábil, el que se formulase después a requerimiento del Tribunal, pues para que se estimara subsanado este defecto en virtud de actuación procesal de carácter subsanatorio al amparo del artículo 129 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, hubiera sido precisa la falta de notificación del acto impugnado o, lo que es lo mismo, como se ha dicho, que el recurrente no se hubiera dado por enterado dejando transcurrir los plazos para impugnarlo en el preceptivo recurso de reposición (sentido de las Sentencias de 28 de Febrero y 20 de Marzo de 1984); o como dice el Auto de 20 de Mayo de 1.976 citado por el recurrente, la fórmula contenida en el artículo 129 citado solo podrá tener el alcance de habilitar el camino para justificar en su caso que el meritado recurso de reposición se interpuso en tiempo o para que se interponga si está en ocasión de ello, pero no para abrir un plazo improrrogable e irreversiblemente cerrado, ya que de otra forma se iría contra el derecho de la Administración para exigir ese previo presupuesto procesal a fin de reconsiderar su actitud, puesto que --como dice la Sentencia de 24 de Enero de 1.983-- la diligencia o celo de una Sala advirtiendo la inexistencia de un recurso de reposición, en ningún caso puede menoscabar los derechos procesales de los litigantes.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. V. J. contra el Acuerdo de la Corporación municipal de A, por el que se concedió a D. P. R. P. licencia municipal para realizar obras de reforma y ampliación de vivienda unifamiliar entre medianeras en el lugar conocido por A, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. Notifíquese esta Sentencia personalmente al titular de la licencia citado en el domicilio que consta al folio 1 del expediente administrativo. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

3

3. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS: Es procedente la denegación de autorización a empresa distribuidora de agua para corte del suministro por impago del servicio de recogida de basuras, aunque tal concepto se incluya en el mismo recibo. *Sentencia de 10 de Enero de 1986.*

I. El artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece el procedimiento o procedimientos a seguir por la Administración para proceder a la revisión de oficio de sus propios actos declarativos de derechos; y con esta base se alega por la entidad recurrente la improcedencia de los acuerdos impugnados, negando la autorización para la rescisión del suministro de agua potable, por cuanto contradice en una resolución anterior, de 10 de julio de 1.984, autorizándole para cortar dicho suministro; pero esta última resolución, de poco afortunada redacción, carece totalmente de virtualidad para poder ser estimada como autorización del corte de suministro, y sí como una simple remisión a la "Resolución de la Consellería de Comercio e Industria de fecha 24 de septiembre de 1.983" (folio 7 del expediente administrativo), como no podía ser menos al emanar del Director General de Industria y no poder, por ende, contradecir la que cita, procedente de la Consellería de Comercio e Industria; y este acuerdo --en realidad de 16 de septiembre, aunque con registro de salida del 24 siguiente-- se refiere a la obligación de hacer "efectiva a E. la totalidad de las cantidades correspondientes al suministro de agua y alcantarillado" (el subrayado es nuestro) "de los recibos adecuados como requisito indispensable para la continuación...", sin hacer, pues, alusión al servicio de recogida de basuras, salvo para abstenerse sobre la procedencia o no de incorporar su recibo al correspondiente a aquellos suministros; por todo lo cual, es claro que no concurren las condiciones, que harían necesario el cumplimiento de los trámites referidos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

II. El Decreto de 12 de marzo de 1.954, que aprueba el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, aplicable a los suministros de agua

y gas, establece en su artículo 84 la facultad de suspender el suministro a los abonados si no hubiesen satisfecho con la debida puntualidad el importe del servicio, conforme a lo estipulado en la póliza; pero en manera alguna puede entenderse que esta excepcional facultad, que requiere el cumplimiento del trámite previsto en el penúltimo párrafo de aquel precepto, pueda extenderse, sin más, al supuesto de impago de las tarifas del servicio, también municipalizado, de recogida de residuos sólidos urbanos, por cuanto: 1º), se trata de servicios totalmente distintos e independientes, al margen de la accesoriedad que supone la unidad de gestión y recaudación, ésta realizada a través de un único recibo, aunque con inclusión separada de las cantidades por uno y otro concepto; y 2º), el referido artículo 34 expresa que en el caso de que el consumidor hubiera formulado por ese concepto alguna reclamación, la Empresa no le podrá privar de fluido en tanto no recaiga resolución firme sobre la reclamación formulada, que en el caso que se contempla se realizó en vista de la negativa de la entidad recurrente a percibir el importe correspondiente al agua y alcantari-lado (actas notariales aportadas en el periodo probatorio).

FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M. S. R. en nombre de la Empresa Municipal de A y A, S.a., contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares adoptado en las sesiones de los días, que desestima el recurso de alzada formulado contra otro de la Conselleria de Comercio e Industria del 24 de julio anterior, denegatorio de la autorización para rescindir el suministro de agua potable a los edificios sitos en Palma de Mallorca denominados II, III y IV, por impago del importe de las cantidades reclamadas por el servicio de recogida de basuras, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

4

4. INFRACCIONES URBANISTICAS. Demolición: carácter extremo de tal medida; procedencia en el caso de autos pues, la ampliación de la vivienda efectuada lo ha sido al margen de toda la legalidad urbanística. *Sentencia de 11 de Enero de 1986.*

I. La realización de obras no legitimadas por licencia o excediéndose de la concedida, produce consecuencias diversas en orden a la protección de la legalidad urbanística, con un tratamiento diferenciado, pues como dice la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Enero de 1.983, sobre la base de los artículos de 184 a 187 y 225 de la Ley del Suelo y artículos 29 y siguientes del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real De-

creto 2187/1.978 de 23 de Junio, puede distinguirse; la restauración "in natura" del orden jurídico perturbado mediante la demolición material, en su caso, sin perjuicio de la suspensión cautelar acordada oportunamente, el resarcimiento a que se refiere el artículo 229 de la Ley y la sanción propiamente dicha y aunque las tres actuaciones contra los actos ilícitos sin licencia o excediéndose de sus límites o permisiones, son independientes entre sí, en el sentido de que no son incompatibles ni necesarias las unas para la validez de las otras, en el presente caso, al no haberse seguido el procedimiento sancionador, ni haberse promovido por particulares la acción pública administrativa, ni la privada ante los tribunales ordinarios a que se refieren los artículos 235 y 236 de la propia Ley del Suelo, en relación con el citado artículo 229, la cuestión queda reducida a las potestades de demolición otorgadas a la Administración en los artículos 184 y 185 de la repetida Ley.

II. Esta potestad ha sido desde antiguo calificada por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como reglada, pues si bien, como acertadamente indica la Sentencia de 5 de Marzo de 1.982, ante el conflicto planteado entre la facultad de edificar inherentes al derecho de propiedad conforme al artículo 350 del Código Civil y el control administrativo de esta actividad a fin de que aquella facultad no atente a los intereses públicos encomendados a la Administración, debe prevalecer éste último, ello debe sujetarse, por razones obvias de seguridad jurídica, a criterios absolutamente objetivos, o como dice la Sentencia del mismo Tribunal de 7 de Noviembre de 1.981, en virtud del principio de la vinculación positiva de la Administración al Ordenamiento Jurídico, no puede ésta actuar ninguna potestad que no le haya sido atribuida explícita e implícitamente por aquel Ordenamiento; razón por la cual y además porque, como dice la más reciente Sentencia del Alto Tribunal de 2 de Noviembre de 1.983, demoler lo creado con esfuerzo y dinero, esto es, destruir una riqueza creada por el hombre, resulta contra-natura, no solo el legislador ha ideado una serie de trámites previos y limitaciones, como son de un lado la necesidad de que transcurran los dos meses desde la suspensión cautelar, por lo que los acuerdos de demolición antes de su transcurso han de reputarse dictados prematuramente (Sentencia de 25 de Enero de 1.983) y también la expresa referencia a las normas cuya vulneración impide la legalización de las referidas obras, y de otro que ese actuar administrativo en los casos de obras totalmente terminadas y toleradas, venga condicionado por el principio de seguridad jurídica y convalidación por situaciones de aquietamiento, a su ejercicio antes del plazo de caducidad señalado por la Ley de un año (hoy cuatro, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/1.981 de 16 de Octubre que lo ha ampliado en Art. 9), sino que, además, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en razón a lo ya dicho de aparecer esta potestad como "última ratio", la ha sometido al principio de proporcionalidad, que la Sentencia de 27 de Junio de 1.983, con apoyo en los artículos 4 y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y siguiendo la doctrina de anteriores como las de 29 de Abril de 1.970, 27 de Diciembre de 1.974, 14 de Febrero de 1.977, 9 de Junio y 29 de Noviembre de 1.978, 28 de Noviembre de 1.979, 21 de Abril de 1.980 y 15 de Junio y 19 de Septiembre de 1.981, ha definido como el efecto de ponderar la trascendencia que tenga para el interés público la concreta infracción y la perpetuación de la misma, es decir, la diferencia que exista entre el simple desfase de lo autorizado y lo realmente construido o, entre éste y la absoluta carencia de la autorización legítimamente de la, auto, digo, edificación y, en consecuencia, si, en atención a la magnitud de la trasgresión y su significado impacto respecto a los intereses públicos, no queda más solución que demoler lo indebido.

III. Aplicando dicha doctrina legal al presente caso, se hace preciso resolver la desestimación del recurso jurisdiccional, confirmando los actos impugnados que ordenaron la demolición de las obras de ampliación de una vivienda con absoluta carencia de autorización administrativa, ya que del expediente de infracción urbanística y del expediente de legalización de obras, tal como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta

sentencia, aparece indubitavelmente acreditado que los acuerdos de demolición se dictaron, previa suspensión de las obras cuyo plazo transcurrió con exceso a petición del propio recurrente, con expresa referencia al precepto de la Ley del Suelo (artículo 60) que prohíbe terminantemente realizar obras de aumento de volumen y que, además, desde que terminaron las obras en 1º de Octubre de 1.980 según afirma el propio demandante en el expediente (aunque de lo constatado por el Celador, ese día no estaban aún terminadas), sólo transcurrieron diez y seis días hasta que comenzó la actuación administrativa en uso de su facultad de intervención en la edificación y uso del Suelo que le otorga el Capítulo II del título IV de la citada Ley del Suelo y Ordenación Urbana; actuación que fue ininterrumpida hasta culminar en los actos ordenando la demolición que se impugna que, por tanto, no ha caducado por el transcurso del año entonces vigente, ni puede estimarse, en modo alguno, desproporcionada en atención a la magnitud de la transgresión: carencia de licencia y vulneración de un precepto prohibido del alcance del artículo 60 de la Ley del Suelo, de impedir un desbarajuste de la ordenación urbana sumamente gravoso para los intereses públicos que incluso se podrían ver afectados económicamente por aumento de los precios de expropiación e incluso indemnizaciones a terceros perjudicados por la legalización de las obras, al amparo de las normas legales que regulan la responsabilidad de la Administración.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. E. V. contra el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de P de de de que le desestimó recurso de reposición formulado contra el anterior acuerdo de la misma Comisión de de del mismo año ordenando la demolición de obras realizadas sin licencia en la calle V. P. de esta Ciudad, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el presente recurso. Notifíquese esta Sentencia, además, al interesado oponente de la legalización de las obras, D. M. E., en su domicilio de la misma casa. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

7

7. URBANISMO. Estudio de la figura del silencio positivo; el mismo no puede ser cauce para obtener lo que no se podía alcanzar expresamente. No se puede considerar aprobado definitivamente un Plan Parcial por silencio positivo, dados los defectos intrínsecos del mismo. *Sentencia de 16 de Enero de 1986.*

I. Entre los numerosos problemas que plantea la institución del silencio administrativo positivo, el realmente decisivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida en aquellos casos en que la pretensión ejercitada por el solicitante

no es conforme a Derecho; y la Jurisprudencia ha resuelto el problema adoptando tres posiciones: *la primera* establece que *el silencio positivo sustituye el acto expreso a todos los efectos*, es decir, producido aquél el proyecto queda aprobado en sus propios términos; así la sentencia de 20 de mayo de 1.966, confirmando la doctrina de otras anteriores, dice que el silencio positivo --aun reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la Administración-- opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, *independientemente de si lo pedido es o no viable*, pues si no lo es, la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues transcurrido éste, sólo le queda a la Corporación el instrumento de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así se concluiría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podría revocarlos de oficio, sino a través de la lesividad, principio programático de ineludible observancia; *una segunda corriente* (Sentencias de 9 de diciembre de 1.964 y 18 de marzo de 1.970) afirma que *el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley*, por lo que aquéllas llaman la atención sobre el gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, ya que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocérseles, y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley; y la Ley del Suelo de 9 de Abril de 1.976 y el Reglamento de Planteamiento de 23 de Junio de 1.978 han optado por esta solución a propósito de las licencias urbanísticas ganadas por silencio positivo, dando, pues, prioridad a la defensa de la legalidad sobre las conveniencias del tráfico jurídico; y, por último, *la tercera postura* jurisprudencial, de la que son ejemplo las sentencias de 12 de Abril de 1.975 y 22 de diciembre de 1.978, sigue la línea de que *con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho*, en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas, enseñando aquellas resoluciones que no cabe acudir al silencio administrativo positivo para lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no habría podido otorgar nunca o sería nulo de pleno derecho si lo hubiera concedido.

II. Descartada la primera de las citadas soluciones, que resulta de un excesivo automatismo y provoca que los particulares puedan obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce y en contra del interés general, la aplicación al caso de autos de las otras dos llevan a la misma conclusión: no puede operar el silencio positivo para que se estime aprobado definitivamente el Plan Parcial de Polígono IV de Suelo Urbanizable Programado de las Normas Subsidiarias de Plancamiento de la finca Son Q. del Término Municipal de E., porque sería ilegal --realmente nulo-- el acto de aprobación expresa, máxime si se considera el carácter excepcional con que tal figura está configurada en nuestro derecho, cuya apreciación, como queda dicho, requiere la adopción de un criterio restrictivo o de estricta interpretación, ya que se trata de otorgar al comportamiento pasivo de la Administración, sin la previa existencia de un atisbo de declaración de voluntad administrativa, valor sustantivo de acto de asentimiento a la petición formulada (sentencia de 11 de febrero de 1.977); en efecto, la infracción de lo dispuesto en el artículo 53 del Reglamento de Plancamiento y en el Real Decreto de 16 de marzo de 1.979, número 928/79, sobre Garantías Sanitarias de los Abastecimientos de Aguas destinados al Consumo Humano, es puesta de manifiesto por los Servicios Técnicos de la Consellería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (folio 9 del expediente administrativo), que en el apartado 3) del informe especifican que: "debe garantizarse el suministro de agua y su potabilidad. Se aporta permiso

de explotación del Servicio Hidráulico, el compromiso notarial de compraventa y un análisis de la Consellería de Sanidad que declara el agua no potable, pero señalando que tras añadir cloro podrá ser recalificada. Estos servicios Técnicos someten este último punto a la P.T., ya que aunque parece que con el cloro el agua podrá ser potable no queda claro. Si la conducción queda fuera del ámbito debe aportarse servidumbre de paso registrada. No se aporta argumentándose que los beneficios no tienen derecho real sobre el paso, sino sólo de exigir el suministro en la cantidad controlada"; es decir, en manera alguna están garantizadas las condiciones legales del suministro de agua, y así lo dice la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo, si bien, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 del citado Reglamento, se especifica que hasta la aportación de las garantías del artículo 46 del mismo no se publicará la aprobación definitiva en el Boletín Oficial de la Provincia, condicionamiento que no se aviene con la técnica del silencio positivo, que opera sin matizaciones, y que convierte tal resolución en un improcedente acto mixto, expreso y presunto, cuando, sencillamente, hubiera podido resolverse la cuestión suscitada, aún extemporánea o tardíamente, de forma expresa; por otra parte, y pese a lo afirmado por la repetida resolución, el informe técnico especifica que si bien se subsana la falta de no haber eliminado la zona verde de la reserva vial, "la superficie restante no alcanza el 10%, ya que aunque numéricamente se quitan 2.000 m², sobre el plano se han quitado más de 4.000", lo que se ratifica por la prueba pericial practicada --D. L A C J y D. M C establecen como superficie de zona verde pública descontando la Reserva y Protección de vial la de 14.735 metros cuadrados sobre una superficie total ordenada de 198.838, y D. X M M 15.080 y 202.270 metros cuadrados, respectivamente (folios 68 y siguientes)-, lo que supone contravenir los términos del artículo 45 c) del Reglamento de Planeamiento repetidamente citado, que dice que los Planes Parciales contendrán el señalamiento de reservas de terreno para parques y jardines públicos, en proporción adecuada a las necesidades colectivas, reserva que no podrá ser inferior al 10 por ciento de la total superficie ordenada, cualquiera que sea el uso a que se destinen los terrenos y la edificación.

FALLO: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. J F. en nombre del Ayuntamiento de E. contra la resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de que desestime el recurso de alzada formulado contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo adoptado en sesiones celebradas los días y de del mismo año, que estima aprobado definitivamente el Plan Parcial de Son Q. del término municipal de E. por silencio administrativo, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos no son conformes a Derecho y, por ende, los anulamos; sin hacer expresa imposición de costas. Notifíquese esta resolución a P S Q, S.A. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

14

14. SEGURIDAD SOCIAL. Sanción por falta de cotización a la Seguridad Social por un trabajador en el tiempo transcurrido desde su despido

hasta que el mismo fue declarado improcedente por la Magistratura de Trabajo: legalidad de la misma, *Sentencia de 28 de Enero de 1986*.

I. En primer lugar y para que sirva de soporte a los razonamientos que sigan, hay que partir de que en estos procesos impugnatorios de actos administrativos dictados en el procedimiento especial para imposición de sanciones por infracción de Leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social que reguala el Decreto 1860/75 de 10 de Julio, hay que partir de la premisa fáctica de los hechos consignados en el acta de la Inspección Provincial antes reseñada en los antecedentes, hechos éstos a los que sólo alcanza, en la fecha del acta, la presunción de veracidad a que se refiere el artículo 38 del citado Decreto 1860/75 que ratifica lo ya establecido anteriormente por el artículo 24 de del Reglamento de este Cuerpo de Inspectores, Decreto, 2122/71 de 23 de Julio, y siempre salvo prueba en contrario, pues como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia (por todas las recientes sentencias de 23 de Marzo y 7 de Abril de 1.982), esta presunción de veracidad no es tan incondicional o absoluta que no consienta prueba en contrario, por una parte, ni que, por la otra, se extienda a más hechos que los constatados en el acta directamente perceptibles por el Inspector (Sentencia de 26 de Mayo de 1.981), a través de lo personal y directa comprobación requerida por las Sentencias de 17 de Marzo de 1.978, 7 de Mayo de 1.980, 28 de Enero de 1.981 y 18 de Marzo de 1.983, pues en definitiva no es posible prescindir de la realidad de que sólo los hechos consignados en la repetida acta, suponen la base fáctica de la sanción correspondiente a la infracción calificada o de la liquidación que se practique, por lo que aquélla no puede imponerse ni ésta hacerse en base de simples indicios, meras presunciones o subjetivas conjeturas.

II. En el caso presente no sirve a desvirtuar la presunción de veracidad aneja a los hechos consignados en el acta directamente perceptibles por el Inspector, la única prueba aportada por la empresa contra la que se extendió, examinada a este fin, es decir, el acta de conciliación celebrado ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Baleares entre la empresa y el trabajador cuya falta de cotización a la Seguridad Social por el periodo 21 de Abril de 1.983 a 18 de Julio del mismo año, originó la extensión del acta inspectora, ya que la conciliación celebrada ante el IMAC sólo acredita que la empresa y el trabajador reconocieron en 18 de Julio de 1.983 que el despido efectuado unilateralmente por la empresa el 20 de Abril de 1.983, y que también ocasionó que ésta, unilateralmente también, diera de baja al trabajador en la Seguridad Social el siguiente día 21, fué improcedente y además el que la empresa optó por la no admisión del trabajador, conviniendo entre ambas parte el montante de la indemnización procedente; y estos hechos no desvirtúan en absoluto, dada la naturaleza jurídica de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por parte del empresario, los consignados en el acta de la Inspección que sirvieron de soporte fáctico a la liquidación efectuada por los actos administrativos impugnados.

III. Efectivamente, la Ley de Seguridad Social (Texto Refundido promulgado por Decreto 2065/74 de 30 de Mayo), configura aquella obligación que comprende las aportaciones de empresarios y trabajadores (artículo 67.2), con responsabilidad única del empresario que responde de su cumplimiento e ingresa las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad (artículo 68.1) y dicha obligación no se extingue, ni siquiera con la solicitud en regla de aquél de la baja del trabajador, si continuase la prestación del trabajo (artículo 70.3); expresión ésta que ha de ser entendida, al basarse la cotización en la percepción de un salario, en el sentido de que la obligación de cotizar se extiende a los salarios

llamados de tramitación, es decir, a los salarios devengados por el trabajador hasta que el despido no aceptado por éste, sea declarado procedente por la Jurisdicción competente (artículo 33.4 de la Ley 8/1.980 de 10 de Marzo por la que se aprueba el vigente Estatuto de Trabajadores), puesto que en todos los casos en que se declare el despido improcedente, se concederá, además, al trabajador una indemnización complementaria equivalente al importe del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tuvo lugar (artículo 105 del texto Refundido de Procedimiento Laboral promulgado por Decreto 2381/1.973 de 17 de Agosto).

IV. Este derecho del trabajador a los salarios dejados de percibir y consiguiente obligación del empresario a cotizar por ellos a la Seguridad Social que también reconoce el artículo 56.1 b) del citado Estatuto de Trabajadores, hay que entender que existe también en los casos en que el despido sea declarado improcedente en virtud de acto de conciliación ante el IMAC previo al juicio ante la Jurisdicción laboral y que lo hace innecesario por la avenencia de las partes, no sólo por la aplicación analógica que impone el artículo 4.1 del Código Civil en cuanto se trata de supuestos semejantes en que existe identidad de razón, sino también porque entenderlo de otra forma, como pretende la recurrente, dejaría al trabajador privado por el tiempo que ha devengado los salarios de tramitación, de la Seguridad Social, razón por la que, el citado precepto del Estatuto de los Trabajadores establece que en los casos en que el trabajador encuentre otro empleo en ese lapso de tiempo, con la consiguiente alta en la Seguridad Social por parte de otro empresario, el primero podrá descontar de los salarios de tramitación lo percibido de este segundo empresario.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por E.S.A. contra las resoluciones del Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Baleares y el Director General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social del mismo año que le confirmaron acta de liquidación por descubiertos a la Seguridad Social y le desestimaron recurso de alzada, respectivamente, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos conformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia, los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. Notifíquese esta sentencia personalmente al trabajador interesado D. L.B.B. en su domicilio que figura en el acta de conciliación ante el IMAC. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

15

15. URBANISMO. Trámite de audiencia al interesado: no es causa de anulabilidad de la resolución si la misma no implica indefensión. Denegación de licencia de actividad comercial en zona residencial. Interpretación de informes periciales contradictorios. Límites del silencio positivo. *Sentencia de 29 de Enero de 1986.*

I. De estimarse que en el procedimiento administrativo se ha omitido el trámite a los interesados y que esta omisión tiene trascendencia anulatoria, se produciría la consecuencia ineludible de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo aquella para dar cumplimiento a dicho trámite, sin entrar, naturalmente, a conocer del fondo del asunto, por lo que es claro que la cuestión debe ser examinada prioritariamente; pero la audiencia a los interesados en el expediente administrativo no es considerada por nuestro ordenamiento como un rito formal y solemne cuya omisión provoque automáticamente la nulidad de la resolución adoptada, sino como un trámite instrumental cuya finalidad es posibilitar a los afectados por cualquier procedimiento la introducción en el mismo de cuantos elementos estimen pertinentes para su más adecuada resolución, por lo cual la jurisprudencia no contempla los supuestos de modo unánime, empleando un rigor formalista que sería desaconsejable, sino que examina las circunstancias del caso en orden a evitar que se produzca indefensión, razón por la que el motivo no aparece en la lista tasada de causas que producen la nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que implica que dicha ausencia tenga que ser encuadrada como uno de los supuestos que pueden producir la anulabilidad del acto dentro de la causa genérica contemplada en el 48 del mismo texto legal, habiendo declarado reiteradamente la jurisprudencia (Sentencias de 10 de junio de 1.974, 31 de noviembre de 1.975, 21 de marzo de 1.975, 23 de marzo y 18 de mayo de 1.977, 11 de marzo de 1.978, 18 de abril de 1.979 y 7 de marzo de 1.983), que no se produce indefensión y, en consecuencia, no procede decretar la anulabilidad, si, como sucede en el presente caso, los interesados han podido acudir al recurso de reposición y, después, al contencioso, y han tenido la oportunidad de alegar en ellos lo que estimaron conveniente a sus intereses.

II. La denegación de licencia y el cierre del establecimiento se basa en que se halla ubicado en un solar que no permite el uso comercial según el Plan Parcial vigente (número 46 de la Urbanización Lago Menor de A.; Polígono del Sector VII; Avenida); y en trance de decidir sobre este decisivo extremo, ha de hacerse constar, en primer lugar, que los dictámenes de los Arquitectos son contradictorios y no siempre tan claros y precisos como sería deseable; pues bien, sin desconocer la preferencia que la jurisprudencia otorga a los informes oficiales en general, y en particular a los peritajes municipales, por su innegable garantía, objetividad e independencia, como formulados por técnicos ajenos a los intereses en juego, puesto que su dependencia los es de un ente abstracto, la apreciación de los dictámenes es una cuestión de hecho sometida al juicio crítico del Tribunal, sin otra vinculación a los mismos que la derivada de la fuerza convincente de los razonamientos que amparan sus conclusiones, valorados aquéllos y ponderadas éstas conforme a las objetivas reglas de la lógica, cuya aplicación es equivalente a la sana crítica requerida por el artículo 632, en relación con el 627, párrafo 1º, éste en cuanto a la necesidad de que los peritos razonen sus informes, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como subsidiaria que es de la Jurisdiccional, de acuerdo con la disposición adicional 6ª de la misma, preceptos operantes en la revisión contenciosa aunque el dictamen obre en el expediente administrativo, por cuanto, como medio acreditativo de los hechos determinantes del acto impugnado, adviene a los autos como elemento de juicio a ponderar en conjunción con los demás; y, como ya hizo esta Sala en la sentencia de 20 y 23 de marzo y 4 y 24 de diciembre de 1.985, se inclina igualmente ahora por la conclusión de que en la zona de que se trata sólo cabe el uso exclusivo de viviendas, pues aún reconociendo que las determinaciones del Plan obedecen a un excesivo propósito zonificador, compartimentador, precisamente por ello no parece dudoso que en la zona "solares vivienda (chalets)" sólo puedan existir "viviendas aisladas", salvo que se desvirtúe sustancialmente el carácter residencial del Polígono, como tampoco lo es que de aceptarse la interpretación contraria se llegaría a la absurda conclusión de que si en la zona comercial se exige una parcela mínima de mil metros cuadrados, fuera de aquélla es suficiente que tenga seiscientos, aunque se destine a un establecimiento mercantil, y, por otra

parte, se produciría la vulneración del límite del tres por ciento de la superficie de los solares para un destino comercial.

III. Con esta conclusión, y sobre el tema de la adquisición de la licencia por silencio positivo, se llega a la tesis contraria a dicha alegación, porque si bien una primera tendencia jurisprudencial establecía que el silencio positivo sustituye al acto expreso a todos los efectos, pues, aún reconociendo los perjuicios que puede irrogar a la Administración, opera "ope legis" y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, porque transcurrido éste sólo le queda el instrumento de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendrará derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no puede revocarlo de oficio, sino a través de la lesividad, (Sentencia de 20 de Mayo de 1.966, confirmando la doctrina de otras anteriores), una segunda corriente (Sentencias de 9 de diciembre de 1.964 y 17 de Marzo de 1.970) afirma que el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, pues así como esta figura dicta no es una comodidad de la Administración, sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que prospere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la Ley, y aún otras sentencias (2 de abril de 1.975 y 22 de Diciembre de 1.978) siguen la línea de que con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, porque no cabe lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no habría podido otorgar nunca no sería radicalmente nulo si lo hubiera concedido.

IV. De todo lo razonado se llega a la conclusión de la procedencia de la desestimación de los dos recursos acumulados, sin que, por otra parte proceda hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando los recursos acumulados interpuesto por D. P. C. M y D^a J. M. B., el primero contra resolución de la Alcaldía de A. que les denegó licencia de apertura de comercio al por menor en la Avda. P., solar y contra denegación presunta por silencio municipal de su reposición y el segundo contra las resoluciones expresas de la misma Alcaldía de fecha del mismo año que le ordenaron el cierre del citado establecimiento comercial y le desestimaron recurso de reposición, debemos declarar y declaramos todos los actos municipales impugnados conformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

17. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. Distinción de la responsabilidad civil. Denegación de indemnización a Policía Municipal que resultó herido en accidente de tráfico con resultado de incapacidad permanente. Denegación de la misma por no guardar relación con el funcionamiento de un servicio público. *Sentencia de 4 de Febrero de 1986*

I. Para centrar el problema planteado en la litis se hace preciso recordar que aún antes de la vigencia de la Constitución española de 1.978, que consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados de cualquier lesión en bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106-2), la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía declarado que no era posible entonces, en nuestro sistema, exigir para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, la concurrencia de los requisitos clásicos: realidad del daño, culpa o negligencia y relación de causa a efecto (S.S. de 23 de Enero y 22 de Mayo de 1.970, 23 de Enero y 9 de Junio de 1.976, etc.), sino que una exégesis razonable del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en armonía con lo preceptuado por el artículo 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa y doctrina jurisprudencia reiterada, solo impone, para configurar la responsabilidad, que se acredite: a) la efectiva realidad de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efectos, sin intervención extraña que pudiera influir, alterando, en el nexo causal; y c) que no se haya producido fuerza mayor; o sea que en la terminología usada por la Jurisprudencia (S.S. de 15 de Febrero de 1.968, 14 de Octubre de 1.969, 28 de Enero de 1.972, 4 de Octubre de 1.978, etc.), se exige una actuación administrativa, un resultado dañoso y relación de causa a efecto entre aquella y éste, correspondiendo su prueba al que la reclama e incumbiendo a la Administración la carga referente a la fuerza mayor cuando se alegue su existencia como causa de exoneración; doctrina ésta que inspiradora del precepto Constitucional, sigue siendo proclamada por el Alto Tribunal en las posteriores sentencias (por ejemplo las de 2 de Febrero, 17 de Junio, 27 de Octubre y 4 de Diciembre de 1.980, 25 de Febrero y 23 de Junio de 1.981).

II. En el presente caso, si bien existe la efectiva realización de un daño evaluable económicamente e individualizado en el recurrente, pues sufrió lesiones que le produjeron incapacidad permanente como consecuencia del funcionamiento del servicio público que prestaba dirigiendo el tráfico, no existe la relación directa inmediata y exclusiva entre la actuación administrativa de ordenarle la prestación del servicio y aquel daño, pues hubo una interferencia en el nexo causal consistente en la intervención del conductor condenado por la Jurisdicción penal a satisfacer una indemnización basada, precisamente, en su actuación culposa como causa directa del daño, por lo que en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada, a la que se pueden añadir las más recientes de 4 de Febrero de 1.983 y 7 de Julio de 1.984, hay que entender exonerada a la Administración de responsabilidad al faltar uno de los requisitos fundamentales de ella.

III. A mayor abundamiento, y aunque como certeramente pretende el recurrente, el hecho que motiva la indemnización es la incapacidad permanente, al no haberse aportado prueba de la fecha en que ésta se declaró, ni constar en los hechos probados de la Sentencia penal y que condenó al conductor (folio 50 de los autos), hay que estar a lo manifestado por el propio recurrente en el escrito que dirigió al Ayuntamiento en 26 de Noviembre de 1.984, con entrada en su Registro General del día 17 de Diciembre siguiente (folios 44 y siguientes), en el que basa su primera petición de indemnización de ocho millones de pesetas, en haber quedado a consecuencia del accidente "incapacitado total y permanentemente para el desempeño de toda clase de oficio o profesión" (sic) y aunque dicho escrito interrumpió el plazo de prescripción de un año, que en consonancia con el artículo 1968, 2º, del Código Civil, establece el artículo 40.3 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 122.2 de la también citada Ley de Expropiación Forzosa, y 134.1 de su Reglamento, el plazo de prescripción indicado comenzó de nuevo a correr, pasados los tres meses de aquella petición sin haber ejercitado la facultad de denuncia de mora prevista en el artículo 38 de la Ley de esta Jurisdicción y en aplicación de lo establecido en el artículo 134.3 del citado Reglamento; resultando evidente, por tanto, que el día 31 de Octubre de 1.984, en que el interesado presentó nueva petición indemnizatoria al Ayuntamiento, había transcurrido con exceso el plazo y prescrito su acción.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Policía Municipal D. A.H.L. contra el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de P. de fecha que le desestimó recurso de reposición formulado contra anterior Acuerdo del mismo Pleno de fecha que le denegó petición de indemnización por accidente sufrido en acto de servicio, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales conformes con el Ordenamiento y en su consecuencia los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas casuadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

20

20. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Denegación del Registro de la marca "Multicentro Jaime III" por similitud fonética con otros nombres comerciales que utilizan la palabra "multicentro". Inexistencia de similitud. Denominaciones genéricas. Estimación del recurso. Notificación personal de la sentencia a los titulares de los nombres afectados. *Sentencia de 6 de Febrero de 1986.*

I. A tenor de lo dispuesto en el artículo 118 del vigente Estatuto de Propiedad Industrial (Real Decreto-Ley de 26 de Julio de 1.929), se entiende por marca todo signo o medio material, cualquiera que sea su clase o forma, que sirva para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio y el trabajo, siendo obligatorio el registro

de todas las marcas (artículo 120); pero en consonancia con aquel concepto no podrán ser admitidos al registro como marcas, en general, aquellas que por su semejanza fonética o gráfica con otras ya registrada, puedan inducir a error o confusión en el mercado (artículo 124-1º) y en particular, entre otras que no atañen al supuesto que nos ocupa, las denominaciones genéricas como único elemento característico (artículo 124-4º), por razón que ha explicado una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, la Sentencia de 20 de Febrero de 1.984), de que el Estatuto de la Propiedad Industrial protege a quien realiza una labor creativa de fantasía o imaginación, creando denominaciones inexistentes y no puede proteger a quien pretende apropiarse exclusivamente lo que ya es dominio de la colectividad; como tampoco pueden registrarse las denominaciones ya registradas, suprimiéndoles o agregándoles algún vocablo (artículo 24.11).

II. En el presente caso en el que entran en conflicto una marca ya registrada con aparente denominación genérica como elemento característico: multicentro y otra marca que aspira al registro, añadiendo a lo aparentemente genérico, lo específico Jaime III, parece haber una colisión entre dos preceptos legales, el que prohíbe la inscripción de denominaciones genéricas y el que prohíbe la inscripción de lo ya registrado con una añadidura y ante dicho conflicto hay que resolver por inclinarse a favor de la prevalencia del precepto del artículo 124-4º, sobre la 124-11º, porque el primero responde más al propio concepto de marca, ya que -como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de Enero de 1.984, entre otras), nadie puede pretender tener la exclusiva o monopolio para la utilización en una denominación de un nombre común o genérico, que al no ser susceptible de apropiación exclusiva, debe permitir su utilización en otras denominaciones sin incurrirse en la prohibición del nº 11, debiendo entonces atenderse al resto de los elementos denominativos para valorar si existe o no en las marcas semejanza fonética o gramatical, por cuya razón y determinándose pro la apreciación con arreglo a las reglas de la sana crítica de la prueba pericial que los vocablos "multi" -prefijo que expresa multiplicitad- y "centro" -nombre común- son términos genéricos y no específicos, la unión de ambos vocablos da lugar a un término igualmente genérico, a semejanza con lo que ocurre con la palabra multimedible a la que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1.980 (Sala Primera), hay que llegar a la conclusión de que es inscribible la marca "multicentro Jaime III", solicitada por el recurrente y denegada por la Administración, lo que determina la estimación del recurso.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por X contra las resoluciones del Registro de la Propiedad Industrial, de la misma fecha recaídas en los expedientes de marcas números referentes al registro de la marca "Multicentro Jaime III", debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos no conformes con el Ordenamiento y en consecuencia los anulamos, declarando el derecho de la recurrente a la inscripción de dicha marca en el Registro de la Propiedad Industrial, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas. Notifíquese esta Sentencia, además de las partes personadas a E. B., Sociedad Anónima a cuyo fin deberá solicitarse previamente del dicho Registro su domicilio al no constar en los expedientes. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

29

29. SANIDAD VETERINARIA. Competencias concurrentes de diversas administraciones. Nulidad de la convocatoria municipal de plaza de veterinario por invadir competencias de la Comunidad Autónoma. *Sentencia de 7 de Marzo de 1986.*

I. Que aunque distintos los supuestos fácticos objeto del debate, el presente recurso es el tercero de los sustanciados ante esta Sala concerniente a un tema jurídico-administrativo común: el del Servicio público de la Sanidad Veterinaria en sus vertientes Orgánica y Funcional cuyas competencias vienen legalmente atribuidas así al Estado -actualmente a la Comunidad Autónoma, por transferencia estatutaria- como a los Organos periféricos de la Administración Pública, Diputaciones Provinciales, en Baleares Consell Insular, y Ayuntamientos, sin una línea divisoria clara, precisa e inequívocamente diferenciadora de los diversos ámbitos competenciales, si bien existe declarada en torno a ello una doctrina prolija y exhaustiva en las Sentencias de 27 de Julio y 5 de Septiembre de 1.984 de esta propia Sala, trasunto de otras del Tribunal Supremo, que en la presente resolución se asume no sólo por razones de congruencia y conveniente unificación de criterios en el ejercicio de la Jurisdicción que en buena medida condiciona el principio de seguridad jurídica, sino porque del examen de ambas Sentencias, conocidas y citadas por las partes, se desprende sin duda alguna que la doctrina allí contenida es acertada y se conforma ajustadamente a la legalidad entonces vigente que con escasas e irrelevantes novedades es también la actual.

II. Que en la expresada sentencia de 5 de Septiembre se declara y funda con extensión y vigor que el expresado Servicio viene conjuntamente atribuido a la Comunidad Autónoma y al Ayuntamiento, más sin una concreción diferenciadora de los componentes precisos del Servicio en las materias competenciales legalmente conferidos a una u otra Administración, Autonómica y Municipal, tratándose pues de materias compartidas (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1.982) que referidas a una multiplicidad de funciones y fines no se hallan sin embargo, según que dicho, delimitadas mediante un deslinde preciso que evitaría la conflictividad origen de este recurso al igual que de los anteriores.

III. Que tratando de establecer una divisoria por fuerza imprecisa pero al menos orientativa a tal fin, debe tomarse como punto indiciario de partida, el artículo 50 del Reglamento de Sanitarios locales a cuyo tenor los Veterinarios Titulares tendrán a su cargo los servicios propios de su especialidad en dos aspectos sanitarios esenciales: la inspección alimentaria y las zoonosis transmisibles, atribuciones más adelante especificados en diversos apartados que por su pormenorización no es posible ni créese que necesario reproducir en su integridad, pero sí puede reseñarse que atañen expresamente a tal mencionada inspección alimentaria correspondiente a productos naturales o transformados de origen animal o vegetal, a los almacenes, comercios, mercados, puestos callejeros, venta y circulación de tales productos, inspección igualmente de todo el amplio proceso de producción, comercialización y transformación de la leche cuyo tratamiento sanitario se menciona aparte, industrias de elaboración y transformación de productos alimentación de origen animal, vigilancia sanitaria de cualesquiera recintos, mercados y albergues de animales que puedan re-

sultar incómodos o insalubres para el vecindario e industrias de aprovechamiento de animales muertos y sus residuos, estercoleros y abrevaderos, relación, resumida como se ha anunciado, que ciertamente no agota la totalidad de las funciones competenciales enmarcadas en los conceptos de inspección alimentaria y zoonosis transmisibles a que el precepto se refiere pero que razonablemente esclarecen y permiten admitir la amplitud de la funcionalidad de control e inspección sanitaria atribuible legalmente a los Veterinarios Titulares, si además se tiene presente que conforme al Real Decreto 2567/1.980 de 7 de Noviembre, de transferencias competenciales estatales a la Comunidad Autónoma de Baleares en orden a la acción pública sanitaria, se articulan otras de diverso contenido en los artículos 6.2º y 7 a), e) y h), que con los relacionados pudiera decirse que agotan en buena medida los fines y funciones del Servicio.

IV. Que no obstante, se reitera que en el Servicio Público de la Sanidad Veterinaria corresponden funciones a los Ayuntamientos -competencias compartidas e inconcretamente distribuidas, tiene declarado esta Sala en la mencionada Sentencia de 27 de Julio de 1.984-, más importa destacar la inconcreción y generalidad de las atribuidas a los entes locales, imprecisión que dificulta en extremo su delimitación y así, no parece jurídica ni lógicamente definir las con concreción y diferenciarlas de las expresadas de los Veterinarios Titulares; mediante la Ley 7/1.985 de Bases de Régimen Local que en los artículos 25 h) y 26 señala la protección del medio ambiente, abastos, mataderos, ferias, mercados, defensas de usuarios y consumidores, protección de la salubridad pública..., conceptos y fines trascendentes para el bienestar ciudadano pero de los que no se extraen ni con una aproximada concreción las precisas determinaciones sobre las funciones definidas de los Veterinarios Municipales, lo que no obsta desde luego para admitir, como reiterando en la doctrina aludida se hace, que a los mismos competen funciones relacionadas con los extremos consignados, relativos a la función finalística municipal en materia sanitaria.

V. Que tal indefinición obliga rigurosamente a que actos administrativos municipales como la convocatoria controvertida se produzca en condiciones precisas para que la funcionalidad del servicio que se trata de cubrir mediante la Oposición para dotarle de titular, se realice de forma que excluya las posibles interferencias, dudas y confusión en la actuación profesional de los funcionarios respectivos, Veterinarios Titulares dependientes de la Comunidad Autónoma, y Veterinarios Municipales adscritos al Ayuntamiento, la también posible invasión de unos u otros en las esferas competenciales propias, y también por el contrario pudiera acaecer como efecto negativo que un servicio específico sea desatendido por entenderse ambos técnicos recíprocamente incompetentes, situaciones que pueden ocasionar una distorsión funcional con perjuicio final para el servicio y el bien ciudadano que deben ser ineludiblemente evitados.

VI. Que habida cuenta por tanto la indefinición legal expresada, que de otra parte no pueda ser corregida por esta vía jurisdiccional, y los perjuicios que pueden derivar para la función pública, se hace de todo punto necesario que en los actos administrativos de las dos Administraciones y singularmente en el impugnado de convocatoria de una oposición a plaza de Veterinario Municipal, los términos de ésta se atengan a la más nítida claridad, eludiendo de manera absoluta cualquier riesgo de invasión o abandono de funciones de los correspondientes funcionarios, pudiendo afirmarse ateniéndonos a tal condición esencial, que la debatida Base tercera de la oposición referida incumple tal requisito con lo que infringe las disposiciones legales citadas y eventualmente el párrafo 12 del artículo 10 del Estatuto Balear que establece la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma en materia de Sanidad e Higiene, precepto de que se desprende que las materias competenciales municipales en ambos conceptos son puramente residuales y jamás podrán estimarse como concurrentes, según sostuvo en otro recurso el Ayuntamiento, sino compartidos según se

ha consignado y revistiendo en todo caso el carácter de preferenciales las autonómicas, criterio que la Base citada de la oposición ignora y de consiguiente viene a conculcar los preceptos legales antedichos al atribuir al Veterinario municipal las funciones "propias del ejercicio de su profesión" aunque se matice que "en el marco de la Administración Local" fórmula inadmisibles porque se presta a la confusión y vaguedad expresadas, riesgo que se acrecenta con el añadido "las específicas que le vengan encomendadas en méritos a las normas de carácter general que afectaren a este Excmo. Ayuntamiento y de los Reglamentos, Ordenanzas y Bandos de aplicación en el término de Palma", previsiones imprecisas, indefinidas y ambigüas, susceptibles de dispares interpretaciones y de inducir a confusiones, con la posibilidad muy presumible de que produzcan disfunciones competenciales positivas o negativas de las que deriven perjuicios al servicio y nuevas diferencias o pugnas institucionales, de donde se concluye que el recurso debe ser favorablemente acogido.

VII. Que la nulidad razonada de la Base tercera de la oposición impugnada, implica necesariamente la propia invalidez de la oposición como acto administrativo conjunto pues que el improcedente y adverso a la legalidad contenido de dicha Base determina la sustancial nulidad jurídica de la oposición cuya esencial condición es justamente la misma.

Vistos los artículos y jurisprudencia expresados, artículo 77 del Reglamento de Sanitarios Locales, de 27 de Noviembre de 1.953, 101 de la Ley de Bases de Régimen Local, 11.3 del Estatuto de Autonomía Balear, y de general aplicación.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra la convocatoria de Oposición para cubrir una plaza de Veterinario Municipal según Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Palma y la desestimación parcial resuelta el 5 de diciembre del mismo año del correspondiente recurso de reposición también entablado por la propia Comunidad, resoluciones ambas contrarias a Derecho que debemos anular y anulamos. Sin expresa mención de las costas causadas. (Ponente: José de la Torre Ruiz).

32

32. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. Sanción a funcionarios consistente en pérdida de un día de haberes; inmediata ejecución de la misma; no viola el principio de tutela judicial efectiva. *Sentencia de 16 de Abril de 1986.*

I. Que atendido el contenido y finalidad exclusiva de la acción contencioso-administrativa entablada por los recurrentes, la cuestión que el recurso plantea no es otra que diluc-

dar si la ejecutoriedad de una sanción económica impuesta por la Autoridad competente a virtud de un Expediente disciplinario instruido contra un funcionario puede ser suspendida por esta Jurisdicción al amparo de los preceptos de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona en relación con el artículo 24.1 de la Constitución, que son los fundamentos legales básicos en que el recurso se funda y de consiguiente la aplicabilidad de los mismos al supuesto fáctico expresado de autos.

II. Que la doctrina General sobre la eficacia e inmediatividad en la actuación de la Administración Pública viene contenida principalmente en los artículos 44, 45 y 101 de la Ley de Procedimiento administrativo que ordenan la validez, eficacia e inmediata ejecutoriedad de los actos administrativos con las salvedades que establece el 116 inaplicables al caso que se juzga como después se examinará, mas el legislador, con el loable propósito de proteger, preservar, salvaguardar con la más severa eficiencia y sumariaidad procedimental ciertos y precisos derechos que se califican de fundamentales porque son consustanciales con el estatuto básico de la persona, promulgó la Ley de 28 de Diciembre de 1.978 encaminada a proveer al ciudadano de un cauce jurídico-procesal ágil y sumario para obtener la protección expedita de tales derechos que la Ley enumera expresamente aunque su relación se hizo extensiva mediante la incorporación de otros por Decreto 342/79 de 20 de Febrero, normativa de rigurosa observancia por los Tribunales puesto que atañe a derechos e intereses ciudadanos que conforman los rasgos preeminentes de la persona en un Estado de Derecho, pero cuya aplicabilidad se halla sujeta a ciertos condicionantes que la propia Ley ordena entre los que merecen destacarse a los fines de este proceso que al amparo legalmente conferido a la persona concierne estrictamente a aquellos bienes políticos o derechos ciudadanos que ambos textos legales enuncian y especifican con precisión, sin que sea jurídicamente lícito pretender acogerse a tal sistema de amparo alegando como conculcados otros distintos derechos que por muy respetables y protegibles que supuestamente sean, no son sin embargo de los concretamente previstos en el Ley, cual es el caso de autos cuyo supuesto fáctico mencionado, la imposición de sanciones pecuniarias por la Autoridad jerárquica superior a funcionarios incurso --según el correspondiente expediente-- en faltas graves y leves, no puede en modo alguno estimarse que con la inmediata ejecutoriedad de la medida se haya infringido, conculcando ni afectado en ningún modo cualquiera de los derechos fundamentales de la persona que se especifican y delimitan con exactitud en los artículos 1. 2 de la Ley 62/78 y Decreto 342/79, ni en manera alguna se alcanza que por consecuencia de la actuación administrativa reseñada los recurrentes hayan sufrido cualquier clase de merma o, como alegan, hayan sido privados del derecho constitucional a obtener la tutela jurisdiccional que proclama el artículo 24 de la Constitución, cual claramente lo muestra el presente recurso y el ya resuelto anteriormente en que sus pretensiones jurídicas, el ejercicio de sus acciones impugnatorias de la actuación administrativa, su derecho de defensa en fin, han sido procedimentalmente acogidas y tramitadas sin otra limitación ni cortapisa que las que derivan de acomodar sus pretensiones a los cauces procesales que invoca la Ley, pudiendo afirmarse pues que no ha existido la más leve conculcación del mencionado derecho a obtener la eficaz tutela jurisdiccional, lo que naturalmente no implica que siempre y necesariamente hayan de prosperar las pretensiones deducidas mediante su ejercicio.

III. Que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la declarada por esta misma Sala que citan los recurrentes en su demanda, no es aplicable al caso enjuiciado porque los caos juzgados en las respectivas Sentencias son diferentes al que se contempla en este recurso; en efecto, las de esta Sala de 20 de Febrero de 1.984 y 8 de octubre de 1.985 conciernen a la suspensión por vía disciplinaria de funciones y traslado de residencia de funcionarios públicos, medidas cuya gravedad y difícil o imposible reparabilidad aconsejaban jurídica y racionalmente a suspender su ejecución hasta la sustanciación de los pertinentes

recursos aún sin aplicar otros preceptos que el genérico contenido en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, caos análogos a los juzgados en el resto de las Sentencias alegadas que no se asemejan al supuesto de este recurso en que la sanción consiste en la detracción del sueldo de los recurrentes de la cantidad de 19.706 pesetas, perjuicio evidente pero cuya reparabilidad es elementalmente sencilla --devolución de la misma-- si se obtuviera la nulidad del acto sancionador a través de la pertinente acción en el recurso correspondiente que por cierto aún no se ha entablado.

FALLAMOS: Que debemos declarar inadmisibile el recurso de amparo ordinario y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona interpuesto por D. M P y D. A G G representados y defendidos por el Abogado D. sobre ejecución inmediata de la sanción que a virtud de expediente disciplinario les fué impuesta por Decreto municipal de de pasado, contra el Excmo. Ayuntamiento de de representado y defendido respectivamente por el Procurador D. y Abogado D. con expresa condena en costas a los recurrentes por ser preceptivo. (Ponente: José de la Torre Ruiz).

33

33. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Servicio público de recogida de basuras. Su naturaleza. Prórroga. *Sentencia de 17 de Abril de 1986.*

I. Que por su obviedad no parece necesario extenderse en la consideración de que a la Jurisdicción contencioso-administrativa le compete conforme al artículo primero de su Ley reguladora, por citar solo el que en cierto modo es definitivo y básico de todo el ordenamiento que aquélla contiene, conocer estricta y limitadamente de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública, es decir que para que tales pretensiones o acciones procesales sean viables, admisibles, han de referirse como exigencia rigurosamente inexcusable a cualquier forma de actuación administrativa que pueda materializar un resultado perjudicial o lesivo para el legítimo derecho del actor recurrente, doctrina que esta Sala entiende elemental y de la que a contrario sensu se desprende que la propia Jurisdicción no puede conocer, enjuiciar ni resolver cuestiones que ni aún en el supuesto de que vengan revestidas de apariencia jurídica e indicios racionales se refieran a materias que no han sido directa, expresamente objeto de un precedente acto administrativo, porque la Administración no se ha pronunciado sobre las mismas, cual es el caso que se contempla en el presente recurso con relación a las peticiones, pretensiones procesales articuladas bajo los números dos y tres del petitum de la demanda en que se contienen sendos pedimentos que ni en autos ni en el expediente administrativo, aparecen planteadas,

solicitados o suscitados siquiera a la Corporación Municipal demandada y en consecuencia tampoco consta que tal Órgano se pronunciara sobre aquellos a través de ningún acto administrativo cuya justeza y legalidad pudiera ser enjuiciada en el presente recurso, inconveniente insalvable que constituye lo que viene denominándose una desviación procesal que veda a esta Sala el conocimiento y decisión sobre su jurisdicción y consiguientemente obliga a declarar inadmisibles el recurso en lo que a los referidos extremos concierne.

II. Que por la íntima correlación que guardan ambas peticiones y porque las dos pueden entenderse comprendidas así en el recurso de reposición como en la primera de las pretensiones de la demanda del presente, las dos cuestiones controvertidas que deben ser examinadas y resueltas porque corresponden a acuerdos de la Corporación demandada que por su naturaleza y efectos constituyen actos administrativos bien articulados en uno solo cuya legalidad viene sujeta a la revisión jurisdiccional que autoriza y ordena el citado artículo primero de la expresada Ley, son de una parte el acuerdo municipal de 3 de Mayo de 1.984 en su conjunto y de otra parte y por separado el particular del propio acuerdo que establece los términos y condiciones de la prórroga temporal de las contrata hasta entonces existente entre la entidad recurrente y la Corporación recurrida.

III. Que como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de Mayo de 1.982 y recoge la de esta Sala de 17 de Enero pasado en proceso entre estas mismas partes, el contrato administrativo tiene como peculiaridad específica la de que el contratista se adhiere a las condiciones marcadas previamente por la Administración dado el régimen exorbitante con que esta actúa y en base a la realización de los fines que persigue, doctrina que pudiera parecer excesiva en un orden puramente ideal o teórico pero que concuerda y se ajusta a la naturaleza, los fines y la dinámica actuante de la Administración que en definitiva no tiene --no debe tener-- otra finalidad que el bien público mientras que el particular que con ella contrata persigue un fin lícito desde luego pero privado y corrientemente negocial, de donde se concluye la prevalencia de la normativa pública singularmente en materia obligacional o contractual sobre cualesquiera reglas incluso con trasfondo razonable que el particular pretenda oponer frente a las normas de carácter público, y por tanto las alegaciones del recurrente en que se contienen reglas que a su juicio constituyen requisitos y condicionan la justa aplicación del artículo 59 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aunque fuesen acertadas, supuesto que ni siquiera se examina, son rechazables porque pugnan con el contenido literal y el sentido final del precepto cuya estricta aplicación es la exigible y en ella radica la función revisora atribuida a esta Sala; con tal premisa conceptual, debe destacarse que conforme al precepto mencionado el Ayuntamiento contratante tiene indiscutibles facultades para prorrogar un contrato cual el que vinculaba a las partes por un período máximo de seis meses durante los cuales se prolongará la realización o gestión de servicios contratados mientras tanto se tramitaban y ultimaban hasta dos nuevas subastas o un concurso, previendo el propio precepto que si ambos sistemas de contratación resultasen desiertos asume la Corporación la potestad de contratar directamente la prestación del servicio, con efectos a partir del vencimiento de la prórroga, con lo que puede afirmarse que el Ayuntamiento demandado se atuvo escrupulosamente al ordenamiento legal expresado, prescindiendo, es cierto, de las actuaciones y requisitos que el recurrente alega sin base legal alguna que pueda extraerse del mismo precepto, como tampoco puede acogerse favorablemente la tesis igualmente sostenida por el mismo recurrente de que en el supuesto legal que contempla el meritado precepto incidan de alguna forma o determinen la improcedencia del Acuerdo impugnado las disposiciones contenidas en los artículos del mismo Reglamento 51 --los contratos solo serán prorrogables por causa justificada--, de todo cuanto se desprende la improsperabilidad del recurso en lo relativo a tal extremo.

IV. El segundo punto controvertido, íntimamente vinculado al ya tratado pero que se examina aparte porque su alcance finalístico es de contenido esencialmente económico y también su tratamiento doctrinal puede ligeramente diferir de cuanto se ha expresado, concierne a los términos, condiciones y carácter legalmente obligados o preceptivos de la prórroga por seis meses del contrato ó bien a su índole pactada ó acordada, tesis esta última mantenida en su demanda por el recurrente, y que tampoco puede ser acogida favorablemente porque, en efecto, la prórroga del contrato que el repetido artículo 59 ordena es una facultad excepcional, privilegiada, una prerrogativa --de exorbitante ha sido calificada-- conferida a las Corporaciones Municipales sin otro condicionante que el de que el contrato que sea su objeto se refiera a servicios ó suministros que tenga por objeto atender necesidades permanentes, (artículo 59. 1) caso patente el de autos en que se trataba de la recogida domiciliaria de basuras y limpieza varia, sin que del texto del precepto ni remotamente pueda intuirse que la prolongaci3n de la vigencia del contrato, limitadamente temporal, requiera el acuerdo, la conformidad, el pacto, con el contratista, ni en el ramo de prueba correspondiente existe cualquier principio de prueba de que se pudiera deducir la certeza de que existiera ningún género de concertaci3n ó convenio referente a las condiciones ó circunstancias de la prórroga acordada, aparte la alegaci3n del recurrente de que sobre ello se produjeron conversaciones que de las actuaciones se desprende no llegaron a plasmar en ningún acuerdo que pudiera modificar los términos y cláusulas del contrato inicial que son las validas y aplicables al tiempo de prórroga según el tenor claro y preciso del repetido artículo 59. 1 en cuya aplicaci3n se adopt3 el Acuerdo impugnado de 3 de Mayo de 1.984, que en consecuencia igualmente debe ser declarado conforme a Derecho en lo que atañe a tal extremo.

V.- Que no son de menci3n las costas producidas.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad I a U, S.A. representada por el Procurador y defendida por el Letrado contra el Excmo. Ayuntamiento de representado por el Procurador y defendido por el Letrado, en cuanto a la segunda y tercera de las pretensiones articuladas en la demanda relativas la segunda al abono de cantidad y la tercera al abono también de cantidad en concepto de indemnizaci3n de perjuicios y debemos desestimar y desestimamos el propio recurso en cuanto a la primera de las peticiones que articula declarando ajustado a Derecho el acuerdo municipal adoptado en de de y la denegaci3n en de siguiente del recurso de reposici3n entablado contra el mismo. Sin expresa menci3n de las costas procesales causadas. (Ponente: José de la Torre Ruiz).

34. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. Derecho constitucional a la libre sindicación: lo vulnera un acuerdo de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo que deniega a una Organización Empresarial de probada representatividad la atribución de vocalías en el Fondo de Garantía Salarial. *Sentencia de 24 de Abril de 1986.*

I. Que a fin de precisar la composición, funcionalidad y cometidos del Fondo de Garantía Salarial, organismo integrado en el Ministerio de Trabajo, su constitución se ordenó por el propio Ministerio mediante Orden ministerial de 24 de octubre de 1.985 en desarrollo y aplicación de R.D. 505/85 de 6 de Marzo, disponiendo en el artículo 1.º que las Comisiones Provinciales se integrarán por diversas representaciones entre ellas las Empresariales, constituidas por tres representantes que deberían ostentar la condición de más representativas.

II. Que en cumplimiento de lo así ordenado la U. en nombre de una Organización sindical de las aludidas en la expresada Orden designó a dos representantes, C. a uno y la C a los tres asignados a las Organizaciones Empresariales, denegándose por la Delegación de Trabajo (Unidad periférica del Fondo de Garantía Salarial de Baleares) la solicitud de fecha 10 de diciembre de la otra entidad empresarial existente, P, de integrarse en la misma Comisión, en razón, dice la resolución, de que "en la citada Comisión representará a la parte empresarial la C para cuya designación se ha atendido al criterio de su mayor representatividad", resolución que fué impugnada en 4 de Enero pasado por la P, insistiendo en su petición y alegando, entre otros razonamientos, ser la organización más representativa, escrito sobre que no aparece recayese resolución alguna, con lo que en 11 de Febrero siguiente se interpuso el presente recurso por dicha entidad.

III. Que de las actuaciones se desprenden como hechos indiscutiblemente probados que el Ministerio de Educación en 18 de julio de 1.985 tiene reconocido a la P el nivel suficiente de representatividad que le confiere derecho a designar un representante en el Consejo Social de la Universidad, el Ministerio de Trabajo igualmente le reconoce expresamente que "es una de las Organizaciones Empresariales más representativas en el ámbito de la provincia de Baleares" en el Convenio suscrito por la misma y el Ministerio (Fondo de Solidaridad) para la contratación de jóvenes trabajadores de fecha 3 de octubre del mismo año, la Consellería de Treball i Transports de esta Comunidad Autónoma asimismo para formar parte de la comisión mixta del Convenio para la Coordinación de la Política de Empleo de la Comunidad con el Ministerio de Trabajo, y del mismo modo una Institución dependiente del Ministerio de Justicia, el Tribunal Tutelar de Menores, reconoció a la repetida P representatividad y conocimiento adecuado del problema laboral de los menores de edad inadaptados para concertar un convenio encaminado al tratamiento forma-

tivo y ocupacional de los mismos, elementos de juicio de los que inequívocamente se desprende que la entidad constituye legalmente una Organización de empresarios constituida dentro del territorio balear con evidente y reconocida representatividad, con una innegable actividad en la defensa de los intereses de sus asociados, la promoción del desarrollo económico de Mallorca y la consecución de fines culturales y sociales generales, con una presencia pública permanente en la realidad socio-económica balear, condiciones que le confieren una patente representatividad parcial del sector empresarial que comparte con la C, que es la estricta condición básica del artículo 1. 1 de la Orden Ministerial aludida de 24 de octubre de 1.985 en relación con el R.D. 505/1.985 relativos a la composición y funcionamiento a nivel provincial del Fondo de Garantía Salarial, precepto claramente infringido por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social (Fondo de Garantía Salarial) en su actuación concreta de ordenar la constitución de la Comisión Provincial de seguimiento del Fondo de Garantía Social con la sola presencia de tres representantes de una sola Organización empresarial --C-- cuando según se ha expresado tal entidad comparte con la P el asociacionismo del empresariado mallorquín y consiguientemente ambas ostentan su representatividad a los efectos a que se refiere el recurso: la integración con el número de representantes que se les designen en la expresada Comisión de Seguimiento. Con tal criterio pues, la Delegación ministerial no solo vulneró de modo flagrante el mencionado precepto legal sino que como consecuencia de su ilegal actuación desdeñó y postergó a una entidad pública y notoriamente prestigiosa cuya existencia, funcionalidad, facultades y derechos que le vienen asignados por la Ley vienen garantizados no tan solo por el estatuto jurídico inherente a su condición sino por principios de más alta jerarquía normativa.

IV. - Que la existencia de dos entidades jurídico-sociales --C y P-- de naturaleza, condicionantes jurídicos, programas de actuación finalística, personalidad jurídica y reconocimiento legal y social análogos, a quienes a través de una disposición legal emanada del Gobierno se les otorga un derecho determinado, concreto, el ya consignado del artículo 1. 1 de la Orden Ministerial de 24 de octubre de 1.985 en relación con el artículo 9.4 del R.D. 505/85 de 6 de Marzo y sin embargo, pese a la claridad y precisión del precepto, otro Organismo periferico de la Administración pública, arbitrariamente, sin razón atendible alguna, por un puro acto de voluntad infundada, le excluye de tal derecho a través de una interpretación a todas luces errónea y carente de racionalidad, por fuerza ha de admitirse que con ello se conculcó el principio de igualdad ante la Ley que proclama la Constitución en su artículo 14 y también que se produjo una discriminación que a tenor del mismo precepto no puede prevalecer y en consecuencia el recurso debe ser estimado.

V. Que el derecho constitucional a la libre sindicación del artículo 28. 1 de la Constitución y 1º. 2 de la Ley 62/78 no se reduce al literal contenido de ambos preceptos ordenatorios sino que al propio tiempo implica un reconocimiento genérico e implícito pero connotatorio de la personalidad y derechos de los Sindicatos y Organizaciones empresariales --también comprendidas en el precepto-- con la especial protección que les atribuye su naturaleza de origen constitucional, de donde se deduce que cualquier vulneración, ataque, desconocimiento ó infracción de los derechos legales que le correspondan inciden negativamente en el mandato constitucional y son por tanto susceptibles de corrección por la vía del recurso especial que previene la expresada Ley 62/82 atiende a la protección de los Derechos Fundamentales.

VI. Que en el artículo 8º de la Ley 62/78 que regula el trámite del presente recurso no existe regla alguna que obligue al recurrente a invocar en los escritos previos que eleve a la Administración la alegación del Derecho Fundamental que estime infringido, mención que obviamente puede el recurrente reservarse para ser alegado en su demanda contenciosa, como igualmente es desestimable que a tenor del expresado artículo 1. 1 de la Orden

ministerial referida los tres representantes que la misma menciona puedan adjudicarse a una sola Organización, sino a varias, "las que ostenten la condición de más representativas", del mismo modo que no puede acogerse la alegación de la propia defensa de la Administración de la Organización C carezca del quince por ciento de empresas asociadas, que como inconveniente legal o pone al recurso, ya que sobre ello no se ha practicado prueba alguna ni dicha defensa aporta ningún elemento de convicción sobre tal extremo, razones sustanciales de impugnación del recurso que no pueden ser acogidas favorablemente.

FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso especial contencioso-administrativo de la Ley 62/1.978 interpuesto por la Organización Empresarial P de Mallorca y en su nombre por su Presidente D. D P C, representado y defendido respectivamente por el Procurador de los Tribunales y Abogado en impugnación de la resolución de la Delegación Provincial del Trabajo y Sanidad (Unidad Periférica del Fondo de Garantía Salarial) de Baleares, defendida por el Letrado del Estado, denegatoria de integrar como representante de dicha entidad empresarial en el citado Organismo a ninguno de sus miembros, declarando tal acto no ajustado a Derecho e inconstitucional y debemos ordenar y ordenamos que a la entidad P se le asignen las vocalías ó representantes que le correspondan conforme a su representatividad en la Comisión Provincial de Seguimiento del Fondo de Garantía Salarial de Baleares, e imponemos por ser preceptivo las costas procesales causadas, a la Administración recurrida. (Ponente: José de la Torre Ruiz).

C. INDICE ANALITICO

- Actas Inspección de Trabajo, 10.
 Autorizaciones administrativas, 3.
- Contratos administrativos, 8, 31, 33.
 Costas procesales, 5.
- Demolición de construcciones ilegales, 4.
 Derecho a la libre sindicación, 34.
 Derecho a la tutela judicial efectiva, 32.
- Funcionarios públicos:
 jubilados, 2, 19.
 retribuciones, 2, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26.
 pérdida de haberes, 32.
 separación del servicio, 16.
 suspensión de funciones, 16.
- Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1, 5, 20.
 Jurisdicción Laboral, 14.
 Juego de bingo, 6.
- Inspección de Hacienda, 27.
- Licencias, 11, 15, 18, 28, 30.
- Nombre comercial, 20.
 Notificaciones defectuosas, 9.
- Peritos, 15, 18.
 Plan Parcial, 7.
 Planes de Urbanismo, 11.
- Precio. Servicios Municipales alcantarillado y recogido de basuras: 3, 31.
 Procedimiento económico-administrativo, 9, 13.
 Propiedad Industrial, 20.
 Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, 27, 32, 34.
- Recurso contencioso-administrativo, 8.
 Recurso de reposición, 1, 5, 8.
 Responsabilidad administrativa, 17.
- Sanciones administrativas, 6, 11, 13, 16, 32.
 Sanciones administrativas por infracción de Leyes Laborables, 14.
 Sanidad veterinaria, 29.
 Seguridad Social, descubiertos, 10, 14.
 Silencio administrativo, 7, 15.
 Servicio Público, 31, 33.
- Taxis, 30.
 Tribunal Económico-administrativo, 13.
- Urbanismo:
 Aprobación definitiva de planes, 7.
 Infracciones, 4.
 Licencias, 11, 15, 18.
 Plan General, 11.
 Plan Parcial, 7.

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLÓGICO

1. **Publicidad desleal.** En toda actividad publicitaria, cualquiera que sea su objeto y el medio de difusión empleado, debe observarse, entre otros, el principio de la veracidad (arts. 1, 6, 7 y 8 del Estatuto de la Publicidad-Ley de 11 de Junio de 1.964). Requisitos para que pueda apreciarse la existencia de publicidad desleal (art. 10, apdo. 2º del Estatuto). No puede excluirse a la Jurisdicción ordinaria (civil) del conocimiento del asunto debatido (art. 65 del Estatuto). Revocación de la sentencia apelada, condenándose a la entidad demandada a la que se retracte. *Sentencia de 13 de Enero de 1.986 **.
2. **Responsabilidad decenal (art. 1.591 C.C.).** La responsabilidad de los sujetos intervinientes en el proceso edificatorio es, en principio, personal y privativa de aquél que la provocó. Doctrina jurisprudencial en torno al carácter (individualizado o solidario) de la responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo y en orden a la carga de la prueba. Cuando, como acontece en el supuesto de autos, la ruina obedece a la conjunción de una pluralidad de causas de diversa conceptualización y atribución subjetiva y, además, no resulta claramente distinguible en qué proporción ha influido cada una de ellas en la génesis del daño, la responsabilidad de los agentes es solidaria. *Sentencia de 14 de Enero de 1.986.*
3. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por cierre del mismo durante más de seis meses en el curso de un año, sin justa causa (art. 114,11 en relación con el 62,3 L.A.U.). Doctrina jurisprudencial: el cierre -a los fines del art. 62,3 L.A.U.- viene significado porque la actividad que en el local desarrolla, en relación con la industria o comercio, tenga carácter accidental.

(1) La selección jurisprudencial ha sido realizada por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares J. Ferrer Marcel. En la presentación han colaborado los Profesores de Derecho Procesal C. Guitiérrez González, I. Tapia Fernández y F. López Simó, del Departamento de Derecho Privado.

secundario o accesorio, o por la realización de actividades esporádicas en relación con el público, siempre que el acceso a éste no constituya la base de su actividad normal. *Sentencia de 14 de Enero de 1.986.*

4. **Contrato de compraventa.** Identificación de la finca objeto de la compraventa, documentada en contrato privado. Obligación complementaria -a la de entrega de la cosa objeto de la venta- de otorgamiento de escritura pública. *Sentencia de 15 de Enero de 1.986.*
5. **Contrato de traspaso de local de negocio.** Frente a la acción "stipulatu" encaminada al cobro del precio del traspaso pendiente de pago, la parte demandada postula por vía reconventional la nulidad de dicho contrato de traspaso por haber mediado los vicios invalidantes de error en la sustancia y dolo causante en el consentimiento de la reconviniente (art. 1.261, 1.265, 1.266 y 1.269 C.C.); pretensión de nulidad acogida por el juez "a quo". Doctrina del T.S. sobre el error en la sustancia. Revocación de la sentencia apelada, por estimar la Sala válido el referido contrato, al rechazar, por inexistentes, las alegadas nulidades. *Sentencia de 15 de Enero de 1.986.*
6. **Principios procesales.** Incongruencia: incurre en ella la sentencia que acoge modificaciones introducidas después de la fase expositiva. Contradicción y defensa. Doctrina del T.S. Endoso; designación del endosatario: se cumple con ella utilizando nombres comerciales y anagramas sociales. Pago a tercero: falta de efecto liberatorio. *Sentencia de 17 de Enero de 1.986*.*
7. **Separación matrimonial.** Infidelidad conyugal (art. 82, 1ª C.C.). Impugnación por la esposa-demandante de la concreta vivienda familiar que se le asigna en uso a ella y a los hijos. Interpretación de la expresión "vivienda familiar" (art. 96 C.C.); doctrina de la Sala. Pensión alimenticia (arts. 142 y 146 C.C.). Pensión compensatoria (art. 97 C.C.); pretensión del demandado de que se rebaje su cuantía o, cuando menos, se limite su exigibilidad a un período determinado de tiempo, de modo que no lo sea de manera indefinida: no puede acogerse. *Sentencia de 17 de Enero de 1.986.*
8. **Daños y perjuicios.** Accidente en el interior de establecimiento comercial: daños y perjuicios sufridos por la actora por la fractura de su rótula izquierda al caerse al suelo en dicho establecimiento, donde se hallaba efectuando compras, al enredarse con unos cordeles que se hallaban sueltos en medio de un pasillo, provenientes de unos emba-

lajes que habían manipulado empleados del referido establecimiento. Prueba de la causa de la caída. Cuantificación de la indemnización que -por apreciarse negligencia por parte de los empleados de la entidad demandada- debe percibir la actora, con base en los arts. 1.902 y 1.903 C.C. *Sentencia de 17 de Enero de 1.986* *.

9. **Tercería de dominio.** Requisitos que deben concurrir y probarse para que prospere la demanda sobre tercería de dominio: 1º) el dominio de los bienes por el tercerista; 2º) la identidad entre los bienes reclamados y embargados en el procedimiento de que dimana la tercería; y 3º) que la adquisición por el tercerista sea anterior al embargo trabado en aquél. La transmisión de la propiedad en nuestro Derecho exige, tal como se infiere del art. 609 C.C., un doble elemento: fundamento o causa jurídica de la adquisición (título) y transferencia de la posesión de la cosa (tradición). *Sentencia de 21 de Enero de 1.986* *.
10. **Propiedad horizontal.** Excepción previa -invocada por la Comunidad de Propietarios demandada- de inadecuación de procedimiento, acogida por el juez "a quo", que desestima íntegramente la demanda sin entrar a analizar el fondo, por entender que el procedimiento adecuado para el examen de las cuestiones litigiosas acumuladas es el previsto en el pár. 3º de la regla 2ª del art. 16 L.P.H. (juicio especial de equidad), en lugar de el cauce procesal escogido (proceso declarativo de mayor cuantía) por los actores-apelantes. Revocación parcial de la resolución recurrida. *Sentencia de 21 de Enero de 1.986*.
11. **Donación.** Nulidad de la donación efectuada por el actor a su esposa demandada. Relaciones económicas entre cónyuges de nacionalidad francesa: el Derecho procesal aplicable al caso será el de las leyes españolas (art. 8,1 C.C.), mientras que las leyes francesas serán aplicables a la materia sustantiva (arts. 9,3 y 10,7 C.C.). Adquisición por la esposa de un inmueble con dinero de la exclusiva pertenencia del actor: tal operación inmobiliaria implica una donación encubierta cuya nulidad está expresamente declarada por el art. 1.096 del Código Civil francés. *Sentencia de 22 de Enero de 1.986*.
12. **Compensación.** Posibilidad de oposición por medio de excepción o por vía reconventional. Créditos compensables: los sujetos han de ser recíprocamente acreedores y deudores, por derecho propio y con carácter principal. Carga de la prueba respecto del demandado sobre la existencia de los créditos que opone en compensación. *Sentencia de 22 de Enero de 1.986*. *

13. **Arrendamiento de obra.** Contrato de Arquitecto. Reclamación de honorarios profesionales, pretensión que es desestimada por el juez "a quo" por entender incompleto el proyecto. Los defectos existentes en el proyecto no han de llevar a la conclusión de que el trabajo ejecutado por el actor-recurrente es, de manera irremediable, inútil e inapto para desarrollar la función que se le reserva dentro del proceso edificatorio y, correlativamente, para satisfacer el interés que movió al comitente a contratar. Mero incumplimiento defectuoso: doctrina del T.S. en torno al alcance en estos casos de la excepción de contrato no cumplido. Reducción por la Sala del precio debido en concepto de honorarios. Revocación de la resolución impugnada. *Sentencia de 22 de Enero de 1.986.*
14. **Arrendamientos urbanos.** Revisión de la renta al amparo de una cláusula de estabilización. Validez y alcance de dicha cláusula: su validez está fuera de toda duda, a la vista del art. 97 L.A.U. que establece que la renta en los locales de negocio será la que libremente se pacte, a la renunciabilidad del derecho a la revisión de la renta, y al principio de autonomía de la voluntad en materia contractual (art. 1.255 C.C.). Interpretación de dicha cláusula en base a lo dispuesto por los arts. 1.281 a 1.289 C.C.. *Sentencia de 23 de Enero de 1.986.*
15. **Contrato de préstamo.** Obligación del prestatario de devolver al mutuante otro tanto de la misma especie y calidad y de pagar intereses del capital prestado si así se hubiera pactado, en el tiempo y lugar convenidos (arts. 1.755 y 1.733 C.C.). El actor estaba plenamente legitimado para exigir del demandado el cumplimiento del contrato, por cuanto resulta probado que fue aquél (y no la empresa de la que es socio) quien a título personal entregó el dinero a este último. A dicha cantidad no cabe aplicarle compensación alguna por pretendidas deudas existentes entre una tercera entidad (de la que también es socio el actor) y el demandado-recurrente. *Sentencia de 24 de Enero de 1.986.*
16. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Inexistencia. Doctrina del T.S. y de la Sala. Contratos de traspaso de local de negocio (suscrito entre demandado-apelado y actora-apelante, y cuya rescisión se postula por esta última) y de arrendamiento del mismo local (suscrito por la apelante con los propietarios del inmueble). No se aprecia la existencia de un nexo común, inescindible, entre ambos contratos, requisito indispensable para que se dé la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Acciones redhibitoria (art. 1.484 C.C.) y resolutoria (art. 1.124

C.C.) ejercitadas por al actora-apelante, que no pueden prosperar. *Sentencia de 27 de Enero de 1.986.*

17. **Costas procesales.** Temeridad o mala fe por parte del actor-apelado, que después de presentar su demanda se desentiende por completo del curso de los autos, dejando transcurrir el término réplica sin presentar su escrito y no desarrollando actividad procesal alguna en apoyo de sus pretensiones, después de compeler a la parte demandada a personarse y practicar la prueba pertinente para acreditar sus alegaciones al oponerse a la demanda; postura del actor que justifica su condena al pago de las costas causadas en primera instancia. *Sentencia de 27 de Enero de 1.986.*
18. **Contrato de seguro.** No designación de perito por el actor-apelado (asegurado) para que comprobara y valorase los daños que sufrió por el robo que se cometió en su domicilio, entendiéndose que acepta el dictamen emitido por el perito de la otra parte (entidad aseguradora), quedando así vinculado al importe de la valoración de los bienes sustraídos fijados por este último (art. 38, apdo. 4º de la Ley 50/1.980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro); dictamen que, además, al no haber sido impugnado judicialmente, adquirió el carácter de firme. *Sentencia de 27 de Enero de 1.986.*
19. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido (art. 82, causa 5ª, C.C.). Medidas complementarias convenidas por los cónyuges y aprobadas por el juez, relativas a la guarda y custodia de los hijos y pensión alimenticia: tales medidas sólo podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 90, apdo. penúltimo, C.C.), alteración que no resulta acreditada en autos. *Sentencia de 28 de Enero de 1.986.*
20. **Contrato de seguro.** Reclamación de cantidad en concepto de indemnización satisfecha por la entidad actora (asegurada) a la perjudicada, y en concepto de honorarios satisfechos por la primera al Letrado de la Compañía aseguradora demandada. Determinación de los riesgos que cubría la póliza en el momento de producirse la colisión. Normativa que regía en materia de contrato de seguro con anterioridad a la Ley vigente de 8 de Octubre de 1.980: Código de Comercio (entre otros, los arts. 382 y 384). Modificación del riesgo asegurado (novación del contrato durante el término del seguro): no la hubo en el supuesto de autos. *Sentencia de 28 de Enero de 1.986.*

21. **Calificación de los negocios jurídicos.** No queda supeditada al “nomen” que les hubieran dado las partes, sino que viene determinada por la realidad de su objeto y contenido negocial, el cual, a su vez, ha de ser fijado con arreglo a las normas interpretativas que dispone el C.C.. Contrato de préstamo mutuo con interés (arts. 1.740 y 1.753 C.C.): el nominado contrato de compraventa celebrado entre los litigantes no es tal, sino que encubre, en realidad, uno de préstamo mutuo de carácter oneroso al que va unida la transmisión de la titularidad de un inmueble con fines de garantía del crédito -“fiducia cum creditore”-: doctrina del T.S. a cerca de la eficacia real del negocio fiduciario. Dación en pago de deudas. Documento de fijación de saldo y reconocimiento de deuda suscrito por los litigantes. *Sentencia de 28 de Enero de 1.986.* *
22. **Arrendamientos urbanos.** Determinación de la naturaleza de la relación locativa que liga a los pleiteantes: arriendo de local de negocio (según la actora-apelante) o arriendo de vivienda (tesis del demandado-apelado). El criterio de distinción entre uno y otro tipo de contrato -que se desprende del art. 1,1º L.A.U.- radica en el destino principal que las partes contratantes hayan pactado como uso que deba darse a la dependencia locada: o servir de vivienda, o ejercer en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza, con fin lucrativo. Resolución del contrato: concurrencia de las causas nº 11 del art. 144 L.A.U. en relación con el nº 3 del art. 62 (cierre del local durante más de seis meses en el curso de un año, sin justa causa) y nº 6 del art. 114 L.A.U. (alteración ilícita del uso pactado). *Sentencia de 28 de Enero de 1.986.*
23. **Apoderamiento (mandato, arts. 1.709 y ss. C.C.).** Extinción del apoderamiento por fallecimiento de uno de los poderdantes (art. 1.732,3 C.C.), hecho del que tuvo conocimiento el apoderado. Eficacia jurídica de los contratos por él suscritos con posterioridad a dicho fallecimiento y con referencia a bienes propiedad de sus representados. Apoderamiento tácito: doctrina científica. Extensión del poder: extralimitación. Obligación del mandatario de dar al tercero con quien contrata conocimiento suficiente de sus poderes (art. 1.725 C.C.), lo que no es óbice para que el tercero deba comprobar, siempre que ello le sea normalmente posible, la existencia y el alcance del poder de la otra parte contratante, carga de autoinformación implícita en la carga general de diligencia que es conforme a la buena fe y a los usos (art. 1.258 C.C.). Sociedad civil particular entre mandantes y mandatario: inexistencia. *Sentencia de 31 de Enero de 1.986.*

24. **Reclamación de cantidad.** Falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda (excepción dilatoria nº 4 del art. 533 L.E.C.): desestimación. Los llamados por el Código Mercantil "dependientes y mancebos" son figuras auxiliares del comerciante que actúan por él de manera jurídicamente vinculante en los actos relativos al giro o tráfico de la empresa (arts. 292 y ss. C.Co). El hecho de que el establecimiento se dé a conocer al público por medio de rótulo (art. 209 E.P.I.) formado por el primer apellido del demandado-apelante y la circunstancia probada de que en numerosas ocasiones el recurrente estuviera en el establecimiento comercial, comportándose como dueño, engendra cara a terceros una apariencia de titularidad del negocio que, al no haber sido desvirtuada, les obliga a responder de las resultas económicas frente a los terceros que contrataron confiados en la misma. *Sentencia de 31 de enero de 1.986.*
25. **Préstamo.** Carga de la prueba (art. 1.214 C.C.): en el presente caso, el estricto marco familiar en que se desarrollaron las relaciones debatidas aconseja suavizar el rigor probatorio que, en cualquier otro supuesto, sería exigible. Las cantidades que recibió de la actora-apelante el demandado (yerno de la primera) le fueron entregadas, no a título de donación -como éste afirma-, sino en virtud de un contrato de préstamo o mutuo, del que nace la consiguiente obligación de restituir al mutuante esa misma cantidad (arts. 1.740 y 1.735 C.C.). *Sentencia de 31 de Enero de 1.986.*
26. **Contrato de compraventa.** Pretensión de resolución (art. 1.124 C.C.) basada en la falta de pago del precio aplazado, que no puede prosperar. Principio de congruencia (art. 359 L.E.C.): para examinar en el presente caso la concurrencia de los requisitos necesarios para poder dar lugar a la acción resolutoria, habría que entrar en el examen, no ya del primitivo contrato de compraventa, sino en el del pacto transaccional posterior a la presentación de la demanda, lo cual vulneraría el principio de congruencia. Las soluciones atribuidas a la parte perjudicada por el art. 1.124 C.C. (exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido), entre las que puede elegir, son incompatibles. *Sentencia de 31 de Enero de 1.986.*
27. **Desahucio de industria.** Calificación del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes litigantes: arrendamiento de industria o de local de negocio. Diferenciación: doctrina jurisprudencial: en el arrendamiento de industria el arrendatario recibe una industria ya creada como unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser

inmediatamente explotada o pendiente su puesta en marcha de meras formalidades administrativas; en el arrendamiento de local o negocio el arrendatario recibe solamente, bien el local desnudo, bien con elementos inertes o desarticulados, no aptos por sí solos para obtener una finalidad industrial, pero susceptibles de ser utilizados en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para instalar en el local arrendado un negocio o industria que él crea. *Sentencia de 31 de Enero de 1.986.*

28. **Costas procesales.** Impugnación. Condena en costas causadas en primera instancia fundada indebidamente en la nueva redacción del art. 523 L.E.C., instaurador del principio objetivo del vencimiento, sin reparar el juez "a quo" en lo que establece la D.T. 1º de la Ley 34/1.984 de reforma urgente de la L.E.C., dado que la demanda motivadora de la litis fue presentada en Julio de 1.983. Confirmación, no obstante, del pronunciamiento condenatorio, en razón de la conducta temeraria, sino de mala fe, observada por la demandada-apelante, que en la normativa anterior a la reforma de la L.E.C. era una de las bases de la condena en costas. Imposición a la apelante de las costas causadas en la alzada. *Sentencia de 5 de Febrero de 1.986.*
29. **Contratos.** Condición resolutoria establecida en contrato de compraventa. No es lícito ampliar unilateralmente una condición resolutoria de un contrato con la incorporación a ella de otros hechos o actos no mencionados por los contratantes, ya que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 C.C.). *Sentencia de 5 de Febrero de 1.986.*
30. **Indemnización de daños y perjuicios.** Accidente de tráfico. Acción extracontractual o aquiliana del art. 1.902 C.C.. Excepción de culpa exclusiva de la víctima. Negligencia influyente en la causación del daño por parte de ambos conductores: concurrencia de culpas, que autoriza a los tribunales para moderar la responsabilidad procedente de la negligencia al amparo del art. 1.103 C.C.; moderación que no tiene como base la cantidad que se reclame, sino la que por justicia correspondería de no concurrir culpa operante de la víctima. *Sentencia de 5 de Febrero de 1.986.*
31. **Falta de legitimación pasiva.** Falta de legitimación pasiva "ad causam" en uno de los codemandados, que debe ser estimada. Contrato de compraventa. Obras realizadas en el local vendido y cuyo impor-

te se reclama. Excepción de contrato de cumplimiento defectuoso o inexacto. "Beneficio industrial y utillaje": es costumbre reiterada el cobrar sobre la factura el porcentaje del 15% en concepto de este beneficio. *Sentencia de 5 de Febrero de 1.986.*

32. **Falta de litisconsorcio.** Relación jurídico-procesal defectuosamente constituida, por cuanto en el presente litigio, donde se discute de modo primordial la validez o nulidad de un contrato, no interviene, ni como actora ni como demandada, una de las partes contratantes. Doctrina del T.S.: la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia ha de dirigirse contra todos los interesados en ellos, entendiéndose que son interesados a estos efectos los intervinientes en el negocio y los que tuvieren beneficios económicos del mismo. Revocación de la sentencia apelada con absolución en la instancia del recurrente. *Sentencia de 6 de Febrero de 1.986. **
33. **Apelación.** Recurso interpuesto contra sentencia recaída en primera instancia de incidente de previo y especial pronunciamiento suscitado en juicio voluntario de testamentaría. Inasistencia del Letrado de la parte apelante al acto de la vista, lo que impide conocer los motivos que sustentan su impugnación. Rechazo del recurso interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente. *Sentencia de 6 de Febrero de 1.986.*
34. **Contrato de arrendamiento.** Devolución al arrendador de la cosa locada: al no expresar el contrato que se efectuara en sitio concreto dentro del término municipal de Palma de Mallorca, al que alude genéricamente, y por tratarse de obligación de entregar cosa determinada, el lugar en que llevar a efecto la prestación debida es aquel donde la cosa existía en el momento de constituirse la obligación (art. 1.171, par. 2º C.C.). Buena fe en la contratación (art. 1.258 C.C.). La obligación de la arrendataria de reparar a su cargo todas las averías imputables al mal uso de la máquina locada, no genera - junto a la evidente necesidad de llevar a completo término la prestación correspondiente, si lo pide la otra parte (art. 1.124 C.C.)- una especie de prolongación sancionatoria del arrendamiento que acarree la persistencia del deber de continuar abonando la merced arrendaticia hasta la extinción de aquella, pero sí, únicamente, el deber de indemnizar daños y perjuicios causados (art. 1.101 C.C.) *Sentencia de 7 de Febrero de 1.986.*
35. **Indemnización de daños y perjuicios.** Accidente de tráfico. Acción extracontractual o aquiliana (art. 1.902 C.C.). Excepción de defecto

- legal en el modo de proponer la demanda: no puede prosperar. Excepción de prescripción de la acción: debe rechazarse; doctrina jurisprudencial. Excepción de cosa juzgada: no puede prosperar, doctrina del T.S.. Excepción de falta de legitimación pasiva: es inviable. Procedencia de la acción extracontractual entablada, al concurrir los requisitos que señala el C.C. y proclama la jurisprudencia: a) acción culposa o negligente; b) perjuicio o daño a la entidad actora; c) relación de causalidad entre el daño y la falta. *Sentencia de 7 de Febrero de 1.986.* *
36. **Hechos nuevos.** Pago alegado por la parte demandada después de dictarse sentencia en primera instancia. Principio de preclusión. Principio de congruencia. Desestimación del recurso de apelación con condena al apelante al pago de las costas. *Sentencia de 10 de Febrero de 1.986.*
37. **Acción negatoria de servidumbre.** Incongruencia: no puede estimarse; doctrina jurisprudencial: la incongruencia sólo se puede producir en el fallo de la resolución, no en los razonamientos. Requisitos para el ejercicio de la acción negatoria. Doctrina del T.S.. la acción negatoria traspasa al demandado la obligación de probar, ya que el domino se presume libre mientras no se acredite su limitación. La servidumbre de paso siempre es discontinua, por lo que no puede ser adquirida más que por medio de título, nunca por prescripción (art. 539 C.C.). *Sentencia de 11 de Febrero de 1.986.*
38. **Juicio ejecutivo.** Demanda dirigida contra unos fiadores. La notificación a los mismos del saldo deudor es de derecho necesario, determinando su falta la nulidad del juicio al amparo del nº 2 del art. 1.467 de la L.E.C.. Carga de la prueba respecto del ejecutante. Es indiferente el medio empleado para la notificación. *Sentencia de 11 de Febrero de 1.986* *
39. **Recurso de audiencia al demandado rebelde.** Regulación vigente en esta materia (arts. 774 a 777 L.E.C.) y antecedentes legislativos. Emplazamiento por edictos. Requisitos que deben darse para la estimación del recurso. Se declara haber lugar a la audiencia solicitada. *Sentencia de 12 de Febrero de 1.986.*
40. **Arrendamientos.** Reclamación de rentas no pactadas a través de juicio ordinario declarativo. Carga de la prueba: necesidad de prueba del pago (hecho extintivo) por parte del demandado. Gastos de Comunidad: se deduce del contrato de arrendamiento que el pago debe

verificarse por los arrendatarios. Compensación: interpuesta por vía reconventional. Falta de prueba de los hechos constitutivos de la compensación. Desestimación. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 12 de Febrero de 1.986 **

41. **Acción de rescisión.** Presunción "iuris tantum" de venta realiza en fraude de acreedores; quiebra en tanto en cuanto el demandado prueba que la venta se realizó con ánimo de pago de créditos contraídos con anterioridad. *Sentencia de 14 de Febrero de 1.986.*
42. **Juicio ejecutivo.** Demanda dirigida contra unos fiadores. Letra de cambio cuyo importe, supuestamente amparado por la póliza, se reclama a los mismos y que adquirió el ejecutante por endoso ineficaz al no estar legitimado el endosatario. Contrato de descuento: concepto. Nulidad del juicio. *Sentencia de 14 de Febrero de 1.986 **
43. **Donación.** Inexistencia. Valoración de la prueba. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 17 de Febrero de 1.986.*
44. **Divorcio.** Determinación de la pensión alimenticia. *Sentencia de 19 de Febrero de 1.986.*
45. **Resolución de contrato.** Aplicación de la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles. Entrega de los muebles por parte del vendedor, sin contraprestación por parte del comprador. *Sentencia de 20 de Febrero de 1.986.*
46. **Juicio ejecutivo.** Suspensión de pagos de los afectados: es la providencia que admite la solicitud la determinante de la prohibición de ejercitar acciones contra los instantes. Póliza de afianzamiento: la notificación a los fiadores del saldo deudor es requisito de viabilidad de la acción. *Sentencia de 20 de Febrero de 1.986.*
47. **Retracto arrendaticio.** Necesidad de consignar el precio de venta conocido, más los gastos acreditados (Doctrina del T.S.), sin que baste suplirlo con fianza. Asimismo, no puede el retrayente dejar de consignar el precio total, al haber retenido el comprador la cantidad correspondiente al valor de una hipoteca. Desestimación de la acción de retracto. *Sentencia de 22 de Febrero de 1.986.*
48. **Beneficio de pobreza.** Tratamiento normativo anterior a la reforma de la L.E.C.. Derecho a la reducción del 50% de los gastos en el caso de que los ingresos no superen el triple del salario mínimo. Se

otorga. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 24 de Febrero de 1.986.*

49. **Separación matrimonial.** Trato vejatorio; existencia. Concesión de la vivienda conyugal, propiedad del cónyuge demandado, al cónyuge demandante, por tiempo definido. Pago de litisexpensas: concesión. *Sentencia de 25 de Febrero de 1.986.*
50. **Contrato de seguro.** Validez de la cláusula de restricción de la prescripción de la acción indemnizatoria; autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.255 C.C.) *Sentencia de 25 de Febrero de 1.986.*
51. **Divorcio.** Determinación de la cuantía de la pensión alimenticia. Aún sin fijar el convenio plazo alguno para la reintegración de la mujer al trabajo, la Sala fija el período de tres años desde la publicación de la sentencia, sufriendo desde entonces la pensión una disminución, esté o no trabajando la mujer. *Sentencia de 25 de Febrero de 1.986.*
52. **Contrato de obra.** Reclamación de cantidad. Falta de acuerdo de los litigantes sobre el resultado de la medición de las obras. Ausencia de prueba documental, pericial o testifical sobre tal extremo. Condena con reserva y fijación de su liquidez en fase de ejecución de sentencia. Principio "in illiquidis non fit mora": doctrina jurisprudencial en torno al art. 1.108 C.C.. Principio prohibitivo de la "reformatio in peius". *Sentencia de 25 de Febrero de 1.986.*
53. **Arrendamientos urbanos.** Necesidad de acreditar, al interponer los recursos, en aquellos juicios que puedan dar lugar al lanzamiento, el pago de las rentas vencidas (art. 148,2 L. A.U.); en caso contrario, se considera mal admitido dicho recurso. *Sentencia de 27 de Febrero de 1.986.*
54. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos: la renovación de la letra supone el reconocimiento de la provisión que no es oponible al ejecutante, librador de la nueva letra en sustitución de la anterior, de la que era tenedor. *Sentencia de 28 de Febrero de 1.986.*
55. **Contrato de compraventa.** Cumplimiento total por el comprador de su obligación y exigencia de elevación del documento privado a escritura pública. "Exceptio non rite adimpleti contractus": carga de

- la prueba sobre el demandado; falta de prueba. *Sentencia de 28 de Febrero de 1.986.*
56. **Contrato de compraventa.** Determinación del saldo final en el pago a plazos. Pasividad del demandado-vendedor: temeridad. Condena en costas. *Sentencia de 28 de Febrero de 1.986.*
57. **Arrendamientos urbanos.** Interpretación de las cláusulas contractuales relativas a la actualización y revisión de la renta: punto de arranque en los términos literales que obran en el contrato, y si éstos resultan contrarios a la verdadera intención de los contratantes, este elemento debe privar sobre aquél. *Sentencia de 28 de Febrero de 1.986.*
58. **Retracto arrendaticio.** Necesidad de prueba por parte de la actora de que ostenta la cualidad de arrendataria de la finca; falta de prueba. Plazo: ha caducado tal derecho por cuanto se presume que, siendo vecinos de los compradores, ya tenían conocimiento de la realización de la venta, por lo que se superó, en mucho, el plazo de sesenta días que fija la legislación. *Sentencia de 4 de Marzo de 1.986.*
59. **Divorcio.** Determinación de la pensión alimenticia. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 4 de Marzo de 1.986.*
60. **Falta de litisconsorcio.** Absolución en la instancia del demandado-apelante al apreciar la Sala, en contra del juez "a quo", la falta de litisconsorcio necesario, aunque no haya sido invocado expresamente y de manera formal por la entidad demandada: apreciación de oficio. Doctrina del T.S. Revocación de la sentencia impugnada. *Sentencia de 5 de Marzo de 1.986.*
61. **Apelación.** Separación matrimonial. Impugación de la sentencia de primera instancia. Incomparecencia del Letrado de la parte apelante al acto de la vista oral. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 6 de Marzo 1.986.*
62. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria, aducida en primera instancia por la actora-apelante como causa de separación. Oposición -por entender incierta dicha causa- de la parte demandada, acogida por el juez "a quo": desestimación de la demanda. Apelación. Cambio radical en la posición de la parte demandada-apelada en el acto de la vista del recurso: conformidad con la separación instada. Eficacia en segunda instancia de la conformidad prestada por la ape-

lada: implica un allanamiento sobre materia en la que cabe tal conformidad. Principio dispositivo. Revocación de la resolución impugnada, decretándose por la Sala la separación. *Sentencia de 7 de Marzo de 1.986.*

63. **Daños y perjuicios.** Responsabilidad contractual. La indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el art. 1.101 C.C. no es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual. Necesidad de prueba, sin que pueda condenarse por resultados futuros e inciertos. *Sentencia de 7 de Marzo de 1.986.*
64. **Divorcio.** Cese de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos, cuando al solicitar el divorcio se acredite que el otro cónyuge estaba incurso en motivo de separación (art. 86,3 en relación con el 82, ambos del C.C.). Falta de prueba que justifique el abandono. Denegación del divorcio. *Sentencia de 10 de Marzo de 1.986.*
65. **Reclamación de cantidad.** Determinación de la cuantía en función de las pruebas pericial y documental: valor del metro cúbico de agua, que se determinará en fase de ejecución. Reconvención: estimación parical. Intereses de demora (arts. 1100 y ss. C.C.); no se otorgan cuando la sentencia se dicta con reserva. *Sentencia de 11 de Marzo de 1.986.*
66. **Servidumbre de paso.** Valor de la inscripción registral frente a terceros. Prescripción adquisitiva: las servidumbres prediales de paso, por su carácter discontinuo, sólo pueden adquirirse en virtud de título (art. 539 C.C.). Doctrina del T.S.. Alteración de la causa de pedir en la apelación: prohibición. *Sentencia de 13 de Marzo de 1.986 **
67. **Tercería de dominio.** Litisconsorcio pasivo necesario del ejecutante y ejecutado; posibilidad, sin embargo, de -como sucede en el caso de autos- entablar demanda contra el ejecutante y posteriormente, en autos distintos, contra el ejecutado, procediéndose a la acumulación de ambos asuntos, constituyéndose así regularmente la litis. Prueba de los documentos privados frente a terceros: se apreciará según el conjunto de la prueba, a pesar del tenor literal del art. 1.277 C.C.. Transmisión de la propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo en el registro de la Propiedad, aún estando la finca inscrita a nombre del ejecutado. Estimación de la tercería de dominio. *Sentencia de 13 de Marzo de 1.987. **

68. **Arrendamiento de local de negocio.** No se trata de arrendamiento de industria, aunque así lo estipule el contrato, por cuanto, según doctrina reiterada, los contratos son los que son conforme a lo que resulte de su propio y especial contenido y de la intención real de los contratantes. Duración: no resulta ser contrato de temporada, por cuanto no es la común intención de los contratantes, según se desprende de otras cláusulas que entran en juego en la configuración del contrato. *Sentencia de 14 de Marzo de 1.986.*
69. **Tercería de mejor derecho.** Prelación de créditos. Preferencia en el pago de los débitos a la Tesorería de la Seguridad Social sobre la sentencia de remate en juicio ejecutivo. *Sentencia de 14 de Marzo de 1.986.*
70. **Cesión de crédito.** Compensación, en cuanto que el deudor no prueba su negativa a la cesión del crédito a un tercero. Impide utilizar la excepción de compensación al amparo del art. 1.198 C.C. *Sentencia de 14 de Marzo de 1.986.*
71. **Arrendamientos urbanos.** Local de negocio. Cierre del mismo durante más de seis meses en el curso de un año, sin justa causa. Resolución del contrato. *Sentencia de 17 de Marzo de 1.986.*
72. **Actio communi dividundo.** Dada la individualidad de la finca, se procederá en subasta pública a su venta, salvo que una de las partes, adjudicándose el todo, indemnice a la otra (art. 400 C.C.). Litisconsorcio pasivo necesario: inexistencia. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 18 de Marzo de 1.986.*
73. **Arrendamientos urbanos.** Cierre del local durante más de seis meses en el curso de un año, sin justa causa. Prescripción: inexistencia, por cuanto si el cierre persiste de manera indefinida, van surgiendo paulatinamente nuevos períodos, sin solución de continuidad, cada uno de los cuales es apto por sí sólo para promover la resolución del arriendo. *Sentencia de 18 de Marzo de 1.986.*
74. **Separación matrimonial.** Abandono injustificado del hogar (art. 82, 1ª C.C.): inexistencia. Violación grave o reiterada de los deberes respecto del hijo común (art. 82, 2ª C.C.): inexistencia. Conducta injuriosa o vejatoria (art. 82, 1ª C.C.): la conducta de la esposa (actora-apelada) está incurso en esta causa legal de separación: de la prueba testifical obrante en autos se constata que la esposa ha venido tratando siempre al marido (demandado-apelante) con graves

- desconsideraciones (insultos y malos tratos reiterados). Revocación parcial de la resolución apelada. *Sentencia de 20 de Marzo de 1.986.*
75. **Daños y perjuicios.** Prescripción: desestimación en primera instancia, pronunciamiento que deviene firme al aquietarse al mismo la demandada-apelante (entidad aseguradora). Determinación de la cuantía de la indemnización por secuelas de un accidente de tráfico. *Sentencia de 20 de Marzo de 1.986.*
76. **Apelación: ámbito.** Doctrina jurisprudencial: la apelación, cualquiera que sea el modo en que se la configure, es, en todos los casos, un recurso ordinario que no limita los poderes del órgano jurisdiccional que de él conoce. Contrato de arrendamiento de obra con suministro de material (arts. 1.544 y 1.588 C.C.): se estima acreditada la existencia de tal relación contractual entre las partes litigantes. Pago del precio de la obra ejecutada: estimación por la Sala de la pretensión pecuniaria formulada por el contratista. *Sentencia de 20 de Marzo de 1.986.*
77. **Divorcio.** Alteración de las circunstancias determinantes del otorgamiento del convenio: inexistencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1.986.*
78. **Costas procesales.** Separación matrimonial. Condena en costas al actor-apelante contenida en la sentencia de primera instancia, que decretó la separación. Confirmación por la Sala: procede la condena en costas por cuanto la sentencia recurrida no da la razón al actor (que en modo alguno acredita las causas de separación invocadas: las contempladas en el art. 82, 1º C.C.), sino que únicamente le reconoce el efecto de la separación por la dificultad de adoptar medidas coactivas en una relación personal y familiar como la que se contempla. Temeridad y mala fe en el actor. *Sentencia de 21 de Marzo de 1.986.*
79. **Separación matrimonial.** Custodia del menor: debe primar el análisis psicológico realizado con rigor, amén de otros factores y declaraciones, por encima de la opinión del menor, sin capacidad de discernimiento para conocer lo mejor para él. *Sentencia de 21 de Marzo de 1.986.*
80. **Testamento.** Cuota legítima viudal: pretensión de declaración de improcedencia por quien no es cónyuge legal sino de hecho. Igualdad ante la ley: no es idéntica la posición de quien está ligado jurídicamente al causante por vínculo matrimonial válido y la de quien ha

mantenido con él una relación de convivencia estable. *Sentencia de 24 de Marzo de 1986.*

81. **Separación matrimonial.** Alimentos: no procede el incremento de la cuantía en concepto de alimentos al haberse aquietado el recurrente en el acto de la vista. Pensión compensatoria: no procede por ser cuestión nueva traída al proceso en el acto de la vista; necesidad de oportuna petición previa. *Sentencia de 26 de Marzo de 1986.*
82. **Juicio de alimentos provisionales.** Cuantía de los alimentos: capacidad económica del alimentante y necesidades del alimentista. *Sentencia de 26 de Marzo de 1986.*
83. **Contratos.** Interpretación. Precontrato: naturaleza jurídica y diferencias con el contrato definitivo de compraventa. Es inoperante la calificación jurídica dada por las partes al pacto celebrado. Individualización de la acción por la "causa petendi" y no por el punto de vista jurídico dado por las partes. *Sentencia de 26 de Marzo de 1986.*
84. **Falta de legitimación pasiva.** La tiene la persona física que contrató y no la persona jurídica en representación de la cual dice haberlo hecho, aunque sea beneficiada por el contrato. Legitimación por apariencia: actos de los que se infiere. *Sentencia de 26 de Marzo de 1986.*
85. **Quita y espera.** Falta de legitimidad y personalidad para instar el procedimiento de quita y espera. Cualidad de comerciante: delimitación. Arts. 1,1º, y arts. 326,2 y 325 del C. Co. Actos de comercio. *Sentencia de 29 de Marzo de 1986.*
86. **Filiación.** Acciones de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial. Caducidad: interpretación del art. 137 del C. C. y supuestos en que es de aplicación. Legitimación activa: la tiene la madre, como co-titular de la patria potestad, para accionar en nombre de sus hijos menores. Falta de litis consorcio pasivo: no la supone no demandar al Ministerio Fiscal por quedar subsanado el defecto al comparecer en la segunda instancia (?) ni a los parientes del supuesto padre aunque "puedan resultar a la larga por la eficacia refleja o repercusión indirecta sobre ellos de una sentencia que produce efectos frente a todos". Investigación de la paternidad, pruebas biológicas, posesión de estado y pruebas indirectas. Negativa del presunto padre a someterse a pruebas biológicas, lo que adquiere "singular relevancia": imprevisión de tal negativa por el Derecho español. Derecho comparado. De tal negativa se deduce

que quien así procede se autosupone el auténtico padre y “adquiere el significado inequívoco y concluyente de una admisión” (sic). Análisis de la prueba indiciaria de la que se deduce una paternidad extramatrimonial. *Sentencia de 4 de Abril de 1986.* *

87. **Divorcio.** Pensión compensatoria. Perjuicio económico en relación a la situación que tenía al momento de la separación. No supone renuncia el hecho de que en la demanda de separación no se solicitara dicha pensión compensatoria. *Sentencia de 4 de Abril de 1986.*
88. **Propiedad horizontal.** Obras realizadas por un propietario sobre elementos comunes, sin autorización previa de la Junta de Propietarios. Doctrina del Tribunal Supremo. Excepción de falta de personalidad en el actor: improcedencia por haber sido reconocida por el demandado fuera del proceso. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 5 de Abril de 1986.*
89. **Contrato de arrendamiento de obra.** La ejecución de la obra convenida debe responder a la finalidad contemplada por los contratantes. Doctrina jurisprudencial. De la prueba practicada resulta que la obra realizada ni resultó acabada ni satisfacía el fin del negocio concertado, por lo que procede de la desestimación de la apelación con condena en las costas de la alzada. *Sentencia de 7 de Abril de 1986.*
90. **Juicio ejecutivo cambiario.** Inexistencia de dolo. Falta de provisión de fondos: únicamente la determina el incumplimiento total de la obligación subyacente a cargo del librador. Análisis de los hechos. Doctrina del Tribunal Supremo y desestimación de la excepción. *Sentencia de 7 de Abril de 1986.*
91. **Cosa juzgada penal.** Los efectos de la sentencia penal se extienden con efectos de cosa juzgada a los aspectos civiles que fueron objeto de juicio aunque los interpelados en el ulterior proceso civil no hubieran sido parte en aquél por el juego del art. 784, regla 5ª, párr. 3º de la LECrim. Seguro de ocupantes: ampara al tomador no conductor. *Sentencia de 8 de Abril de 1986.*
92. **Tercería de mejor derecho.** Prelación de créditos. Póliza de crédito intervenida por agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado: tiene carácter de escritura pública a los efectos del art. 1924 C. C. Doctrina del Tribunal Supremo sobre determinación de su fecha a efectos de preferencia: otorgamiento de la póliza, venci-

miento, o liquidación con determinación del saldo. *Sentencia de 8 de Abril de 1986**

93. **Divorcio.** Alimentos: supone una obligación no sólo jurídica sino sobre todo natural y moral, no susceptible de condición resolutoria ni de renuncia a los alimentos futuros. Custodia de los hijos: se establece en beneficio de ellos. Pensión compensatoria: desequilibrio económico surgido por la separación matrimonial. Régimen de visitas. *Sentencia de 12 de Abril de 1986.*
94. **Contratos.** Calificación. Precontrato y contrato de compraventa: diferencias. Doctrina del Tribunal Supremo. El contrato de autos no se limita a establecer las bases del contrato principal, sino que aparece de manera indiscutida la voluntad de celebrar un auténtico contrato de compraventa. Saneamiento por vicios ocultos: falta de prueba de los defectos graves que hicieran impropia la cosa para el uso a que se destina; acción extemporánea a tenor del art. 1490 C. C. *Sentencia de 14 de Abril de 1986**
95. **Daños.** Culpa extracontractual. Prescripción: existen y son eficaces los actos interruptores de la prescripción, sin que sea necesario a los efectos previstos en el art. 1973 C. Civil que en la reclamación extrajudicial se exprese el importe de la demanda. Concurrencia de culpas: no consta actuación culposa del actor. Cuantía de los daños materiales: “damnum emergens” y “lucrum cessans”. Daños morales. Intereses: principio “in illiquidis non fit mora”, es ilíquida la cantidad que precisa ser determinada mediante la promoción de un juicio sobre tal extremo, no una simple cuenta aritmética. *Sentencia de 14 de Abril de 1986.*
96. **Contrato de préstamo.** Excepción de falta de legitimación activa: inexistencia por cuanto los demandantes ostentan la cualidad de herederos de las cantidades que adeuda al causante. Excepción de falta de litis consorcio activo: inexistencia al ser reiteradamente declarado por la jurisprudencia que cualquier coheredero puede ejercitar en provecho común las acciones del causante y las nacidas luego de su muerte en favor de la herencia. Nulidad del préstamo por usuario: improcedencia, toda vez que el interés del 20% anual pactado no es notablemente superior al normal del dinero (art. 1º Ley de 23 de Julio de 1908, sobre usura). Supuesto de consignación cuando varias personas tengan derecho a cobrar (art. 1176, 2º C. C.). *Sentencia de 15 de Abril de 1986**

97. **Separación matrimonial.** Resulta acreditado que concurren las causas 1ª y 2ª del art. 82 C. C. (infidelidad conyugal y violación de los deberes conyugales). Alimentos: concepto y ámbito de aplicación. Pensión compensatoria. *Sentencia de 15 de Abril de 1986.*
98. **Tercería de dominio.** Cualidad de tercero del tercerista. Doctrina del Tribunal Supremo. Falta de prueba sobre el hecho de que el bien objeto de tercería haya vuelto a ser propiedad del ejecutado. Mala fe del tercerista: inexistencia, puesto que la adquisición del bien por su parte ocurrió mucho antes que el embargo cuya petición de levantamiento se postula en esta litis. *Sentencia de 15 de Abril de 1986.*
99. **Actio communi dividuo.** Indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento: "quaestio facti" de exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora. El hecho de pedir la enajenación en pública subasta acredita la existencia de convenio a que se refiere el art. 404 C. C. Condición de usufructuaria: falta de acreditamiento en autos. Reclamación de cantidad en concepto de gastos efectuados en la cosa común. Rendición de cuentas. Participación de los litigantes en la sociedad. *Sentencia de 16 de Abril de 1986.*
100. **Condominio.** Art. 3, 3º de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares. Hecho favorecido por una presunción "iuris tantum": inversión de la carga de la prueba; correspondía al demandado rebelde destruir la presunción del condominio. Declaración de comunidad y acción de división de cosa común. Revocación de la sentencia apelada con imposición de costas en la primera instancia al demandado rebelde. *Sentencia de 16 de Abril de 1986.*
101. **Contratos.** Calificación: compraventa y no precontrato. Actos propios. Convenio rescisorio del contrato: anulación de común acuerdo, con lo que el primitivo contrato de compraventa permanece vivo y eficaz. Prueba testifical: valoración al prudente arbitrio del juzgador. Petición de cumplimiento del contrato y petición de resolución: son incompatibles, si bien susceptibles de formulación subsidiaria, sin limitación al supuesto de imposibilidad de cumplimiento. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 17 de Abril de 1986.*
102. **Contrato de suministro.** Reclamación de cantidad. Existencia del vínculo contractual, como se desprende de la prueba practicada. *Sentencia de 21 de Abril de 1986.*

103. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Concepto y requisitos. Doctrina del Tribunal Supremo. Está regularmente constituida la litis cuando los supuestos litisconsortes preteridos sólo se ven alcanzados por los efectos reflejos de la sentencia, pero no tienen un interés legítimo, directo y personal. Arrendamiento de servicios. Pago efectuado a persona distinta del titular del crédito: necesidad de consentimiento del acreedor (art. 1162 C. C.) para que éste tenga efectos solutorios. Prueba de los hechos extintivos del derecho que se reclama: corresponde al demandado. *Sentencia de 22 de Abril de 1986.**
104. **Contrato de arrendamiento de obras.** Reclamación de cantidad: determinación del monto de las obras "extras" ejecutadas. Porcentaje por beneficio industrial y utillaje en las obras concertadas por administración: se ha de aplicar el que se hubiese convenido, y a falta de acuerdo, el que sea de uso en la plaza. *Sentencia de 22 de Abril de 1986.*
105. **Juicio ejecutivo.** Desestimación del motivo de nulidad opuesto por no ser subsumible en ninguno de los motivos del art. 1467 LEC. *Sentencia de 23 de Abril de 1986.*
106. **Daños.** Accidente de tráfico. Falta de pruebas que imposibilita establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los litigantes. Carga de la prueba: corresponde al reclamante de los daños ocasionados por acto u omisión imputable a la persona de quien se exige interviniendo culpa o negligencia. Criterio corrector de la Jurisprudencia: inversión de la carga de la prueba (presunción "iuris tantum" de que medió culpa por parte del agente); exigencia de "agotar la diligencia"; responsabilidad por riesgo: sólo desaparece mediante la demostración de que intervino culpa exclusiva del perjudicado. Choque de vehículos: inversión de la carga de la prueba. Cuantía de la indemnización. *Sentencia de 24 de Abril de 1986**.
107. **Contrato de compraventa.** Nulidad por falta de capacidad mental del vendedor: análisis de la prueba e irrelevancia de una pericial retrospectiva. Derecho civil balear: validez de los negocios onerosos entre los cónyuges: la carga de la prueba de la onerosidad corresponde a los demandados. Nulidad de la compraventa por encubrir una donación. Concepto de simulación absoluta y de simulación relativa. Negocio disimulado y requisitos para su validez. Doctrina del Tribunal Supremo. Nulidad de la donación encubierta por falta de los requisitos específicos para la validez de tales actos de libera-

lidad y por estar prohibidos entre los cónyuges sujetos al régimen foral balear. Legitimación del heredero voluntario para impugnar los actos del causante inexistentes o afectados de nulidad absoluta. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.**

108. **Excepción de incompetencia de jurisdicción.** Incompetencia territorial del Juzgado de Palma, interpuesta con el escrito de contestación a la demanda. Estimación de la excepción por la Sala por cuanto considera que en la comparecencia del juicio de menor cuantía, las partes aceptaron la competencia del Juzgado de Manacor y ser prorrogable la jurisdicción civil a tenor del art. 54 LEC. Inobservancia del primer criterio de competencia territorial (la sumisión tácita) excluyente de cualquier conflicto de competencia. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.**
109. **Divorcio.** Cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos desde la separación de hecho libremente consentida. Valoración de la prueba. Documento privado cuya autenticidad no ha sido negada. Medidas complementarias, a tenor del art. 91 C. C.: determinación "ex lege", aunque no hayan sido solicitadas de parte, en atención al interés -siempre superior- de los hijos menores. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*
110. **Sociedades anónimas.** Impugnación de acuerdos. Desestimación de la demanda con imposición de costas al actor. Inexistencia de defectos formales en la forma de convocar la Junta (convocada y publicada de acuerdo con la normativa legal). Convocatoria de los socios: no exigencia legal de comunicación directa, personal e individual. No obligatoriedad de los socios de acudir a la primera convocatoria. Abuso del derecho: no existe tal defecto, por constar con claridad los pedimentos de la parte actora. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*
111. **Culpa extracontractual.** Procedimiento de ejecución hipotecaria: omisión de la obligación de dar traslado del requerimiento de pago. Falta de acreditamiento de que los perjuicios ocasionados se derivasen de la omisión de la comunicación del requerimiento de pago. Excepción de falta de legitimación activa: desestimación, por cuanto no litigó la sociedad conyugal como tal, sino sus individuales personas físicas, con evidente interés directo en la acción ejercitada. *Sentencia de 26 de Abril de 1986.*
112. **Arrendamientos urbanos.** Local de negocio. Cláusula de estabili-

- zación de revisión de la renta. Nulidad de actuaciones: improcedencia. Defecto de emplazamiento. Actos nulos, anulables y simplemente irregulares no productores de indefensión irremediable. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*
113. **Contrato de transporte por carretera.** Régimen jurídico aplicable: Convenio de Ginebra de 19 de Mayo de 1956. Sumisión al mencionado Convenio contenido en la carta de porte, que prevalece sobre la exclusión de la aplicación a "los transportes de mudanzas" (art. 1.4 del Convenio). Responsabilidad por daños al transportista (art. 17,1º de la Convención de Ginebra). Excepción de falta de personalidad del Procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder: improcedencia. Observancia de la normativa que rige en España en materia de representación voluntaria. Art. 165 del Reglamento Notarial (Dr. 2 de Junio de 1944). Doctrina del Tribunal Supremo. Excepción de prescripción de la acción: normativa aplicable (art. 3.2 del Convenio Internacional). Suspensión e interrupción de la prescripción: se regirá por la ley del territorio en que se ejerce jurisdicción. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.* *
114. **Propiedad horizontal.** Título consitutivo del régimen de comunidad horizontal: primacía de la verdad material sobre las manifestaciones contenidas acerca de la configuración del inmueble. Principio de presunción registral: se extiende a las circunstancias de existencia, titularidad y extensión de los derechos reales, pero no a los datos registrales de puro hecho. Doctrina del Tribunal Supremo. Carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción registral. Art. 38 Ley hipotecaria: presunción "iuris tantum". Renuncia de derechos: no la implica el asentimiento prestado para la aprobación de los Estatutos de la Comunidad. Necesidad de que la renuncia conste de forma clara, explícita y determinante. *Sentencia de 29 de Abril de 1986.* *
115. **Tercería de dominio.** No se identifica con la acción reivindicatoria, aunque guarda ciertas analogías. Principio de fe pública registral: presunción "iuris et de iure". Principio de legitimación registral: presunción "iuris tantum". Requisitos de la acción de tercería de dominio. Falta de acreditamiento de la titularidad del tercerista sobre el bien embargado. Desestimación de la apelación con imposición de costas al apelante. *Sentencia de 29 de Abril de 1986.*
116. **Arrendamientos urbanos.** Local de negocio. Resolución por traspaso inconstituido. Cesión a terceros mediante precio: facultad del

arrendatario. Renuncia anticipada de tal facultad, como resulta diáfananamente del clausulado contractual. Desestimación del recurso de apelación, con costas por la evidente temeridad del apelante. *Sentencia de 309 de Abril de 1986.*

117. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: concepto y cuantía. *Sentencia de 30 de Abril de 1986.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1. **PUBLICIDAD DESLEAL.** En toda actividad publicitaria, cualquiera que sea su objeto y el medio de difusión empleado, debe observarse, entre otros, el principio de la veracidad (arts. 1, 6, 7 y 8 del Estatuto de la Publicidad-Ley de 11 de Junio de 1.964-). Requisitos para que pueda apreciarse la existencia de publicidad desleal (art. 10, apdo. 2º del Estatuto). No puede excluirse a la Jurisdicción ordinaria (civil) del conocimiento del asunto debatido (art. 65 del Estatuto). Revocación de la sentencia apelada, condenándose a la entidad demandada a que se retracte. *Sentencia de 13 de Enero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La acción ejercitada conjuntamente por cuatro empresas dedicadas a la instalación de puertas blindadas contra la entidad demandada, S., S.A., cuya actividad mercantil es la instalación de alarmas, se basa fácticamente en la publicación en el mes de Octubre de 1984, en las páginas de sucesos, de los periódicos locales de esta ciudad, de anuncios bajo el título genérico de "Testimonios de ladrones" que se insertaron a dos columnas, por orden de la agencia publicitaria "T. P.", con el siguiente contenido que interesa destacar en esta litis: a) en el diario "Ultima Hora", de 15 de Octubre de debajo de una fotografía de un hombre con mancha en negro en la parte de los ojos para evitar su identificación, se lee "J.L.G.G. 30 años". "He cambiado de oficio"... "Las puertas podían estar blindadas, tener marcos reforzados, anclajes laterales o cerraduras aerodinámicas. Yo las pasaba como si fuera una cortina de tela" (folios 17 y 50). b) en el "Diario de Baleares" de 16 de Octubre, y debajo de otra fotografía con la misma característica y con las letras J.D.P.O. 21 años, se dice a continuación, "Tendría que haber una Ley que me proteja de Securitron"... A mí lo que más me gustaba era ir a robar en donde hubiese puertas blindadas o anclajes laterales o con cerraduras aerodinámicas. Yo las abría como si fueran de mantequilla" (folios 18 y 55). c) en el periódico "El Día" de 17 de Octubre, otra fotografía de otro joven, con idéntica mancha negra, y debajo de la fotografía, se lee M.A.T.P. 19 años, "colegas evitaos la molestia... Yo sé lo que digo, tengo años en el oficio... Con los otros sistemas de seguridad si me resultaba fácil. Puertas blindadas o con cerraduras aerodinámicas o con anclajes laterales o con marcos reforzados, yo los

abría como si fueran de cartón piedra" (folios 19 y 57); d) en el periódico Diario de Mallorca, correspondiente a los días 18 y 26 de Octubre de 1984, otra fotografía de otro hombre, con igual característica, y debajo de ella, M.A.T.P. 19 años "Robar era un placer"... "No importa que las puertas tuvieran cerraduras aerodinámicas, anclajes laterales, marcos reforzados o fueran blindadas. A mí no se resistía ninguna" (folios 20 y 54). Debajo de dichos textos y sobre fondo negro se lee: "S. La alarma del siglo. Solicite información o pídanos folletos C/ Joan Miró, 12 Bajos. Tel. 236691. PALMA. Homologada por la Dirección de la Seguridad del Estado nº 467".

2º. Los reseñados anuncios "Testimonios de ladrones" publicados en la prensa local de esta ciudad, infringen el principio general de publicidad de veracidad y constituyen publicidad desleal. En efecto en toda actividad publicitaria en España, cualquiera que sea su objeto y medio de difusión empleado; debe observarse, entre otros principios, el de la veracidad (artículos 1º, 6º, 7º y 8º del Estatuto de la Publicidad promulgado por la Ley de 11 de Junio de 1964), y no se observó tal principio al publicar que ciertos ladrones pasan las puertas blindadas como si fueran una cortina de tela, o las abren como mantequilla, o como si fueran cartón piedra; siendo de destacar sobre tal particular el informe de la Jefatura Superior de Policía de Baleares de fecha 1º de Marzo de 1985, que participa que de las 3.300 inspecciones oculares realizadas por el Gabinete de Identificación de dicha Jefatura durante el último año, por robos con fuerza en las casas, en domicilios y comercios de esta ciudad, tan solo en cuatro había instalada puerta blindada, y de estos cuatro casos, en tres de ellos se supone que se utilizó gato mecánico o hidráulico, significándose que lo que cedió fué los marcos de las puertas más que la puerta en sí; en el cuarto caso se consiguió violentar dicha puerta por medio de soplete (folio 67). También entrañan dichos anuncios, a tenor del párrafo segundo del artículo 10 de dicho Estatuto, publicidad desleal, ya que tienden a desacreditar productos de la competencia -puertas blindadas-.

3º. La tesis de la demandada, expuesta por primera vez en esta alzada, de que no puede prosperar la acción ejercitada de adverso por no haberse acreditado que los actores tengan interés legítimo en relación con la actividad de instalar o montar puertas blindadas, afectada por dichos anuncios, no puede ser acogida, no sólo por cuanto la entidad demandada implícitamente ha admitido durante la sustanciación del proceso que las empresas actoras se dedican a la instalación de puertas blindadas, sino también por cuanto la publicidad, que debe respetar la verdad evitando que se deformen los hechos o se induzca a error -párrafo primero del artículo 8º del mencionado Estatuto-, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado -apartado primero del artículo 10 del referido Estatuto-; de suerte que la publicidad desleal alcanza, no sólo a los intereses de las empresas de la competencia afectadas por la inveraz información, sino también los de los consumidores y la lícita concurrencia en el mercado.

4º. También se aduce en contra del triunfo de la acción ejercitada en la demanda instauradora de esta litis, que la inserción de los expresados anuncios fué ordenada y costeada por la empresa T.P., empresa distinta de la demandada. Alegato que tampoco puede ser acogido ya que la entidad demandada no solo dió su conformidad a la expresada campaña publicitaria, sino por cuanto tal campaña surgió de las conversaciones y comentarios profesionales que a tal efecto mantuvo la entidad Securitrón con la empresa de publicidad, según confesó el representante legal de la compañía demandada (posición 5ª: folio 51), amén que a tener del artículo 27 del Estatuto de la Publicidad, el anunciante tiene derecho durante la ejecución de una campaña publicitaria a controlar y verificar su desarrollo, y en el presente caso no consta ni se puede deducir que Securitrón haya manifestado su disconformidad con el contenido de los expresados anuncios.

5º. Para que pueda apreciarse publicidad desleal no es necesario que se produzca un perjuicio tangible, sino que basta que se den las actividades que expresa el citado apartado segundo del artículo 10 del repetido Estatuto, dirigidas a provocar confusión entre bienes o servicios, o tiendan a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos, y genéricamente, las que sean contrarias a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Siendo por tanto inoperante, a estos efectos, la alegación de la entidad demandada de que en dichos anuncios no hubo ánimo de desprestigiar -lo que no es de recibo dando el contenido de todos los "Testimonios de ladrones" publicados-, sino propósito de promocionar un producto; con lo que se viene a sustentar la teoría de que el fin justifica la utilización de cualquier medio, aunque sea contrario a las normas legales.

6º. Razones indeclinables impuestas por el valor normativo del Texto constitucional en vigor y la necesidad de interpretar conforme a sus proclamados principios la generalidad del ordenamiento positivo, no consiente en excluir, como pretende la Dirección Letrada de la entidad demandada, a la jurisdicción ordinaria del conocimiento del asunto que ahora se debate en este proceso, para llevarlo a su decisión por órganos administrativos -artículos 24 y 117 párrafo 5, de la Constitución-, pues es de advertir que el artículo 65 del Estatuto de la Publicidad declara que las cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales ordinarios, "sin perjuicio de que los interesados puedan previamente someterlas al Jurado de Publicidad, hipótesis contemplada como situación simplemente potestativa y por lo mismo ajena a toda idea de "ius cogens" (Sentencia de 24 de Mayo de 1.980).

7º. Por lo expuesto procede estimar la apelación formulada por la parte actora, así como la demanda deducida, si bien la retractación que en ella se postula, se plasma en la publicación, por cuenta de la entidad demandada, de los anuncios que se indican en la parte dispositiva de esta resolución.

8º. La estimación de la demanda, instauradora de esta litis, conlleva la desestimación de la apelación formulada por la entidad demandada, encaminada a que se impusieran a la parte adversa las costas devengadas en primera instancia.

9º. La Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa en el artículo 523 la imposición de las costas de primera instancia a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, y en el párrafo segundo del artículo 710, que la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia, deberá contener condena en costas al apelante.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación formulado en nombre y representación de las entidades S.M., S.A. y M. S.A. y de don J.G.U. y don J.C.S. y se desestima el recurso de igual clase interpuesto por la entidad S., S.A., contra la sentencia de fecha dos de Mayo de mil novecientos ochenta y cinco dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo, hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo y se revoca dicha sentencia y en su lugar se declara:

B) Se estima la demanda deducida en nombre y representación de las entidades S.M., S.A. y M., S.A. y de don J.G.U. y don J.C.S. contra la entidad S. S.A., a la que se condena, por publicidad desleal, a que por su cuenta los periódicos de esta ciudad, Diario de Mallorca, Baleares, Última Hora y El Día, durante idéntico número de días y la misma localización y tamaños en que aparecieron en dichos medios de comunicación los anuncios que fueron presentados bajo el título de "Testimonios de ladrones", se publiquen notas en las que se exprese que por sentencia de esta fecha de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma, ha declarado publicidad desleal los anuncios publicitarios de "S., La Alar-

ma del siglo", que en el mes de Octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, se insertaron bajo el título "Testimonios de ladrones" en los diarios de esta capital, y en los que se expresaban como declaraciones de ciertos ladrones, que las puertas blindadas las pasaban como si fuera una cortina de humo, o las abrían como si fueran de mantequilla o de cartón piedra, al no ajustarse dichos textos publicitarios al principio de veracidad y tender a producir el descrédito de los productos de las empresas dedicadas a la instalación de puertas blindadas para la seguridad de inmuebles.

Con expresa condena a la parte actora de las costas de primera instancia.

C) Se imponen las costas devengadas en esta alzada a la parte apelante S., S.A. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

6

6. PRINCIPIOS PROCESALES. Incongruencia: incurre en ella la sentencia que acoge modificaciones introducidas después de la fase expositiva. Contradicción y defensa. Doctrina del T.S. Endoso; designación del endosatario: se cumple con ella utilizando nombres comerciales y anagramas sociales. Pago a tercero: falta de efecto liberatorio. *Sentencia de 17 de Enero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La parte apelante argumenta en primer término en apoyo de su pretensión impugnativa que la acción que realmente ejercita la actora en el presente pleito no es la cambiaria ordinaria nacida de la letra de cambio de que resulta tenedora, sino la simple acción causal dimanante del negocio subyacente en cuya virtud se libró el efecto mercantil, y que, además, al no contener cláusula valor, mención exigida por el número 5 del artículo 444 del Código de Comercio, ya no es tal letra de cambio, sino mero pagaré, de conformidad al artículo 450 del citado texto sustantivo; alegaciones que, prescindiendo de todo otro tipo de consideraciones acerca de su acierto o desacierto intrínseco, no pueden, en cualquier caso, ser tenidas en cuenta, dado que constituyen cuestiones nuevas y, por tanto, ahora inadmisibles, al haber sido efectuadas por primera vez en la vista celebrada en esta alzada, desconociéndose con ello, de un lado, que es dentro del período espositivo del juicio donde, con carácter preclusivo, se definen y delimitan de manera fija y definitiva los puntos de hecho y de derecho a discutir y resolver, de suerte que incurre en incongruencia la sentencia que se atiene a modificaciones introducidas en fase procesal posterior, según proclaman, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de

7 y 22-diciembre-1982, 28-enero-1983, 17-diciembre-1984, 22-mayo-1985, etc., y, de otro, que en nuestro sistema de enjuiciar la segunda instancia tiene por función la de revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho que fueron objeto de la primera, salvo aquellos extremos consentidos por los litigantes, pero tal como fueron planteadas, sin otras innovaciones que las que permite el limitado cauce de los artículos 862 y 863 de la Ley Procesal, por lo que, si se admiten otras diferentes, se alteran los términos del litigio (Sentencias 20-junio-81, 15-junio-82, 10-enero-83, 1 y 6-marzo, 5 y 21-diciembre-1984) y no se respetan en lo debido los principios de contradicción y de defensa, en cuanto que se priva al otro litigante de la posibilidad de articular excepciones y de hacer uso de los medios de prueba que puedan convenir a la salvaguarda de su interés en relación a los temas extemporáneos suscitados por el contrario.

2º. Idéntica suerte desestimatoria han de seguir las otras excepciones articuladas por la entidad recurrente frente a la demanda: a) la que sostiene al parecer, que en la designación de la Caja de Ahorros como endosataria de la letra de cambio no se ha dado cumplimiento al n° 1 del artículo 462 del Código de Comercio, que exige la expresión en el endoso del nombre y apellidos, razón social o título de la persona o compañía a quien se trasmite la letra, por cuanto que para llenar dicho requisito basta con la utilización de cualquier signo que asegure la identificación del adquirente, entre los que se encuentra, sin duda, el empleado en la cambial de mérito, habida cuenta de que el artículo 196 del Estatuto de la Propiedad Industrial determina que se consideran nombres comerciales los nombres de las personas y las razones y denominaciones sociales, aunque están constituidas por iniciales, que sean los propios de los individuos o entidades de todas clases que se dediquen al ejercicio de un profesión o al del comercio o industria, en cualquiera de sus manifestaciones; y b) la de pago, toda vez que únicamente es legítimo titular del crédito cambiario el portador de la cambial que justifica la posesión de ella mediante una serie encadenada e ininterrumpida de endosos, siendo dicho titular quien debe recibir la prestación precuaria del aceptante para que éste quede librado del deber de pagar que asumió con la aceptación, pues que el pago ha de hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, de conformidad a lo que previene el artículo 1162 del Código Civil, de suerte que, aunque se llegara a admitir, a efectos dialécticos, que la recurrente M.M., S.A. satisfizo el importe de la letra a la libradora Construcciones R., tal abono es claro que no puede ser opuesto con eficacia frente a la reclamación que formula la actora, tenedora de la letra en calidad de endosataria y que resulta ser tercero por completo ajeno a las relaciones causales que median entre libradora y aceptante.

3º. Procede, en consecuencia sin necesidad de más razonamientos, la desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia apelada y la condena de la recurrente al pago de las costas producidas en esta alzada por ser pronunciamiento imperativo a tenor de lo que dispone el párrafo 2º del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1º) Se desestima el recurso de apelación que interpone M.M., S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Mallorca el quince de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, cuyos pronunciamientos se confirman en su integridad.

2º) Se condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

8. DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente en el interior del establecimiento comercial: daños y perjuicios sufridos por la actora por la fractura de su rótula izquierda al caerse al suelo en dicho establecimiento, donde se hallaba efectuando compras, al enredarse con unos cordeles que se hallaban sueltos en medio de un pasillo, provenientes de unos embalajes que habían manipulado empleados del referido establecimiento. Prueba de la causa de la caída. Cuantificación de la indemnización que -por apreciarse negligencia por parte de los empleados de la entidad demandada- debe percibir la actora, con base en los arts. 1.902 y 1.903 C.C.. *Sentencia de 17 de Enero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º) La sentencia recaída que, estimando la demanda, condena a la entidad demandada A., S.A., propietaria del hipermercado P. de esta ciudad, a que pague la suma de 734.000 pesetas a la actora, doña F.M.T.R.R., por daños y perjuicios sufridos por dicha señora por la fractura de rótula izquierda al caerse al suelo el día 29 de Diciembre de 1983 en dicho establecimiento, donde se hallaba efectuando compras y enredarse con unos cordeles que se hallaban sueltos en medio de un pasillo, provenientes de unos embalajes que habían manipulado unos empleados de dicho centro mercantil, es apelada por la compañía condenada por los siguientes motivos: a) por cuanto la causa de dicha caída fué una lipotimia e hipotensión que sufrió la señora R.R., y b) por ser, en todo caso, excesiva la indemnización concedida.

2º. El motivo primero de impugnación se basa en que difícilmente la señora R. pudo enredarse en el local de P. destinado al público, con unos cordeles o cuerdas de unos embalajes, por cuanto no se utilizan cordeles ni cuerdas sino cintas o tiras especiales para los embalajes de las mercancías que se reciben en dicho centro comercial y que se quitan antes de ser expuestos al público los artículos; aserto este que al no haberse probado no puede ser tenido en consideración; como tampoco el informe del servicio Médico de la empresa hoy apelante, que atendió el día 29-12-83 a las 20'30 horas a doña F.R.R. de que dicha paciente presentaba, además de hematoma en rodilla izquierda, cuadro de lipotimia e hipotensión (folio 16), al no haber sido ratificado dicho documento. Sobre la inconcreta declaración del testigo don E.R.B., que por entonces era Jefe de Seguridad de P., en cuanto a la causa de la referida caída, que no presenció, como manifestó, que por rumores de la gente que había en dicho lugar dijeron que si le había dado un mareo (pregunta cuarta: folio 54), ha de prevalecer, no obstante el parentesco que les une con la actora, y a tenor del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las declaraciones de los testigos don P.P.R. -marido de la demandante- y de los menores Y. y J.F.P.R. -hijos de la hoy apelada-, que acompañaban a ésta cuando cayó en el hipermercado mencionado, de que la caída mencionada fué por enredarse la actora con una cuerda que había en el suelo del expresado local comercial; lo

que determina la desestimación de dicho motivo de impugnación.

3º. La indemnización de 734.000 pesetas señalada a favor de la actora, por apreciarse negligencia por parte de los empleados de la entidad demandada, hoy apelante, al dejar en el suelo de uno de los pasillos para que el público coja de las estanterías los productos que desee comprar, unos cordeles de embalajes de mercancías, con los que se enredó y cayó al suelo la hoy apelada, con el resultado lesivo antes referido, con base en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, está integrada por los dos conceptos que se exponen en la demanda instauradora de esta litis, a saber: a) 384.000 pesetas por los 128 días que estuvo a baja la actora, a razón de 3.000 pesetas por día; y b) 350.000 pesetas por las secuelas que le quedaron como consecuencia de la caída e intervenciones quirúrgicas que sufrió por tal percance. Esta Sala estima, respecto al primer concepto indemnizatorio, mas ponderada a las circunstancias del presente caso, la cifra de 2.000 pesetas por cada día que estuvo de baja la hoy apelada, lo que da la cantidad de 256.000 pesetas. La otra cifra señalada -350.000 pesetas- se aprecia acertada teniendo presente que la demandante, de 39 años de edad, casada, y que según dictamen pericial, le ha quedado como secuelas de dicha fractura y de las operaciones a que fué sometida, una ligera atrofia muscular del muslo izquierdo que determina una pérdida de potencia muscular para los movimientos de la rodilla izquierda, cicatriz de 12 centímetros, vertical, en rodilla y dificultad en los ejercicios físicos propios de una profesora de Enseñanza General Básica en la clase de gimnasia (folio 46). Por lo que el importe total de la indemnización que debe percibir la señora R. R., como consecuencia de la acción por ella promovida en esta litis, es de 606.000 pesetas; estimándose con tal alcance el segundo motivo de impugnación, lo que determina la revocación parcial de la sentencia recaída.

4º. La estimación parcial de la demanda excluye toda especial imposición de las costas de primera instancia, y la estimación de la apelación, las de esta alzada.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación formulado en nombre y representación de la entidad A., S.A. y se revoca la sentencia de fecha diez y ocho de Marzo de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo en cuanto se oponga a lo que a continuación se declara y se confirma en todo lo demás.

B) Se estima parcialmente la demanda deducida por la representación procesal de doña F. M. T. R. R. contra la entidad A., S.A. y se declara que la demandante adeuda a la actora la cantidad de seiscientos seis mil pesetas (606.000 pesetas) y se condena a dicha compañía a pagar a doña F. M. T. R. R. la expresada suma; sin hacer expresa de las costas de esta primera instancia.

C) Sin especial imposición de las costas devengadas en esta alzada. (Ponente: D. Julio a. Llovet Alabau).

9. TERCERIA DE DOMINIO. Requisitos que deben concurrir y probarse para que prospere de la demanda sobre tercería de dominio: 1º) el dominio de los bienes por el tercerista; 2º) la identidad entre los bienes reclamados y embargados en el procedimiento de que dimana la tercería; y 3º) que la adquisición por el tercerista sea anterior al embargo trabado en aquél. La transmisión de la propiedad en nuestro Derecho exige, tal como se infiere del art. 609 C.C., un doble elemento: fundamento o causa jurídica de la adquisición (título) y transferencia de la posesión de la cosa (tradicción). *Sentencia de 21 de Enero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. El actor en la demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio de que dimana el presente rollo solicita se declare que es pleno, único y exclusivo propietario de la finca urbana siguiente: "Piso de dos vertientes sito en esta ciudad, arrabal de Santa Catalina, señalado con el número 134, antes con el nº 114 de la c/. Caro. Compuesta por dos viviendas de cabida 92'31 m². Inscrita en el Registro de la Propiedad al Folio 223 del Tomo 2578 del Archivo, libro 529 de la Sección Término del Ayuntamiento de Palma, Finca nº 29.455, hoy 8238 por haber pasado a la sección VII, al Folio 19 del Tomo 1847 del Archivo, Libro 164, Inscripción 4^ª, por haberla adquirido en méritos de subasta pública celebrada el día 1º de julio de 1983 en los autos 811/82 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, seguidos a instancias de la Entidad Mercantil "Banco C., S.A." contra Dña. C.C.C., y haber satisfecho el total precio del remate el día 11 de julio del mismo año; y que en consecuencia es inoperante, nulo e ineficaz el embargo practicado en el juicio ejecutivo nº 1418/84 que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, por Don E.R.U. contra Doña C.C.C., declarándose igualmente nula la diligencia de embargo practicada en fecha 16 de julio de 1984 en dicho procedimiento; y en su consecuencia, se acuerde levantar dicho embargo y mandar los pertinentes mandamientos judiciales al Sr. Registrador del Registro de la Propiedad de este Partido, para levantar dicha traba de embargo y condenar a Don E.R.U. y Dña. C.C.C. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas procesales; presentando junto con la demanda certificación librada por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de esta ciudad acreditativa de la diligencia de consignación de la cantidad de 40.000 ptas. para tomar parte en la subasta; la diligencia de subasta celebrada el 1 de Julio de 1983 y la de consignación de la diferencia entre la cantidad consignada para tomar parte en la subasta y el precio del remate; demanda que para prosperar, como bien dice el segundo considerando de la sentencia recurrida, necesita concurren y queden probados el dominio de los bienes por el tercerista, la identidad entre los bienes reclamados y embargados en el procedimiento de que dimana la tercería y que la adquisición por el tercerista sea anterior al embargo trabado en aquél; entendiéndose la Sentencia recurrida que concurren los tres requisitos mencionados y estimando en parte las peticiones del actor.

2º. Los argumentos esgrimidos en el acto de la vista por el apelante son: 1º) que no ha quedado en modo alguno acreditado que el actor sea propietario de la finca que reivindica, pues sin bien tomó parte en la subasta celebrada el día 1º de julio de 1983 en los actos juicio ejecutivo nº81/182 seguidos ante el Juzgado de Primera instancia nº Dos de Palma a instancias de la Entidad Mercantil Banco C. S.A. contra Doña. C.C.C., no ha acompañado, ni existen en los autos ejecutivos en los cuales se celebró la subasta la correspondiente escritura pública o auto de adjudicación de la finca embargada y subastada a la demandada, y que la finca cuya titularidad de debate figura inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de la demandada Dña. C.C.C.; y 2º) que se desprende una convivencia entre el actor y co-demandada Sra. C. para burlar la acción de los acreedores al ser parientes y apoderado el actor de su padre que a su vez lo es de la co-demandada Sra. C., con fin de evitar la acción de posteriores acreedores de la citada Sra.; siendo en consecuencia la subasta celebrada nula de pleno derecho.

3º. Analizando el primero de los argumentos, en nuestro derecho, tal como se infiere del artículo 609 del Código Civil se exige un doble elemento para la transmisión de la propiedad: 1º) un fundamento o causa jurídica de la adquisición llamada predominantemente título y 2º) la transferencia de la posesión de la cosa (tradición); no adquiriéndose el derecho real sobre la cosa como expresa el artículo 1095 del mismo cuerpo legal, hasta que le haya sido entregada, determinándose con ocasión del contrato de compraventa, en los artículos 1461 a 1465 las diversas formas de entrega, entre ellos el simple acto del otorgamiento de la escritura pública, que si en ella no constase lo contrario equivale a la entrega de la cosa vendida (tradición ficta e instrumental) a tenor del apartado 2º del artículo 1462, desde cuyo momento el adquirente puede ejercitar los derechos correspondientes al dominio; y en los presentes autos, el actor si bien ha presentado certificación de la diligencia de subasta y de la consignación en la mesa del Juzgado de la diferencia entre la cantidad consignada para tomar parte en la subasta y el precio del remate, no ha justificado ni intentado justificar la tradición de las fincas vendidas, dejando al propio tiempo sin acreditar su dominio; requisito necesario para que pueda prosperar la demanda sobre tercería de dominio.

4º. En cuanto al segundo de los argumentos esgrimidos por el apelante no puede ser estimado, al no estar incurso el actor en alguna de las prohibiciones que señala el artículo 1549 del Código Civil acerca de las personas que no pueden adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia, ni haberse probado la convivencia alegada por la parte demandada entre el actor y la co-demandada para perjudicar a posteriores acreedores.

5º. En atención a cuanto se deja expuesto en el apartado 3º de los Fundamentos de Derecho de la presente resolución procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por D.E.R.V., revocando en consecuencia la sentencia apelada, y desestimando totalmente los pedimentos de la demanda, decretando en cuanto a las costas de esta apelación no hace especial declaración al existir estimación del recurso e imponiendo las de la primera instancia al demandante de conformidad con el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D.E.R.V. contra la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca en autos de juicio declarativos de menor cuantía sobre tercería de dominio de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, desestimar totalmente los pedimentos de la demanda absolviendo de los mismos a los demandados decretando en cuanto a las costas de esta apelación no hacer especial declaración al existir estimación del

recurso e imponiendo las de primera instancia al demandante. Dada la rebeldía de Doña C.C.C., notifíquesele esta resolución en la forma prevista por la ley, si no se insta dentro del tercer día su notificación personal. (Ponente: D^a María Rosa Rigo Rosselló).

12

12. COMPENSACION. Posibilidad de oposición por medio de excepción o por vía reconvenicional. Créditos compensables: los sujetos han de ser recíprocamente acreedores y deudores, por derecho propio y con carácter principal. Carga de la prueba respecto del demandado sobre la existencia de los créditos que opone en compensación. *Sentencia de 22 de Enero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1.º Estriba el objeto del presente litigio, ahora en fase procesal de segunda instancia, en determinar si el demandado, Sr. M.P., tiene o no satisfecho íntegramente al actor, don J.R., el precio de 9 millones de ptas. estipulado para el traspaso del negocio de venta de ropa de señora denominado "D", sito en la Plaza Obispo Berenguer de Palou de esta capital, que fue concertado por ellos el 12 de Noviembre de 1980, ya que, mientras el Sr. R. sostiene que aún restan por abonar 2.914.025 ptas. más los intereses establecidos contractualmente al tipo del 10% anual, afirma el otro litigante que, por el contrario, ha realizado una serie de pagos por cuenta del actor, cuya cuantía global supera la suma reclamada, de suerte que, en su tesis, no sólo no adeuda nada, sino que resulta acreedor del Sr. R. en la cantidad de 419.492 ptas.; cuestión que fue decidida por la sentencia apelada en sentido doblemente desestimatorio de la demanda y de la pretensión reconvenicional formulada de adverso, siendo de advertir, ante todo, que el aquietamiento de la parte reconviniente ante dicha sentencia no implica que, "per se", haya de triunfar la petición del actor, único apelante, en esta alzada, sino, tan sólo, la imposibilidad de condenar al Sr. R. en el eventual exceso de las cantidades concurrentes en virtud de la prohibición de "reformatio in peius", más no que la compensación invocada deje de ser operativa como pura causa de extinción de la deuda y hasta el límite cuantitativo de la prestación en que ésta consiste, pues la compensación puede ser opuesta procesalmente por vía de demanda reconvenicional, pro también como excepción, según indican las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1981, 7 de junio de 1983, 6 de febrero y 31 de mayo de 1985, entre las más modernas que así lo entienden.

2.º Para la adecuada resolución del recurso son de tener en cuenta los siguientes criterios básicos: 1º) que no existiendo controversia entre los litigantes acerca de la realidad, va-

lidez y fuerza de obligar del contrato traslativo celebrado el 12 de noviembre de 1980, ni sobre el contenido de sus estipulaciones, en las que se fijó un precio de 9 millones de ptas. con devengo de intereses convencionales por el capital aplazado en contrapartida por la transmisión del establecimiento comercial, y habiendo admitido el demandante que, de esa suma, tiene percibidas 6.085.975 ptas. (5 millones en los plazos y forma convenidos y 1.085.975 ptas. mediante pagos hechos por cuenta suya), claro es que -en contrá de lo que manifiesta la sentencia recurrida con notorio error- la normativa reguladora de la carga de la prueba en el proceso que establece el artículo 1214 del Código Civil, impone al demandado-adquirente, en su calidad de deudor de dicho precio, la demostración de haber abonado la parte restante, que aquí se le exige merced al juego del mecanismo compensatorio alegado entre esa deuda y los créditos a su favor que dimanarían de los diversos pagos supuestamente realizados a terceros por cuenta del Sr. R. y de los que nace el derecho a reclamar de éste su importe, de conformidad al párrafo 2º del artículo 1158 del Código sustantivo citado; 2º) que siendo requisito esencial para que la compensación, -causa de extinción de las obligaciones aludida en el artículo 1156- surta efecto entre dos sujetos, el que ambos sean recíprocamente, por derecho propio y de manera principal, acreedores y deudores el uno del otro, según previenen los artículos 1195 y nº 1 del 1196, no puede incluir eficazmente el Sr. M. entre los créditos compensables aquéllos que aparezcan como de titularidad de otra persona distinta de él mismo; 3º) que, habiéndose pactado en la cláusula i) del contrato que todos los gastos e impuestos "que vengan en lo sucesivo", pero que correspondan a época anterior al 31 de agosto de 1981, serían satisfechos por el Sr. R. y los posteriores a cargo del Sr. M., los pagos que hayan sido efectuados por éste después en razón de aquellos conceptos -la prueba de cuya existencia viene constituida por la misma previsión contractual distribuidora de su imputación a cada contratante- no cabe incluirlos dentro la cantidad de 3 millones de ptas. a que se alude en el apartado a) de la cláusula 2ª del convenio -aparte de que, si así fuera, lo natural hubiera sido reseñar su número e importe respectivo, sino que son créditos susceptibles de compensación; y 4º) que cuantos documentos justificativos de la entrega de cantidades a terceros acreedores por cuenta del Sr. R. obren en poder del Sr. M., debe presumirse que acreditan pagos realizados por este último, pues ni es de recibo que el vendedor olvidara retirarlos del interior de la tienda -además de que varios son de fecha posterior a la firma del convenio-, ni, dentro de la lógica de lo normal, existe otro motivo que explique mejor su tenencia por persona diversa del deudor verdadero.

3.º Haciendo aplicación de tales criterios, de cuantos créditos alega el Sr. M. que ostenta frente a la contraparte, únicamente resultan acreditados en autos los siguientes: a) el de 372.830 ptas. derivado del ingreso efectuado el 15 de septiembre de 1980 en la cuenta de Diners abierta en el Banco H.A. (folios 27 y 28); b) 396.694 ptas. correspondientes a las letras de cambio con vencimiento los días 24 de septiembre y 10 de enero de 1981 (folios 30 a 33); c) 173.839 ptas. -no existe prueba de que se hubiera pagado mayor cantidad- abonadas para cubrir las responsabilidades económicas perseguidas en el juicio ejecutivo nº 1456/80 (folios 35 a 46); d) 236.054 ptas. satisfechas a Don J.P. el 23 de septiembre de 1980 y el 30 de noviembre de 1981 (folios 52 a 54 y 102); e) 461.841 ptas. entregadas al Banco C. el 28 de febrero de 1981 para cubrir un efecto financiero aceptado por el Sr. R. (folios 56 a 61 y 164); f) 177.507 ptas. en razón de los impuestos de radicación correspondientes a los años 1977, 1978 y 1979 y sobre la renta de las personas físicas, liquidación de seguros sociales devengados antes del 31 de agosto de 1980 y cuotas a la Mutualidad de Autónomos posteriores pagados por el Sr. M. y cuyos justificantes aparecen unidos a los folios 65 a 85, 89, 96 y 100 de las actuaciones; y g) 22.804 ptas. a que ascienden los recibos por consumo de agua y empleo del servicio telefónico obrantes a los folios 98 y 87, respectivamente; todo lo cual totaliza, salvo equivocación aritmética, la cantidad de 1.841.569 ptas.

4.º Ha de rechazarse, por el contrario, que sean créditos compensables con la deuda que recae sobre don J.M.: a) la cantidad de 1.602.540 ptas., diferencia resultante entre los dos recibos que, con fecha ambos de 16 de septiembre de 1980, constan unidos a los folios 24 y 25, por cuanto que, por el tenor literal de los mismos, el titular de ese crédito a cargo del Sr. R. no es don J.M., sino su hermano D. P., quien, cualesquiera fueren las relaciones internas que mantuviere con el demandado, lo cierto es que no fue parte en el contrato origen de esta litis, ni, por tanto, asumió frente al Sr. R. obligación alguna de pagar el precio de venta; b) las sumas hipotéticamente abonadas para enervar el desahucio por falta de pago del local nº 6 de la c) Rossiñol decretado por sentencia de 5 de Noviembre de 1980, pues ninguna prueba existe acerca de su entrega; c) el importe de la cambial con vencimiento el 30 de agosto de 1980 (folio 63), habida cuenta de que fue renovada, según expresa su propio texto, sin que conste si se atendió el efecto renovatorio, ni por quien; d) las 13.399 que pretenden justificarse infructuosamente, mediante los documentos aportados a los folios 91 a 94, ya que éstos carecen de toda autenticidad y ofrecen, además, un significado equívoco; y, por último, e) las 590.000 ptas. a que se alude en la parte final del apartado 3º de la demanda reconventional, pues no se ha acreditado la realidad de los hechos en que se apoyan, sino que, antes bien, de lo actuado en período probatorio se infiere que a los dueños del local sito en la c) Rossiñol les fueron abonadas 400.000 ptas., pero no por D. J.M., sino por D. B.R. y tampoco con el fin de evitar un desahucio por traspaso incontestado, sino como precio de compra de determinados muebles y enseres y en ejecución del contrato otorgado el 1 de marzo de 1982 entre aquellos propietarios y el referido Sr. R. (folios 152 a 160).

5.º Concretado, pues, de manera definitiva, en 1.841.569 ptas. el importe del crédito que D. J.M. ostenta frente al apelante por razón de pagos efectuados por cuenta de éste último, y no en la cifra de 1.085.975 ptas., que se reconocía en la demanda, y compensado en la cantidad concurrente (artículo 1202 del Código Civil) dicho crédito con el que pertenece al actor en su calidad de acreedor del precio de venta, la parte de éste que todavía permanece sin satisfacer se eleva a la cantidad de 2.158.431 ptas., a cuyo pago, por tanto, debe ser condenado el Sr. M., así como también al de los intereses de dicha suma devengados al tipo del 10% desde la fecha del contrato hasta el 22 de diciembre de 1982, -día en que venció el último plazo fijado para la entrega del precio-, en virtud de lo que establece el nº 1 del artículo 1501 del Código Civil, al haber estipulado los litigantes en el apartado g) del pacto 2º la prestación de intereses convencionales por el capital aplazado con la tasa anual señalada sin que, en cambio, haya lugar a satisfacer intereses moratorios posteriores por no ser líquida la cantidad reclamada conforme establece reiterada Jurisprudencia de innecesaria cita; sentido en el que, con estimación de la apelación interpuesta, se revoca la sentencia apelada y se da lugar en parte a la demanda que deduce el Sr. R.

6.º La parcial estimación de la demanda y del recurso de apelación excluye que se haga especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias de este litigio.

FALLO: 1º) Dando lugar en parte al recurso de apelación que interpone D. J.R.M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el quince de mayo de mil novecientos ochenta y cinco en los autos de que el presente rollo dimana, se revoca dicha sentencia en cuanto que desestima la demanda formulada por D. J.R.M., y, en su consecuencia,

2º) Acogiendo en parte dicha demanda, se condena a D. J.M.P. a que satisfaga al actor la cantidad de dos millones ciento cincuenta y ocho mil cuatrocientas treinta y una pesetas, así como los intereses de dicha suma devengados al tipo del diez por ciento anual desde la

fecha del contrato hasta el día veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, junto con los que establece el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que correrán a partir de la fecha de esta segunda sentencia, absolviendo al dicho Sr. M. del resto de las pretensiones dormuladas en su contra;

3º) Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada.

4º) No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

21

21. CALIFICACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS. No queda supeditada al “nomen” que les hubieran dado las partes, sino que viene determinada por la realidad de su objeto y contenido negocial, el cual, a su vez, ha de ser fijado con arreglo a las normas interpretativas que dispone el C.C.. Contrato de préstamo mutuo con interés (arts. 1.740 y 1.753 C.C.): el nominado contrato de compraventa celebrado entre los litigantes no es tal, sino que encubre, en realidad, uno de préstamo muto de carácter oneroso al que va unida la transmisión de la titularidad de un inmueble con fines de garantía del crédito -“fiducia cum creditore”-: doctrina del T.S. a cerca de la eficacia real del negocio fiduciario. Dación en pago de deudas. Documento de fijación de saldo y reconocimiento de deuda suscrito por los litigantes. *Sentencia de 28 de Enero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1.º La cuestión que ha de ser resuelta con prioridad entre las varias que suscita el presente recurso, es la relativa a especificar cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de los convenios celebrados entre el actor-recurrente, D. A. O. J. (actuando, en una ocasión, como apoderado de la entidad mercantil, asimismo demandante, M. S. A., y, en otra, en nombre propio, al parecer), y el demandado-apelado D. V. R. W. los días 12 de diciembre de 1978 y 17 de diciembre de 1979, respectivamente, con relación a sendos apartamentos sitos en la Urbanización “Es Castellot”, Santa Ponsa, y que fueron reflejados en los documentos privados, de autenticidad incontrovertida, que aparecen unidos a los folios 46 y 47, el primero, y 49 el segundo, de las actuaciones, pues, mien-

tras sostienen los actores y apelantes que constituyen en realidad préstamos encubiertos, afirma el demandado que son, simple y llanamente, contratos de compraventa; y partiendo para efectuar dicha tarea valorativa, a modo de premisas, de que la calificación de los negocios jurídicos no queda supeditada al "nomen" que les hubieran dado las partes, sino que viene determinada por la realidad de su objeto y contenido negocial y de que, a su vez, éste ha de ser fijado con arreglo a las normas interpretativas que dispone el Código Civil, entre las cuales, en materia de contratos, el párrafo 2º del artículo 1281 establece que, sobre las palabras utilizadas por los contratantes, ha de prevalecer la evidente intención (común o bilateral) de ellos, si parecieren contrarios, y el artículo 1282 que, para juzgar de dicha intención, deberá atenderse principalmente a los actos coetáneos y posteriores al contrato, lo que no excluye, sin embargo, la utilización con fines hermenéuticos también de los anteriores. (así sentencias de 9 de febrero y 25 de marzo de 1981, 17 de febrero de 1982, etc.), la cuestión litigiosa ha de ser decidida, en lo que al convenio suscrito el 12 de diciembre de 1978 respecta, en sentido favorable a la tesis que propugnan la demanda y el recurso, como se desprende de la consideración global de los siguientes extremos, acreditados todos ellos en autos: a) pese a manifestarse en la cláusula 2ª del contrato que el precio de la compraventa era de 1.200.000 ptas. que el comprador -se dice- entregó "al representante de la vendedora en este acto, en efectivo metálico", lo cierto es que la cantidad en verdad satisfecha fue, sólo, de 1.000.000, tal como confesó el Sr. W. al absolver la posición 7ª en los autos de tercería de dominio nº 1.013/80 de los tramitados por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta capital, pues no otra cosa implica afirmar que pagó 1.200.000 ptas., y que el Sr. O. devolvió de inmediato 200.000 ptas. en concepto de intereses, -folios 340 y 341-; b) en la cláusula 4ª se estipuló una llamada opción de compra en favor de la vendedora sobre el apartamento objeto del contrato, a ejercitar mediante el abono al Sr. W. de 1.300.000 ptas. dentro de un plazo que finalizaba por todo el mes de diciembre de 1979; datos los dos que, desde un punto de vista económico, asemejan ya la operación a un préstamo mutuo con interés pactado al tipo del 30% anual; c) es hecho concordado por las partes litigantes y que, además, emana del documento fechado a 20 de abril de 1979, que consta unido al folio 48, el cual está reconocidamente suscrito por el demandado (posición 4ª -folio 296-), que el pago de la suma de 1.300.000 ptas. se instrumentalizó mediante la entrega simultánea al Sr. W. de 7 cheques por importe de 100.000 ptas. el primero, y de 200.000 los seis restantes, librados por el Sr. O. con vencimiento escalonado entre el 30 de junio y el 30 de diciembre de 1979, con lo cual es claro que el abono de aquella cantidad no quedaba configurada en la voluntad de las partes como una facultad de ejercicio atribuido al libre y soberano criterio del supuesto optante, según es de esencia al contrato de opción de compra, sino como una auténtica obligación de pago impuesta al Sr. O. en perfecta correlación a un derecho de crédito o poder jurídico de exigir su cumplimiento concedido a D. V. W., pues quien libra talones asume el compromiso de tener anticipadamente hecha provisión de fondos en poder del librado para que el tomador pueda retirarlos en su provecho, si presenta los títulos-valores al cobro, conforme señalaban los hoy ya derogados artículos 534 y 536 del Código de Comercio, bajo la conminación, inclusive, de eventual responsabilidad criminal que el Sr. W., por cierto, intentó perseguir mediante denuncia, efectuada a la Policía el 5 de enero de 1980, del impago de, entre otros, los talones nºs 1061851 a 1061855 expedidos contra la cuenta corriente nº 1658310-8341689 del Banco C. para aquel fin (folios 414 a 416); obligación de satisfacer una prestación pecuniaria a quien, previamente, hizo entrega al deudor, en virtud de acuerdo de voluntades, de una cantidad inferior, que es característica del contrato de préstamo mutuo con interés (artículos 1740 y 1753 del Código Civil); d) esta calificación ha sido confirmada explícitamente por el demandado en dos ocasiones: al suscribir el documento de fecha 20 de abril de 1979, en el que se indica que los talones "corresponden al pago de préstamo de 1.000.000 de ptas. otorgado por el Sr. W. al Sr. O." y que, con el buen fin de los mismos, aquél se comprometía a liberar el apartamento nº 51, "el cual se le entregó en garantía del citado préstamo, mediante contrato pri-

vado de fecha 13 de diciembre de 1978", términos rotundos y claros cuya inequívoca significación pretende la parte demandada desvirtuar en esta litis de manera infructuosa, aduciendo que la firma de W. fue obtenida con engaño merced a su desconocimiento de la lengua castellana, sin reparar en que ni tal aserto es, en sí, de recibo y menos referido a una persona tan meticulosa y cuidadosa de sus intereses como el demandado muestra ser, ni se compagina con el hecho de que, tras ser preguntado en el Sumario 5/80 de los del Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca por diversos extremos y particulares relativos a ese mismo escrito y ofrecerle el Juez que, si quería, se podía traducir, respondió que "no necesita que se le traduzcan esos documentos al inglés" (folio 313); y también al formular ante la Policía la denuncia más arriba aludida, en cuya ocasión manifestó que el denunciado le había entregado los efectos bancarios en pago de diversos préstamos que le hizo el denunciante" (folio 416); y e) el contrato en cuestión había sido precedido en el tiempo por la celebración de otros cuatro entre el 8 de noviembre de 1970 y el 1 de marzo de 1973 indiscutidamente constitutivos, éstos sí, de préstamos acompañados de ventas de apartamentos en función de garantía de los créditos respectivos a favor del prestamista Sr. W.; sin que, frente a todos estos datos, puedan prevalecer las razones que se alegan en pro de la tesis que sostiene se trata de una compraventa, pues las palabras empleadas por los contratantes no son necesariamente directo reflejo de su intención real; el anexo al contrato por medio del cual se detallaban aquellos servicios y elementos del apartamento que todavía no estaban terminados, encuentra explicación en el propósito del apelado de utilizarlo como vivienda, pero no, por fuerza, que ese uso se previera como indefinido en vez de temporalmente limitado al año 1979, cuando, al tenor literal de la propia apariencia contractual que el demandado defiende, de ejercitarse en su momento la supuesta opción, tendría también que devolverlo a M. S. A.; los gastos que satisface el Sr. W. en razón de los suministros que consume en el apartamento y las contribuciones que aporta a la Comunidad de Propietarios implican, tan sólo, que ante terceros actúa como dueño del mismo, pero nada aclaran acerca de la naturaleza de su título de ocupación y, en fin, que un empleado del Sr. O. dijera en acto de conciliación celebrado el 5 de noviembre de 1981 que, efectivamente, se había concedido una opción de compra (folio 176), no puede reputarse, en absoluto, de elemento probatorio decisivo para decidir la suerte de esta litis.

2.º De cuanto se ha expuesto se desprende, por tanto, que el nominado contrato de compraventa de fecha 12 de diciembre de 1978 no es tal, dado que el millón de pesetas no fue abonado en concepto de precio y que, al faltar este requisito esencial para la existencia de la "emptio-venditio", la entrega de la cosa no está amparada tampoco en la causa típica de este contrato (artículos 1274 y 1445 del Código Civil), sino que encubre, en realidad (artículo 1276), uno de préstamo mutuo de carácter oneroso al que va unida la transmisión de la titularidad del apartamento con fines de garantía del crédito "fiducia cum creditore", negocio éste fiduciario que, aún sin estar directamente regulado por normas positivas en nuestro ordenamiento jurídico, encuentra encaje dentro de la libertad de contratación que el artículo 1255 del Código concede a la voluntad de las partes con reflejo en el nº 3 del artículo 2º de la Ley Hipotecaria, sin que la parte actora haya atacado la validez de aquel complejo contractual formado por el préstamo y el negocio fiduciario, ni sobre la base de presuntos vicios de consentimiento, ni tampoco, como quizás hubiera sido posible, a través del ejercicio de las acciones estatuidas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura; en orden a la eficacia traslativa del dominio de la cosa ofrecida en garantía que quepa reconocer al complejo, sin embargo, es de observar que, si bien el Tribunal Supremo se ha adscrito en numerosas ocasiones a la denominada teoría del doble efecto, con arreglo a la cual en la estructura del negocio fiduciario confluyen dos contratos interdependientes entre sí, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, y otro obligacional "inter partes" que construye al adquirente (fiduciario) para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmi-

tente (fiduciante), una vez que la obligación asegurada haya sido satisfecha (así sentencias de 23 de mayo y 27 de junio de 1980, 9 de diciembre de 1981, entre las más recientes), dicha teoría ha sido objeto de críticas por la doctrina científica mayoritaria que entiende que, en un sistema causalista como el nuestro, la transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (sólo los de naturaleza transmisiva) mediante la tradición (artículo 609 del Código Civil); que, a tal fin, la "causa fiduciae", -la garantía o afianzamiento del débito- en el presente caso-, no es título jurídicamente adecuado ni bastante que pueda justificar la pérdida y la adquisición de la propiedad de modo pleno y definitivo y que lo único que recibe el fiduciario, acordemente con la buscada finalidad asegurativa de su crédito, es una mera propiedad formal externa o titularidad fiduciaria protectora, a la que van unidos el derecho a retener la cosa en su poder hasta el pago de la deuda y también un privilegio para hacer efectivo el cobro de su crédito sobre ella, mas no el verdadero e íntegro derecho de dominio; tendencia limitativa de la eficacia real del negocio fiduciario que el Tribunal Supremo ha consagrado en diversas resoluciones, entre las cuales la sentencia de 8 de marzo de 1957 declara que, en la venta en garantía, la finca no pasa automáticamente a poder del acreedor, sino que, tratándose de préstamo, incluso con plazo pactado, habrá de perseguirse la garantía, una vez pronunciada y probada la falta de pago de capital e intereses objeto del préstamo; la de 8 de marzo de 1963, que señala que, frente al fiduciante, el fiduciario únicamente obtiene un "dominium impropiae dictum", o sea, una propiedad formal y sujeta a condición, que origina a favor de aquél un derecho de reversión esgrimible a través de una acción personal derivada de la "bona fides", tan pronto haya satisfecho la deuda; las sentencias de 1 y 21 de marzo de 1969, 2 de junio de 1982 y 14 de junio de 1984, que aluden a la titularidad fiduciaria o propiedad formal del prestamista sobre los bienes del mutuuario, atribuyéndole un "ius" o "titulus retinendi" respecto de la "res fiduciae" que no permite que se le imponga la restitución, en tanto no se cumplan las obligaciones del prestatario fiduciante, "cuya extinción por pago -afirma la de 2 de junio de 1982- arrastrará sin duda la titularidad del fiduciario"; y la sentencia de 19 de mayo de 1982 que, tras sentar que la venta en garantía no puede oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio "inter partes", de modo expreso proclama que el prestamista "no puede obtener más que la devolución íntegra de la cantidad reconocidamente adeudada, sin que pueda accederse a la solicitada incorporación a su patrimonio, por modo definitivo, del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida, sino que se quiso sólo el garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad, de tal modo que acceder a lo pretendido significaría en el fondo atribuir al contrato una calificación diferente de la que se acomoda a su verdadera naturaleza jurídica, dando por existente una voluntad de comprar y vender en abierta pugna con la reconocida voluntad de las partes, lo que no puede tener acogida en el terreno de la ética ni de la legalidad de que aquélla es fuente, cual acontecería si la demandante-recurrente lograra la incorporación a su patrimonio, sin traba alguna, de lo que se trató como mera garantía de una operación de préstamo"; de donde se sigue, en conclusión, que el dominio sobre el apartamento nº 51, que fue objeto de la convención celebrada el 12 de diciembre de 1978 entre los litigantes, no corresponde al Sr. W., contrariamente a lo que pronuncia la sentencia apelada, sino a M.S.A., sin perjuicio del derecho que asiste a aquél para retener su posesión hasta tanto no quede satisfecho de manera perfecta el crédito para cuyo aseguramiento se le entregó, que es tema a examinar más adelante.

3.º La calificación jurídica del contrato atinente al otro apartamento, nº 11 del edificio Madrugada III, plasmado en escrito de fecha 17 de diciembre de 1979, está determinada por la circunstancia de que, según coinciden las partes litigantes en fase de alegaciones y de conclusiones y confiesa el Sr. W. en la prueba -posición 2ª folio 296-, no hubo pago en efectivo numerario de las 660.000 ptas. figuradas como precio, y sí aplicación de ese valor

a la extinción de la deuda que el Sr. W. mantenía con el adquirente, por lo que, a pesar de que se dejó al hoy apelante la posibilidad de recuperar la vivienda mediante el abono de 700.000 ptas. dentro de un plazo que expiraba el 30 de diciembre de dicho año, no cabe sostener que ese contrato disimule otro de préstamo, pues éste requiere, como elemento capital, que el prestatario reciba dinero u otra cosa fungible del prestamista de donde arranca su obligación de devolver (artículo 1753 del Código Civil), lo que entonces no hubo, sino que constituye una dación en pago de deudas, atípica figura que la Jurisprudencia asimila, en sus rasgos generales, a la compraventa (sentencias 2 junio 1982, 13 mayo y 17 diciembre 1983, etc.) y es título apto para la transmisión del dominio del bien dado y aceptado en sustitución de la prestación inicialmente debida, si va acompañado de tradición, que en el caso de autos se llevó a efecto mediante la simbólica forma de entrega de llaves (folios 31 y 431); resultando de todo lo cual que el Sr. W. ha de ser tenido como verdadero dueño del inmueble, a no ser que se demuestre que O. llegó a ejercitar la facultad recuperatoria en el tiempo y condiciones de común acuerdo estipuladas, en defecto de lo cual M.S.A. habrá de otorgar la correspondiente escritura pública respecto de tal finca como obligación consecuencia natural del contrato (artículo 1258), que tiene apoyo en el artículo 1279 del Código Civil.

4.º Resta, por último, concretar el importe de las cantidades que, a tenor de lo que aparece justificado en autos, han sido satisfechas al demandado desde la firma del documento de fijación de saldo y reconocimiento de deuda suscrito por los Sres. O. y W. el 19 de Agosto de 1976 (folio 182) y cuyo significado y trascendencia negociarial vinculante no pueden ser atacados en este momento por los actores, cuando ocurre que su autenticidad está plenamente acreditada merced a la confesión del propio Sr. O. (folio 422), la declaración del Letrado Sr. F. (folios 419 y 420), el documento otorgado el 25 de octubre de 1977 (folios 183 y 184), complemento inseparable del anterior, y el libramiento, tenencia y pago de toda una larga serie de talones que fueron emitidos, en ejecución de lo allí acordado "inter partes", como medio instrumental de abonar la suma de 7.456.370 ptas. en que, convencionalmente, se fijó el importe del débito, efectos que los mismos demandantes han aportado en gran medida a la litis e invocan en apoyo de sus pretensiones; labor cuantificadora en que es menester apartarse de las conclusiones a que llega el perito Sr. S. en el dictamen contable obrante a los folios 371 a 381 de estos autos (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), toda vez que: a) la cantidad abonada mediante la atención de los talones a que se alude en el apartado A) del dictamen, debe reducirse a 5.850.000 ptas., pues el efecto nº 1019380, con vencimiento al 7 de diciembre de 1978, está cruzado con la mención de "nulo" (folio 99) y además no aparece incluido en la relación de los que el Banco librado enumera como pagados (folio 382 en relación a los folios 287 y 288); b) el apartado D) ha de cifrarse en 1.503.000 ptas., dado que ninguna prueba existe en el pleito que permita inferir que el talón nº 1036733 con vencimiento el 11 de octubre de 1977 e importe de 100.000 ptas. fue cobrado por el Sr. W. pues no se encuentra relacionado en los documentos liquidatorios, estaba expedido al portador (folio 382) y, al no haber sido traído el ejemplar, original o por testimonio, a la litis, en la que únicamente hay extracto del movimiento producido en la cuenta corriente librada, donde consta el asiento de cargo correlativo (folio 89), tampoco puede averiguarse si está firmado por el destinatario o contiene algún otro dato indicativo de la identidad de éste; c) en cambio, de los talones que el perito considera como no pagados (folio 379), hay que excluir los dos últimos, números 03025451 y 03025582, ambos librados contra el Banco C., por un valor conjunto de 255.000 ptas., ya que el contenido de los folios 84 y 85 pone de manifiesto que los mismos -efectivamente satisfechos por la entidad librada (folio 288 vto. en relación al folio 382)- son aquéllos que el Sr. W. manifestó en declaración prestada en el sumario 5/80 el 25 de noviembre de 1980 (folios 315 y 316) que había endosado a otras personas; los restantes, por el contrario, deben rechazarse con base en las razones que expresa el perito, ya que ni está explicado el origen de su libramiento, ni consta que en la realidad fueron cobrados (no se pidió información respecto de ellos en

las entidades libradas), y si bien algunos, no todos, están signados al dorso por el Sr. W., el dato no reviste valor decisivo por sí solo para el logro de la prueba, cuando también admiten los litigantes que medió sustitución de unos cheques por otros y los actores han presentado como pagados efectos que, inequívocamente, no lo están (los numerados del 1019293 al 1019296 -folio 88-); d) procede añadir, además, a la lista de pagos elaborada por el perito, las 100.000 ptas. que corresponden al talón nº 1061850, fechado a 30 de junio de 1979, y las 660.000 ptas. abonadas mediante la entrega del apartamento nº 11 del edificio Madrugada III; con lo cual acaece que, elevándose el importe total de las deudas que tenía el Sr. O. para con la parte contraria a partir del 19 de agosto de 1976, hasta finales de diciembre de 1979 a 8.756.370 ptas. (resultado de adicionar las 7.456.370 ptas. concretadas convencionalmente al 1.300.000 que se obligó a restituir por consecuencia del préstamo recibido el 12 de diciembre de 1978), sólo acredita haber satisfecho hasta el fin de este período 8.368.000 ptas., de las cuales 6.117.000 son directamente imputables a la extinción del débito que proviene de los cuatro contratos de préstamo primeros; 100.000 a la del dimanante del concertado en diciembre de 1978 y el resto, es decir, 2.151.000 ptas., carecen de expresa aplicación a uno u otro, por lo que, siendo así que ambas deudas son idénticamente gravosas para el deudor, puesto que las dos se encuentran garantizadas con bienes inmuebles (en el convenio de 25 de octubre de 1977 se acordó la prolongación de la garantía inmobiliaria inicialmente ofrecida -folio 184-) y, por estar capitalizados los respectivos intereses, su diferente tasa no reviste trascendencia, aquella última suma debe distribuirse entre las dos a prorrata, conforme prescribe el párrafo 2º del artículo 1174 del Código Civil, en proporción de un 53 y un 47%, respectivamente, dado que, de no mediar la misma, faltarían por satisfacer de la íntegra prestación debida más antigua 1.339.370 ptas. y de la más moderna 1.200.000; de donde se concluye que D. A.O.J. no hizo uso del derecho a recobrar el apartamento nº 11 y que adeuda todavía al Sr. W. 388.370 ptas., de las que 189.030 corresponden al débito surgido en el año 1978, por lo que el efectivo pago de esta última cantidad bastará para la extinción de dicho débito y, consecuentemente, también para la de la titularidad fiduciaria que ostenta el demandado sobre el apartamento que recibió para su garantía, momento en que tendrá éste la obligación de reintegrarlo a su dueño, sin que esta Sala, a pesar de que en el pedimiento segundo de la demanda -en definitiva el que parcialmente se acoge- se pide el establecimiento de plazo para terminar de hacer efectivas las deudas entendi oportuno acceder a tal solicitud en atención a la relativa poca importancia económica de tales cantidades y demás circunstancias concurrentes.

5.º Procede, por todo cuanto se ha expuesto, previa estimación del recurso, la revocación de la sentencia apelada a fin de pronunciar otro fallo que acoja en parte la demanda y la reconvencción en el sentido que se desprende de los fundamentos jurídicos anteriores, sin que en materia de costas haya motivos para efectuar especial imposición a ninguno de los litigantes de las producidas en las dos instancias.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interponen Don A.O.J., S.L.S.A., P.S.A. y M.S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el veintitres de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca en parte y en parte se confirma dicha resolución y, en su consecuencia,

2º) Estimando parcialmente la demanda formulada por los citados actores-recurrentes y estimando asimismo la reconvencción deducida por Don V.R.W., se declara que: a) Don A.O.J. adeuda al Sr. W. la cantidad de trescientos ochenta y ocho mil trescientas setenta (388.370 ptas.); b) la propiedad del apartamento número cincuenta y uno de los del edificio madrugada I a que este litigio se refiere, pertenece a M.S.A., a quien el Sr. W. tendrá que devolverlo tan pronto como haya recibido ciento ochenta y nueve mil treinta pesetas

(189.030 ptas.) de aquél total que el Sr. O. todavía le debe; y c) la propiedad del apartamento número once de los el edificio Madrugada III pertenece a D. V.R.W.; condenando a M.S.A. a que otorgue la correspondiente escritura pública relativa a dicho apartamento en favor de este último.

3º) Se desestiman todos los demás pedimentos que se hacen en la demanda y la reconvencción, de los cuales se absuelve a las partes litigantes.

4º) No se hace especial imposición del pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

32

32. FALTA DE LITISCONSORCIO. Relación jurídico-procesal defectuosamente constituida, por cuanto en el presente litigio, donde se discute de modo primordial la validez o nulidad de un contrato, no interviene, ni como actora ni como demandada, una de las partes contratantes. Doctrina del T.S.: la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia ha de dirigirse contra todos los interesados en ellos, entendiéndose que son interesados a estos efectos los intervinientes en el negocio y los que tuvieren beneficios económicos del mismo. Revocación de la sentencia apelada con absolución en la instancia del recurrente. *Sentencia de 6 de Febrero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La demandada y ahora recurrente impugna en primer término la sentencia que da lugar de manera íntegra a las pretensiones articuladas en la demanda con carácter principal, alegando que la relación jurídico-procesal se encuentra defectuosamente constituida, por cuanto que en el presente litigio, donde se discute de modo primordial la validez o nulidad del contrato suscrito el 10 de Noviembre de 1980 por Dª J.M.A. y Dº J., Dª F. y Dª M.P.T.T.M., no toma parte, ni como actora ni como demandada ésta última contratante; denuncia de la falta de un presupuesto procesal a cuyo examen por la Sala no es óbice que haya sido invocada y debatida por vez primera en esta alzada, toda vez que esa ausencia es apreciable en cualquier momento por los Tribunales, inclusive actuando de oficio y sin previa incitación de parte, por afectar a materia de orden público, según proclaman reiteradas sentencias del Tribunal Supremo de las que son muestra reciente las de 15 de abril y 8 de Julio de 1982, 8 de noviembre de 1983, 14 de enero, 25

de abril, 25 de Junio y 3 de diciembre de 1984, entre otras, y que, además, ha de ser acogida, dado que el litis consorcio necesario, como manifestación del fenómeno de pluralidad de partes en el proceso, cuyo fundamento es buscado por la doctrina jurisprudencial en la precisión de evitar fallos contradictorios, en el respeto al principio de veracidad de la cosa juzgada y, en íntima conexión con éste, en la protección del capital principio de audiencia bilateral o contradicción, hoy de rango constitucional en sede del artículo 24 (sentencias de 14 de enero y 25 de junio de 1984, 11 de febrero y 21 de marzo de 1985), aparece cuando, bien por así establecerlo una norma positiva, bien por imponerlo la naturaleza de la relación jurídico-material discutida -contractual o extracontractual-, se exige que en el pleito estén presentes todos los que tengan un interés directo legítimo y personal en dicha relación para evitar su escindibilidad y la posibilidad de resoluciones contradictorias respecto de ella, (sentencia de 31 de octubre de 1985, por todas); y así, con directa proyección al supuesto que se plantea en esta litis, declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1975, 22 de diciembre de 1978 y 28 de diciembre de 1979 que, cuando por la naturaleza jurídico material del derecho ejercitado, no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o como demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada, exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieren ser demandados, cuidando de que el litigio se ventile con los que claramente pueden resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, "doctrina que tiene una clara y concreta manifestación en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos, respecto de los cuales no pueden los tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivos causahabientes (sentencias de 20 de octubre de 1961, 23 de noviembre de 1964 y 13 de abril de 1966)"; en similar sentido la sentencia de 4 de diciembre de 1978 también indica que la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia "ha de dirigirse contra todos los interesados en ellos, entendiéndose que son interesados a estos efectos los intervinientes en el negocio y los que tuvieren beneficios económicos del mismo".

2º En consecuencia, y puesto que las actoras postulan en su propio y exclusivo nombre pronunciamiento que declare que "el negocio de venta de cuajo que se adquiere de la compañía danesa C. L. S. A., objeto del contrato privado que integra el documento nº 5 de la demanda, pertenece por terceras partes iguales e indivisas a las hermanas J., F. y M. P. T. M., trayendo, pues, a debate la validez y eficacia del referido negocio jurídico, como evidencia el que también formulen pedimento con carácter subsidiario "para el caso de que no se estimaran las acciones anteriores" dirigido a que la demandada reintegre a su madre las cantidades que ésta le entregó en ejecución de aquel convenio "por ser nula la causa y razón por las que recibió dicho valor patrimonial", se hace preciso afirmar que la relación procesal no está debidamente constituida, ya que M. P. T. M. no es uno de los sujetos, ni como demandante ni como demandada, de ella, pese a ostentar directo, legítimo, personal y actual interés en las cuestiones litigiosas en razón de haber sido parte en el contrato controvertido, cuya fuente vinculante y consecuencias le incumben, por lo tanto (arts. 1091 y 1257 del Código Civil) -así, por ejemplo, en la cláusula sexta se estipula que las hermanas se repartirán los beneficios o soportarán las pérdidas por terceras partes iguales-, siendo obvio que las decisiones que, sobre el fondo de los problemas discutidos, adopte una sentencia en el presente litigio, del que se encuentra ausente, por fuerza habrán de afectarle, con patente riesgo de que, caso de promover en el futuro eventual proceso, puedan dictarse resoluciones contrapuestas; por otro lado no consta que la dicha Dª M. P. haya manifestado su conformidad, extraprocesalmente, con las pretensiones que deducen las actoras, única circunstancia que habría relevado a éstas de la imperiosa necesidad de traerla a la litis (sentencias de 8 de mayo de 1963, 25 de febrero de 1966, 28 de diciembre de 1973, 16 de octubre

de 1978, 26 de febrero de 1981, etc.), pues que la conocida doctrina jurisprudencial que señala que cualquiera de los partícipes en la comunidad puede comparecer en juicio en los asuntos que le atañen, ya para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos, de modo que la resolución que recaiga aprovecha a los demás, si es favorable, pero sin que les perjudique, si es adversa, no tiene aplicación cuando lo que se ventila es la existencia de la comunidad de bienes misma, tema que debe ser dilucidado con intervención de todos los presuntos comuneros.

3º Por todo lo expuesto, hallándose deficientemente integrada la relación procesal en su faceta subjetiva, procede, con estimación del recurso, revocar la sentencia apelada para, en su lugar, absolver en la instancia a la recurrente de los pedimientos que contiene la demanda, sin entrar a decidir en cuanto al fondo de ellos.

4º Iniciado el proceso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sobre reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no apreciándose temeridad, ni mala fé, en la conducta de las actoras, no se efectúa especial condena en cuanto al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que, por la estimación del recurso, haya tampoco lugar a hacerla en cuanto a las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Se estima el recurso de apelación que interpone Dª J.T.M. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera instancia de Mahón el veintiseis de abril de mil novecientos ochenta y cinco en los autos de los que el presente rollo dimana y, en su consecuencia, se revocan los pronunciamientos que contiene dicha resolución, los cuales se dejan sin efecto y, en su lugar,

2º) Apreciando falta de litis consorcio necesario, se desestima la demanda que formulan Dª J.M.A. y Dª F.T.M. contra Dª J.T.M., de la que se absuelve en la instancia y sin entrar en el fondo de las cuestiones debatidas a dicha demandada.

3º) No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

35

35. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tráfico. Acción extracontractual o aquiliana (art. 1.902 C.C.). Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda: no puede prosperar. Excepción de prescripción de la acción: debe rechazarse; doctrina jurisprudencial. Excepción de cosa juzgada: no puede prosperar, doctrina del T.S.. Excepción de falta de legitimación pasiva: es in-

viable. Procedencia de la acción extracontractual entablada, al concurrir los requisitos que señala el C.C. y proclama la jurisprudencia: a) acción culposa o negligente; b) perjuicio o daño a la entidad actora; c) relación de causalidad entre el daño y la falta. *Sentencia de 7 de Febrero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º La entidad B. E., sociedad aseguradora domiciliada en Wuppertal (Alemania) postula en esta litis, ahora en segundo grado jurisdiccional, que se condene a L.P. Compañía Anónima de Seguros, don J.M.G.R., médico y don M.C.F., conductor, -personados estos dos últimos demandados bajo una misma representación procesal y Dirección Letrada- a que solidariamente le indemnicen en 561.737 pesetas -contravalor de 9.812 marcos alemanes al cambio de 57'25 pesetas, marco alemán-, importe de los gastos realizados con ocasión de asistencia médica y gastos realizados con ocasión de sepelio de sendos accidentados, asegurados por la entidad actora.

2º Son hechos reconocidos o probados en autos, transcendentales para la cuestión que ahora se debate, los siguientes: a) el día 21 de Junio de 1980, sobre las 16'30 horas el hoy codemandado apelado, don M.C.F. conducía el vehículo ambulancia matrícula PM-1099-F, por cuenta de su propietario, el también demandado apelado don J.M.G.R., por la carretera de Inca a Palma y al llegar a la altura de la calle Pedro Ripoli, de esta ciudad, no respetó la luz roja del semáforo que existe en dicho cruce y que le impedía, en aquel momento, el paso, y seguidamente fue alcanzado en su parte lateral izquierda por el turismo marca Renault, modelo R-5, matrícula PM-0171-S, el niño T.A. que era transportado a la Residencia Sanitaria de Palma, en la mencionada ambulancia, ingresó muerto en dicho centro sanitario, y resultaron lesionados, entre otras personas, el padre del expresado menor, don B.A., que acompañaba en la ambulancia a su hijo. b) El Juzgado de Distrito número Dos de esta ciudad, instruyó por dicho accidente de tráfico, diligencias penales -juicio de faltas nº 1892/81- en las que, con fecha 21 de julio de 1982, recayó sentencia condenando a M.C.F. como autor responsable de una falta de lesiones y daños, a las pertinentes penas y a indemnizar a los perjudicados, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de don J.M.G.R. (folio 86 y 87). c) Dicha sentencia fue confirmada por la de 26 de Noviembre de 1982 del Juzgado de Instrucción número Tres de esta ciudad, excepto en la cuantía de una indemnización a favor de una lesionada, que se incrementó (folios 88/91), adquiriendo el carácter de firme. d) La compañía L.P.S.A. cuando ocurrió el accidente tenía concertada póliza de Seguro obligatorio y de responsabilidad civil ilimitada por daños a terceros respecto a la mencionada ambulancia. e) El día 27 de abril de 1982 D. B. y doña R.A., tras recibir de L.P., Compañía Anónima de Seguros, 1.300.000 pesetas, en concepto de indemnización total y definitiva, renunciaron a cuantas acciones pudieran comprenderles por el expresado accidente (folio 50). f) El 16 de Noviembre de 1983 se dió por intentado sin efecto, el acto de conciliación que instó la entidad B. en el Juzgado de Distrito número cuatro de esta ciudad, al no comparecer los dos demandados, Don M.C. conductor del vehículo ambulancia PM.-1099-F, y don J.M.G.R., propietario de dicho automóvil (folio 14); y h) la demanda instauradora de esta litis fué presentada en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de esta capital, el día 13 de enero de 1984 (folio 18).

3º. La excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda -nº 6 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, esgrimida en primer término por la entidad deman-

dada, se articula con base, en que la condena solidaria de los demandados que se postula en el escrito inicial de este juicio no va precedida de la petición de declaración de responsabilidad de los demandados al pago de la cantidad reclamada. Tal excepción no puede prosperar por cuanto toda condena civil lleva, bien explícita, bien implícitamente, la pertinente declaración de responsabilidad de los condenados; amén que en el presente caso, la demanda instauradora de esta litis, reúne todos los requisitos a que se refiere el artículo 524 de la citada Ley Procesal, y cuya carencia es lo que determina, según señala el mismo ordinal sexto del propio artículo 533, la referida excepción dilatoria.

4°. Antes de entrar en el examen de las demás excepciones dilatorias opuestas por ambas partes demandadas, hay que señalar que de la relación fáctica antes expuesta, que es en su esencia la que contiene la demanda, cabe el ejercicio de dos acciones distintas, a saber: a) la extracontractual o aquiliana por el hecho del accidente de tráfico relatado-artículo 1902 del Código Civil; y b) la "ex delicto", derivada de la condena penal impuesta al demandado Sr. C.F. como autor responsable de una falta de lesiones y daños-artículo 1092 del citado Cuerpo legal y 22 del Código Penal-. En relación con ello, y por su repercusión en la cuestión que se debate, debe destacarse que en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de la demanda se invocan "los artículos 1089, 1903 y 1902 del Código Civil, artículos 380 y siguientes del Código de Comercio, y artículo 174-b-2 del Código de la Circulación en cuanto al fondo del asunto", desprendiéndose que la acción entablada es la extracontractual, si bien en el escrito de réplica, se cita en su apartado primero, el artículo 110 párrafo 2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el artículo 111 de la misma Ley Rituaria, precepto éste que da opción al perjudicado a ejercitar junta o separadamente las acciones penales y civiles que nacen de un delito o falta, y el artículo 114 de la misma Ley Procesal, y en el mismo escrito se afirma que "al no haberse ejercitado acción alguna ni principal -la Barmer- en el proceso penal, ha debido esperar a la finalización del mismo, a partir de cuyo momento comenzaría a correr el plazo de prescripción de su acción civil por culpa extracontractual", con lo que se concretó definitivamente -artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- como punto de derecho inmutable ya en esta litis, al tratarse de la determinación de la acción ejercitada, que esta es la aquiliana y no la "ex delicto" como adujo la Dirección Letrada de la apelante en el acto de la vista de este recurso.

5°. La excepción de prescripción de la acción, se articula en haber transcurrido más de un año desde que se pagaron las facturas cuyo importe se reclama en este juicio y el momento en que la actora ejercitó las pertinentes acciones, al estatuir el ordinal segundo del artículo 1968 del Código Civil, el plazo de un año para exigir la responsabilidad civil para las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 del propio Código. Olvidan las partes demandadas -ambas oponen dicha excepción-, que "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse", -artículo 1969 del mismo Cuerpo legal- y es reiterada y conocida jurisprudencia que si se ha iniciado causa sobre el hecho de que dimana o se derive la acción, el plazo de prescripción se inicia desde que adquirió firmeza la resolución que puso fin, provisional o definitivamente, al proceso penal, y en el presente caso no ha transcurrido el plazo de un año, pues la sentencia firme que recayó en el juicio de faltas nº 1892/81 del Juzgado de Distrito número Dos de esta ciudad, es de fecha 26 de Noviembre de 1982 y el acto de conciliación se intentó el 16 de Noviembre de 1983 -la demanda iniciadora de este juicio fué presentada el 13 de Enero de 1984-, lo que determina el rechazo de dicha excepción.

6°. La excepción perentoria de cosa juzgada, alegada por los demandados al amparo del artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acogida por la juez "a quo", tiene como apoyatura el hecho de que la entidad actora no ejercitó en su momento la posibilidad que

le otorga el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -reserva expresa de su acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar- y dada tal postura inactiva en el procedimiento penal, el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de su función pública, formuló en nombre de los perjudicados no comparecidos ni renunciantes, la correspondiente petición indemnizatoria y la sentencia condenatoria resolvió lo relativo a las indemnizaciones postuladas, produciéndose, según los recurrentes, el efecto preclusivo de la cosa juzgada material, sin que sea lícito a la Jurisdicción civil suplir las deficiencias u omisiones, que en su caso, haya podido cometerse por el Tribunal Penal. Tesis esta que no puede prosperar ya que el Tribunal Supremo tiene declarado que, habida cuenta los ámbitos conceptual y jurisdiccionalmente distintos que entran en juego con base en la distinción entre lo ilícito civil y penal, ello impide poner en relación el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con una pretendida excepción de cosa juzgada (Sentencia de 7 de Mayo de 1984). Por otra parte hay que tener presente que el Ministerio Fiscal, en causa penal, solo puede postular las indemnizaciones pertinentes a favor de los que en las diligencias penales aparezcan como perjudicados no personados y consecuentemente la sentencia penal solo contiene, en su caso, la indemnización procedente o a determinar en ejecución de sentencia, a favor de los perjudicados que no hayan renunciado a ella o se hayan reservado su ejercicio en el ámbito civil, y no afecta a los que no consten en la causa penal como terceros perjudicados. Todo ello sin olvidar que para que la excepción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, según estatuye el apartado primero del artículo 1252 del Código Civil, "es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que esta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron"; y en el presente caso no existe identidad de personas entre los que intervinieron en el proceso penal y el presente juicio civil ni aun por efecto de transmisión o subrogación de derechos, que señala el apartado tercero del citado artículo 1252, ya que la hoy actora apelante postula una indemnización como tercero perjudicado -artículo 104 del Código Penal-, por las facturas de asistencia médica y clínica que ha tenido que abonar en Alemania por razón del accidente de tráfico del que ha sido declarado responsable criminalmente el codemandado don M.C.F.

7º. Del razonamiento que se acaba de exponer, se desprende también la inviabilidad de la excepción de falta de legitimación pasiva basada en que la acción ejercitada debía haberse entablado contra los señores A., ya que estos cobraron antes de iniciarse este juicio, de la compañía L.P., S.A., hoy demandada apelada, las sumas que ahora se reclaman a los demandados; y si bien es cierto que algunas de dichas sumas, que más adelante se concretan fueron satisfechas a los señores A., la mayoría de las cantidades reclamadas fueron directamente abonadas por la entidad actora B., como las facturas de los centros sanitarios de Alemania por asistencia médica y clínica prestada a don B.A. por las lesiones que sufrió en el expresado accidente de tráfico, así como por el servicio de ambulancia.

8º. Al rechazarse todas las excepciones formuladas, procede entrar en el estudio de la cuestión de fondo; y en ella se estima del conjunto de la prueba practicada, la procedencia de la acción extracontractual entablada, si bien en la cuantía que se determinará, al concurrir los requisitos que señala el artículo 1902 del Código Civil y proclama la jurisprudencia, a saber: a) acción culposa o negligente -accidente de tráfico causado por culpa del codemandado Sr. C.F.-; b) perjuicio o daños a la entidad actora -facturas pagadas para la curación y traslado de uno de los lesionados en dicho accidente-; y c) relación de causalidad entre el dueño y la falta. Los perjuicios causados a la entidad actora que se estiman probados son los que corresponden a los importes de las facturas pagadas por la demandante por gastos de clínica y servicios de ambulancia del lesionado Sr. A. (folios 1/6) que ascienden a un total de 8.252'60 marcos alemanes que al cambio de 57'25 pesetas, da un total de 472.461 pesetas, que los demandados están obligados solidariamente a satisfacer a la entidad hoy

apelante: don M.C.F., como autor material del hecho culposo -artículo 1902 del Código Civil-, don J.M.G.R., como propietario del vehículo ambulancia que, con su autorización, conducía el Sr. C.F. cuando se produjo el accidente -artículo 1903 del mismo cuerpo legal- y la compañía L.P. S.A. como aseguradora de dicho vehículo (sentencias de 14 de octubre de 1969 y 31 de marzo de 1982, entre otras). No se incluyen los gastos de sepelio del menor T.A. -2.100 marcos alemanes (folios 10/13)- por haber renunciado los señores A., tras haber percibido 1.300.000 pesetas de la compañía aseguradora L.P. S.A., a cuantas acciones pudieran corresponderles por los perjuicios del fallecimiento de su hijo T.A. (folio 50). Todo ello da lugar a la estimación parcial de la demanda y a la revocación del fallo impugnado.

9º. La estimación en parte de la demanda y de la apelación, excluye toda condena de las costas devengadas en ambas instancias.

FALLO: A) Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la entidad B.E. contra la sentencia de fecha veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo, hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo, y se revoca dicha sentencia, y en su lugar se declara:

B) Previa desestimación de todas las excepciones formuladas, se estima parcialmente la demanda deducida por la entidad B.E. contra L.P. S.A. de Seguros, contra Don J.M.G.R. y, contra Don M.C.F., a los que se condenan solidariamente a indemnizar a la entidad actora en la suma de cuatrocientas setenta y dos mil cuatrocientas sesenta y una pesetas (472.461 pesetas), más los intereses señalados en el apartado cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se devenguen desde esta fecha hasta su total pago; sin especial imposición de las costas de primera instancia.

C) No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas de esta alzada.

Dada la incomparecencia en esta alzada de los demandados Don J.M.G.R. y Don M.C.F., notifíqueseles esta resolución en la forma establecida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

38. JUICIO EJECUTIVO. Demanda dirigida contra unos fiadores. La notificación a los mismos del saldo deudor es de derecho necesario, determinando su falta la nulidad del juicio al amparo del nº 2 del art.

1.467 de la L.E.C.. Carga de la prueba respecto del ejecutante. Es indiferente el medio empleado para la notificación. *Sentencia de 11 de Febrero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. El artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción vigente introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, determina en su párrafo último que "en el caso de que la acción se dirija contra un fiador será preciso acreditar haberle notificado previamente el saldo deudor"; configura con ello un nuevo requisito, previo al ejercicio de la acción ejecutiva que se encamina contra un fiador, el cual, a modo de natural secuela del artículo 1825 del Código Civil, a cuyo tenor "puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida", ha de entenderse, vistos los términos imperativos del precepto, como de derecho necesario y no susceptible, por tanto, de ser anticipadamente suprimido por la voluntad de las partes contratantes (artículo 1255), acarreado su falta la nulidad del juicio ejecutivo de conformidad al nº 2 del artículo 1467 de la Ley Procesal en razón de no ser exigible la cantidad solicitada; dicho requisito, que persigue, tanto la finalidad de proteger los intereses legítimos de los fiadores, impidiendo que tengan por vez primera noticia de la deuda afianzada con el requerimiento judicial a pago de suerte que, aunque paguen en ese instante, tengan que correr además abusivamente, con todas las costas causadas (artículo 1445 pº 1º), como la preventiva de favorecer el arreglo extrajudicial que evite la promoción del mal que siempre entraña el litigio, sólo queda cumplido cuando el acto de comunicación relativo a la existencia y cuantía de la deuda reclamable llega a efectivo conocimiento de su destinatario, -a no ser que medien circunstancias obstativas ajenas al actuar del acreedor e insuperables-, cualquiera que sea el procedimiento escogido por éste para llevarlo a término con tal que sea eficaz, puesto que la Ley no los limita; pero es llano que, si la realidad de la notificación resulta negada, la carga de su prueba incumbe al acreedor ejecutante, siendo sobre este único y último extremo sobre el que recae la controversia que enfrenta a los litigantes en el presente proceso, incoado en virtud de demanda por medio de la cual la entidad bancaria actora, con apoyo en póliza de afianzamiento suscrita por los demandados, ahora recurrentes, el 30 de Octubre de 1982, y al amparo del nº 6º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento, reclama de éstos, en su calidad de fiadores, la cantidad de 1.204.676 ptas. que adeuda la entidad afianzada, Construcciones F. S. A.

2º. En contra de lo que aprecia la sentencia de primera instancia, no cabe admitir que el repetido requisito fuese cumplimentado mediante los telegramas que el 6 de Noviembre de 1984 la actora remitió a los demandados, participándoles que Construcciones F. S. A. debía al Banco la aludida suma, por cuanto que: a) habiendo sido desmentida tajantemente su recepción por los fiadores, los recibos sellados que obran unidos a los folios 16 a 18 de las actuaciones acreditan tan solo la expedición de las comunicaciones respectivas, pero no su efectiva entrega a los destinatarios, circunstancia decisiva que la ejecutante hubiera podido justificar con toda facilidad solicitando en período probatorio el correspondiente informe del Servicio de Telégrafos, lo que, sin embargo, no ha hecho; b) los tres telegramas fueron dirigidos al nº 12 de la C/ Mar de Felanitx, a pesar de que en la póliza, documento rector de las relaciones entre los litigantes, se consigna como domicilio de los fiadores el nº 1 de la Plaza Cosme Bauzá en dicha población y el nº 14 de la C/ Menorca en esta capital, respectivamente, lugares donde, en la realidad, habitan cada uno de ellos (folios 128 y 160), son citados en la demanda como sus domicilios, y donde se practicaron con eficacia

todos los actos de comunicación (requerimiento de pago y citación de remate, citación para confesar) realizadas en el proceso (folios 34 a 36 y 179 vto.); c) si bien es cierto que los tres demandados son los únicos accionistas de la sociedad anónima afianzada, de suerte que, conforme han reconocido en la vista del recurso, la notificación hecha a C. hubiera surtido idénticos efectos que la realizada a ellos mismos, el domicilio social de esta última tampoco radica en la C/. Mar, sino en la Plaza Cosme Bauzá, tal como publica el Registro Mercantil (folio 67) y se refleja en la póliza de afianzamiento, por lo que el hecho de que en las letras de cambio origen del débito aparezca consignado como domicilio de la libradora C. el de la C/. Mar, y que también se aluda a ésta dirección en las declaraciones de bienes firmadas por los deudores el 11 de abril de 1982, antes, por tanto, del otorgamiento de la fianza, ni exculpan la actuación de la parte demandante, cuando ocurre que antes y después de la expedición de los telegramas toda la correspondencia bancaria era remitida a la Plaza Cosme Bauzá, según ha quedado ampliamente demostrado (folios 39 a 51 y 73 a 114), ni son suficientes para considerar cumplido el debatido requisito legal por la vía presuntiva de establecer que, entregados allí supuestamente los telegramas, habrían éstos llegado de todos modos a poder de los demandados, habida cuenta de que las cambiales fueron libradas el 11 de junio de 1983 y que a finales de mayo de 1984 la deudora había trasladado las oficinas que tenía instaladas en la C/. Mar, devolviendo la posesión del local a su arrendador, tal como evidencian las manifestaciones de éste recogidas, irregularmente sin duda, en acta notarial levantada el 25 de enero de 1985 (folios 52 y 53), pero que no por ello dejan de ser un elemento de convicción más integrado en el conjunto proporcionado por las actuaciones (sentencia de 14 de mayo de 1985), y, sobre todo, el informe proporcionado por la Policía Municipal, que obra unido al folio 128, sin que hubiera obviamente necesidad alguna de dar noticia de ese traslado a la entidad bancaria, cuando, como se ha visto, ésta dirigía su correspondencia al domicilio social, que era el señalado en la póliza; y d) en cualquier caso es de notar que los telegramas fueron expedidos a las 15'20 horas del 6 de noviembre de 1984, mientras que la demanda está fechada a día 7 y fué presentada en el Juzgado de Primera Instancia el siguiente 8 de noviembre (folio 23 vto.), por lo que, aunque se hubiera demostrado la recepción de tales comunicaciones por sus destinatarios, tampoco cabría tener por satisfecha la exigencia del párrafo último del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que, si bien éste no fija un plazo de antelación mínimo para la notificación de la deuda relativamente al ejercicio de la acción ejecutiva, hay que entender que no podrá ser nunca inferior al que razonablemente y según la circunstancias de cada supuesto sea bastante para permitir obtener la finalidad buscada por la norma (nº 1 del artículo 3º del C. Civil) y demande la buena fé que debe regir las relaciones contractuales (artículos 1258 del C. Civil y 57 del C. de Comercio) y el ejercicio de los derechos en el proceso, conforme señala el nº 1 del artículo 11 de la reciente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, cuyo nº 2 ordena además, rechazar fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, siendo así que un lapso de tiempo que no llega a las 48 horas es insuficiente, a todas luces, para que los fiadores puedan pagar la deuda garantizada, cuya existencia y cuantía antes desconocían, o, siquiera, entablar negociaciones con la entidad acreedora cara a la obtención de otra alternativa satisfactoria.

3º. Tampoco resulta acreditado que la preceptiva notificación se hiciera mediante las cartas que -se dice- el Letrado director de la demanda envió en el mes de octubre a los demandados, pues, habiendo negado éstos rotundamente que las hubieran recibido (folios 182 y 183, posiciones 4º, 5º y 5º), ni consta la fecha en que los originales de las copias aportadas junto al escrito de contestación a la oposición (folios 60 a 63), primer momento del proceso en que se hace mención de tales misivas, fueron puestos supuestamente en el correo, ni, mucho menos, que llegaran a su destino; y comoquiera que, inclusive, la prueba pericial contable pone de relieve que el importe de las cambiales devueltas no fué cargado

en ninguna de las cuentas corrientes que C. tenía abiertas en el Banco M. y tampoco se ha demostrado que, de otro cualquier modo, supieran los accionistas de la sociedad y fiadores de ella de la frustración de los efectos, es preciso concluir que la actora ejecutante no ha satisfecho la carga de probar la concurrencia del requisito requerido por el más arriba citado artículo 1453 de la Ley Procesal, por lo que, consiguientemente, careciendo el título en que se funda la demanda de fuerza ejecutiva por no ser exigible la cantidad que se reclama (nº 2 del artículo 1467), procede, con estimación del recurso y revocación de la sentencia apelada, dictar otra que contenga el pronunciamiento previsto en el nº 3 del artículo 1473 de la repetida Ley.

4º. No apreciándose temeridad en ninguno de los litigantes, no se condena a ninguno de ellos al pago de las costas causadas en la primera instancia de conformidad al párrafo 3º del artículo 1474 de la L. E. Civil, sin que, por la estimación del recurso, haya tampoco motivo para imponer de modo especial las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interponene Don J.A.F., Dña. J.M.S.O. y Don G.M.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el diecisiete de abril de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca dicha resolución, que se deja sin efecto y en su lugar,

2º. Estimando el motivo de nulidad invocado por los demandados recurrentes frente a la demanda ejecutiva formulada por la actora Banco M. S.A., se declara la nulidad de los autos de juicio ejecutivo, de los que el presente rollo dimana.

3º. No se hace especial condena en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

40

40. ARRENDAMIENTOS. Reclamación de rentas no pactadas a través de juicio ordinario declarativo. Carga de la prueba: necesidad de prueba del pago (hecho extintivo) por parte del demandado. Gastos de Comunidad: se deduce del contrato de arrendamiento que el pago debe verificarse por los arrendatarios. Compensación: interpuesta por vía reconventional. Falta de prueba de los hechos constitutivos de la compensación. Desestimación. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 12 de Febrero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La parte actora y ahora recurrente ejercita en el presente pleito, acumulándolas, dos acciones contra la entidad demandada que, si bien distintas, tienen origen común en el contrato suscrito por los litigantes el 23 de febrero de 1982, por cuya virtud C. S.A. arrendó a H. S.A. determinados locales de su propiedad sitos en las plantas sótano, baja y primera, así como otros destinados a recepción y administración, en el Edificio Madrugada I, lugar "Es Castellot" de Santa Ponsa: a) una que se dirige a obtener el cobro de las rentas pactadas correspondientes a los años 1982, 1983 y la porción proporcional devengada durante el periodo de 1984 transcurrido hasta la presentación de la demanda; y b) otra que pretende el reembolso de las cantidades a la Comunidad de Propietarios del inmueble por la actora para el sostenimiento de los gastos comunes y, cuyo abono, según ésta entiende, incumbe a la arrendataria al haberse convenido así en el contrato arrendaticio; por lo que la adecuada resolución del recurso interpuesto por C. S.A. contra la sentencia que, en la primera instancia, rechazó íntegramente tales pretensiones impone el examen por separado de cada una de ellas.

2º. Sabido es que el artículo 1214 del Código Civil, regulador de la carga de la prueba en el proceso, a cuyo tenor "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone", atribuye al actor, en definitiva y por modo general, según es reiteradísima y constante doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencias 3-febrero-1978, 7-mayo-1980, 26-febrero, 11 y 25-octubre-1983, 21-mayo-1985, etc), la carga de demostrar los hechos normalmente constitutivos del derecho que ejercita y al demandado en cambio, la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de aquél; por otro lado y sobre la base del artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que circunscribe la actividad probatoria a aquellos extremos de hecho fijados en fase de alegaciones que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen, también señala la Jurisprudencia (Sentencias 18-junio-1965, 4-julio-1975, 28-marzo-1980, 2-febrero-1981, 23-marzo-1984, etc), que están dispensados de la prueba los hechos admitidos o en que hay conformidad, expresa o tácita, de los litigantes; premisas que, por fuerza, conducen al éxito de la primera de tales acciones, habida cuenta de que: a) ambas partes pleiteantes coinciden en la realidad y contenido negocial del contrato suscrito por ellas el 23 de febrero de 1982, de tal modo que C. S.A. no precisa acreditar por otras vías que la demandada tiene la obligación de pagar las rentas estipuladas, tanto porque así lo establece el artículo 1555 nº 1 del Código Civil, como porque dicha obligación fué expresamente pactada (artículo 1091) en las cláusulas 3ª y 10ª del convenio; b) H. S.A. reconoce en el apartado 5º de su escrito de contestación a la demanda que no ha satisfecho la cantidad de 3.666.667 pesetas, correspondiente a las rentas devengadas desde la firma del documento privado en que se plasmó el acuerdo -y donde situa el inicio de la relación arrendaticia- hasta finales de 1983; c) siendo el pago hecho extintivo, ni el más leve inicio existe, ni se ha practicado la más mínima prueba de que la demandada haya abonado en cualquier momento y por un procedimiento u otro la suma de 2.000.000 de pesetas a que se eleva el importe del precio de arrendamiento debido por toda la anualidad de 1984 y que H. S.A. dice haber pagado a través de Banco; y d) la cláusula 2ª del contrato manifiesta que "la relación arrendaticia comenzó con la entrega de las llaves del objeto del alquiler el 1 de enero de 1982" y que "dicha relación se establece de momento para 7 años, contados a partir de la entrega", por lo que mal puede sostener la parte apelada sin contradecir la fuerza vinculante de los contratos que proclaman los artículos 1091, 1256 y 1258 del repetido Cuerpo Legal, que no tiene el deber de pagar renta por los meses de enero y febrero de 1982; de donde fácilmente se concluye que la arrendataria adeuda, en efecto, a la arrendadora-demandante la cantidad de 5.916.667 pesetas por razón de alquileres no satisfecho que ésta le reclama.

3º. La segunda de las acciones impone averiguar cuál fué el contenido del consentimiento contractual, esto es, la real y bilateral voluntad de las partes, en orden a cuál de

ellas, si la arrendadora o la arrendataria, ha de soportar la porción de gastos comunitarios imputable a los locales objeto del arriendo, a cuyo fin es menester determinar, a través de las reglas de hermenéutica establecidas por el Código Civil, el significado y alcance de lo convenido en el párrafo 5º de la cláusula 3ª que literalmente señala: "todos los gastos adicionales y costes de corriente eléctrica, consumo de agua, de alcantarillado, limpieza de locales arrendados, correrán a cuenta de los arrendatarios. Dichos gastos se facturarán directamente por las autoridades o bien instituciones existentes o bien por la comunidad competente de la administración de toda la Urbanización"; interpretación que resulta favorable a la tesis propugnada por la actora y recurrente dado que: a) la locución "todos los gastos adicionales" para comprender con propósito de globalidad, por contraposición y además de todos aquellos otros que acto seguido explícitamente se enumeran o describen, cuantos pagos y desembolsos fueran exigibles por imputación directa a los locales, entre los que, sin duda, se encuentra la contribución los gastos generales comunitarios; b) de no ser así, carece de sentido la referencia final que se efectúa a la facturación de gastos por la comunidad competente; c) en la cláusula 7ª (artículo 1285) se hace recaer sobre la entidad arrendataria una obligación que, de modo natural (artículo 1554 n° 2), incumbe al arrendador, cual es la de ejecutar por cuenta propia durante la relación arrendaticia todos los trabajos de reparación necesarios para el mantenimiento de la cosa "en debida forma", lo que evidencia fué intención de los contratantes liberar a la demandante de responsabilidades económicas por razón de los locales, cuya posesión transmitía; y d) en los arrendamientos de fincas urbanas es habitual (artículo 1287) el pacto por el cual el arrendatario asume la obligación de costear los gastos generales del inmueble en la porción que a la dependencia locada añade; en consecuencia, y puesto que, de un lado, la prueba practicada en la segunda instancia pone de manifiesto que C. S. A. satisfizo el 1 de octubre de 1984 a la Comunidad de Propietarios las cuotas de gastos comunitarios correspondientes a los años 1982 y 1984, de donde, a falta de toda indicación en contrario por parte de la Comunidad, cabe inferir que la debida por el año intermedio ya fué pagada anteriormente, y, de otro, que según confiesa el representante de H. S. A. (posición 7º folio 117), la actora le reclamó en repetidas ocasiones que hiciera frente a tales débitos, también esta segunda pretensión de la recurrente debe prosperar en su totalidad.

4º. El mero hecho de que la demandada-reconviniente, que alegó compensación, se haya aquietado ante el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que desestima la reconvencción, da lugar, por sí solo, al triunfo de la demanda, sino que únicamente hace imposible condenar en esta alzada a la entidad actora-reconvenida y solidaria apelante, como señala la reciente Sentencia de esta Sala de fecha 22 de enero último, en el eventual exceso de las cantidades concurrentes en virtud de la prohibición de "reformatio in peius", más no que la compensación invocada deje de ser operativa como pura causa de extinción de la deuda y hasta el límite cuantitativo de la prestación en que ésta consiste, pues la compensación puede ser opuesta procesalmente por vía de demanda reconvenccional, pero también como excepción, según indican la Sentencias del Tribunal Supremo de 11-junio-1981, 7-junio-1981, 6-febrero y 31-mayo-1985, entre las más modernas que así lo entiendan; ello no obstante en el presente caso H. S. A. no ha logrado justificar ninguno de los créditos supuestamente compensables con los que ostenta la contraparte y que relaciona en el escrito de contestación, puesto que se ignora por completo a qué obedece, ni en qué se apoya la cifra de 5.153.951 que cita como saldo a su favor en el año 1982, su representante legal confiesa (posición 5ª folio 117) que satisfizo los importes de los documentos acreditativos de pagos traídos al pleito por la reconviniente por cuenta y con dinero de C. S. A. y, en fin, aunque fuera cierto que la demandante-reconvenida adeuda determinadas cantidades al Sr. M. en retribución de los servicios que éste le prestó como apoderado durante los años 1982 y 1983, claro es que, de conformidad a los artículos 1195 y 1196 n° 1 del Código Civil, esos eventuales créditos en modo alguno pueden aprovechar a persona jurí-

dica que tiene personalidad propia e independiente del titular de los mismos; consiguientemente procede, con estimación del recurso de apelación interpuesto por C. S.A. y revocación de la sentencia combatida, dar lugar íntegramente a los pedimentos deducidos en la demanda y condenar a H. S.A. a que pague a la actora la cantidad reclamada de 8.157.946 pesetas, con más los intereses legales procedentes desde la fecha de interpelación judicial.

5º. Las costas de la primera instancia han de ser impuestas a la parte demandada en aplicación del párrafo 1º del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, por la estimación del recurso, proceda efectuar especial condena en cuanto a las producidas en la alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone C. S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el pasado siete de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca dicha resolución en lo menester y, en su lugar,

2º) Estimando la demanda que formula C. S.A. contra H. S.A., se condena a esta última a que satisfaga a la demandante la cantidad de 8.157.946 pesetas con más los intereses legales de ella desde la fecha de interpelación judicial y que, a partir de esta segunda sentencia, serán lo que prescribe el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta su completo pago.

3º) Se confirma dicha sentencia en cuanto que desestima la reconversión deducida por H. S.A.m, de la que se absuelve a C. S.A.

4º) Se condena a H. S.A. al pago de las costas causadas en la primera instancia.

5º) No se hace especial imposición de las costas producidas en la alzada. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

42

42. JUICIO EJECUTIVO. Demanda dirigida contra unos fiadores. Letra de cambio cuyo importe, supuestamente amparado por la póliza, se reclama a los mismos y que adquirió el ejecutante por endoso ineficaz al no estar legitimado el endosatario. Contrato de descuento: concepto. Nulidad del juicio. *Sentencia de 14 de Febrero de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. El recurso que interpone Don A.R. contra la sentencia dictada en la primera instancia, persigue que se declare la nulidad de los presentes autos de juicio ejecutivo al amparo de los números 1 y 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con base en los siguientes fundamentos: a) porque a la demanda no se adjunta la certificación librada por el propio Banco ejecutante e intervenida por Agente de Cambio o Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio que previene el párrafo 2º de la cláusula 10ª de la póliza en que la acción ejecutiva se apoya, a fines de acreditar la liquidez de la cantidad reclamada; y b) porque el débito afianzado dimana de una letra de cambio que el Banco actor admitió a descuento de quien no era legítimo tenedor de ella, siendo así que la fianza es una obligación accesoria que no puede existir sin otra principal válida, como determina el artículo 1824 del Código Civil.

2º. La desestimación del primero de los alegatos de la pretensión impugnativa se impone con sólo observar que la propia cláusula contractual que el apelante invoca, establece, con claridad gramatical absoluta, que aquélla certificación es precisa para acreditar la liquidez de la cantidad, cuando "la obligación estuviera representada por saldos deudores de cuenta", pero que en los demás casos han de acompañarse, junto a la póliza de afianzamiento misma, "los documentos que representan la deuda del afianzado", lo que, por otro lado, aparece como de toda lógica, pues sólo en aquel supuesto se hace imprescindible consignar, en documento independiente y de manera matemáticamente exacta, el importe del saldo resultante al cierre de la cuenta como consecuencia de los diversos cargos y abonos practicados separadamente, a fin de dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 1435 de la Ley Procesal, mas no cuando la cuantía del débito consta ya fijado, como ocurre con el importe de una letra de cambio, la cualidad de cuya liquidez viene determinada por fuerza en la cambial misma (artículo 444 nº 4 del Código de Comercio y nº 2 del artículo 1º de la Ley 19/1985, de 16 de julio).

3º. Para el estudio del segundo de los motivos de oposición alegados hay que partir de los extremos fácticos siguientes: a) el 6 de marzo de 1981 los demandados, y entre ellos el ahora apelante, suscribieron póliza de afianzamiento con intervención de Corredor de Comercio Colegiado al objeto de garantizar, personal, solidariamente y con expresa renuncia a los beneficios de excursión y división, las operaciones realizadas o que en el futuro realizará cualquiera de ellos con el Banco B. hasta el límite de 1 millón de pesetas y con sujeción a las cláusulas que la póliza detalla; b) el 28 de julio de 1982 Don M. C.C., uno de los contratantes, endosó de manera plena al Banco: B. S. A. y con cláusula de "valor recibido" una cambial por importe de 500.000 pesetas que, expedida el 29 de mayo de 1982, aparecería aceptada por Viajes Entaban S. L.; c) dicha cambial había sido librada por Don R. D. G., a la orden de Viajes S. A., S. A. también con la mención "valor recibido"; d) ello no obstante, el mismo 28 de julio de 1982 el citado librado endosó la letra al Sr. Capó, sin que, al firmar la cláusula de endoso, expresara que lo hacía en nombre de la entidad tomadora; e) presentada al cobro la letra de cambio por el Banco de Bilbao el día 25 de agosto de 1982, día señalado para su vencimiento, la misma no fué pagada por la aceptante, por lo que se levantó el correspondiente protesto notarial; y f) en el presente juicio ejecutivo la Banca actora, afirmando ser legítima tenedora de la cambial y sobre la base de la póliza de afianzamiento suscrita por los demandados, reclama de éstos, por la vía del nº 6 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cantidad a que la letra se eleva.

4º. Con tales antecedentes y puesto que una de las características esenciales de la fianza, sea civil o mercantil, y como contrato que se dirige a garantizar la satisfacción de un derecho de crédito, -"causa garantiae"-, radica en su accesoriedad, de modo que, según dispone el párrafo 1º del artículo 1824 del Código Civil, también aplicable a las fianzas mercantiles, como la de autos, en virtud de la genérica remisión a las reglas del Derecho Co-

mún que efectúa el artículo 50 del Código de Comercio, "la fianza no puede existir sin una obligación válida", la segunda de las causas de oposición invocadas y con ella el recurso han de prosperar, toda vez que la operación principal garantida no puede reputarse como jurídicamente válida, en perjuicio de los cofiadores, ni desde la temática estrictamente cambiaria, ni considerada desde el punto de vista del contrato de descuento; y ello porque; a) siendo la letra de cambio un título nominativo susceptible de ser transmitido por la singular vía del endoso, únicamente puede ejercitar los derechos que de la letra dimanen y, entre los mismos, el de transferir el crédito incorporado (artículo 461 del Código de Comercio), el poseedor del documento que, a la vez, justifique esa tenencia mediante una serie ininterrumpida de endosos regulares, conforme se desprendía de los antiguos artículos 491 y 495 del Código Mercantil y hoy de manera expresa señala al párrafo 1º del artículo 19 de la Ley cambiaria de 16 de julio de 1985, por lo que, al haber recibido el Sr. C., la cambial de autos mediante endoso suscrito por persona distinta de la designada como entidad tomadora, solo sujeto con aptitud para transmitirla -el firmante no exteriorizó entonces relación representativa alguna en la forma que prescribe el artículo 447 del repetido Código, ni ahora en la litis se han justificado en absoluto que la tuviera-, no adquirió la condición de legítimo tenedor de la letra ni, consiguientemente, la titularidad de los derechos que de ella nacen, los cuales, a su vez, tampoco pudo transmitir al siguiente endosatario, con la consecuencia de que ese endoso viciado por un defecto extrínseco y cognoscible por terceros arrastra con su ineficacia la de todos los endosos sucesivos y que de él traen causa; y b) en el contrato de descuento, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1980 define como aquél por cuya virtud el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo, y del que también se ha dicho que consiste sencillamente en adquirir al contado créditos a plazo, resulta imprescindible que el descontatario sea el sujeto activo en la relación de deuda, pues de otro modo no cabe verificar la cesión que es consustancial al negocio y a la función económica que cumple, ya que nadie puede entregar lo que no tiene, y resultaría, si no, que el Banco descontante, por no ostentar la titularidad del crédito cuyo valor adelantó bajo condición de buen fin, no podría exigir el cobro del deudor el día del vencimiento e, inclusive, el pago realizado por éste carecería de efectos liberatorios, dado que sólo reviste esa eficacia el que se hace a la persona en cuyo favor está constituida la obligación o a otra autorizada para recibir la prestación en su nombre (artículo 1162 del Código Civil), y, como antes se ha indicado, Don M.C. no disponía de aquella cualidad en razón de haber recibido la letra de quien no aparecía cambiariamente legitimado para entregarla; y si bien resulta obvio que el Banco cuenta con acción para recuperar lo que el Sr. C. percibió, impidiendo que éste se lucre con una atribución patrimonial no amparada, dentro de la relación "inter partes", en causa válida (artículo 1274 del Código Civil), no es posible sostener, ni siquiera con apoyo en el apartado c) de la cláusula 5ª de la póliza, con arreglo al cual también se garantiza "el buen fin y completo pago de las obligaciones procedentes de operaciones de todo orden que el afianzado tenga contraídas o contraiga en lo futuro", pues se sobreentiende que las mismas han de ser válidas-, que la fianza cubre igualmente esa obligación de reembolso, pues esta existe en todos los supuestos de ineficacia, originaria o sobrevinida, contractual y admitir tal pretendida extensión equivaldría a privar de vigor al mencionado artículo 1824 del Código Civil con peligro de todo género de confabulaciones entre acreedor y deudor principal en perjuicio del fiador, máxime cuando el empleo de la mínima diligencia que es exigible al endosatario y descontante, hubiera permitido al Banco apreciar en el presente caso, el vicio invalidante de la aparente titularidad que presentaba el Sr. C., de todo lo cual se desprende la concurrencia del motivo de nulidad que recoge el nº 1 del artículo 1467 de la Ley Procesal por ser nula la obligación en cuya virtud se despachó ejecución, por lo que, con estimación del recurso, procede declararlo así a los efectos consiguientes, pero sólo en cuanto aprovecha al Sr. R., único apelante, toda vez que los restantes demandados se aquietaron ante el pronunciamiento condenatorio recaí-

do en la primera instancia que, respecto de ellos, ganó firmeza, por tanto.

5º. Las costas causadas en la primera instancia, en lo que atañe a la acción ejercitada contra el Sr. R. habrán de ser soportadas por cada uno de los contendientes de conformidad a la regla establecida en el párrafo 3º del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que tampoco haya motivos para efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone Don A.R.R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha de 22 de enero de 1985 en los autos de juicio ejecutivo de lo que el presente rollo dimana, se revocan los pronunciamientos que contiene dicha resolución en cuanto afectan al recurrente y, en su lugar,

2º) Apreciando el motivo de nulidad previsto en el nº 1 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se declara la nulidad de los autos de juicio de ejecutivo instados por el Banco de B. S.A. en lo que respecta a la acción ejercitada contra Don A. R.R., sin hacer especial imposición de las costas causadas en la primera instancia en lo que sean imputables a dicha acción.

3º) Se confirman los pronunciamientos de la sentencia apelada en cuanto se refieren a los otros demandados Don M.C.C., Don B.C.V. y Don A. C.P.

4º) No se efectúa especial imposición del pago de las costas producidas en esta alzada. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

66

66. SERVIDUMBRE DE PASO. Valor de la inscripción registral frente a terceros. Prescripción adquisitiva: las servidumbres prediales de paso, por su carácter discontinuo, sólo pueden adquirirse en virtud de título (art. 539 C.C.). Doctrina del T.S.. Alteración de la causa de pedir en la apelación: prohibición. *Sentencia de 13 de Marzo de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. A dos cuestiones básicas cabe reducir la materia litigiosa que suscita el recurso interpuesto por la entidad demandada, Ganadera S.L.L. S.A., contra la sentencia de primera instancia que dió lugar a los pedimentos formulados por los actores: a) si el derecho de paso que los demandantes, Sres. M. y V., afirman ostent-

tar sobre la finca denominada S' Allapassa, sita en el término municipal de Lluçmajor, reviste o no eficacia frente a la dicha sociedad demandada; y b) si la prescripción inmemorial y el artículo 541 del Código Civil, regulador de la llamada servidumbre por destino del padre de familia, pueden ser tomadas en consideración como posibles títulos adquisitivos de aquel derecho de paso, al haber sido invocados a tal efecto por vez primera en el escrito de conclusiones.

2º. Sabido es que, según la opinión doctrinal más común, una de las dos facetas que presenta la fe pública registral, -uno de los principios rectores del Registro de la Propiedad en tanto que instrumento de publicidad concebida para reforzar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario-, entraña una presunción negativa de veracidad, consistente en que el contenido tabular se presume, "iuris et de iure", íntegro en beneficio del tercer adquirente que reúna todos los requisitos exigidos para disfrutar de la protección que el sistema confiere, hallándose recogido tal aspecto de la fuerza atribuida al Registro en los coincidentes artículos 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria, al tenor de los cuales "los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero", de suerte que éste puede desconocerlos, aunque existan en la realidad extrarregistral, y su adquisición no se verá afectada ni minorada por ellos; de otro lado aquel principio despliega su eficacia sobre la base de la hoja registral -comprensiva de todos los asientos que estén en vigor- correspondiente a la finca (artículo 8º de la Ley Hipotecaria) y por tanto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1984, no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de su interés, lo que expresa el artículo 13 de la Ley antes citada al precisar que "los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan", configurando así el único modo en que la constancia tabular de esos derechos es idónea (la "debida", según el término utilizado por el artículo 32) para que el titular de los mismos quede, a su vez, protegido, frente al tercero hipotecario; en consecuencia, hallándose acreditado en autos merced a las escrituras de compraventa traídas con la demanda y las certificaciones expedidas por el Registrador (folios 157 a 160; 192 y 193 y 8 al 24 del rollo de apelación) que: 1) las fincas que hoy son propiedad de Don J. M. y Don A. V., fueron creadas el 5 de octubre de 1942 y el 5 de abril de 1943, respectivamente, en virtud de segregación de otra mayor, de nombre La Llepassa, que se identifica en el Registro con el número 11.978; 2) el "derecho a utilizar el camino principal del predio La Llepassa, aunque sólo en su desviación por la parte posterior de las casas de dicho predio" que los causantes de los actores pactaron en aquella ocasión con Don. F. S. R., dueño del repetido predio, aparece reflejado en las inscripciones de las fincas segregadas, números 18.986 y 19.193, respectivamente, pero no, por el contrario, en la hoja propia de la finca matriz; 3) con arreglo a esta hoja la finca número 11.978 se encuentra gravada solamente con una servidumbre de paso a favor de las fincas números 11.845 y 12.271, servidumbre de origen voluntario que fué constituida, mediante pago de 4.000 pts., en escritura pública de fecha 15 de julio de 1958 (inscripción 10ª -folio 160-); y 4) en la actualidad el predio de La Llepassa consta inscrito a nombre de Ganadera S. L. S. A., que devino su dueña en virtud de aportación efectuada a la sociedad por Don F. S. C., titular registral del mismo a la sazón, por medio de escritura otorgada el 28 de diciembre de 1967, es de concluir que el derecho de paso cuya declaración postulan en este pleito los actores, tenga naturaleza real o meramente personal, en cualquier caso, al no figurar incorporado el Registro en la forma imperativamente prescrita para los gravámenes sobre cosa ajena, no es oponible frente a la entidad demandada y ahora recurrente, dado que ésta tiene la condición de tercero hipotecario, cuya adquisición se produjo, por lo tanto, con la misma extensión jurídica, positiva y negativa, asignada tabularmente a la finca transmitida, con el efecto de que no puede ser obligado a respetar su-

puestas cargas que no constan impuestas y en vigor sobre ella; cierto es que, en caso de contradicción, la publicidad que proporciona el Registro no puede prevalecer sobre la publicidad material de que están dotados aquellos derechos (llamados por algún autor derechos reales patentes) que muestran su existencia y alcance a través de signos externos y manifiestos en términos que impiden sean desconocidos por los terceros mediante el empleo de una mínima diligencia, siendo por ello que declara la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 25 de febrero de 1956, 21 de diciembre de 1970, 30 de diciembre de 1975, 29 de mayo de 1979, 27 de junio y 23 de octubre de 1980, entre las más recientes), que falta la buena fe cuando, aún no haciéndose constar en la escritura pública de transmisión de una finca la existencia de gravámenes o derechos reales que sobre ella puedan tener personas distintas al vendedor, conocía el comprador su existencia, y este conocimiento existe cuando los signos de una servidumbre sean ostensibles y, por ende, indubitados, ya que en este caso la apariencia exterior de los mismos atribuye una publicidad equivalente a la inscripción y surte efecto contra el adquirente del inmueble a quien perjudica, aunque del Registro de la Propiedad no resulte la existencia de aquélla; en el supuesto de autos, sin embargo, aunque el camino que atraviesa la finca pone de relieve la existencia de una servidumbre de paso, -servidumbre de la clase de las aparentes por ser de las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas, según las define el artículo 532 párrafo penúltimo del Código Civil-, la aludida doctrina jurisprudencial carece de aplicación, desde el momento en que, conociendo la entidad adquirente a través del Registro que había un derecho real limitativo de ese tenor sobre el predio activamente atribuido a los titulares de las fincas números 11.845 y 12.271, no se ha demostrado en absoluto que, en razón de la situación topográfica y demás características físicas de las parcelas, y pase al silencio registral, conoció o tuvo inexcusablemente que conocer que los demandantes, dueños de las fincas números 18.986 y 19.193, también gozaban de derecho a usar el camino, siendo datos que corroboran que la sociedad recurrente ignoraba que hubiera la relación real invocada en la demanda y, por tanto, su buena fe, de una parte, que los actores disponen de otra vía, mucho más cómoda y asequible, que el controvertido camino, para acceder a sus predios, cual es la carretera pública de Cabo Blanco, tal como indica la prueba pericial (folios 148 a 153) y, de otra, que es lógico que la sociedad pusiera marcado interés en averiguar en su día quienes y cuántos eran los titulares del gravámen, puesto que adquirió el predio de Sa Llepassa al objeto de instatar en él una explotación ganadera de considerable importancia en todos los órdenes para la que resulta perjudicial por motivos sanitarios el tránsito por la finca de personas y vehículos extraños al complejo (folios 151 y 190), por lo que no resulta desacertado creer que, de haber sabido que eran más los predios dominantes, hubiera procurado adquirir otra.

3.º En el período expositivo del juicio los actores alegaron como causa jurídica determinante del nacimiento de su pretendido derecho, además del negocio jurídico, la prescripción especial de 20 años establecida en los artículos 537 y 538 del Código Civil sobre la base de que habían venido usando ininterrumpidamente el camino desde 1942 y 1943, sin tener en cuenta, que la servidumbre predial de paso tiene la condición, unánimemente reconocida, de discontinua (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1979, por todas) y que, en consecuencia y de conformidad a lo que dispone el artículo 539, sólo puede adquirirse en virtud de título (sentencias de 11 de noviembre de 1954, 3 de julio de 1961, 14 de noviembre de 1961, etc.); pero luego, en el escrito de conclusiones invocaron, además, por vez primera y a idéntico objeto, la prescripción inmemorial y el artículo 541 del Código sustantivo, lo que han tratado de defender en esta alzada aduciendo que el artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento permite adicionar en aquel trámite otras leyes o doctrinas legales a los fundamentos de derecho expuestos con anterioridad; argumentación por completo rechazable, toda vez que aquellos tardíos alegatos no son meros razonamientos jurídicos complementarios de los traídos a colación en la fase inicial del proceso, sino que son

claramente constitutivos de causas de pedir -esto es, hechos jurídicos que sirven de base al derecho reclamado (sentencia de 5 de Octubre de 1983)- distintas de aquellas en que, hasta ese momento, se había apoyado su pretensión y que, por consiguiente, en virtud de los principios de preclusión, defensa y congruencia, no pueden ser admitidos a los fines que persiguen, so pena de alterar los términos en que se trabó dialécticamente el litigio y discursó, o debió discursar, la prueba (artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), teniendo reiteradamente declarado el Tribunal Supremo a tal efecto que, después de los escritos integrantes del período de alegaciones, no es lícito plantear cuestiones nuevas y que, por ello, incurre en incongruencia la sentencia que se atiende a modificación introducida en ocasión de evacuar el trámite de conclusiones (sentencias de 22 de diciembre de 1982, 17 de diciembre de 1984, 28 de mayo y 1 de julio de 1985, entre otras muchas), únicamente otorgado para la recapitulación, resumen y comentario, fáctico y jurídico, de problemas oportunamente suscitados y debatidos y de las pruebas que les conciernen.

4.º Todo lo expuesto determina, que, con estimación del recurso y previa revocación de la sentencia apelada, deban rechazarse las pretensiones de los actores y absolverse de ellas a la entidad recurrente.

5.º Iniciado el litigio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/1984, de 6 de Agosto, sobre reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no siendo, por tanto, aplicable la normativa contenida en el nuevo artículo 523, no se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en la primera instancia por no apreciarse temeridad ni mala fé en los litigantes, sin que por la estimación del recurso, proceda tampoco efectuar condena en cuanto a las producidas en la alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone "Ganadera S. LL. S.A" contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha de cuatro de junio de mil novecientos ochenta y cinco, se revocan íntegramente los pronunciamientos de dicha resolución y, en su lugar,

2º) Se desestima la demanda deducida por Don J.M.C. y Don A.V.G. contra la mencionada entidad apelante, a la que se absuelve de todos los pedimentos que en ella se formularon.

3º) No se hace especial imposición en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

92. **TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.** Prelación de créditos. Póliza de crédito intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado: tiene carácter de escritura pública a los efectos del art. 1924 C. Civil. Doctrina del Tribunal Supremo sobre determina-

ción de su fecha a efectos de preferencia: otorgamiento de la póliza, vencimiento, o liquidación con determinación del saldo. *Sentencia de 8 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. Las tercerías como cuestiones incidentales promovidas en un proceso de ejecución deben fundarse, bien en el dominio de los bienes embargados al deudor - tercería de dominio -, bien en el derecho del tercero a ser reintegrado con preferencia al acreedor ejecutante - tercería de mejor derecho -, teniendo por objeto la primera sustraer a la ejecución de bienes indebidamente trabados por falta de uno de los requisitos fundamentales para dicha traba, cual es, su pertenencia al ejecutado, y teniendo por finalidad la segunda cobrar, con el producto de los bienes embargados, antes que el ejecutante por ostentar un título preferente (Sentencia de 29 de Octubre de 1984).

2º. En el presente caso la tercería entablada es de mejor derecho y se basa, según se concreta en el hecho tercero de la demanda instauradora de esta litis, en que "existiendo una escritura de constitución de hipoteca con carácter de superposición de garantía, de fecha 3 de Febrero de 1984, ante el Notario Don A. B. M. a la favor de la entidad poderdante - el banco tercerista - y habiendo sido objeto de litigio el crédito de la entidad demandada Banco I. M. contra los Sres. P. CH. y los consortes S. - CH., y constando uno en escritura pública y otro en Sentencia de fecha 6 de Marzo de 1984, que fué notificada a los demandados el 9 de Marzo de 1984 y que devino firme el 14 de Marzo de 1984, habrá de tomar en consideración las fechas de una y otra para determinar la preferencia entre ellas y por aplicación de lo dispuesto en el Capítulo II del Título XVII del Libro II - del Código Civil -, relativo a la clasificación de créditos, resolver que siendo de fecha anterior la escritura de constitución de Hipoteca, la entidad poderdante - Banco E. C. S. A. - tiene un derecho preferente a ser reintegrado de su crédito respecto del embargo por entidad demandada de los inmuebles que como propios de los codemandados Sres. S. P. y los consortes S. - CH. ha sido objeto de embargo en el procedimiento señalado en el hecho segundo"- autos nº 341 de 1984 del propio Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta ciudad, de los que dimana la presente cuestión incidental-. En el suplico de dicho escrito inicial, la entidad tercerista postula que se dicte "sentencia por la que se declare el mejor derecho del Banco E. C. S. A. a cobrar la suma de 2.925.000 pesetas, sus intereses correspondientes al tipo pacto y costas, con preferencia al crédito del Banco I. M. S. A., relacionado en el hecho Segundo de la demanda, por estar reconocido en sentencia de remate de fecha posterior a la de constitución de hipoteca y ...".

3º. Dada tal base fáctica - la acción se individualiza y define por el hecho (Sentencia de 3 de Julio de 1979) - y lo solicitado en la súplica del escrito rector de esta cuestión incidental, que según reiterada doctrina jurisprudencial es lo estrictamente determinante de la decisión judicial (Sentencia, entre otras de 26 de Febrero de 1934, 27 de Enero y 15 de Marzo de 1961, 2 Febrero 1962, 17 de Diciembre de 1965 y 25 de Noviembre de 1978), no es dable, so pena de infringir el principio procesal de preclusión, el de congruencia - artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - y el de derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales que proclama artículo 24.1 de la Constitución. (Sentencia del Tribunal Constitucional de Fecha 18 de Diciembre de 1985) -, entrar en el exámen de la nueva "causa petendi" aducida por la Dirección Letrada de la parte recurrente en el acto de la vista de esta apelación, de ser su derecho preferente por ser hipotecario inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación en dicho Registro del embargo trabado a instancia de la entidad ejecutante, hoy apelada demandada en esta litis (folios 63/65 y 68/70

respectivamente) sobre los mismos bienes inmuebles, invocando a tal efecto los apartados 2º y 4º del artículo 1923 del Código Civil; por lo que la presente alzada se ha de circunscribir a examinar la procedencia o no de la preferencia de derecho aducida en primera instancia, toda vez que ni siquiera en los fundamentos de derecho invocados en la demanda se menciona específicamente el artículo 1923 del citado Cuerpo legal.

4º. El carácter de escritura pública a los efectos del artículo 1924 del Código Civil, de la póliza de crédito intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, es reiteradamente reconocido por el Tribunal Supremo (Sentencias 21 de Octubre de 1927, 23 de Enero de 1942 y 3 de Noviembre de 1971), si bien la jurisprudencia no es unánime, como expone la sentencia de 21 de Septiembre de 1984, en la cuestión de la fecha determinante de su preferencia, pues mientras la de 1 de Marzo de 1978, señala la de su suscripción y existencia, por entender que no es el crédito en sí el que concede el privilegio o preferencia, sino el documento, la tesis de la sentencia de 3 de Noviembre de 1971 en relación con la de 15 de Diciembre de 1956, y por la que se inclina la mencionada de 21 de Septiembre de 1984, es la de la determinación del saldo de principal en intereses con la correspondiente liquidación de la póliza, por adquirir en ese momento la cualidad de exigibilidad. En el caso que se contempla no existe tal dilema jurídico, pues tanto la fecha del otorgamiento de la póliza - 23 de Septiembre de 1982 (folios 79/80) - como el vencimiento de la misma - 23 de Septiembre de 1983 (folio 79) - como la liquidación, con determinación del saldo - 31 de Enero de 1984 (folio 82) -, son anteriores a la de la escritura de reconocimiento de deuda con constitución unilateral de hipoteca a favor de la entidad tercerista - 3 de Febrero de 1984 (folios 4/19) -, lo que determina la desestimación del recurso formulado y la confirmación del fallo apelado.

5º. De conformidad con el apartado segundo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la condena en costas al apelante.

FALLO: A) Se desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación del Banco E. C. S.A. contra la sentencia de fecha tres de Abril de mil novecientos ochenta y cinco dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en los autos del juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo y se confirma dicha sentencia.

B) Se condena a la entidad apelante al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía, en la forma que determina el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se solicita la notificación personal. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

86. FILIACIÓN. Acciones de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial. Caducidad: interpretación del art. 137 del C. Civil y supuestos en que es de aplicación. Legitimación ac-

tiva: la tiene la madre, como co-titular de la patria potestad, para accionar en nombre de sus hijos menores. Falta de litis consorcio pasivo: no la supone no demandar al Ministerio Fiscal por quedar subsanado el defecto al comparecer en la segunda instancia (?) ni a los parientes del supuesto padre aunque "puedan resultar a la larga por la eficacia refleja o repercusión indirecta sobre ellos de una sentencia que produce efectos frente a todos". Investigación de la paternidad, pruebas biológicas, posesión de estado y pruebas indirectas. Negativa del presunto padre a someterse a pruebas biológicas, lo que adquiere "singular relevancia": imprevisión de tal negativa por el Derecho español. Derecho comparado. De tal negativa se deduce que quien así procede se autosupone el auténtico padre y "adquiere el significado inequívoco y concluyente de una admisión" (sic). Análisis de la prueba indiciaria de la que se deduce una paternidad extramatrimonial. *Sentencia de 4 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1°. La sentencia que puso término a la primera instancia de la presente litis, desestima la demanda por medio de la cual ejercita la actora, acumulándolas, sendas acciones de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial de sus dos hijos, C. y B., que nacieron el 16 de septiembre de 1977 y el 31 de diciembre de 1979, respectivamente, por considerar la Juzgadora "a quo", acogiendo de este modo la primera de las excepciones previas que articuló el marido, único de los dos demandados que está personado en autos, que la acción de impugnación ya ha caducado al haber transcurrido con exceso el plazo de 1 año a contar desde la inscripción en el Registro Civil que el artículo 137 concede para su ejercicio, y que, en tales condiciones, la acción de reclamación tampoco puede prosperar en razón de que el párrafo 2° del artículo 113 prescribe que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria; argumentando de esta manera olvida, sin embargo, que la acción para reclamar la filiación no matrimonial compete al hijo durante toda su vida (artículo 133 párrafo 1°), y que el artículo 134, en perfecta armonía con el 113, cuida de señalar, al objeto de que la actuación de ese derecho no resulte inviable, que el ejercicio de la acción de reclamación por el hijo o el progenitor "permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria", a no ser que ésta hubiere sido determinada en virtud de sentencia, de donde se sigue que los plazos que marca el artículo 137 para la acción que crea "ex novo", sólo tienen aplicación en los supuestos en que se pretende destruir la apariencia de paternidad separadamente y al margen de que se fije, a la vez, la verdadera; lo que ocurre en situaciones de ejercicio acumulado y debe notarse es que la impugnación de la filiación hasta entonces aparente tiene carácter dependiente e instrumental respecto de la acción de reclamación, a la que se halla finalísticamente subordinada, pues, además no bastante, para el triunfo de ésta, la suerte última de las dos se encuentra por fuerza ligada, ya que, cuando ambas se deducen conjuntamente, pero agotados los períodos de tiempo estatuidos en los artículos 136 y 137, sólo en el caso de reunirse todos los elementos precisos para que se declare judicialmente como auténtica la paternidad que se postula, cabe efectuar pronunciamiento que niegue también la contradictoria, que de otro modo habrá de dejarse subsistente por más que su inexistencia aparezca acreditada de manera cumplida en el proceso, pues, de no entenderse así, se produciría una clara elusión fraudulenta de la normativa contenida, en cuanto a plazos de caducidad, en los repetidos artículos 136 y 137 del Código que el número 4 del artículo 6° no consiente; por todo lo cual procede el rechazo de

la excepción en que la sentencia recurrida se apoya para desestimar la demanda.

2°. Igual rechazo merece la pretendida falta de legitimación de que supuestamente adolece la actora, por cuanto que dispone el artículo 129 del Código -ubicado, desde el punto de vista sistemático, dentro de la sección dedicada a exponer las disposiciones generales en materia de acciones de filiación-, que las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas por su representante legal y la madre, en tanto que cotitular de la patria potestad, indiscutiblemente lo es, de conformidad al número 2 del artículo 154, sin que sea cierto, como dice el demandado en la contestación, que en ninguna parte de la demanda aparezca que la actora litigue en nombre de sus hijos, puesto que ningún otro significado cabe atribuir a la cita que, en dicho escrito instaurador de la litis y en el apartado de su fundamentación jurídica que destine a la legitimación activa, se realiza de dicho precepto.

3°. Por último, la excepción mediante la que se denuncia la incompleta integración de la relación jurídico procesal al no haber sido demandados ni el Ministerio Fiscal ni los miembros de la familia del supuesto padre biológico ha de ser también desechada. En lo que al Ministerio Público respecta, porque, si ciertamente ninguna participación se le dió en la primera instancia del juicio, ni como sujeto pasivo de la pretensión deducida ni por la vía de recabar de él informe o dictamen acerca de los temas debatidos, interviene, sin embargo, como parte en esta segunda, habiendo solicitado, además, expresamente que con esta incorporación tardía quede subsanado el evidente defecto procesal en que se incurrió al prescindirse antes por completo de su presencia; con ello y en virtud del principio "pro actione" -implícito en el artículo 24 de la Constitución vigente-, que obliga a interpretar las normas jurídicas en el sentido más favorable para la efectividad del derecho de acción, de modo que, superándose las dificultades de tipo formal, propenda a alcanzar una decisión de fondo sobre las cuestiones objeto del litigio, ha de estimarse que basta para que se tenga por respetada la exigencia dimanante del artículo 3° número 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que le asigna la función de "tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil", por cumplido el requisito de que, para extender asiento contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro Civil, así lo haya dispuesto "sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal", según establece el artículo 50 de la Ley reguladora de dicho Registro, y por satisfecha, en suma, la finalidad tuitiva que ambas normas persiguen. Y en cuanto a la ausencia de los parientes del presunto padre verdadero, porque ni existe precepto positivo alguno que imponga su llamada al pleito en que ejercita la acción de reclamación de la paternidad, ni de la naturaleza de esta acción se deduce la necesidad de que deban de intervenir en él imperiosamente otras personas que los sujetos de la relación paterno-filiar cuya existencia se postula (o los herederos, en su caso), y la madre, por ser los directamente implicados en la situación de hecho debatida, mas no quienes, en razón de encontrarse ligados con cualquiera de éstos por medio de relaciones jurídicas distintas, puedan resultar afectados a la larga por la eficacia refleja o repercusión indirecta sobre ellas de una sentencia que produce efectos frente a todos, aunque no hubiesen litigado (artículo 1252 párrafo 2° del Código Civil), en el sentido de que el estado de filiación que declare no cabe que sea atacado ni desconocido por nadie en el futuro, lo que, como máximo, puede servir de base a una intervención voluntaria o adhesiva, pero no confiere al interesado la condición de necesario litis consorte.

4°. Antes de proceder al concreto examen de las pretensiones que deduce la demanda, conviene recordar que el artículo 39.2 de la vigente Constitución, -coincide en sustancia con el artículo 43 de la Constitución de 1931-, establece que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad" y que este mandato se encuentra desarrollado por el Código Civil

en sus artículos 127 párrafo 1º a cuyo literal tenor "en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas" y 135 que, con específica referencia a las acciones de reclamación, dispone que "aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del conocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo", amobos preceptos en la redacción introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y cuya normativa está dotada de *eficacia retroactiva*, respecto de las situaciones nacidas con anterioridad, como se desprende de su Disposición transitoria primera; con lo cual se extienden definitivamente al Derecho Civil Común los criterios que, en orden al régimen de la filiación, de siempre han regido en el Derecho propio de Cataluña merced a la aplicación supletoria del Derecho Canónico, del que forman parte los Decretales de Gregorio IX, pero que también inspiraron el antiguo Derecho de Castilla en textos insertados en Las Partidas y las Leyes de Toro y que permanecieron vigentes hasta que, con ocasión de la codificación, el legislador optó por inclinarse en la Base 5ª de la Ley de 11 de Mayo de 1888 por el sistema marcadamente restrictivo y justamente censurado del Código francés, y se da entrada, tratándose de filiación por naturaleza, al capital principio de que en el establecimiento de tales relaciones jurídicas de filiación debe tener absoluta primacía, cuando se suscita controversia, *el respeto a la verdad biológica* por sobre ficciones, voluntarismos, arbitrariedades y motivos de conveniencia familiar o social, sin otra excepción que la contenida en el artículo 125, con la importante consecuencia procesal de que, en la averiguación del hecho biológico generante, *son admisibles todo género de pruebas, directas o indiciarias*, si revisten utilidad y son aptas para formar la convicción de los Tribunales acerca de la realidad o incerteza de un dato de tan dificultoso conocimiento como es el elemento provocador del vínculo paterno-filial en discordia.

5º. La atribución de la discutida paternidad al marido demandado, que en el presente pleito se quiere destruir, tiene su asiento en la tradicional presunción "iuris tantum" heredada del Derecho Romano ("pater vero is est quem iustae nuptiae demonstrant") que hoy formula el artículo 116, -con impotantes modificaciones en relación a su inmediato precedente, el antiguo párrafo 1º del artículo 108-, al decir que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, pues que los litigantes contrajeron matrimonio el 17 de enero de 1972 y no han dejado de vivir bajo el mismo techo, al parecer, hasta la primavera de 1984, habiendo nacido los hijos el 16 de septiembre de 1977 y el 31 de diciembre de 1979; desaparecidas en la actualidad las limitaciones legales que convertían a dicha presunción en casi inatacable y teniendo presentes el sentido y fin de la nueva normativa, la cuidadosa ponderación del material litis decisorio reunido en los autos lleva a conclusiones acordes con las alegaciones que se efectuán en la demanda, por cuanto que: a) consta perfectamente acreditado por ser hecho admitido al contestar la demanda, por confesión del Sr. B. (folios 71 y 261) y por la documental obrante al folio 4 y autenticada al 124, que, a los 20 meses aproximadamente de casarse, el marido acudió a un prestigioso Centro Clínico de Barcelona para consultar el problema de *inferioridad* que sufría la pareja, donde se apreció que presentaba hipoplasia testicular y alteración significativa del tejido testicular, así como hialinización severa difusa y aplasia del epitelio germinal, diagnosticándosele el llamado "síndrome de Klinefelter", anomalía somática (cuya existencia fué celosamente ocultada por los cónyuges inclusive a sus familiares más próximos) que consiste, según informa el Presidente de la Sección de Endocrinología de la Academia de Ciencias Médicas de Cataluña y Baleares (folios 91 y 92), en un hipogonadismo masculino, hipergonadótropo, cromosómicamente determinado y caracterizado por

grandos variables de insuficiencia de los túbulos seminíferos y disminución de la función de las células de Leydig, que se debe, de manera principal, a la presencia de cromosomas X supernumerarios, y que es susceptible de tratamiento dirigido a la corrección sustitutiva de la deficiencia androgénica para permitir una virilización adecuada, pero que -y esto es decisivo- produce infertilidad irreversible; b) el informe escrito emitido por el Dr. R. (folio 329), aunque coincidente en el diagnóstico, añade que "no se puede descartar la posibilidad de que el algún momento tuviera semen de características con suficiente fertilidad durante el período del tratamiento, dado que en este período en el examen fresco del semen se observan espermatozoides con morfología dentro de los límites de la normalidad", pero el valor de esta manifestación queda mediatizada por el hecho de que el paciente dejó de acudir a la consulta de dicho facultativo en el mes de agosto de 1976, antes, por lo tanto, de la presumible época en que fueron engendrados los niños; c) la afirmación de que la demandante tuvo un aborto al poco tiempo de la boda, ha quedado desmentida merced a escrito redactado por el ginecólogo que supuestamente la atendió (folio 374); d) existe un testigo, Don E.M., que narra que cuando las relaciones no empezaban a ir bien en el matrimonio, el Sr. B. le manifestó varias veces que había una cosa muy importante entre los esposos que no se diría si las cosas se solucionaban, pero que posteriormente fué a su casa y le reconoció que los hijos no eran suyos (folio 76); e) el mismo demandado, al absolver la posición 11ª en la prueba de confesión que se llevó a efecto el 6 de octubre de 1984 en el pleito de separación matrimonial viene implícitamente a admitir que el padre de los menores es otro (folio 262); y f) dentro de este contexto adquiere singular relevancia la *reiterada negativa del Sr. B. a someterse a la práctica de las pruebas biológicas* propuestas por la actora, a pesar de que fué requerido para ello en tres ocasiones, las dos últimas con la advertencia expresa de que esa conducta podría ser valorada como reconocimiento de los hechos afirmados en la demanda; conjunto de factores de los que infiere esta Sala que, efectivamente el marido carece de capacidad para procrear y que por consiguiente, no es el verdadero padre de los dos hijos alumbrados por su esposa, con lo que se cumple el presupuesto que hace viable el estudio de la acción positiva de paternidad y principal de las dos ejercitadas.

6ª. Si la determinación de una filiación extramatrimonial ha de ser, por lo general, tarea de empeño cuando no existe voluntad de reconocerla por parte del progenitor, expresa o tácitamente exteriorizada, en el caso de autos esta natural dificultad para constatar la verdad biológica se acrecienta, de una parte, a causa del secreto de que los cónyuges comprobadamente rodearon (prueba testifical -folios 73 a 79-) la imposibilidad del marido para engendrar y, por ende, todo lo relativo a la concepción de los niños, y, de otra, por al conducta procesal, de nula colaboración, observada en todo instante por el denunciado como auténtico padre; ello no obstante, procurando valorar cuidadosamente cuantos elementos pueden ser reveladores de la realidad, se adquiere el convencimiento de que el demandado en rebeldía es el padre biológico de los menores; porque: a) al no existir en la actualidad ninguna relación de afecto que una a la actora y al Sr. S. y no constando tampoco que éste disfrute de grandes medios de fortuna, *no se descubre otro motivo razonable para que la madre* -persona a quien el dictamen pericial psicológico atribuye en otros rasgos, un buen control en sus reacciones emotivas, un carácter reflexivo y poco propenso a situaciones ficticias y gran sensibilidad ante la injusticia (folios 130 a 144)- *le impute, de manera pública e inequívoca, la paternidad de sus hijos, que la veracidad del aserto; b) está debidamente acreditado en la litis merced a los documentos unidos a los folios 43 a 62, 64 y 65 y, en parte, por la confesión del mismo Sr. S. (posición 2ª -folio 370-), que cuando la actora y su hija B., que tenía entonces 6 meses de edad, se desplazaron a París en el mes de julio de 1980 a fin de que cierto especialista tratara a la niña de los problemas respiratorios que padecía, el dicho demandado recomendó el nombre del médico y estuvo con ellas en la capital francesa, hospedándose todos juntos -y ocupando la misma habitación- en el "Hotel Cocorde La Fayette", cuya factura, expedida a nombre del Sr. S. y que ascendía a un total de 1.992'75 francos, no fué abonada, cuando menos íntegramente, por éste, sino que 1.500*

francos lo fueron mediante tarjeta de crédito con cargo a la cuenta corriente que el matrimonio tenía abierta a su nombre en la entidad bancaria, de Palma de Mallorca donde trabaja el marido, hechos insólitos que ponen de relieve una *preocupación y cuidado por la salud de la niña en el Sr. S.* que parecen comportamiento propio de un padre, la intimidad que tenía con la recurrente y, desde luego, una cierta convivencia en que así fuera entre los que hoy son parte en el presente litigio; c) *la rebeldía procesal*, ciertamente, no implica conformidad con las alegaciones de la demanda, pero sin duda tampoco es la mera pasividad la conducta esperable en la generalidad de las personas *ante la pública afirmación*, de tan honda trascendencia a todos los niveles, de que se es padre extramatrimonial de dos hijos, si se sabe o se tienen motivos para sospechar que esa relación de paternidad atribuida no es auténtica; y d) el repetido demandado *tampoco consintió*, sin dar explicaciones de su actitud, que se practicaran las *pruebas biológicas* tendentes a averiguar la realidad de las filiaciones controvertidas por medios científicos, a pesar de que fué requerido al efecto por tres veces, las dos últimas, por acuerdo de esta Sala, con la advertencia expresa de que la negativa a prestar su colaboración podría ser valorada en la sentencia como reconocimiento de la realidad de los hechos que se le imputan; este género de pruebas, mediante las cuales hoy en día es factible no solo excluir las paternidades dudosas, si que, inclusive, afirmar con alto grado de probabilidad cuál es la verdadera, *está expresamente admitido* por el artículo 127 del Código Civil, siendo lícito entender que la explícita recepción de tales procedimientos probatorios en nuestro ordenamiento conlleva también la de los poderes procesales que sean precisos para su empleo; *el legislador*, sin embargo, no ha dictado por el momento norma alguna para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehúsa ponerse a disposición de los peritos o, simplemente, permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles -por mínimas e inocuas que resulten- para el desenvolvimiento y éxito de la pericia, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de otros países, donde unas veces, la negativa injustificada a someterse a la inspección hereditaria es sancionada con multa disciplinaria y, caso de persistencia, se autoriza el recurso a los apremios directos, especialmente la conducción por la fuerza, que es la solución del derecho alemán, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, como ocurre en el derecho suizo, o se faculta al Juez para extraer libremente argumentos de prueba del rechazo injustificado de las partes a consentir la inspección sobre su persona, como establece el artículo 116 párrafo 2º en relación al 118 del Código de Procedimiento Civil Italiano; en nuestro Derecho, no obstante esa laguna legal, supuesto que nadie puede ser coercitivamente compelido con "vis física" a la verificación de análisis sobre el propio cuerpo, según declara de manera incidental la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha de 7 de octubre de 1985, y teniendo en cuenta que otros medios de coacción no están específicamente previstos en las leyes procedimentales, como parece exigibles para su uso; que, además, pueden no resultar eficaces por preferir el interesado soportarlos antes que ceder a la realización de una pericia de la que pueden derivarse para él consecuencias mucho más gravosas y que, en fin, pueden provocar también dificultades de tipo práctico insalvables, dado que las muestras necesarias para los análisis han de obtenerse de manera simultánea de todos los implicados, no debe de existir inconveniente en atribuir a la negativa irrazonada siquiera el valor probatorio de una manifestación procesal de que el demandado tuvo relaciones sexuales con la madre en condiciones que hacían posible la generación de los hijos y de que, además, tiene la personal certeza de ser el auténtico padre: de un lado, porque sólo el temor a que se descubra la verdad biológica que el sujeto previamente conoce, explica su rechazo a facilitar la práctica de una prueba que le ofrece la oportunidad de desvirtuar la demanda; de otro, porque, habiéndosele instruido de manera precisa y concreta acerca de la trascendencia jurídica que podía darse a su conducta, la persistencia en la pasividad *adquiere ya el significado inequívoco y concluyente de una admisión y reconocimiento de hechos perjudiciales*; y como quiera que tampoco existen indicios de que la actora tuviera contacto carnal con

otros hombres distintos en la época de la concepción, ni, por lo tanto, posibilidad de aplicar una "exceptio plurium concubentium" que no ha sido invocada, se concluye que, verosímilmente, Don J.S. es el real padre de los hijos que tuvo la actora y no el marido de ella, en cuyo sentido procede, con estimación del recurso y previa revocación de la sentencia apelada, dar lugar a los pedimentos que se contienen en la demanda con las consecuencias registrales pertinentes.

7º. Habida cuenta la índole de los temas litigiosos, relativos al estado civil de las personas, y la naturaleza constitutiva de las acciones ejercitadas, entiende esta Sala que es oportuno hacer uso de la facultad que el artículo 523 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para no efectuar especial imposición de las costas producidas en la primera instancia, sin que tampoco haya lugar a condenar a las partes al pago de las causadas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone Dña. A.M.G. contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca con fecha de seis de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, se revocan los pronunciamientos de dicha resolución y, en su lugar,

2º) Con estimación de la demanda formulada por Dña. A.M. y previo rechazo de las excepciones alegadas por el demandado Don A.B.C., se declara que Don A.B. no es el verdadero padre de los hijos C. y B., que dió a luz la actora los días 16 de septiembre de 1977 y 31 de diciembre de 1979, respectivamente, ordenándose la cancelación de la inscripción del Registro Civil que atribuye la paternidad de dichos menores al citado Don A.B.

3º) Se declara que el padre biológico de los mencionados C. y B. es don J.S.P. y se ordena que se proceda a inscribir debidamente en el Registro dicha paternidad.

4º) No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas producidas en ambas instancias.

Por la rebeldía del demandado Sr. S., notifíquesele esta sentencia en la forma prescrita en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

67

67. TERCERÍA DE DOMINIO. Litisconsorcio pasivo necesario del ejecutante y ejecutado; posibilidad, sin embargo, de -como sucede en el caso de autos- entablar demanda contra el ejecutante y posteriormente, en autos distintos, contra el ejecutado, procediéndose a la acumulación de ambos asuntos, constituyéndose así regularmente la litis. Prueba de los documentos privados frente a terceros: se apreciará según el conjun-

to de la prueba, a pesar del tenor literal del art. 1.277 C.C., Transmisión de la propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo en el registro de la Propiedad, aún estando la finca inscrita a nombre del ejecutado. Estimación de la tercería de dominio. *Sentencia de 13 de Marzo de 1.987*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La sentencia recaída, que estima la tercería de dominio en los autos de los juicios declarativos de menor cuantía números 1015 y 1790, ambos del año 1983 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, acumulados, es apelada por el Abogado del Estado por los siguientes motivos: a) por no estimarse la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario; y b) por basarse en un documento privado cuya fe hacienda no puede admitirse a tenor del artículo 1227 del Código Civil.

2º. La excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, apreciable de oficio en cualquier momento -Sentencias de 3 de Octubre y 30 de Noviembre de 1977 y 22 de Junio de 1984, entre otras muchas-, que ha de entenderse referida a todas aquellas personas que resulten o puedan resultar afectadas por la concreta pretensión actuada en el proceso, por estar integrados en una relación jurídica extra procesal o de derecho material-contractual o extra contractual- que les alcance -Sentencias de 9 de Marzo de 1982 y 24 de Febrero y 10 de Octubre de 1983, entre otras-, ortodoxa consecuencia del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, se articula por la parte recurrente con base en que la acumulación de los procesos llevada a cabo no subsana los defectos de que adolecían cada uno de ellos, y en el presente caso, los autos de tercería de dominio nº 1015/83 se incoaron únicamente contra el Estado-ejecutante- y los autos nº 1790/83, solo contra la entidad T. y O. S.A. -ejecutada-, adoleciendo pues ambos procesos del mismo defecto procesal: el no haberse dirigido ninguna de las demandas instauradora de dichos juicios contra el ejecutante y ejecutado, como preceptúa el artículo 1539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea posible subsanación alguna, ya que según la apelante, cero más cero es igual a cero -referido a que una demanda nula más otra demanda nula, da como resultado un proceso nulo-. Cierta la fórmula aritmética, pero no es de aplicación al supuesto que ahora se debate, en el que más bien rige la regla aritmética de uno más uno da dos, en cuanto fueron demandados, el ejecutante-el Estado-en el proceso nº 1015/83 y la entidad ejecutada -T. y O. S.A.- en el otro juicio, el tramitado con el número 1790/83, por lo que en virtud de la acumulación acordada, cuya providencia que así lo ordenó no fué recurrida, es incuestionable que el proceso, una vez acumulados los referidos autos, se sustanció con el ejecutante y ejecutado como dispone el invocado artículo 1539, si bien la entidad ejecutada fué declarada en rebeldía en primera instancia, en cuya situación continúa en esta alzada; lo que determina el rechazo del primer motivo de impugnación.

3º. Conviene señalar con referencia al segundo motivo de apelación, que la doctrina harto reiterada en múltiples sentencias -por todas ellas, la de 22 de Junio de 1982- de que la tercería de dominio apareja el ejercicio de una acción reivindicadora, ha sido últimamente matizada por la sentencia de 29 de Octubre de 1984 del propio Tribunal Supremo, al señalar que la acción actuada en la tercería de dominio, aunque con indudables analogías, no siempre puede identificarse con la acción reivindicatoria, pues entre ellas pueden señalarse notables diferencias, tales como que la acción reivindicatoria se interpone por el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario, mientras que la tercería de dominio puede ejercitarse por el que posee el bien indebidamente trabado, que la acción rei-

vindicatoria se actúa frente al poseedor o detentador, mientras que la tercería de dominio se interpone frente al ejecutado que no posee ni detenta y frente al ejecutado que, en muchos casos, tampoco es poseedor, y finalmente, que la acción reivindicatoria pretende la recuperación de la posesión, en tanto que la tercería se dirige al levantamiento del embargo; conviendo más a la naturaleza de la acción del tercerista el carácter de declarativa de la titularidad sobre el bien embargado y consiguiente levantamiento de la traba.

4º. La tercería de dominio, ya suponga el ejercicio de una acción reivindicatoria, ya se configure como una acción declarativa de la titularidad sobre el bien embargado, requiere para que prospere, la justificación por el tercerista de los requisitos de título de dominio, identificación de la finca y perturbación de la posesión. Al haberse acreditado, y así consta reconocido por la entidad pública demandada, hoy apelante -orden Ministerial de fecha 11 de Abril de 1983 (folio 30)-, la perturbación de la posesión por la anotación de embargo, e identificado el inmueble objeto de la reclamación como uno de los trabados por la Hacienda Pública, queda circunscrita la cuestión litigiosa en determinar si el matrimonio tercerista ha probado suficientemente la adquisición del dominio de la finca trabada, en fecha anterior al embargo.

5º. Al carecer los terceristas en esta litis, de presunción legal alguna a su favor de que la finca embargada sea de su propiedad, recae sobre ellos la carga de tal prueba, que "a limine" y como presupuesto de admisibilidad de la demanda, ya se potentiza con la perceptiva del artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que "con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso"; de suerte que los terceristas han de probar para que triunfe la acción promovida: a) su titularidad dominical sobre el inmueble trabado, y b) que dicha titularidad ya la ostentaban cuando se practicó el embargo, origen de estas actuaciones (Sentencias de 22 de Junio de 1982).

6º. La titularidad dominical de la finca embargada objeto de esta litis -bugalow nº 1, planta Alta, Bloque primero del Conjunto de Bungalows "Sa Pobra" del Centro de Interés Turístico Nacional "Las Gaviotas" de la Bahía de Alcudía, procedente del predio La Albufera de Alcudía y Son San Martí, término municipal de Muro- consta inscrita en el Registro de la Propiedad de Inca a favor de la demandada T. y O. S.A., entidad declarada en rebeldía, por lo que a tenor del principio hipotecario de legitimación registral -párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria- se presume que el dominio de dicha finca urbana pertenece a su titular registral; presunción legal que daba su naturaleza "iuris tantum", puede ser destruida por prueba en contrario (artículo 1251, apartado primero, del Código Civil).

7º. La parte apelante niega eficacia probatoria respecto a ella al documento privado de compara de los terceristas de la finca embargada (folios 68/71), por carecer de fehaciencia su fecha -9 de mayo de 1977- respecto de terceros, a tenor del artículo 1227 del Código Civil. A tal efecto conviene recordar, que la fuerza probatoria de los documentos privados tiene que ser estimada, unas veces, entre los que los suscriben, y otra, en relación a terceras personas, y siempre es preciso examinar si se consideran por sí solos o aisladamente o en cuanto se aprecian en relación armónica o de conjunto con otras pruebas practicadas, por lo que no es posible sentar una regla general respecto a ella, pero sí concretar en cada caso litigioso lo que fuese procedente, dado su singular fisonomía y siempre dentro de los requisitos establecidos por las Leyes, de donde se sigue que si el artículo 1227 del Código Civil exige que la fecha de un documento privado se cuente, para terceros, desde que ocurra alguno de los tres supuestos que cita, porque ellos determinan de un modo indudable la certeza de la fecha en que la veracidad de esa fecha se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación (Sentencia de 10 de Enero de 1929).

8º. Del conjunto de la prueba practicada se estima que el 9 de mayo de 1977 los terceristas adquirieron por compra a la entidad T. y O. S.A., por el documento privado que obra a los folios 68/71 de los autos principales, la finca embargada objeto de esta litis. Aprecia- ción que se basa: a) en las ocho letras de cambio que se acordaron librar en dicho documen- to privado para pagar el precio aplazado de la compra y los intereses convenidos por dicho emplazamiento, cambiales que constan negociadas por diversas entidades bancarias y aportadas a autos por los terceristas (folio 13/20). b) en la declaración del testigo don J.B.S. que firmó dicho documento privado de compraventa como representante de la entidad vendedora T. y O. S.A., reconociendo como auténtica y propia una de las firmas obrantes en dicho documento (folios 88 y 79). c) Cédula de habilitación del referido bungalow expedida el 24 de Mayo de 1977 a favor de don J.S.B. -terceristas- como dueño (folio 21). d) Bo- letín de Instalaciones Eléctricas y contrato de Suministro de Energía Eléctrica de G.E.S.A. de fecha 12-5-77 y 8-6-77 respectivamente, referente al expresado bungalow, a nombre de don J.S.B. (folios 22 y 23). e) Recibo del impuesto de recogida de basuras de di- cha finca urbana correspondiente al año 1981 a nombre del Sr. S. (folio 24). f) Carta de fe- cha 21.1.80 remitida por la Comisión de Acreedores de T. y O. S.A. a don J.S.B. en la que se le hace saber que "en tanto hayan sido pagados la totalidad de los efectos por Vd. acep- tadas, no será posible que se eleve a escritura pública el acto de la compra-venta del Bun- galow por Vd. adquirido, conforme se estimula en el contrato privado extendido en su día" (folio 28).

9º. Acreditado que los terceristas adquirieron la propiedad del supradicho bungalow el 9 de Mayo de 1977 y que la anotación preventiva de embargo del referido inmueble por im- pago por la entidad vendedora T. y O. S.A. de impuestos a la Hacienda Pública, se llevó a cabo el 23 de Agosto 1983 (folio 11), es por lo que, procede la prosperabilidad de la ter- cería formulada, lo que determina, previa desestimación de la apelación deducida, la con- firmación de la sentencia impugnada.

10º. La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 710, apartado segundo, dispone que la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena en costas al apelante, salvo que la Sala estime motivadamente que concurren circunstan- cias excepcionales que justifican otro pronunciamiento, circunstancias que no se dan en el presente caso.

FALLO: A) Se desestima el recurso de apelación formulado por el Abogado del Esta- do contra la sentencia de fecha siete de Marzo de mil novecientos ochenta y cinco en los au- tos de juicio de tercería de dominio acumulados 1015/83 y 1790/83 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, dictada por el Ilmo señor Magistrado-Juez del Juz- gado de Primera Instancia número uno de esta ciudad, de que dimanen el presente rollo y se confirma dicha sentencia si bien con la declaración previa en su fallo de que se desestima la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.

B) Se condena a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada.

Dada la rebeldía de la entidad T. y O. S.A., notifíquesele esta resolución en forma edictal si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

94

94. **CONTRATOS.** Calificación. Precontrato y contrato de compra-venta: diferencias. Doctrina del Tribunal Supremo. El contrato de autos no se limita a establecer las bases del contrato principal, sino que aparece de manera indiscutida la voluntad de celebrar un auténtico contrato de compraventa. Saneamiento por vicios ocultos: falta de prueba de los defectos graves que hicieran impropia la cosa para el uso a que se destina; acción extemporánea a tenor del art. 1490 C. C. *Sentencia de 14 de Abril de 1986*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. En el acto de la vista, la parte apelante solicitó se revocara la sentencia dictada en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía de que el presente rollo dimana, en base a los siguientes argumentos: 1º) discrepa de la calificación jurídica del pacto que une a las partes ya que entiende que se trata de una promesa de venta, no de un contrato de compra-venta, 2º) caso de estimarse una compraventa, la actora deber reparar por vía de saneamiento todos los defectos que presente la embarcación, dotar a la nave de todos los accesorios que faltan con arreglo a lo convenido en el documento de fecha 7 de junio de 1983 y entregar su documentación administrativa, descontándose de la parte del precio aún adeudada las cantidades que el demandado haya pagado a terceros por la reparación de defectos que la embarcación tenía cuando se puso a su disposición el 10 de julio de 1983, por amarre y cualquier otro gasto derivado de la inmovilización de la nave y con deducción igualmente de todos los gastos, tasas, derechos, honorarios y costas satisfechos por el Sr. E. por causa de la indebida ejecución de las dos letras de cambio con nominal de 250.000 y 300.000 pesetas, respectivamente, entregadas por aquél, a la firma del contrato, a la entidad actora.

2º. El contrato preparatorio, preliminar o precontrato es una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar, y por tanto las obligaciones que contraen los otorgantes de éste, no son las de entregar la cosa y pagar el precio, sino solamente la de llevar a término la promesa hecha de vender y comprar, en definitiva, la de otorgar la compra-venta prometida, ya las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 1945, 11 de noviembre de 1945 y 20 de marzo de 1944 establecían que, admitidos en nuestro derecho como contratos distintos el de compraventa y el de promesa bilateral de comprar y vender, preciso se hace para fijar la diferencia entre uno y otro atender al contenido de las obligaciones que respectivamente engendra, en término que, si uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio en dinero o signo que lo represente, la figura que surge es la de una compraventa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1445; mientras que si las partes, aún estando de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar una compraventa posterior, aparece un con-

trato preparatorio consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, que por ello mismo puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente, y cuya fuerza vinculante queda atemperada a lo que deriva de su propia esencia consistente en "obligarse a obligarse"; planteados así los términos de la cuestión debatida y tras un detenido examen de los documentos suscritos por las partes litigantes en fecha 7 de junio de 1983, se considera un contrato en firme, al contener en él todos los requisitos exigidos por el artículo 1445 del Código Civil para el perfeccionamiento de la compraventa, pues no se limita a establecer las bases o líneas del contrato principal, con la obligación de desenvolverlo en el futuro, y se pone de manifiesto de manera indubitada la voluntad de celebrar un auténtico contrato de compraventa, desprendiéndose estas afirmaciones: 1º) de que se delimita la cosa que se transmite, estando el objeto del contrato perfectamente identificado (folio 13); 2º) se determina el precio, y las cantidades entregadas por la compradora se reciben como pago a cuenta de la venta (folio 14); 3º) no se fija plazo alguno para la celebración del presunto contrato definitivo prometido y 4º) la compraventa empezó a consumarse al haber pagado la compradora parte del precio y haberse entregado la embarcación por el actor en fecha 10 de julio de 1983 (documental del folio 14 y prueba de confesión en juicio de la parte demandada al absolver las posiciones 5, 6, 7 y 17).

3º. Sentado en el apartado anterior que el contrato objeto de debate lo es de compraventa, se impone examinar si la embarcación adolecía de algún vicio oculto, como denuncia la parte apelante y si concurren los requisitos necesarios para que puedan ser objeto de saneamiento; y en este sentido, de la prueba practicada se desprende: 1º) que el comprador recibió la embarcación el 10 de julio de 1983 (hecho reconocido por el demandado en la prueba de confesión), 2º) que desde el 10 de julio de 1983 el apelante utiliza y disfruta la embarcación, habiendo realizado ese mismo verano diversas salidas en la nave (prueba testimonial de los folios 68 y 69, al contestar a la 4ª, 5ª y 7ª pregunta), 3º) las facturas presentadas por el demandado por reparaciones de la embarcación son de fecha 20 de octubre, 26 y 30 de noviembre de 1983 y 8 de febrero de 1984 (folios 37 y siguientes), 4º) según se desprende de lo actuado la primera reclamación efectuada por el comprador lo fué en fecha 4 de octubre de 1983 a través del requerimiento notarial del folio 17, en que denuncia la existencia de "varios desperfectos que tenía la embarcación en el momento de la compra", sin especificar en que consistían los pretendidos deterioros, y no consta ejercitar acción alguna contra la vendedora hasta la presente demanda reconvenzional, y por tanto después del plazo legal de seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida (1490), 5º) la embarcación se adquiría "usada" y normalmente en este tipo de compraventas el precio está en función al estado de conservación de lo que constituye su objeto, estado que si bien el comprador manifestó desconocer por no hallarse en Mallorca, (prueba de confesión en juicio al absolver las posiciones 10 al 15, del folio 77), dicha afirmación está en contradicción con las manifestaciones del actor y la documental del folio 75 en que se desprende que la embarcación tuvo su entrada en el Club Náutico de El Arenal el 10 de mayo de 1983; y en definitiva: 1º) no ha probado la parte demandada hoy apelante, como así le incumbía, la preexistencia a la venta de unos defectos graves que hiciera la cosa impropia para el uso a que se la destina o disminuye de tal modo este uso que haberlo conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella, no siendo suficiente a tales fines el informe pericial del folio 99, que después de afirmar que la embarcación actualmente está en condiciones de navegar y que en la misma se han efectuado las reparaciones o reposiciones que se detallan en las facturas presentadas en autos, llega a la conclusión que el citado velero en julio de 1983 no estaba en condiciones técnicas de navegar ni a motor ni a vela, lo cual excede de lo que era el objeto de la pericia, y no es acreditativo de que tales desperfectos no fueran conocidos por el comprador, ni preexistentes a la venta; y 2º) la acción no se ha ejercitado en el plazo de caducidad que contempla el artículo 1490 del Código Civil.

4°. En relación a la alegación de la parte apelante de que la nave no se entregó con los accesorios pactados, ya que únicamente se entregaron los aros salvavidas, efectivamente, en el documento suscrito por las partes en fecha de 7 de junio de 1983 se establece, después de detallar el tipo de embarcación, motor y algunos accesorios que "además incluiremos: una batería más de 65A, dos aros salvavidas, cuatro chalecos homologados, y un paquete de cohetes y bengalas", y el propio actor admite implícitamente esta omisión al silenciar en el escrito de réplica cualquier referencia a la entrega de los citados accesorios, por lo que en este único aspecto debe ser admitido el recurso de apelación, ya que la petición de entrega de la documentación no puede ser estimada; pues se trata de una obligación complementaria de la compraventa, que no se ha pactado debiera cumplirse en el mismo momento de la entrega de la nave, y el actor no está actualmente en condiciones de exigir al haber satisfecho únicamente 650.000 pesetas del total precio de 2.150.000 pesetas; y por último, tampoco puede admitirse la alegación del demandado de que procede descontar del resto del precio adeudado de 1.500.000 distintas cantidades que se detallan en el apartado primero de los presentes fundamentos de derecho, ya que: 1º) en cuanto a las facturas por la reparación de la embarcación, no deben ser a cargo del vendedor, por los motivos anteriormente expuestos de no haber acreditado la existencia de unos defectos graves, anteriores a la venta y desconocidos por el comprador; 2º) en relación a la deducción por gastos de amarre, su pago es competencia exclusiva de la parte demandada, que desde el mes de julio de 1983 viene disfrutando y utilizando la embarcación, y 3º) en lo referente a los gastos, tasas, honorarios y costas pagadas por el Sr. E. por la ejecución de las cambiales entregadas por éste a la actora a la firma del contrato, son a cargo del demandado ya que la producción de estos dispendios es imputable únicamente a dicha parte, al no haber cumplido puntualmente con su obligación de pago.

5°. En base a lo expuesto procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos de juicio declarativo de menor cuantía de que el presente rollo dimana, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia nº 1 de esta ciudad, y revocar parcialmente la citada resolución, en el sentido de estimar el pedimento de la demanda reconvenzional y declarar que la compañía B. N. S. A. debe entregar al comprador los accesorios detallados en el documento de 7 de junio de 1983, confirmándose los restantes pronunciamientos de la resolución impugnada.

6°. No procede hacer expresa imposición de las costas de la presente alzada al haberse admitido en parte el recurso de apelación y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1º) Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos de juicio declarativo de menor cuantía de que presente rollo dimana, por el Procurador Don J.C.P., en nombre y representación de Don F.E.M., y en consecuencia se revoca en parte la resolución impugnada, en cuanto se estima la petición reconvenzional de declarar que la Compañía B. N. S. A. debe entregar al comprador los accesorios detallados en el documento de 7 de junio de 1983, en el sentido indicado en el apartado 4º de los fundamentos de derecho, confirmándose los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

2º) No se hace expresa condena de las costas de esta alzada. (Ponente: Doña. María Rosa Rigo Rosselló).

96. CONTRATO DE PRÉSTAMO. Excepción de falta de legitimación activa: inexistencia por cuanto los demandantes ostentan la cualidad de herederas del finado y pretenden en juicio el pago por demandado a los herederos de las cantidades que adeuda al causante. Excepción de falta de litis consorcio activo: inexistencia al ser reiteradamente declarado por la jurisprudencia que cualquier coheredero puede ejercitar en provecho común las acciones del causante y las nacidas luego de su muerte en favor de la herencia. Nulidad del préstamo por usurario: improcedencia, toda vez que el interés del 20% anual pactado no es notablemente superior al normal del dinero (art. 1º Ley de 23 de Julio de 1908, sobre usura). Supuesto de consignación cuando varias personas tengan derecho a cobrar (art. 1176., 2º C. C.). *Sentencia de 15 de Abril de 1986*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. Frente al acción ejercitada por doña M.C., doña M.L. y doña M.L. Be. M.M., hijas de don L. Ben. M., fallecido el uno de marzo de 1983 en Phutek (Bangkok-Tailandia-) para que se declare que el demandado don F. Bon. J. es deudor a los herederos de dicho causante, de siete millones de pesetas -importe del capital del préstamo que el día 13 de Noviembre de 1981 don C. Ba. en nombre y representación del Sr. Be. M. concedió al Sr. Bo. J.- más los intereses correspondientes a los trimestres comprendidos entre el 13 de febrero de 1983 al 13 de agosto de 1984, así como los de los sucesivos trimestres que vayan venciendo desde esta última fecha, a razón de 350.000 pesetas cada trimestre y se condene al demandado a satisfacer las referidas cantidades, la parte demandada, tras alegar que el expresado préstamo es nulo por usura al haberse estipulado un interés leonino del 20 por ciento anual, que no tuvo más remedio que aceptar dada su precaria y angustiada situación económica, de reconocer no haber devuelto la suma prestada, alegando desconocer quien es el heredero del Señor Be. M. al haber sido requerido notarialmente por doña F. E. P., vecina de Bilbao, manifestándole que existe un testamento ológrafo de dicho causante que le nombra heredera y le notifica que se abstenga de efectuar pago alguno referente al préstamo que no fuese a la requirente, ya que en caso contrario se entenderán indebidamente satisfechas las cantidades que entregase y por tanto no liberatorias de la deuda (folio 60), opone la excepción de falta de acción y de legitimación activa de las demandantes y postula que se desestime la demanda y se declare: a) Que es nulo el referido contrato de préstamo; b) Que como consecuencia de ello, el Sr. Bo. no está obligado a abonar a los herederos del señor Bo. cuando se acredite tal condición, el interés del 20 por ciento pactado; y c) Que de la cantidad principal de 7.000.000 pesetas cedida al señor Bo. se debe descontar, cuando se produzca el pago, la suma de 1.750.000 pesetas entregadas por el señor Bo. indebidamente, por mera tolerancia o desconocimiento, en concepto de intereses leoninos. Tales peticiones reconventionales fueron rechazadas por la contraparte, afirmando que el reconocido préstamo no es usurario por no ser desorbitado el

interés pactado y haberlo así admitido el propio señor Bo, al afirmar haber pagado los intereses de los cinco primeros trimestres, que ascienden a un total de 1.750.000 pesetas.

2º. Razones de lógica y adecuada exposición de las diversas cuestiones litigiosas planteadas en el escrito de contestación a la demanda inicial, escrito carente de congruencia y de sistemática, determina que se proceda a examinar en primer lugar, y así lo hace la Juez "a quo", "la excepción de falta de acción y de legitimación de las actoras que se deduce", según el demandado hoy apelante, al "no saberse actualmente quién es el heredero de don L. Be".

3º. Es incuestionable que las actoras son legitimarias de su padre -don L. Be. M.- y que por documento público que no consta que haya sido declarado nulo o ineficaz -cuaderno particional protocolizado (folios 10/19)- se les reconoce el carácter de herederas testamentarias del señor Be. M. -testamento abierto otorgado en Bilbao el 29 de Octubre de 1964-, sin que el testimonio de las actuaciones judiciales practicadas por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Bilbao obrantes como folios 104/140, en las que consta auto de dicho Juzgado de data 18 de febrero de 1985 que declara justificada la autenticidad e identidad del testamento otorgado por Don L. Be. M., fechado y firmado el 6 de Diciembre de 1970 y continuado en el mismo pliego, fechada y firmada la continuación el 28 de Diciembre del mismo año y acuerda la protocolización de las diligencias practicadas (folios 138/140), les prive de la "legitimatio ad causam" a los efectos de esta litis, aún cuando en la continuación del referido testamento ológrafo, el testador manifiesta su voluntad de desheredar a *todos* y que pasen todos sus bienes a doña F. E. C. (folio 113), pues la pretensión de las demandantes es que el demandado, hoy apelante, pague a los herederos las sumas que adeuda al fallecido señor Be. M. por el préstamo de 7.000.000 pesetas que en un día recibió de dicho causante; lo que conlleva la desestimación de la excepción que, esgrimida por el demandado, fué acogida por la Juez "a quo". Tampoco puede prosperar la excepción de falta de litis consorcio necesario activo, invocada por el Letrado de la parte recurrente en el acto de la vista de esta alzada, por no actuar como actora la señora E. P., pues es doctrina reiterada por la jurisprudencia que cualquier heredero, y a las actoras se les reconoce, como ya se expuso, tal cualidad a los efectos de esta litis, puede ejercitar en provecho común las acciones que correspondían al causante y las nacidas luego de su muerte en favor de la herencia, para lo cual no es menester el apoderamiento conferido por los restantes sucesores (sentencias de 26 de Junio de 1984, 4 de Julio de 1960, 17 de Mayo de 1963, 30 de Septiembre de 1974, 5 de Febrero de 1975 y 16 de Mayo de 1978, entre otras); ni puede triunfar la excepción de falta de litis consorcio necesario pasivo, invocada igualmente por la citada Dirección Letrada en dicha vista y articulada por no haber sido vocada a este juicio doña F. E. P., ya que dicha señora no tiene relación alguna con la obligación de pagar la deuda que tiene pendiente el Sr. B. J. cuyo cumplimiento se postula en beneficio de los herederos.

4º. Entrando en el exámen de la cuestión de fondo, consta reconocido en autos que el demandado, aquí recurrente, recibió en esta ciudad el trece de Noviembre de 1981 de Don C. B. A., que actuaba en nombre y representación del Sr. B. M., 7 millones de pesetas en concepto de préstamo, fijándose como plazo de dicho préstamo dos años a partir de la expresada fecha y un interés del veinte por ciento anual, a pagar por trimestres vencidos (folio 1), y al haber vencido el plazo estipulado surge la obligación del demandado de devolver la suma prestada y pagar los intereses vencidos y no satisfechos (artículos 1753 y 1755 del Código Civil, respectivamente).

5º. El demandado, Sr. B. J., opone a la pretensión de adverso de que pague los intereses convenidos, que el préstamo es nulo por ser usurario a tenor de lo dispuesto en el apar-

tado primero del artículo 1º de la Ley de 23 de Julio de 1908, sobre Usura, ya que se estipuló, según dicha parte, un interés leonino del 20 por ciento anual que no tuvo más remedio que aceptar, dada su precaria y angustiada situación. Para poder calificar de usurario un préstamo es indispensable, conforme al artículo 1º de la Ley Especial, salvo otros supuestos, que el interés pactado sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (Sentencia de 1 de Febrero de 1957), lo que no acaece en el caso que se contempla, ya que el interés del 20 por ciento anual, a abonar por trimestres vencidos, sin garantía real alguna, no era en la época en que se concertó -Noviembre de 1981- notablemente superior al normal, pues los que se estipulaban por entonces por las entidades bancarias en los préstamos que concedían a los particulares, con garantía personal, venían a resultar, sumando comisiones, primas y otros conceptos, entre ellos gastos de póliza, a dicha cuantía: el 20 por ciento anual. Hay que resaltar, como complemento de lo que se acaba de exponer, los siguientes hechos acreditados en autos: a) que el referido préstamo, el Sr. B. J. lo concertó y firmó con don C. B. A., hermano político suyo (posición 1ª: folio 103), no siendo lógico que entre parientes próximos se estipulara, a favor de un tercero, un interés que la parte demandada apelante califica de leonino. b) que el aquí recurrente pagó los cinco primeros plazos trimestrales de interés del préstamo a razón de 350.000 pesetas cada uno (posición 3ª: folio 103), por lo que durante año y medio no estimó que el préstamo fuese usurario; y c) sólo después del fallecimiento del Sr. B. M. -1º de Marzo de 1983 (folio 3) el hoy apelante dejó de pagar los intereses trimestrales convenidos -el último trimestre cuyos intereses ha pagado el Sr. B. J., según lo declarado por las partes, es el que se inició el 14 de Noviembre de 1982 y finalizó el 13 de Febrero de 1983-.

6º. Al no estimarse usurario el referido préstamo, cae por su base tanto la oposición formulada a la demanda inicial, como las peticiones reconventionales instadas, ya que tanto aquella como estas, están articuladas con base en ser, que no lo es, usurario el supradicho préstamo, lo que da lugar a estimar la demanda instauradora de esta litis y a desestimar todas las peticiones reconventionales instadas y por ello al triunfo de la apelación deducida.

7º. El desconocimiento que el demandado expone en el hecho 5º al 6º de su escrito de contestación a la demanda, de que "Evidentemente, el señor B., no ha devuelto los 7.000.000 pesetas, por la sencilla razón, que no ha sabido a quien devolverlos" tiene, desde hace cerca de un siglo, clara y expresa solución en el apartado segundo del artículo 1176 del Código Civil que menciona, entre otros supuestos de consignación, "cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar".

8º. El artículo 523, en su apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que en los juicios declarativos las costas de primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas. La revocación de la sentencia apelada excluye toda condena de las costas de esta alzada.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña M. C., doña M. L. y doña M. L. B. M. M. contra la sentencia de tres de Octubre de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad en los autos de juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo y se revoca dicha sentencia y en su lugar se declara.

B) Previa desestimación de la excepción de falta de acción y de legitimación activa, se estima la demanda deducida por la representación procesa de doña M. C., doña M. L. y doña M. L. B. M. M., contra don F. B. J., se declara que dicho demandado es deudor a los herederos de don L. B. M. de los siete millones de pesetas, importe del capital del préstamo que el trece de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno le concedió dicho causante.

más los intereses trimestrales vencidos desde el 13 de Febrero de 1983, a razón de trescientas cincuenta mil pesetas cada trimestre y se condena al Sr. B.J. a satisfacer las referidas cantidades a los expresados herederos. Se desestiman todas las peticiones reconventionales formuladas y se absuelven de ellas a las actoras reconvenidas. Se condena igualmente a don F.B.J. al pago de las costas devengadas en primera instancia.

C) Sin especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

103

103. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. Concepto y requisitos. Doctrina del Tribunal Supremo. Está regularmente constituida la litis cuando los supuestos litisconsortes preteridos sólo se ven alcanzados por los efectos reflejos de la sentencia, pero no tienen un interés legítimo, directo y personal. Arrendamiento de servicios. Pago efectuado a persona distinta del titular del crédito: necesidad de consentimiento del acreedor (art. 1162 C. C.) para que éste tenga efectos solutorios. Prueba de los hechos extintivos del derecho que se reclama: corresponde al demandado. *Sentencia de 22 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1^o. La primera cuestión que se ventila en esta alzada estriba en determinar si en el supuesto de autos se da la situación de litis consorcio pasivo necesario en que la sentencia recurrida se apoya para, sin tener que entrar a analizar los temas de fondo planteados, absolver en la instancia a la demandada M. B. S.A. de la reclamación que en su contra formula la actora, ahora recurrente, L.M. S.A.. A tal respecto debe recordarse que, como enseña reiterada doctrina jurisprudencial recogida en multitud de sentencias de innecesaria cita, para apreciar la concurrencia de dicha situación procesal, que impone al actor la obligación de ejercitar su pretensión de manera unitaria frente a una pluralidad de sujetos, es menester acudir a la relación jurídico-material debatida a fin de comprobar si, por existir varias personas con un interés legítimo, directo, personal y actual en ella, tienen que estar todas presentes en el proceso para evitar la eventualidad de que se dicten resoluciones contradictorias sobre una misma materia litigiosa o el riesgo de que la que se dicte en aquél, carezca de eficacia o sea de imposible ejecución por afectar a personas que no fueron oídas ni vencidas en el juicio. Dado que en la presente litis la actora pretende la condena de la demandada al pago de la suma de 565.610 pesetas a que asciende el importe de los servicios de mantenimiento y limpieza de edificios y locales que le prestó en el mes de noviembre de 1984 por no reconocer eficacia liberatoria de la deuda al ingreso de un talón representativo de esa cantidad que M.B. S.A. efectuó en la cuenta corriente nº 159-32550-29 que L.M. S.A. tenía abierta a su nombre en cierta sucursal del Banco de S. S.A. en Palma, claro es que la sentencia que decida si esa entrega pecuniaria es efi-

caz o no a título de pago y si, por consiguiente, el débito, se ha extinguido o subsiste todavía, con la consecuencia, en este último caso, de ser compelida la deudora a realizar la correspondiente prestación en favor del acreedor, únicamente afectada de manera directa a los sujetos de la relación obligacional, que son las partes litigantes, pero no a la referida entidad bancaria, extraña por completo a la esfera del arrendamiento de servicios, pues la posibilidad de que un pronunciamiento estimatorio de la demanda provoque ulteriores acciones de M.B. S.A. contra el Banco tendentes al recobro del dinero abonado, es una mera repercusión refleja de la sentencia, que no motiva en absoluto la necesidad imperiosa de su traida al proceso; por lo que procede el rechazo de la apreciada falta de litis consorcio pasivo necesario y, con él, la revocación de la sentencia apelada.

2º. Para el adecuado examen de la cuestión de fondo conviene precisar que son extremos fácticos de relevancia que aparecen acreditados por la conjunta valoración de los elementos probatorios, los siguientes: a) M.B. S.A. venía pagando los servicios de limpieza y mantenimiento de edificios y locales que recibía de la entidad actora mediante la periódica entrega a ésta de talones expedidos en forma nominativa; b) para pago de los servicios correspondientes al mes de noviembre de 1984 la demandada libró, otro talón nominativo por importe de 565.610 pesetas en favor de L.M. S.A., pero, en vez de dárselo a la hoy apelante, procedió a ingresarlo directamente en la cuenta corriente nº 159-32550-99 abierta a nombre de L.M. S.A. en la agencia urbana del Banco de S. sita en la Plaza de Santa Catalina en esta ciudad; c) dicha entidad bancaria, pese a que el talón carecía de la firma del representante legal de la actora abonó en la cuenta corriente ese importe el día 21 de diciembre de 1984, con el efecto de reducir el saldo en descubierto que presentaba la cuenta a la cantidad de 355.825 pesetas (folios 13 y 14); d) el mismo 21 de diciembre de 1984 la demandante se dirigió por vía notarial al Director del Banco S., advirtiéndole que el ingreso del talón se efectuaba sin su consentimiento y requiriéndole para que se lo entregara "a fin de que el requirente pueda ir a cobrarlo directamente a la entidad bancaria a que corresponde el talón y con su importe abonar el salario del personal", a lo cual respondió el Director que únicamente podría devolver el talón a la compañía M.B. (folios 24 y 25); y e) el siguiente 24 de diciembre L.M. S.A. requirió notarialmente a M.B. S.A. para que manifestara si era cierto que había depositado el repetido talón nominativo en el Banco S., explicara porqué lo había hecho sin tener instrucciones para ello y pedirle reclamara del Banco la devolución inmediata del talón para su entrega a "L.M. S.A., su legítima titular", respondiendo la demandada que "al saber que L.M. estaba en deuda con el Banco pidió en varias ocasiones al gerente de L.M. que los talones que le daba en pago de los servicios de limpieza los hiciera efectivos a través del Banco S. El Sr. A. le decía que sí, pero luego no lo hacía. Esta es la razón por la que en la última ocasión de pago dispusiera el declarante que el talón referido en el acta fuera ingresado directamente en el Banco S. (folio 22 y 23).

3º. El artículo 1162 del Código Civil admite por excepción la validez del pago efectuado a persona distinta del titular del crédito, siempre que cuente con autorización del acreedor para recibir en su nombre la prestación en que la obligación consiste, pero en tal caso la prueba de que existe la autorización si es negada, incumbe sin género de duda al deudor como confirma, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1981, por ser sobre quien recae la carga de demostrar los hechos extintivos del derecho que se le reclama (artículo 1214). En la presente litis falta, sin embargo, cualquier atisbo de que L.M. S.A. hubiera dado su consentimiento expreso a cobrar el precio debido por la arrendataria a través del Banco S. Tampoco se ha justificado que hubiera un previo consentimiento tácito deducibles de actos concluyentes favorables, pues: a) no consta en absoluto que la actora participara a M.B. S.A. que tenía una cuenta corriente abierta en el mencionado Banco; b) jamás la demandada realizó antes los pagos mediante trasvase de fondos a esa cuenta ni la actora, por tanto, había aceptado esa práctica; c) la respuesta dada al requerimiento notarial que se practicó el 24 de diciembre de 1984 y que en parte ha sido transcrito en el

fundamento jurídico precedente, es muestra inequívoca de que no hubo tal autorización y de que el ingreso del talón nominativo fué iniciativa unilateral de M.B. S.A.; y d) así lo corrobora la irregular utilización del título-valor instrumentalmente creado para hacer efectiva la prestación pecuniaria y que fue admitido por el Banco de S. y satisfecho por el librado Banco E.E. sin que obrara en él la firma -requerida por el párrafo 2º del artículo 539 del C. de Comercio- de la actora, única legitimada para percibir su importe; por último, el contenido de las actas notariales antes aludidas evidencia que L.M. S.A. tampoco ratificó o toleró "a posteriori el repetido ingreso sino que al contrario, se opuso a él inmediatamente; de donde se concluye que la actuación de la entidad demandada carece de todo apoyo en el artículo 1162 del C. Civil. Del mismo modo, y aunque el párrafo 2º del artículo 1163 también señala que será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiera convertido en utilidad del acreedor, nada ha demostrado la deudora acerca de esta circunstancia, pues la entrega de la prestación debida efectuada al acreedor del acreedor por sí sola no la acarrea, dado que este último, como dueño de su patrimonio, puede tener interés en aplicar sus elementos integrantes a la satisfacción de unas deudas antes que otras, según le convenga, más aún cuando sucede, como en el caso autos, que el débito al que se pretende imputar el pago no consta que resulte especialmente gravoso, por razón de las garantías de que pudiera estar revestido, por su onerosidad o por otros motivos, para el acreedor y si en cambio, que éste deseaba atender necesidades más urgentes, como era el pago de los salarios de sus empleados, por cuya falta se ha acreditado que fué demandado ante la Jurisdicción Laboral. Por lo que, en definitiva, hay que negar poder liberatorio de la deuda contraída con L.M. S.A. a la cantidad satisfecha por M.B. S.A. al Banco de S. y, por tanto, subsistiendo aquélla, debe darse lugar a la demanda y condenar a la demandada - recurrida al pago de las 565.610 pesetas que se le piden con más los intereses legales devengados por esa suma desde el 24 de diciembre de 1984 (artículo 1100 párrafo 1º del Código), pues la prestación de intereses es la forma que asume la liquidación de la postulada indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero el deudor incurre en mora, a tenor de lo que establece el artículo 1108 del citado Cuerpo Legal.

4º. Las costas de la primera instancia deben ser impuestas a la parte demandada en aplicación del párrafo 1º del artículo 523 de la Ley Procesal Civil, sin que, por la estimación del recurso, proceda efectuar similar pronunciamiento en cuanto a las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone L.M. S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha de diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca íntegramente dicha resolución y, en su lugar,

2º) Previo rechazo de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario alegada y con estimación de la demanda formulada por L.M. S.A., se condena a M.B. S.A. a que satisfaga a la actora la cantidad de quinientas sesenta y cinco mil seiscientos diez pesetas (565.610 ptas.) con más los intereses legales devengados por ella desde el veinticuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta la fecha de esta sentencia, a partir de la cual dichos intereses se computarán al tipo resultante de la aplicación del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta el momento de su completo pago.

3º) Se condena a la demandada al pago de las costas producidas en la primera instancia.

4º) No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

106. **DAÑOS.** Accidente de tráfico. Falta de pruebas que imposibilita establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los litigantes. Carga de la prueba: corresponde al reclamante de los daños ocasionados por acto u omisión imputable a la persona de quien se exige interviniendo culpa o negligencia. Criterio corrector de la Jurisprudencia: inversión de la carga de la prueba (presunción "iuris tantum" de que medió culpa por parte del agente); exigencia de "agotar la diligencia"; responsabilidad por riesgo: sólo desaparece mediante la demostración de que intervino culpa exclusiva del perjudicado. Choque de vehículos: inversión de la carga de la prueba. Cuantía de la indemnización. *Sentencia de 24 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. El estudio del recurso que interpone el actor contra la sentencia que desestimó en la primera instancia la pretensión dirigida a obtener resarcimiento por las lesiones que sufrió en el accidente de tráfico acaecido el 15 de agosto de 1979 al colisionar frontalmente, en la carretera que une la localidad de S'Arracó con el Puerto de Andratx, el ciclomotor que conducía, con el turismo matrícula PM-7127-I que, circulando en dirección opuesta, guiaba su dueño y ahora demandado, debe efectuarse a partir del hecho de que no es posible, valorando el conjunto de elementos probatorios traídos a estos autos, establecer, ni siquiera de un modo razonablemente aproximado, cuál o cuáles fueron la o las causas precisas desencadenantes del choque, ni tampoco, por tanto quién de los dos conductores implicados infringió las normas rectoras de la circulación viaria, ni, consecuentemente, qué grado de culpabilidad tuvo cada uno de ellos en el evento, dado que: a) cada litigante achaca al otro en sus respectivas declaraciones (folios 65, 131, 143, 178, 334, 347 y 378) haber invadido la parte izquierda de la carretera en el momento de cruzarse, y si bien es cierto que en el informe emitido por la Guardia Civil de Tráfico el 19 de enero de 1980 se dice que el Sr. J. reconoció que, al tomar la curva, lo hacía ocupando ligeramente el centro de la calzada y que el turismo venía no muy orillado por su derecha (folio 139), el valor probatorio que se quiere atribuir a ese informe sobre la base de ser exacta transcripción de las palabras pronunciadas por el recurrente queda en gran medida desvirtuado: de una parte, porque el Sr. J. no firmó esa manifestación - que contradice, además, la que había realizado anteriormente el 7 de noviembre de 1979 en el Juzgado de Paz (folio 131)-, ni la ratificó luego; de otra, porque el informe de la Guardia Civil incurre en varias inexactitudes (equivoca la matrícula del automóvil y confunde la pierna lesionada), que autorizan a poner duda su absoluta fiabilidad; b) no hubo testigos presenciales del choque; c) tampoco se conoce la ubicación exacta sobre el pavimento de las huellas de frenada que marcaron los vehículos, pues el Policía Municipal D. J.P. ya declaró el 14 de febrero de 1980 ante el Juzgado de Instrucción que "debido al tiempo transcurrido ya no se acuerda de como estaban" (folio 163); d) la parte del turismo que resultó dañada por consecuencia de la colisión esquina delantera izquierda (folio 145)- nada aclara acerca de cual de los litigantes circulaba fuera de su banda; e) ninguna prueba corrobora lo dicho por el Sr. D. al Policía Municipal en el sentido de que ambos conductores habían llegado a un

arreglo y que el motorista "se había dado la culpa, por lo que no era necesario atestado", cuando, si esto fuera cierto, la reacción natural de quien se siente inocente es, más bien, hacerse con medios de constatación que, en el futuro, puedan acreditar su falta de responsabilidad; y f) las características del punto de la carretera donde ocurrió el accidente -tramo ligeramente curvo, de reducida visibilidad, en que la calzada tiene una anchura de 3,50 metros, hallándose delimitada a su margen derecho, sentido S'Arracó, por matorrales de 1,20 m. de ancho y al izquierdo por una zona de hierbas de 0,50 metros de espesor seguida de un murete de piedra, sin señalización de clase alguna, vertical y horizontal (folios 139 y 140) - propician la inobservancia, aún sin que el conductor se percate de ello, de la regla prescrita en el artículo 21 del Código de la Circulación y que obliga a dejar siempre completamente libre la mitad de la zona pavimentada que corresponde a los móviles que avanzan en sentido contrario, haciendo difícil precisar, en caso de choque y si no existen signos objetivos apreciables, como en el supuesto presente sucede, cuál de los vehículos implicados es el infractor de esa norma y el causante del siniestro.

2º. Sentado cuanto antecede, el problema litigioso fundamental se centra ya en determinar quién de los litigantes debe soportar las consecuencias de la aludida falta de prueba: si el actor-apelante, conductor del ciclomotor, que, a resultas del accidente, sufrió lesiones de las que tardó en ser dado de alta 1.000 días, restándole una importante secuela en su pierna izquierda que afecta a su capacidad laboral, o el demandado, conductor y dueño del turismo, y su Compañía Aseguradora, igualmente demandada en esta litis. Con arreglo a la normativa general sobre carga de la prueba que proclama el artículo 1214 del Código Civil y a lo que fué doctrina tradicional en la materia, al que reclama indemnización de daños y perjuicios incumbiría demostrar que éstos se han ocasionado por un acto u omisión imputable a la persona de quien se exige y en el que haya intervenido culpa o negligencia por parte de la misma, y tal parece ser el criterio seguido por el Juez "a quo" -de modo incoherente con lo que expone en el fundamento jurídico primero de su sentencia- para desestimar la demanda. Sin embargo, sabido es que la Jurisprudencia, aún rechazando el puro sistema de causación como base del deber de indemnizar y sin dejar de recordar que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico en nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1902 del Código Civil, de suerte que, para que se genere responsabilidad al resarcimiento conforme a este último precepto, es menester que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, no obstante, consciente de las dificultades prácticas que la aplicación estricta de ese principio conlleva para la víctima y las consecuencias injustas a que da lugar, ha introducido de manera paulatina una serie de criterios correctores o expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa extracontractual, como son el de la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción "iuris tantum" de que medió culpa por parte del agente; el de acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de dlas aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, exigiéndose como canon la exigencia de "agotar la diligencia", y, en fin, el más avanzado hacia pautas objetivas de la responsabilidad por el riesgo, la cual solo desaparece mediante la demostración de que intervino culpa exclusiva del perjudicado (Sentencias del Tribunal Supremo de 6-16-mayo y 13-diciembre-1983, 9-marzo, 8-18-mayo, 14-junio y 12-diciembre-1984, 18-abril, 10-julio y 1-octubre-1985, etc.) Y si ciertamente en las hipótesis de choques de vehículos esta última doctrina de la responsabilidad por el riesgo se puede considerar inaplicable, pues, como advierte la Sentencia del Aito Tribunal de 15 de abril de 1985, ambos automóviles se hallan en la misma posición, hay que entender que, subsiste, en cambio, el principio de inversión de la carga de la prueba en beneficio del damnificado accionante y es en este sentido que la Sentencia de 13 de diciembre de 1983 -recafda en un supuesto de colisión por alcance de una motocicleta contra un camión en que el desarrollo del accidente estaba además perfectamente perfilado- señala que "queda excep-

cionalmente relevado de probar el supuesto de hecho constitutivo de su derecho al resarcimiento del daño quien aparezca víctima de un hecho de la circulación" y que la culpa originadora no es gravamen procesal de la víctima; de donde se concluye en el caso de autos con arreglo a tal principio que, habiendo acreditado el actor Sr. J. que sufrió lesiones a consecuencia del accidente de tráfico en que intervino el demandado Dr. D. como conductor del vehículo contrario, y no habiendo demostrado éste que la colisión se produjo sin su culpa, recae sobre el citado Sr. D. y, solidariamente con él, también sobre la Mutua Aseguradora de C., por razón de la póliza de seguro voluntario de responsabilidad civil que tenía concertada con éste (Sentencias 17-mayo-1978, 31-marzo-1982, 28-marzo y 30-mayo-1985, etc.), la obligación de reparar el daño causado, que establece el artículo 1902 del Código Civil.

3º. Como se desprende de todo lo actuado en la litis, las lesiones padecidas por Don M. J. consistieron en fractura con minuta abierta a doble nivel de la tibia y peroné izquierdos, así como heridas contusas en la pierna izquierda, por las que recibió asistencia facultativa durante 1.000 días, durante los que estuvo impedido para sus habituales ocupaciones. (folio 245), restándole de secuela una osteomielitis crónica fistulizada con agudizaciones periódicas en dicho miembro inferior, un acortamiento del mismo en 2 centímetros e inestabilidad total de la rodilla correspondiente por lesión de ligamentos cruzados que le obliga a utilizar un aparato ortopédico en dicha rodilla, lo que le incapacita de manera total y permanente para todo tipo de trabajo (folios 245, y 430 a 433, principalmente); teniendo en cuenta que el lesionado tenía 47 años cumplidos en la época del accidente, que es soltero y consta que deba soportar cargas familiares; que la prueba testifical practicada a instancias de los demandados pone de manifiesto que la descrita secuela no le impide gozar de una normal vida social de relación e, inclusive, montar en ciclomotor (folios 107 a 113 y 386 y 387) y que ya percibió en su momento 300.000 pesetas de la Compañía Aseguradora con cargo al certificado de seguro obligatorio que amparaba el turismo propiedad del Sr. D., se estima adecuado fijar la indemnización a percibir por el actor en la cantidad de 3.200.000 pesetas, que, por ser inferior a la inicialmente reclamada, no devengará otros interés que los que prescribe el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en cuyo sentido procede dar lugar al recurso y revocar la sentencia apelada.

4º. La parcial estimación de las pretensiones deducidas en la demanda y la revocación de la resolución recurrida excluyen la condena de cualquiera de los litigantes al pago de las costas producidas en ambas instancias.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone Don M. J. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de Palma de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y cinco, ser revoca dicha resolución, y, en su lugar,

2º) Con parcial estimación de la demanda formulada por el Sr. J. P., se condena a los demandados D. J. D. S. y Mutua Aseguradora de ésta hasta donde alcance el ámbito cuantitativo de cobertura de la póliza de seguro voluntario de responsabilidad civil concertada con el Sr. D., a que, conjunta y solidariamente, abonen al actor en concepto de indemnización la cantidad de 3.200.000 pesetas, con más los intereses que prescribe el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago.

3º) Se desestiman los restantes pedimentos de la demanda, de los que se absuelve a los demandados.

4º) No se hace especial imposición a ninguna de las partes del pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

107

107. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Nulidad por falta de capacidad mental del vendedor: análisis de la prueba e irrelevancia de una pericial retrospectiva. Derecho civil balear: validez de los negocios onerosos entre los cónyuges: la carga de la prueba de la onerosidad corresponde a los demandados. Nulidad de la compraventa por encubrir una donación. Concepto de simulación absoluta y de simulación relativa. Negocio disimulado y requisitos para su validez. Doctrina del Tribunal Supremo. Nulidad de la donación encubierta por falta de los requisitos específicos para la validez de tales actos de liberalidad y por estar prohibidos entre los cónyuges sujetos al régimen foral balear. Legitimación del heredero voluntario para impugnar los actos del causante inexistentes o afectados de nulidad absoluta. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. En el acto de la vista la parte apelante solicitó se revocara la sentencia de Primera instancia y se dictara otra de acuerdo a los pedimentos de la demanda, por entender: 1º) que debido a la edad y enfermedad padecida por Don G.O., su voluntad y pensamiento estaban anulados por lo que el consentimiento prestado por el citado señor en el otorgamiento de la compraventa que hoy se impugna, no puede considerarse válido ni eficaz; 2º) no existió ningún contrato de compraventa ya que no se pagó ningún precio por la finca; 3º) no procede examinar si existe una donación disimulada, en base a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1983; 4º) en cualquier caso, la donación no es remuneratoria, y es nula de acuerdo al artículo 633 del Código Civil y está proscrita por el Derecho Foral Balear y 5º) en relación a la legitimación ad causam tiene el heredero voluntario pues se trata de un negocio del causante que vulnera las prohibiciones legales, y de un supuesto de simulación absoluta.

2º. En cuanto a la primera de las alegaciones del apelante, acerca de la capacidad del otorgante del negocio jurídico que hoy se impugna, no puede ser estimada, toda vez que no ha sido desvirtuada, por la prueba practicada, la presunción de que dispone de capacidad toda persona en pleno ejercicio de sus derechos civiles mientras no se demuestre su incapacidad declarada o que ocasionalmente se vió privada de ella por cualquier circunstancia, y de este modo 1º) en la escritura de compraventa otorgada por Don G.O.C. a favor de doña M.LL.M.S., ante el notario D. Bartolomé Torres Serra, éste expresa que "conozco a los señores comparecientes, cuyos datos personales obran por sus manifestaciones... intervienen en su propio nombre y derecho y tienen, a mi juicio, la capacidad legal necesaria para otorgar esta escritura de compraventa" (folios 3 al 6); 2º) los testigos propuestos por la parte demandada, cuyas declaraciones obran en los folios 93 a 95, manifiestan unánimemente al contestar a la primera pregunta que el estado mental de Don G.O. era totalmente normal hasta pocos días antes de su fallecimiento, siendo especialmente relevante

el testimonio del Sr. D.H., médico de cabecera del Sr. O., que atestigua que dicho señor conservó sus facultades mentales de discernimiento y voluntad en plena forma y hasta pocos días antes de su fallecimiento, siendo una persona de carácter fuerte y terco, y que no se dejaba influir por terceros (folio 101), manifestaciones ratificadas en una segunda declaración, acordada como diligencia para mejor proveer, al folio 130; 3º) el testigo Sr. M.T., sacerdote y confesor del Sr. O., al contestar a la cuarta pregunta manifiesta que áquel no había perdido en absoluto ninguna de sus facultades mentales, y hablaba y razonaba con plena claridad (folio 135); 4º) Don T.S.R., médico que le atendió en el último año de vida, al contestar a la sexta pregunta manifestó que la enfermedad que padecía el Sr. O. puede producir alteraciones de las facultades mentales de la persona, pero en el caso concreto del citado señor no se produjo dicha alteración; y todas estas pruebas no pueden entenderse desvirtuadas por tres de las testificales acordadas como diligencia para mejor proveer, en virtud de la relación facilitada, a petición del juzgado, por la parte actora, que obran al folio 152 y siguientes, de las dos hermanas del actor y del administrador del difunto, que si bien afirman que había perdido sus facultades mentales, manifiestan igualmente que la última vez que le vieron fue un año las dos primeras, y seis u ocho meses el último, antes del fallecimiento; tampoco puede tomarse en consideración, en el análisis de la capacidad del Sr. O. al momento del otorgamiento del consentimiento de la compraventa, el dictamen pericial acordado como diligencia para mejor proveer y que obra en los folios 161 a 165, ya que si bien concluye que "por deducción lógica y médica la capacidad de Don G.O.C. debía estar francamente disminuida o incluso anulada durante los últimos seis meses de su vida", este se hizo después del fallecimiento del citado señor y para hipótesis generales.

3º. En cuanto a la segunda de las alegaciones del apelante en el acto de la vista, acerca de si la compraventa existió realmente, del exámen de la prueba de confesión en juicio de la demandada Doña M.LL.M.D., se desprende: 1º) que entregó dinero en ocasiones a su marido, pero no recuerda los conceptos, ni qué cantidad le entregó, cuando realizó la entrega o entregas, ni a qué se aplicó lo entregado (pregunta novena y décima); 2º) que su marido, a su muerte, dejó la suma de 810.000 pesetas en el Banco H.A., sucursal José Antonio de Madrid, y no dejó nada más (preguntas duodécima y décimo-tercera) y 3º) al contestar a la décimosexta pregunta manifiesta que la confesante entregó a su marido los diez millones de pesetas de la compraventa, y posteriormente el esposo volvió a entregárselas a ella, y se los puso a su nombre; sin que a lo largo del litigio la parte demandada haya efectuado prueba alguna de la realidad de la entrega del dinero, estableciendo el artículo 4º de la Compilación de derecho Civil especial de Baleares, (vecindad foral de los consortes) que serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre si los cónyuges a título oneroso, y en caso de impugnación judicial, la prueba oneroso corresponderá a los demandados, disponiendo en consecuencia el impugnante de la presunción de gratuidad que establece el precepto que se está comentando, y que desplaza la carga de la prueba a los cónyuges demandados que, de esta forma, deben probar que la onerosidad es auténtica y que el contrato no ha obedecido a un móvil de simulación; prueba que evidentemente no se ha realizado en el caso que se contempla, por lo que no cabe sino concluir que no existió tal negocio jurídico de compraventa ente el Sr. O. y su esposa M.LL.M, hoy apelada, hecho que vino a reconocer su propia dirección letrada en el acto de la vista.

4º. La tercera de las alegaciones del apelante, de que no procede examinar si existe una donación válida, disimulada bajo el contrato de compraventa, ya que se vulneraría lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1983, no puede prosperar, ya que la citada resolución contempla un supuesto de hecho diferente al que ahora se estudia, y es que la causa de liberalidad fué invocada por primera vez dentro del escrito de formalización del recurso de casación, por lo que si procede analizar, una vez considerado nulo e inexistente el contrato de compraventa, si en base al artículo 1276 del Código Civil

se cumplen los requisitos precisos para alcanzar la finalidad propia de otro contrato diferente (donación) que es el verdaderamente querido por las partes.

5º. La figura de los negocios simulados y sus efectos fué ampliamente desarrollada en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1956 que declara que "negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no existe en absoluto, siendo que es distinto de aquél que se muestra al exterior, habiendo un marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima, pues el negocio que aparentemente parece serio y eficaz es, por el contrario, mentiroso y ficticio, porque o no fue perfeccionado el negocio, o lo fué de modo diferente a aquel expresado, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso... los efectos de la simulación en Derecho actual son distintos según que sea absoluta o relativa, ya que el negocio absolutamente simulado es nulo, no quedando nada de él al desaparecer la apariencia falaz que lo mostraba serio, no operándose ningún cambio jurídico por el acto simulado, quedando como antes la posición de las partes, mientras la simulación relativa tiene por efecto la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta sólo es un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encarnado, la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez", así por tanto, para admitirse la validez de los negocios disimulados es necesario que se demuestre la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades prescritas en su caso, que al tratarse de una donación ha de constar de la manera que exige el artículo 633 del Código Civil; siendo sumamente esclarecedora del caso que nos ocupa la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 1977 que declaró que "partiendo de la base de que se está en presencia de una simulación relativa, para decidir acerca de la validez jurídica del acto disimulado es preciso tener en cuenta, ante todo, la doctrina general aplicable respecto de toda clase de actos y contratos, elaborada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a cuyo tenor el acto disimulado será válido si reúne los requisitos requeridos por la ley, no sólo en cuanto al consentimiento y el objeto, sino fundamentalmente en cuanto a la causa, verdadera y lícita que sea la propia del contrato que se oculta, distinta por tanto de la del simulado, además de la exigencia de forma cuando ésta sea necesaria, al modo como se dijo entre otras en las sentencias de 15 de enero de 1959, 22 de marzo de 1961, 3 de abril de 1962, 8 de mayo de 1964, 20 de octubre de 1966, 20 de diciembre de 1968 y 8 y 26 de marzo de 1971, doctrina genérica que, habida cuenta el carácter excepcional de la materia a que se refiere respecto de la normativa de los contratos, deberá interpretarse con carácter restrictivo y aplicarse con suma cautela, y que en relación con el supuesto que aquí se contempla de donación de inmuebles disimulada bajo una compraventa, constando ésta en escritura pública, supone que se habrá cumplido el requisito de forma que exige el artículo 633 del Código, por ello de por sí no puede bastar pues el contenido y sobre todo el consentimiento y la causa, tal y como se manifiesta y el Notario autorizó, son de venta (transmisión de cosa por precio) y no de donación (transmisión por pura liberalidad) de acuerdo con lo establecido respectivamente por el artículo 1274, haciéndose indispensable según el 1276 que se pruebe la causa de la sentencia, y según el artículo 633 que conste la aceptación del donatario en la propia escritura o en otra, en consonancia con la definición del artículo 618", requisitos que no concurren en el caso que se contempla, y su falta conduce inexorablemente a la sanción de nulidad de la donación encubierta; pero aún hay más, en Mallorca siempre se ha considerado fuera de toda duda la prohibición de donaciones entre cónyuges, no cabiendo siquiera la posibilidad de que las mismas puedan tener un principio de validez y ser susceptibles de revocación en vida del cónyuge donante, tras cuya muerte sin haberlas revocado pasarían a considerarse donaciones mortis causa; ya en Memoria de las

Instituciones del Derecho Civil de las Baleares de Ripoll y Palou, publicada en 1885, se dice que "existiendo libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia, ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulsos del amor, o cediendo a los halagos de su mujer, cuando no por diversas causas de otra índole, ejecuta adquisiciones figurándolas a nombre de aquélla en los títulos de sus respectivos otorgamientos"; en este punto la actual Compilación establece en su artículo 4º que serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso, de cuyo Texto legal se deduce un principio de prohibición de las donaciones entre cónyuges, por interpretación, a su contrario, del criterio de validez de los actos y contratos onerosos.

6º. Por último, se impone analizar la legitimación del heredero voluntario para impugnar el acto de su causante, y en este sentido la jurisprudencia tiene declarado: 1º) el heredero voluntario está obligado a respetar los actos propios de su causante, eficaces en derecho, como estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ello se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés, pero estará legitimado para impugnarlos cuando ejercite acciones que hubiese podido ejercitar el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria, 2º) el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante, al reducirse el negocio afecto a ese vicio a una mera apariencia que lo priva de todos sus efectos y obsta a la posibilidad de confirmación, pues los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expreso llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria resulta evidente que pueden ejercitar acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del "de cuius" que no extinguen por su muerte (sentencia 3 de abril de 1962), 3º) el sucesor puede desconocer o impugnar los negocios jurídicos inexistentes o incurridos en vicio de nulidad absoluta (sentencia 17 de febrero de 1966); lo que lleva a la conclusión que en el caso que se contempla, y en base a lo expuesto en los apartados anteriores de los presentes fundamentos de derecho, el actor está legitimado para el ejercicio de la acción instada.

7º. Por cuanto se acaba de exponer, y a la vista de lo dispuesto en el certificado de actos de última voluntad (folio 7) y del testamento de Don G. O. C. otorgado ante el notario de Mahón D. Luis Maceda Méndez, el día 22 de julio de 1978, en cuya cláusula séptima instituye heredero a Don C. C. O., hijo de la hermana de doble vínculo del testador, Doña C.; legando a su esposa (cláusula sexta) el usufruto vitalicio de toda su herencia, con relevación de fianza e inventario, y la facultad de enajenar y gravar los bienes usufructuados en caso de necesidad y con el consentimiento del nudo propietario, consentimiento que podrá ser suplido por la autorización judicial, (folios 10 al 12), procede, estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta Ciudad, revocar la citada resolución, y estimar los pedimentos de la demanda.

8º. No procede hacer expresa condena en costas, ni de las causadas en primera instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fé, ni las de esta alzada, al haberse estimado el recurso y en base a lo dispuesto en el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1º) Se estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el juicio declarativo de mayor cuantía de que el presente rollo dimana por la Ilma. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, y en consecuencia se revoca la citada resolución.

2º) Se estima la demanda interpuesta por Don S.B.C. en nombre y representación de Don C.C.O. y

3º) Se declara nulo el contrato de compraventa documentado mediante escritura pública otorgado por Don G.O.C. como vendedor y Doña M.LL.S. como vendedora, de la finca rústica sita en el término municipal de Mercadal, Isla de Menorca, conocida por "Estancia Santa Inés" y descrita en el hecho tercero de la demanda.

4º) Se anula, con la cancelación pertinente, la inscripción practicada en el Registro de la propiedad de Mahón como consecuencia de la indicada escritura de compraventa.

5º) Se declara que es propietario de la finca de referencia inscrita en el hecho tercero de la demanda, Don C.O., por su título de herencia de Don G.O.C., sin perjuicio del usufructo vitalicio testamentariamente a Doña M.LL.M.S., en los términos que se reflejan en la cláusula sexta del testamento.

6º) Se condena a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, a hacer, de grado o por fuerza cuanto fuera menester hasta llegar a su plena ejecución.

7º) No se hace expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias. (Ponente: Dª María Rosa Rigo Rosselló).

108

108. EXCEPCION DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

Incompetencia territorial del Juzgado de Palma, interpuesta con el escrito de contestación a la demanda. Estimación de la excepción por la Sala por cuanto considera que en la comparecencia del juicio de menor cuantía, las partes aceptaron la competencia del Juzgado de Manacor y ser prorrogable la jurisdicción civil a tenor del art. 54 LEC. Inobservancia del primer criterio de competencia territorial (la sumisión tácita) excluyente de cualquier conflicto de competencia. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º La sentencia recaída en este juicio declarativo de menor cuantía que, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimando parcialmente la demanda, condena al demandado don J.A.L.C. a que pague a la entidad actora, Banco C.B. S.A., la cantidad de 852.587 pesetas más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda, es apelada por el condenado con base

a los siguientes motivos: a) por no acoger la excepción declinatoria formulada en su día por ser competente para conocer de este pleito el Juzgado de Primera instancia de Manacor y no el de igual clase de Palma que tramitó y falló la presente causa. b) por no existir orden de pago del hoy apelante de ciertas partidas cargadas en su cuenta corriente bancaria, cuyo descubierto constituye la pretensión pecuniaria objeto de esta litis. c) por falta de documentos para justificar el saldo reclamado, principalmente justificantes de transferencias cargadas en la aludida cuenta corriente bancaria; y d) por aplicación arbitraria de intereses al saldo deudor de la antedicha cuenta corriente.

2º. Con relación al primer motivo impugnativo, hay que señalar que a la demanda iniciadora de esta litis, en la que la entidad actora reclama al hoy apelante, como titular de la cuenta corriente nº 60-03428 abierta en su Sucursal de Cala d'Or -partido judicial de Manacor- y saldo deudor de ella, la suma de 925.524 pesetas más los intereses legales, el señor L. C. opuso en su escrito de contestación a la demanda y antes de entrar en la cuestión de fondo, la excepción declinatoria por ser incompetente el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma, que por turno de reparto le había correspondido el conocimiento del pleito y ser competente: a) los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, por haber sido allí emplazado, tener allí su domicilio y ser titular de otra cuenta corriente en la sucursal del Banco demandante sita en la calle Orense nº 16 de Madrid. b) con carácter subsidiario, y para el supuesto de no admitirse la competencia de los Juzgados de Madrid, el Juzgado de Primera Instancia de Manacor. Igualmente procede destacar que en la comparecencia preceptuada en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios de menor cuantía, el Letrado de la entidad actora manifestó que "se afirma y ratifica en la demanda y acepta la competencia en cuanto a la del Juzgado de Manacor" y la Dirección Letrada del demandado tras ratificar su escrito de contestación a la demanda, declaró que "en cuanto a la competencia del Juzgado de Manacor, ratifica igualmente lo que tiene solicitado", acordándose a la vista de sus respectivas insistencias, conceder a las partes ocho días para proponer las pruebas que le interesen.

3º. El aquietamiento del apelante demandado al rechazo por la Juez "a quo" de la excepción declinatoria formulada en primer lugar a favor de los Juzgados de Primera instancia de Madrid, y su reiterada formulación, como primer motivo de apelación, de la declinatoria de competencia, que fué deducida inicialmente con carácter de subsidiaria a favor del Juzgado de Primera Instancia de Manacor, competencia ésta que fué aceptada expresamente por la parte actora, hoy apelada, en la referida comparecencia, desemboca ahora, dado que la jurisdicción civil puede prorrogarse -artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- y la plena conformidad de las partes litigantes de que el Juzgado de Primera Instancia de Manacor es el competente para conocer de la cuestión litigiosa, en la estimación del recurso y la revocación de la sentencia impugnada; lo que hace innecesario, por inoperancia, el examen de los demás motivos de apelación formulados.

4º. No obstante desestimarse las pretensiones formuladas por la entidad actora, esta Sala hace uso de la facultad que le concede el apartado primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no impone las costas de primera instancia a dicha parte, ya que fué la demandada, la que con su insistencia, carente de consistencia jurídica, de mantener la competencia de los Juzgados de Madrid, formulada en primer lugar, la que impidió, dada la aceptación expresada por la actora en la referida comparecencia en cuanto a la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Manacor -aducida subsidiariamente en el escrito de contestación a la demanda-, la que impidió el consiguiente acuerdo que seguidamente hubiera puesto fin al presente pleito, con el consiguiente abono de devengos y costas, amén de tiempo, y es ahora, ante la sentencia totalmente adversa a sus pretensiones, cuando como apelante fundamenta como primer motivo de impugnación, una competencia, la del Juzgado de Manacor, que hace quince meses incomprensiblemente impidió

que se declarase por el acuerdo que propicia por la propia Administración de Justicia :

5º. La revocación de la sentencia excluye toda especial imposición de las costas devenidas en esta alzada.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don J. A. L. C. contra la sentencia de fecha diez de Septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en los autos del juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo y se revoca dicha resolución y en su lugar se declara,

B) Se estima la excepción declinatoria formulada, por no ser competente el Juzgado de Primera Instancia del que dimanen los presentes autos, y sin entrar en la cuestión de fondo, se absuelve de la demanda deducida en nombre y representación del Banco C.B. S.A., al demandado Don J. A. L. C.; sin condena en costas. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

113

113. CONTRATO DE TRANSPORTE POR CARRETERA. Régimen jurídico aplicable: Convenio de Ginebra de 19 de Mayo de 1956. Sumisión al mencionado Convenio contenido en la carta de porte, que prevalece sobre la exclusión de la aplicación a "los transportes de mudanzas" (art. 1.4 del Convenio). Responsabilidad por daños al transportista (art. 17,1º de la Convención de Ginebra). Excepción de falta de personalidad del Procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder: improcedencia. Observancia de la normativa que rige en España en materia de representación voluntaria. Art. 165 del Reglamento Notarial (Dr. 2 de Junio de 1944). Doctrina del Tribunal Supremo. Excepción de prescripción de la acción: normativa aplicable (art. 3.2 del Convenio Internacional). Suspensión e interrupción de la prescripción: se regirá por la ley del territorio en que se ejerce jurisdicción. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La sentencia recaída que, sin entrar en la cuestión de fondo, desestima la demanda al acoger las excepciones de falta de personalidad del Procurador de la actora y de prescripción de la acción, es impugnada por la entidad demandante R.N.V.M.N.V. con domicilio -en lo sucesivo se designará como R.N.-, por inadecuado régimen jurídico aplicado al contrato de transporte, origen mediato de la recla-

mación formulada, por no rechazar las dos excepciones mencionadas y ser procedente dada la incuestionable base fáctica de la litis, la estimación de la pretensión pecuniaria instada -pago a la actora de 20.270 florines holandeses, equivalentes aproximadamente a 700.744 pesetas, más los intereses a partir del día 10 de Octubre de 1978-.

2º. Son hechos y antecedentes fundamentales de los que hay que partir para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: A) El día 24 de Julio de 1978 se formalizó en Amsterdam entre S., Mudanzas Internacionales, con domicilio en Carlos III, sin número, de Ibiza, y la Agencia de Contratación de Transportes Internacionales V.I.V.B.V. -en los sucesivos se mencionará simplemente con la palabra V.- un contrato para el transporte por carretera de un lote de enseres domésticos desde Amsterdam hasta San Carlos (Ibiza, Baleares), bajo la forma de una carta de Porte Internacional O.M.P. nº 908442 -consta unido como folio 1 el ejemplar del remitente y su traducción al folio 2-. B) Dichos enseres fueron cargados en un camión de la demandada el 24 de Julio de 1978 en los almacenes de V., en Amsterdam (Holanda) para su transporte y entrega a su dueño y consignatario Don E.SCH. en su domicilio del chalet "El Tropezón" en San Carlos (Ibiza); indicándose en dicha acta de porte que la entrada se realizase en las señas del Consignatario el 31 de Julio. C) Para cubrir los riesgos de dicho transporte se contrató un seguro entre remitente y destinatario de una parte y los Agentes de Seguros S.M. de Rotterdam (Holanda) de 1978 (folios 3/5) siendo el valor total asegurado el de 210.000 florines holandeses. D) La entrega de la mercancía transportada se verificó, con importantes roturas y desperfectos en unos enseres y pérdidas de otros, el 14 de Agosto de 1973, y el subagente del LL. en Ibiza el día 26 de Septiembre de 1978 extendió un certificado acreditativo de las faltas o pérdidas de mercancías -cristalería, discos (40), lámparas y bombillas, utensilios diversos de cocina y un televisor de color Bampunrt-, y de las mercancías averiadas que consta al folio 6 y su traducción en el folio 7. E) Los Aseguradores, con base en dicho certificado de Averías, liquidaron los desperfectos y pérdidas de enseres transportados al Sr. SCH., mediante una indemnización de 20.272 florines holandeses que abonaron a través de la entidad hoy actora apelante. El pago verificado y la subrogación consiguiente llevado a cabo el 8 de Agosto de 1978, se acredita con el documento unido a autos como folio 8 (su traducción al folio 9). F) El día 10 de octubre de 1978 la V. remitió a la demandada una carta haciendo una relación de los hechos ocurridos durante el transporte y le notificó que le hacía responsable de los daños y pérdidas sufridas por los efectos transportados (folios 10/11 y 12/13). A dicha carta, S. contestó con fecha 13 de Noviembre, rechazando toda responsabilidad (folio 14/15 y 15 bis/16). G) El conjunto de las compañías aseguradoras que participaron en la cobertura del referido transporte, acordaron ceder a la R.N. y esta aceptó, todos los derechos y acciones derivadas del pago de la indemnización de 20.270 florines holandeses al Sr. SCH., como consecuencia del certificado de seguro nº 413 antes referido (folios 17/21-22/26). H) Se formuló el 14 de Agosto de 1979 por la R.N. reclamación ante la Junta de Detasas de Baleares, recayendo con fecha 14 de Enero de 1980 dictamen, por mayoría, declarando la responsabilidad del demandado D. F.S.S. "Empresa S., Mudanzas Internacionales", por falta de entrega y averías de la mercancía de una expedición facturada el 24 de Julio de 1978 desde Amsterdam (Holanda) a Ibiza, conteniendo diversos enseres domésticos, dictamen certificado el 28 de Enero de 1980 (folios 27 y 28). I) El Procurador de los Tribunales, don L.L.L., en nombre y representación de la entidad R.N., el día 13 de Febrero de 1980, entre otros Fundamentos de Derecho, el Convenio de Bruselas de 19 de Mayo de 1956.

3º. Como materia propia de este recurso, se estima por razones de sistemática, examinar en primer lugar, la excepción de falta de personalidad de Procurador de la entidad actora, hoy recurrente, basada en insuficiencia o ilegalidad de poder, por no ser suficiente la simple manifestación del Notario autorizante -con residencia y ejercicio en la ciudad de Amsterdam (Holanda)- de hallarse facultado el poderdante -súbdito holandés- para confirmar poderes a procuradores de los tribunales españoles, ya que debiera haber transcrito

en la escritura de apoderamiento notarial, el documento o documentos de los que resulte tal facultad de otorgar apoderaciones, al disponer el número 11 del artículo 10 del Código Civil español que a la representación voluntaria se ha de aplicar la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas -la legislación española en el presente caso- y se preceptiva dicha transcripción, según la normativa patria. El artículo 165 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de Junio de 1944) dispone que cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una Sociedad, establecimiento público, Corporación u otro personal social, se expresa esta circunstancia y las demás que se indican en el propio precepto, declarando el artículo 166 del mismo Reglamento que el Notario insertará en el Cuerpo de la escritura en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio los documentos fehacientes que acrediten la representación y que "bastará con que dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita"; o sea, que la referida inserción se ha de verificar "en cuanto sea posible" y basta que de los documentos fehacientes que acrediten la representación "se inserta lo pertinente", e incluso es suficiente, en su caso, una simple referencia al protocolo legalmente a cargo del Notario autorizante, como destacan las sentencias de 3 de Noviembre de 1960 y 30 de Septiembre de 1985, entre otras. En el presente caso, en el poder notarial, en virtud del cual el Procurador don L. L. L., en nombre y representación de R. N., interpuso la demanda instauradora de este juicio (folios 30 y 40, traducción en los folios 41/42), el abogado notario holandés autorizante hizo constar que el poderdante, en virtud de una escritura privada de poder notarial, actuaba en su "capacidad de letrado y empleado de la compañía privada de responsabilidad limitada llamada: K y M. B. V. ... compañía que por virtud de una escritura privada de poder notarial, está autorizada a representar en materias de seguros a la compañía de responsabilidad limitada denominada: R. N., ... cuya sede social se encuentra en Coolsingel 65, Rotterdam" y que actuaba el poderdante, por cuenta de, en nombre y representación de la citada R. N., hoy apelante actora. Por las menciones de las escrituras privadas de poder que se expresan en el supradicho apoderamiento notarial y por la apreciación expresamente declarada en el documento público por el propio Abogado Notario holandés autorizante, como Técnico que es en Derecho, de que el poderdante en la representación en que actúa tiene capacidad para otorgar los referidos poderes notariales, se aprecia en dicho apoderamiento notarial holandés (folios 39/40-41/42) observancia, en su esencia, de la normativa que rige en España la formalización de la representación voluntaria, lo que determina la desestimación de la excepción que se acaba de examinar.

4º. Antes de entrar en el estudio de la otra excepción acogida en la sentencia recurrida -prescripción de la acción-, procede determinar, por afectar de una manera directa la cuestión ahora planteada, el régimen jurídico que hay que aplicar al aludido contrato de transporte, pues mientras que la parte actora sostiene que se ha de regir por el Convenio de Ginebra el 19 de Mayo de 1956, relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por carretera (C.M.R.) al que se adhirió España por Instrumento de 12 de Septiembre de 1973, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 109/7.5 1974, la demandada sostiene que la normativa aplicable es la del Código de Comercio español. Ciertamente que, como señala el Juez "a quo", el artículo 1.4 del mencionado Convenio Internacional declara que el Convenio no se aplicará, entre otros supuestos, "a los transportes de mudanzas"-epígrafe c)- y el referido transporte convenido fué de enseres domésticos, por traslado de residencia de don E. SCH., consignatario de la mercancía, pero no es menos cierto que en la carta de porte, documento fehaciente de la existencia de un contrato de transporte, según declara el artículo 4º de dicho Convenio, y título legal del contrato entre el cargador y porteador, según el artículo 353 del Código de Comercio español, expedido por los contratantes, consta impreso, como preceptúa el artículo 6º, epígrafe K) del propio Convenio, lo siguiente: "Este transporte queda sometido, no obstante toda cláusula contraria, al Convenio sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera

(C.M.R.)" (folio 1). Esta cláusula de sumisión a una normativa que en principio no tenía que regular el contrato de transporte concertado ya que era de mudanzas, fué aceptada por un empleado de la empresa demandada cuya actividad mercantil, como su nombre expresa es de mudanzas internacionales, al firmar el recibo de la mercancía para su transporte en la carta de porte, sin que en dicho documento conste reserva, protesta o advertencia alguna contraria la expresada sumisión y al no tener carácter absoluto la norma que declara la no aplicación del Convenio al transporte de mudanzas, se reputa válida y eficaz, por lo que esta Sala estima aplicable al supradicho contrato de transporte la normativa del referido Convenio Internacional.

5º. El artículo 32 del citado Convenio Internacional declara que las acciones a las que puede dar lugar el transporte regulado por este Convenio prescriben al año -en el caso de dolo o falta equivalente a dolo, el plazo de prescripción es de tres años-. Igualmente declara que la prescripción corre en el caso de pérdida parcial, avería o mora a partir del día en que se entregó la mercancía; y en el párrafo segundo, entre otros particulares, que la reclamación escrita interrumpe la prescripción hasta el día en que el transportista responda por escrito dicha reclamación y devuelva los documentos que se acompañan a la misma. También dispone dicho artículo 32 que "bajo reserva de las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, la suspensión de la prescripción se regirá por la ley del territorio en el que se ejerce jurisdicción. Lo mismo se aplicará a la interrupción de prescripción". El Código de Comercio español en el artículo 952 declara que prescriben al año, en su apartado 2º, entre otras, las acciones sobre indemnización por retrasos de entrega y daños en los objetos transportados, contado el plazo de prescripción desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de su destino. La Ley 24 de Junio de 1953, de Detasas, preceptúa en su artículo 4º, párrafo segundo que el plazo prescriptivo se interrumpirá y quedará en suspenso solo: por la presentación de la reclamación ante la Junta de Detasas correspondiente; por el reconocimiento de las obligaciones o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, y se continuará contando en cuanto al resto del plazo, desde el día siguiente al que se le notifique la actuación que se ponga término al procedimiento seguido ante la Junta de Detasas o ante los Tribunales ordinarios de Justicia. Rige, por tanto sobre esta materia -reclamación por incompleta o defectuosa entrega de las mercancías transportadas por carretera-, el principio de suspensión y no de interrupción del plazo de prescripción de las acciones.

6º. Consecuentemente con lo expuesto, el cómputo para determinar si se ha producido la prescripción de la acción promovida en esta litis -plazo de prescripción del año-, se inicia a partir del día 14 de Agosto de 1978 -fecha de entrega de la mercancía transportada en su lugar de destino: San Carlos (Ibiza)- y se suspende el 10 de Octubre del mismo año en que se remite la carta de reclamación a la demandada hay apelada (folios 10/11-12/13) hasta el día 13 de Noviembre de 1978, en que S. . Mudanzas Internacionales contesta rechazando la reclamación (folios 14/15-15 bis/16), reanudándose seguidamente el plazo de prescripción hasta el 14 de Agosto de 1979 en que nuevamente se suspendió por la reclamación presentada ante la Junta de Detasas de Baleares cuya resolución de data 14 de Enero de 1980, se notificó el 22 del mismo mes (folios 27/28), reanudándose el plazo prescriptivo al siguiente días hasta el 12 de Febrero de 1980, ya que en el día siguiente se dedujo la demanda instauradora de esta litis (folio 38). Por tanto a efectos de prescripción ha transcurrido 11 meses y 15 días (1 mes y 26 días de el día 14 de Agosto al 10 de Octubre de 1978; 9 meses desde el 13 de Noviembre de 1978 hasta el 14 de Agosto de 1979; y los días desde el 22 de Enero de 1980 hasta el 12 de Febrero del mismo año), lo que da lugar al rechazo de la prescripción aducida, y al no ser de aplicación al contrato de transporte que ahora se contempla, el plazo de 24 horas a contar desde el recibo de las mercancías para admitir reclamación contra el porteador sobre el estado de los géneros entregados, que señala el artículo 366 del Código de Comercio, ni el hecho de haberse pagado los portes después de la entre-

ga de las mercancías que impide, según dicho precepto mercantil, toda reclamación sobre el estado de las mercancías porteadas, toda vez que como ya quedó fundamentado, la normativa aplicable al expresado contrato es la de la Convención de Ginebra de 19 de Mayo de 1956 y no el Código de Comercio español.

7º. El rechazo de todas las excepciones esgrimidas da acceso al examen de la cuestión de fondo. Del conjunto de la prueba practicada se aprecia la mercancía que la demandada recibió el 14 de Julio de 1978, en perfecto estado, en la ciudad holandesa de Amsterdam para su transporte a la localidad ibicenca de San Carlos, la entregó el 14 de Agosto de 1978 en el lugar de su destino a su consignatario, con diversas pérdidas o faltas -entre ella un televisor color marca Banpujkt- e importantes averías o desperfectos en algunos géneros, según se acredita por la certificación expedida por don E. R. F., subagente de LL. en Ibiza (folio 6). La demandada opone que las averías y pérdida parcial de las mercancías fueron debidas al mal embalaje de las mismas -resulta insólito que por defectuoso embalaje se pierda en un mudanza un aparato de televisor de color-, que al no haber probado tal aserto ni al no haber formulado reserva alguna por insuficiencia de embalaje en la carta de porte, da lugar a que se declare su responsabilidad, ya que el artículo 17 de la repetida Convención de Ginebra declara en su apartado primero, que el transportista es responsable de la pérdida total o parcial o de las averías que se produzcan entre el momento de recepción de la mercancía y el de la entrega, como del retraso en la entrega, y no concurrir en el presente caso ninguno de los supuestos de exoneración de responsabilidad del transportista que menciona el apartado segundo de dicho artículo. La cuantificación de los géneros perdidos y averiados en el transporte mencionado, se fija, a la vista valoración verificada por el mencionado subagente del LL. en Ibiza, en 20.270 florines holandeses, cuyo equivalente en pesetas, deberá abonar la demandada, más los intereses que luego se expresan, a la actora, al haberse ésta subrogado por el pago de dicha suma, como indemnización por el seguro concertado, en la posición del asegurado, el Sr. SCH., destinatario de la mercancía transportada (folios 8 y 9).

8º. La expresada suma devengará desde la fecha de la interposición de la demanda y a favor de la actora, el interés legal que será desde esta fecha el proveniente en el artículo 921, apartado cuarto de la Ley de Enjuiciamiento, a tenor de lo dispuesto en dicho precepto y en los artículos 1100 y 1108 del Código.

9º. Al apreciarse un retraso de 34 meses en la remisión por el Juzgado de Primera Instancia de los autos principales a esta Superioridad, esta Sala, de conformidad con lo prevenido en el apartado segundo del artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impone a Don V. B. R. oficial responsable de dicho retraso, la corrección disciplinaria señalada en el original segundo del artículo 449 de la misma Ley Rituaria.

10º. No se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de primera instancia. La revocación de la sentencia dictada, excluye toda condena en cuanto a las costas de este recurso.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la entidad R. N. U. M. N. U. con domicilio social en Rotterdam (Holanda) contra la sentencia de fecha catorce de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Juez de Primera Instancia número Uno de Ibiza, en el juicio declarativo, hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo y en su consecuencia se revoca dicha resolución y en su lugar se declara,

B) Previa desestimación de las excepciones formuladas, se estima la demanda deducida por la representación procesal de la entidad R. N. U. M. N. U. contra S., Mudanzas Interna-

cionales, y se condena al titular de la empresa demandada, don F.S.S., personado como tal titular en primera instancia, a que pague a la actora el equivalente en pesetas de la suma de veinte mil doscientos setenta florines holandeses (20.270 florines holandeses), según el cambio oficial de dicha divisa en el momento de su pago, más los intereses legales de la expresada cantidad desde el día de la interposición de la demanda hasta esta fecha en que el interés será hasta el momento de su pago el preceptuado en el apartado cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

Se impone a don V.B.R., oficial del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ibiza, encargado en los años 1983 y 1984 de remitir los autos apelados a la Superioridad, la corrección disciplinaria de apercibimiento, por su negligencia. Contra esta corrección cabe el recurso de audiencia en justicia.

Dada la incomparecencia en esta alzada de don F.S.S., titular de S., Mudanzas Internacionales, notifíquesele esta resolución en la forma edictal si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: D. Julio A. Llovet Alabau).

114

114. PROPIEDAD HORIZONTAL. Título constitutivo del régimen de comunidad horizontal; primacía de la verdad material sobre las manifestaciones contenidas acerca de la configuración del inmueble. Principio de presunción registral: se extiende a las circunstancias de existencia, titularidad y extensión de los derechos reales, pero no a los datos registrales de puro hecho. Doctrina del Tribunal Supremo. Carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción registral. Art. 38 Ley hipotecaria: presunción "iuris tantum". Renuncia de derechos: no la implica el asentimiento prestado para la aprobación de los Estatutos de la Comunidad. Necesidad de que la renuncia conste de forma clara, explícita y determinante. *Sentencia de 29 de Abril de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º. La parte actora y apelante ha centrado en la vista del recurso su impugnación de la sentencia desestimatoria de su demanda en la defensa de la pretensión de que los demandados sean condenados a facilitarle el paso y uso del pasillo común y los accesos a la piscina en la forma prevista en la escritura de declaración de obra nueva y los estatutos por los que se rige la Comunidad de Propietarios del Edificio "L.D.", sito en la C/ Punta Bailena de Magalluf (Calviá), por lo que cabe entender que se

ha aquietado ante el rechazo que la sentencia recurrida efectúa del resto de sus pedimentos. Delimitado así al ámbito litigioso de esta segunda instancia, la adecuada resolución del recurso aconseja exponer, con carácter previo, la siguiente sucesión cronológica de hechos relevantes que aparecen acreditados en autos: 1º) el 11 de junio de 1968 la demandante, Dª A. P. P., suscribió contrato comprometiéndose a transmitir a Don J.O.M. un solar de su propiedad a fin de que el Sr. O. lo aportara a la entidad P.M. S.A. para que ésta, agrupando el terreno con otro, llevará a término la construcción del edificio hoy llamado "L.D.", a cambio de recibir en contraprestación, y junto con otros elementos que aquí no interesan, la plena propiedad de un local comercial en el propio y futuro edificio con terraza emplazada frente a la playa en el mismo límite de la zona marítimo-terrestre para ser destinado a Restaurante, lo cual le fué entregado el 23 de mayo de 1969, todo ello según afirmó la Sra. P. en el escrito de demanda que dedujo con fecha de 10 de agosto de 1971 contra el Sr. O., P.M. S.A., la Comunidad de Propietarios y terceros desconocidos (folios 19 a 32); 2º) en el proyecto confeccionado por el Arquitecto Don C.S. para el levantamiento del inmueble y que fué visado por el Colegio Profesional oportuno el 30 de agosto de 1968, estaba prevista la construcción, al lado del local reservado para la Sra. P. en la planta sótano y que se identifica con el cardinal I, de ocho locales comerciales más pequeños y adelantados respecto del otro en 2,70 m. hacia la playa, detrás de todos los cuales se procedería a ubicar una terraza con piscina y solarium elevada unos 30 cm. en relación al nivel de aquéllos, sin que entre la terraza de la piscina y la parte trasera de los locales se hubiera ideado dejar espacio alguno para pasillo (folios 138 a 140, 569 y 646); 3º) durante la ejecución de la obra se acordó entre los promotores, el contratista y la dirección técnica realizar en la planta sótano y además del local nº 1, otros dos locales, únicamente, en vez de los ocho inicialmente proyectados, así como subir la piscina hasta unos 3. metros por encima del nivel de dicha planta (folios 139 y 154, repregunta 1ª); 4º) el 28 de febrero de 1969 y cuando el edificio todavía estaba en construcción, P.M. S.A. vendió mediante documento privado al hoy demandado Don J.F. el local comercial nº 3, con su terraza privativa delantera, y el derecho a prestar servicio de Bar-Restaurante en régimen de exclusividad a los usuarios de la piscina, siendo de resaltar que la dependencia que recibió el Sr. F. de la vendedora extendía su superficie hasta la pared misma del subsuelo de la piscina, habiéndose instalado a su fondo unas cámaras frigoríficas y la cocina, mientras que, por el contrario, entre el tabique trasero de los locales números 1 y 2 y el citado subsuelo se dejó un corredor transversal de 1,20 metros de ancho que llega hasta el local nº 3 y con el cual éste comunica por medio de una puerta lateral; extremos fácticos que vienen acreditados, no solo por la prueba testifical practicada a propuesta de los demandados (folios 154 y 157), sino también por estar reconocidos por la recurrente al formular las repreguntas 3ª y 11ª del pliego unido al folio 567, además de por el contenido de los folios 88, 139, 140, 163 a 174 y 565 y 566, comprensivos estos últimos de la diligencia de reconocimiento judicial; 5º) el 22 de septiembre de 1970 se celebró la Junta constitutiva de la Comunidad de Propietarios del Edificio "L.D." (folios 478 a 480); 6º) el 16 de enero de 1971 los demandados adquirieron el local intermedio nº 2, que actualmente dedican a negocio de venta de "souvenirs" (folios 249 y 250); 7º) el 12 de mayo de 1971 P.M. S.A., actuando unilateralmente, procedió a otorgar escritura pública de declaración de obra nueva, determinación de partes y constitución de régimen de comunidad horizontal -que fué recificada por otra de fecha 11 de noviembre siguiente-, así como los estatutos privativos del inmueble (folios 341 a 415), escritura que fué inscrita en el Registro de la Propiedad el 18 de agosto de 1971 (folio 129); en dicho instrumento los tres repetidos locales son descritos de idéntico modo, diciéndose, en cuanto al tema controvertido interesa, que cada uno tiene "acceso de servicios a través del paso lateral izquierdo que lo comunica con el pasillo común existente al fondo de los Restaurantes" y "además, acceso a la zona de Piscina a través de los elementos de intercomunicación de ésta con la playa" y que linda al "fondo con subsuelo de la piscina, mediante pasillo común a los tres locales de esta planta"; a su vez en el apartado 4º. 2 a) de los estatutos se estableció que "será común a los tres Restaurantes: el uso del pasillo posterior que corre a lo largo de los mismos,

sin perjuicio del de la comunidad para el acceso a las instalaciones mecánicas de la piscina" y en el apartado 4º.5 que el restaurante nº3 tendría anexo el servicio de Bar en la piscina de la finca; 3º) la sentencia dictada por esta Sala el 32 de enero de 1974 en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía promovidos por la Sra. P. a quemás arriba se ha hecho referencia y que alcanzó firmeza fal no prosperar el recurso de casación que contra la misma se interpuso, declaró la nulidad e ineficacia de los estatutos por infringir el artículo 5º de la Ley de Propiedad Horizontal en razón de no estar legitimados los promotores para su otorgamiento después de constituida la Junta de Copropietarios y ordenó la cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad (folios 33 a 45); 9º) en los años 1975 o 1976 el Sr. F. instaló en el pasillo trasero y a la altura del tabique divisorio de los locales 1 y 2 una reja metálica (posición 4ª folio 117), que hoy en día permanece normalmente cerrada con llave (folios 139, 658 y 659); 10) el 10 de Marzo de 1976 Dª A.P. y P.M. S. A. otorgaron escritura pública de compraventa para formalizar la adquisición por la actora del local nº 1, la cual se inscribió en el Registro el 6 de noviembre de ese mismo año (folios 13 a 17 y 134); 11º) el 10 de octubre de 1980 la Junta de Propietarios aprobó por unanimidad unos nuevos estatutos que, tras ser protocolizados el 3 de noviembre de 1982, fueron registrados el 2 de julio de 1983 (folios 46 a 62 y 130 a 133); en ellos se mantiene en su estricta literalidad el apartado 4º.2 a) de los primitivos, se suprime la atribución del servicio de Bar en la piscina al local nº 3, y se fijan las cuotas de participación correspondientes a los tres locales en 5.129.266, 5.650 y 6.020, respectivamente (folio 347).

2º. De la anterior relación de hechos se desprende que la pretensión impugnativa de la apelante, en cuanto va dirigida a conseguir que los demandados realicen las obras precisas para prolongar el pasillo a través del local nº 3 y a abrir a su final una puerta que lo comunique directamente con la escalera lateral derecha, de modo que haga posible llegar desde el local nº 1 hasta la piscina por esta vía trasera sin necesidad de pasar por la playa, resulta claramente desestimable, toda vez que la superficie que con tal finalidad reivindica, es de la exclusiva propiedad de los demandados al ser una parte constitutiva más del local que, como cuerpo cierto, éstos adquirieron por compra mediante el contrato celebrado el 28 de febrero de 1969 y la posterior entrega de la cosa vendida (artículo 609 del Código Civil) efectuada por quien entonces podía jurídicamente transmitir su dominio en tanto que promotora y, por ende, dueña del inmueble en proceso de construcción, que todavía no había quedado sometido al régimen de propiedad horizontal, además de que tampoco había necesidad alguna de destinar esa superficie, por su naturaleza, a ser uno de los elementos comunes del edificio por no aparecer como de carácter imprescindible para su adecuado uso y disfrute; en contra de ese derecho de dominio no cabe invocar que en la escritura de declaración de obra nueva, determinación de partes y constitución de régimen de comunidad horizontal inscrita en el Registro se mención en manifiesta discrepancia con la verdad física que el local nº 3, (parte privativa nº 169 del inmueble) linda al fondo "con el subsuelo de la piscina, mediante pasillo común a los tres locales de esta planta", pues, sobre que la entidad otorgante de esa escritura no podía obviamente disponer de derechos que ya no eran suyos al haberlos transmitido a quienes no concurren a su otorgamiento, es de notar que: a) la función primordialmente descriptiva de la finca y no negocial que cumple el título constitutivo (en su acepción estricta) del régimen de propiedad horizontal y que revela el artículo 5º párrafo 1º de la Ley de 21 de julio de 1960, determina la primacía de la realidad material, en caso de discordancia, respecto de las manifestaciones que en aquél se realicen acerca de la configuración del inmueble, sus pisos, locales y demás elementos, de modo que el título no suministra base jurídica ninguna parte pretender que la realidad fáctica preexistente haya de ser modificada hasta acomodarla a sus descripciones ideales obligando a la construcción de un pasillo donde no lo hay, sino que, por el contrario, las diferencias deben ser resueltas justamente en sentido inverso; b) sabido es que el superior principio de presunción de exactitud registral se extiende tan sólo a las circunstancias de existencia, ti-

tularidad y extensión de los derechos reales inmobiliarios, pero no cubre los datos registrales de puro hecho, como son los referentes a la existencia material de la finca, extensión, superficie, linderos y demás características físicas (Sentencias 30-junio-1978, 28-marzo-1979, 12-abril- y 5-diciembre-1980, etc.); c) aunque así no fuera, en nuestro Derecho la inscripción reviste de ordinario carácter declarativo, careciendo de eficacia real constitutiva, y el invocado por la recurrente artículo 38 de la Ley Hipotecaria sienta sólo en este sentido una presunción "iuris tantum" de existencia, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias 27-febrero-1979, 8-mayo-1982, 24-enero-1984, 16-septiembre-1985, entre otras muchas) tal como en el presente caso se ha obtenido; y d) el propio título constitutivo de la comunidad pone en evidencia la sin razón del pedimento que sostiene la recurrente, pues, si persigue que el pasillo atraviere el local nº 3, es para conseguir camino directo a la piscina y ocurre que en la escritura de declaración de obra nueva no se dice que el controvertido pasillo disponga de comunicación con el paso lateral derecho -como sería indispensable para el logro de aquel fin- y sí solo con el izquierdo, de un lado, y de otro, que se afirma que los locales tienen el acceso a la zona de la piscina "a través de los elementos de intercomunicación de ésta con la playa", los cuales se reducen al repetido paso lateral derecho sin incluir, como es patente, el discutido corredor, extremos éstos que la Sra. P. no atacó cuando en el juicio declarativo que instó en el año 1971 pretendió, entre otros objetivos, que se rectificara la escritura pública de 12 de mayo de 1971 en diversos aspectos concernientes a la descripción del local de su propiedad, atribución de derechos y fijación de su cuota participativa; tampoco puede la actora aducir en su favor los estatutos por los que se rige la Comunidad de Propietarios, pues, aunque se haga referencia en ellos a que pertenece a los tres restaurantes "el uso del pasillo posterior que corre a lo largo de los mismos", el asentimiento prestado para la aprobación de ese conjunto de normas singulares por el Sr. F. no es equiparable a una renuncia de su derecho de dominio sobre la superficie objeto del debate, ya que la voluntad de abandonar un derecho en que la renuncia consiste, ha de constar en forma clara, explícita y terminante o bien deducirse de actos concluyentes, precisos y unívocos para que sea apreciada (Sentencia 6-febrero-1979, 7-junio-1979, 26-septiembre-1983, 24-mayo-1984, 18-octubre-1984, 15-julio-1985, etc) y -supuesto que el pasillo que existe en la realidad, es utilizable por todos los litigantes- el simple hecho de que el demandado no se opusiera a que continuara empleándose en la redacción de la norma la locución adverbial "a lo largo de" con relación a los tres locales y no solamente respecto de los dos primeros, resulta insuficiente de manera notoria para reconocerle valor de acto expresivo de consentimiento, máxime teniendo en cuenta, de una parte, que la prolongación del comedor entraña la realización de reformas de suma importancia en el local, pues obligaría a desplazar de lugar y construir nuevamente las cámaras frigoríficas y la cocina, y, de otra, que la cuota de participación asignada en esos estatutos al local nº 3 -en cuya fijación entre en juego, entre otros factores, la superficie útil de cada parte determinada en relación al total del inmueble- sigue siendo notablemente superior a la del local nº 1, a pesar de haberse suprimido el derecho a explotar en exclusiva el servicio de Bar en la piscina que los primeros estatutos atribuían al repetido local nº 3; por todo lo cual procede el rechazo del recurso en todo cuanto atañe al aspecto de la pretensión reseñado al inicio del presente fundamento jurídico.

3º. La reja metálica que los demandados colocaron a la altura del tabique que separa los locales número 1 y 2 y que suele permanecer cerrada, impide que la actora haga uso de la zona de pasillo contigua al local intermedio, contrariamente al derecho que le conceden los estatutos de la finca, por lo que es manifiesto que deben aquéllos ser condenados a retirarla, en cuyo único y particular punto la apelación, y con ella la demanda, merecen acogida.

4º. Dada la parcial estimación del recurso, no se efectúa especial imposición del pago de las costas producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar en parte al recurso de apelación que interpone Dª A.P.P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca en lo menester dicha sentencia y, en su consecuencia,

2º) Estimando parcialmente la demanda que formula la Sra. P., se condena a los demandados Don J.F.F. y Dª A.G.S. a que retiren a su costa la reja metálica instalada en el pasillo a que el presente litigio se refiere, a la altura del tabique divisorio de los locales número 1 y 2 sitos en la planta sótano del Edificio "L.D.",

3º. Se desestima la demanda en todo lo demás, absolviendo de ella a los demandados.

4º. No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia a los demandados no comparecidos en esta alzada en la forma prescrita en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en término de tres días no se pide la notificación personal. (Ponente: D. Fco. Javier Muñoz Giménez).

C. INDICE ANALITICO

Acción	De arrendamiento de servicios, 103
Negatoria de servidumbre, 37	De compraventa, 4, 26, 29, 41, 55, 56, 107
Actio communi dividundo, 72, 99, 100	De descuento bancario, 42
Apelación, 33, 61, 62, 76	De donación, 11, 43
Arrendamientos urbanos	De mandato, 23
Cierre, 3, 22	De préstamo, 15, 25, 96
Devolución de la cosa locada, 34	De seguro, 18, 20, 50
Industria, 27, 68	De suministro, 102
Local de negocios, 3, 22, 27, 68, 71, 73, 112, 116	De transporte por carretera, 113
Revisión de la renta, 14, 57	De venta a plazos, 45
Traspaso local de negocios, 5, 16	Interpretación, 83
	Negocio fiduciario, 21
	Nulidad, 107
Beneficio de pobreza, 48	Precontrato, 83, 94
	Rescisión, 41
Compensación, 12, 15, 40, 70	Resolución, 26, 29, 45
Contratos	Costas, 17, 28, 78
Calificación, 21, 94, 100	
De arrendamiento de obra, 13, 52, 89, 104	Daños y perjuicios, 8, 30, 35, 63, 75, 95, 106

Divorcio

- Cese convivencia, 64, 109
- Custodia hijos, 93
- Medidas complementarias, 109
- Pensión alimenticia, 44, 51, 59, 93
- Pensión compensatoria, 87, 93
- Documentos privados, 67

Excepciones

- Cosa juzgada, 35, 91
- Defecto legal en el modo de proponer la demanda, 35
- Exceptio non adimpleti contractus, 13, 31, 55
- Falta de legitimación activa, 96, 111
- Falta de legitimación pasiva, 31, 84
- Falta de personalidad en el actor, 88
- Falta de personalidad en el demandado, 24
- Inadecuación de procedimiento, 10
- Incompetencia de jurisdicción, 108
- Litis consorcio activo, 96
- Litis consorcio pasivo, 16, 32, 60, 72, 86, 103
- Prescripción, 35, 50, 66, 73, 75, 95, 113
- Provisión de fondos, 54, 90

Filiación, 86

Intereses de demora, 95

Juicio de alimentos provisionales, 82

Juicio ejecutivo, 38, 42, 46, 54, 90, 105

Cambiarío, 54, 90

- Póliza de afianzamiento, 46
- Provisión de fondos, 54, 90

Principios procesales, 6, 26, 36, 37

- Congruencia, 6, 26, 36, 37
- Preclusión, 36

Propiedad horizontal, 11, 88, 114

Publicidad desleal, 1

Quita y espera, 85

Reclamación de cantidad, 24, 65

Recurso de audiencia al rebelde, 39

Responsabilidad, 2, 63

- Contractual, 63
- Decenal, 2

Retracto arrendaticio, 47, 58

Separación matrimonial

- Abandono de familia, 74
- Cese efectivo convivencia, 19
- Conducta vejatoria, 49, 62, 74
- Costas, 78
- Custodia hijos, 79
- Infidelidad, 7, 97
- Litis expensas, 49
- Medidas complementarias, 19
- Pensión alimenticia, 7, 81, 97
- Pensión compensatoria, 7, 81, 97, 117
- Vivienda familiar, 7

Servidumbre de paso, 37, 66

Sociedades anónimas, 110

Tercerías

- De dominio, 9, 67, 98, 115
- De mejor derecho, 69, 92

Testamento, 80

Usura, 96

III. SALAS 1ª y 2ª

DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Enero de 1986.*
2. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 9 de Enero de 1986 (2ª).*
3. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 10 de Enero de 1986.*
4. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Enero de 1986.*
5. **Tenencia ilícita de armas.** No se acredita su tenencia. *Sentencia de 11 de Enero de 1986.*
6. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Rompimiento de puerta. Prescripción causa. *Sentencia 11 de Enero de 1986 (2ª).*
7. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". Abuso de confianza. *Sentencia de 11 de Enero de 1986 (2ª).*
8. **Robo con intimidación y uso de armas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Enero de 1986 (2ª).*
9. **Salud pública.** Venta; (resina de haschís). *Sentencia de 13 de Enero de 1986 (2ª).*
10. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Enero de 1986.*
11. **Atentado a agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 14 de Enero de 1986 (2ª).*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Prof. Gabriel Garcías Planas, del Departamento de Derecho Público.

12. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 15 de Enero de 1986.*
13. **Receptación.** Art. 546 bis (a) párrafos 1 y 2. Elementos. *Sentencia de 15 de Enero de 1986.*
14. **Robo con fuerza en las cosas.** Acuerdo previo. Forzamiento de persiana. Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Enero de 1986.*
15. **Receptación.** Art. 546 bis (a). Elementos. *Sentencia de 17 de Enero de 1986 (2ª).*
16. **Homicidio.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Enero de 1986 (2ª).*
17. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Presunción de inocencia. *Sentencia de 18 de Enero de 1986 (2ª).*
18. **Receptación.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 18 de Enero de 1986 (2ª).*
19. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Enero de 1986 (2ª)*
20. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y fractura de ventana. Frustración. Agravante de reincidencia. **Atentado.** Requisitos. **Ocultación de nombre.** Falta. **Daños.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Enero de 1986 (2ª).*
21. **Falsedad en documento privado.** Contenido falso a pesar de ser la firma auténtica. **Delito contra la libertad y seguridad en el trabajo.** Art. 499 bis, 2º Análisis de los elementos del tipo. *Sentencia de 21 de Enero de 1986 (2ª).*
22. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas. Presunción de inocencia. *Sentencia de 21 de Enero de 1986.*
23. **Robo con intimidación en las personas.** Tentativa. Atenuante privilegiada de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Enero de 1986.*

24. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. *Sentencia de 21 de Enero de 1986.*
25. **Salud pública.** Ocho gramos de cocaína. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 22 de Enero de 1986.*
26. **Estafa.** Falta. Art. 587, 3º. *Sentencia de 22 de Enero de 1986.*
27. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. DAÑOS. Elementos. *Sentencia de 24 de Enero de 1986.*
28. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante del número 1 del artículo 9 en relación con la eximente de enajenación mental. Internamiento en establecimiento especial. *Sentencia de 24 de Enero de 1986.*
29. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 24 de Enero de 1986 (2ª).*
30. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas. *Sentencia de 25 de Enero de 1986.*
31. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Enero de 1986.*
32. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 27 de Enero de 1986.*
33. **Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 27 de Enero de 1986.*
34. **Falsedad en documento mercantil.** Elementos. **Estafa.** Requisitos. *Sentencia de 27 de Enero de 1986.*
35. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 27 de Enero de 1986 (2ª).*
36. **Salud pública.** Atenuante analógica con el arrepentimiento espontáneo; agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Enero de 1986 (2ª).*
37. **Falsedad de documento oficial.** Bien jurídicamente protegido. *Sentencia de 27 de Enero de 1986 (2ª).*

38. **Estafa. Engaño.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Enero de 1986 (2ª).*
39. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de embriaguez y preterintencionalidad. *Sentencia de 28 de Enero de 1986 (2ª).*
40. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de notoria importancia. Atenuante analógica de drogadicción -Art. 9, 10º en relación con la 1ª, y del supuesto 1º del art. 8- como estado patológico. *Sentencia de 28 de Enero de 1986 (2ª).*
41. **Salud pública.** Delito de consumación anticipada; de peligro abstracto. Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 28 de Enero de 1986.*
42. **Uso de documento mercantil falso.** -Art. 304-. Elementos. *Sentencia de 28 de Enero de 1986.*
43. **Salud pública.** Agravante de reincidencia y atenuante analógica con la eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 28 de Enero de 1986.*
44. **Falsedad en documento mercantil.** Elementos. Alteración en letras de cambio, firmando como supuesto avalista. **Estafa.** *Sentencia de 28 de Enero de 1986.*
45. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de reincidencia y atenuante privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Enero de 1986.*
46. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 29 de Enero de 1986.*
47. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Encubrimiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1986.*
48. **Robo con violencia en las personas.** Asalto a transeunte. *Sentencia de 30 de Enero de 1986.*
49. **Robo con intimidación.** Uso de armas. *Sentencia de 30 de Enero de 1986.*
50. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia y atenuante de arrepentimiento espontáneo. El Tribunal solicita Indulto Parcial. *Sentencia de 31 de Enero de 1986.*

51. **Robo con violencia en las personas.** -Art. 501, 4º- Tirón de bolso. El procesado conducía el vehículo. El Tribunal solicita Indulto Parcial. *Sentencia de 31 de Enero de 1986.*
52. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante muy calificada de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Enero de 1986.*
53. **Robo con violencia. Resistencia a los agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Enero de 1986.*
54. **Contrabando.** Introducción de droga en España con finalidad de tráfico. **Salud pública. Utilización de documento de identidad falso.** Elementos. *Sentencia de 1 de Febrero de 1986 (2ª).**
55. **Falsedad en documento oficial.** Circunstancia modificativa privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 3 de Febrero de 1986 (2ª).*
56. **Escándalo público.** Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 3 de Febrero de 1986 (2º).*
57. **Robo con violencia en las personas.** Consumación en razón del Art. 512 último párrafo. *Sentencia de 3 de Febrero de 1986.*
58. **Salud pública.** Art. 344 párrafo 1º e incisivo final del párrafo 2º. *Sentencia de 4 de Febrero de 1986.*
59. **Robo con violencia.** Resultado de lesiones. **Utilización de vehículo de motor.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 4 de Febrero de 1986.*
60. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Estafa.** *Sentencia de 4 de Febrero de 1986.*
61. **Robo con intimidación.** Tentativa. Presunción de inocencia. *Sentencia de 4 de Febrero de 1986 (2ª).*
62. **Robo con violencia.** Atenuante de enajenación mental incompleta y agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Febrero de 1986.*
63. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado. *Sentencia de 6 de Febrero de 1986.*
64. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado.

- Agravante de reincidencia. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. *Sentencia de 6 de Febrero de 1986 (2ª).*
65. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Febrero de 1986.*
66. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Tentativa. *Sentencia de 7 de Febrero de 1986.*
67. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 8 de Febrero de 1986 (2ª).*
68. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 8 de Febrero de 1986 (2ª).*
69. **Cheque en descubierto.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Febrero de 1986 (2ª).*
70. **Atentado contra agente de la autoridad.** Elementos. Agravante de reincidencia. Falta frustrada contra la propiedad. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 10 de Febrero de 1986 (2ª).*
71. **Salud pública.** Posesión con fin de tráfico. **Orden público.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Febrero de 1986 (2ª).*
72. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Hurto.** Delito continuado. **Receptación. Tenencia ilícita de armas de fuego.** Escopeta de caza pero con cañones recortados. Elementos. *Sentencia de 10 de Febrero de 1986 (2ª).*
73. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Febrero de 1986.*
74. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 10 de Febrero de 1986.*
75. **Lesiones.** "Animus laedendi". Atenuante de preterintencionalidad. *Sentencia de 10 de Febrero de 1986.*
76. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. **Receptación.** *Sentencia de 11 de Febrero de 1986.*

77. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1986.*
78. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Receptación.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. Encubrimiento. *Sentencia de 11 de Febrero de 1986 (2ª)*
79. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** *Sentencia de 11 de Febrero de 1986. (2ª).*
80. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 12 de Febrero de 1986.*
81. **Lesiones.** Falta. Cosa juzgada. *Sentencia de 12 de Febrero de 1986.**
82. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 12 de Febrero de 1986.*
83. **Salud pública;** permuta, considerada incurso en conducta de favorecimiento. *Sentencia de 12 de Febrero de 1986.*
84. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 13 de Febrero de 1986.*
85. **Salud pública.** Transporte para su distribución. *Sentencia de 14 de Febrero de 1986.*
86. **Salud pública.** Transporte en el interior del cuerpo con fin de distribución. *Sentencia de 14 de Febrero de 1986.*
87. **Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 15 de Febrero de 1986.*
88. **Tenencia ilícita de armas;** en el propio domicilio sin guía de pertenencia. *Sentencia de 15 de Febrero de 1986 (2ª).*
89. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Febrero de 1986 (2ª).*
90. **Hurto. Lesiones.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Febrero de 1986 (2ª).*

91. **Malversación de caudales públicos.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 17 de Febrero de 1986.*
92. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Hurto.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 17 de Febrero de 1986.*
93. **Robo con violencia.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 18 de Febrero de 1986.*
94. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Lesiones menos graves. Lesiones.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Febrero de 1986.*
95. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de arma. Agravante de reincidencia y atenuante analógica con la de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 18 de Febrero de 1986. (2ª).*
96. **Robo con violencia en las personas.** Acuerdo previo. Asalto a transeunte. *Sentencia de 18 de Febrero de 1986 (2ª).*
97. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. *Sentencia de 19 de Febrero de 1986 (2ª).*
98. **Receptación.** Análisis de sus elementos. *Sentencia de 19 de Febrero de 1986.*
99. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. *Sentencia de 20 de Febrero de 1986.*
100. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos con resultado de muerte.** *Sentencia de 21 de Febrero de 1986.*
101. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 21 de Febrero de 1986.*
102. **Receptación. Hurto,** como delito precedente. *Sentencia de 21 de Febrero de 1986.*
103. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. Atenuante analógica con la de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 22 de Febrero de 1986 (2ª).*

104. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Febrero de 1986 (2ª).*
105. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 22 de Febrero de 1986 (2ª).*
106. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 22 de Febrero de 1986 (2ª).*
107. **Detención ilegal.** Art. 184, 1º. **Abusos deshonestos.** Propósito libidinoso. **Malos tratos.** Falta. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986 (2ª).*
108. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. Delito continuado. **Hurto.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986 (2ª).*
109. **Lesiones.** Atenuante muy cualificada de preterintencionalidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986 (2ª).*
110. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986.*
111. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986.*
112. **Robo con intimidación.** Atenuante de minoría de edad. Agravantes de reincidencia y disfraz. *Sentencia de 24 de Febrero de 1986.*
113. **Estafa.** Delito continuado. **Falsificación de documento mercantil.** Elementos. *Sentencia de 25 de Febrero de 1986.*
114. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Febrero de 1986 (2ª).*
115. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Febrero.*
116. **Robo con violencia.** "Tirón". *Sentencia de 27 de Febrero de 1986.*
117. **Salud pública.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Febrero de 1986.*

118. **Falsedad en documento privado.** Firma del documento ocultando un dato esencial, causando perjuicio a tercero. **Cheque en descubierto.** *Sentencia de 27 de Febrero de 1986.*
119. **Falsificación de documentos mercantiles.** Delito continuado. Agravante de abuso de confianza. *Sentencia de 27 de Febrero de 1986.*
120. **Robo con intimidación.** *Sentencia de 27 de Febrero de 1986.*
121. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1986 (2ª).*
122. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1986 (2ª).*
123. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 1 de Marzo de 1986.*
124. **Receptación.** Delito continuado. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 3 de Marzo de 1986 (2ª).*
125. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Marzo de 1986 (2ª).*
126. **Quebrantamiento de condena con intimidación. Atentado. Lesiones.** Falta. **Detención ilegal. Tenencia ilícita de armas de fuego.** Agravante de reincidencia. **Robo con intimidación y uso de armas.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 4 de Marzo de 1986.*
127. **Falta de orden público.** *Sentencia de 5 de Marzo de 1986.*
128. **Falsedad en documento público. Estafa.** Elementos. *Sentencia de 5 de Marzo de 1986.*
129. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos con resultado de muerte.** *Sentencia de 6 de Marzo de 1986.*
130. **Tenencia ilícita de armas.** Alteración del número de fábrica. *Sentencia de 6 de Marzo de 1986 (2ª).*
131. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia.**

- Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1986.*
132. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia; aprovechamiento. *Sentencia de 8 de Marzo de 1986 (2ª).*
 133. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. *Sentencia de 8 de Marzo de 1986 (2ª).*
 134. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Marzo de 1986 (2ª).*
 135. **Falsificación de documento de identidad.** Elementos. *Sentencia de 9 de Marzo de 1986.*
 136. **Robo con fuerza en las cosas.** Se ignora el autor del hecho. *Sentencia de 10 de Marzo de 1986.*
 137. **Falsificación de documento mercantil.** Delito continuado. Concurso ideal. **Estafa.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Marzo de 1986 (2ª).*
 138. **Robo con intimidación en las personas.** Empleo de armas. Frustración. Atenuante analógica de enajenación mental y agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Marzo de 1986 (2ª).*
 139. **Utilización ilegítima de vehículo de motor** con empleo de fuerza. *Sentencia de 12 de Marzo de 1986.*
 140. **Salud pública.** Transporte con finalidad de venta. *Sentencia de 12 de Marzo de 1986.*
 141. **Robo con intimidación y uso de armas. Atentado.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*
 142. **Robo con violencia.** Frustración. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*
 143. **Robo con intimidación.** No se acredita la conducta delictiva del procesado. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*
 144. **Robo con intimidación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*

145. **Robo con fuerzas en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*
146. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Cantidad de notoria importancia. *Sentencia de 13 de Marzo de 1986.*
147. **Robo con fuerza en las cosas.** Rotura del cristal de la ventanilla de un coche. *Sentencia de 14 de Marzo de 1986.*
148. **Robo con intimidación y uso de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor. Imprudencia con resultado de lesiones y daños.** Daños. Eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 14 de Marzo de 1986.*
149. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 15 de Marzo de 1986.*
150. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 15 de Marzo de 1986 (2ª).*
151. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Marzo de 1986 (2ª).*
152. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Marzo de 1986 (2ª).*
153. **Robo con violencia en las personas.** Art. 501-5. *Sentencia de 17 de Marzo de 1986 (2ª).*
154. **Robo con violencia en las personas. Hurto. Falta. Resistencia a los agentes de la autoridad.** Art. 237. Agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 17 de Marzo de 1986 (2ª).*
155. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1986 (2ª).*
156. **Robo con violencia.** Art. 501,5 y 512. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** *Sentencia de 17 de Marzo de 1986.*
157. **Salud pública.** Cantidad de notoria importancia. *Sentencia de 18 de Marzo de 1986 (2ª).*
158. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante genérica

- análoga del nº 10 del artículo 9 en relación con el nº1 del mismo y del 8º. **Tenencia ilícita de armas de fuego.** *Sentencia de 18 de Marzo de 1986 (2ª).*
159. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Marzo de 1986.*
160. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Marzo de 1986.*
161. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1986.*
162. **Receptación.** Delito continuado. *Sentencia de 21 de Marzo de 1986.*
163. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1986 (2ª).*
164. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Penetración a través de ventana. Agravante de reincidencia. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 21 de Marzo de 1986 (2ª).*
165. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Llaves legítimas sustraídas al propietario. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 22 de Marzo de 1986 (2ª).*
166. **Robo y omisión de placas de matrícula.** No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 22 de Marzo de 1986 (2ª).*
167. **Atentado a agentes de la autoridad.** Elementos. **Lesiones.** Falta. Atenuante analógica de drogadicción. *Sentencia de 25 de Marzo de 1986 (2ª).*
168. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 25 de Marzo de 1986.*
169. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Marzo de 1986.*
170. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. *Sentencia de 3 de Abril de 1986.*
171. **Falsificación de documento privado.** Elementos. **Estafa.** Requisitos. *Sentencia de 3 de Abril de 1986.*

172. **Falta contra las personas.** Art. 582. *Sentencia de 3 de Abril de 1986 (2ª).*
173. **Insultos a agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 4 de Abril de 1986(2ª).*
174. **Injurias leves** hechas por escrito y con publicidad. Elementos. *Sentencia de 4 de Abril de 1986.*
175. **Imprudencia temeraria.** Bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que de mediar malicia constituiría un delito de lesiones. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 5 de Abril de 1986 (2ª).*
176. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". Destino distinto al fin encomendado. *Sentencia de 7 de Abril de 1986 (2ª).*
177. **Malversación de caudales públicos.** Art. 399. Quebrantamiento de depósito. Requisitos. *Sentencia de 7 de Abril de 1986 (2ª).*
178. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 8 de Abril de 1986 (2ª).*
179. **Salud pública. Receptación.** Delito continuado. *Sentencia de 8 de Abril de 1986 (2ª).*
180. **Robo con violencia.** Uso de armas. *Sentencia de 8 de Abril de 1986.*
181. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Abril de 1986.*
182. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico; cantidad de notoria importancia. *Sentencia de 8 de Abril de 1986.*
183. **Robo con violencia en las personas y resultado de lesiones leves.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Abril de 1986.*
184. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 9 de Abril de 1986.*
185. **Receptación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Abril de 1986.*
186. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Total falta de pruebas. *Sentencia de 11 de Abril de 1986.*

187. **Receptación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Abril de 1986.*
188. **Robo con violencia en las personas con resultado de lesiones.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Abril de 1986.*
189. **Uso de documento oficial falso.** Art. 304. Elementos objetivo y subjetivo. *Sentencia de 11 de Abril de 1986.*
190. **Falsedad en documento mercantil.** Art. 303. Elementos. **Estafa.** Falta. Frustración. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 11 de Abril de 1986 (2ª).*
191. **Falsificación de documentos mercantiles.** Delito continuado. **Estafa.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Abril de 1986 (2ª).*
192. **Robo con fuerza en las cosas.** Acuerdo previo; forzamiento de puerta. *Sentencia de 12 de Abril de 1986. (2ª).*
193. **Homicidio.** Frustración. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 12 de Abril de 1986. (2ª).*
194. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 12 de Abril de 1986.*
195. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Tirón de bolso. *Sentencia de 12 de Abril de 1986.*
196. **Robo con violencia en las personas.** Asalto a transeunte. *Sentencia de 14 de Abril de 1986.*
197. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. *Sentencia de 14 de Abril de 1986.*
198. **Robo con violencia en las personas con resultado de lesiones leves.** *Sentencia de 14 de Abril de 1986.*
199. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1986.*
200. **Usurpación de funciones.** Art. 320. Fingir ser autoridad. Análisis de los elementos del tipo. *Sentencia de 14 de Abril de 1986.**

201. **Imprudencia temeraria con resultado de muerte.** *Sentencia de 15 de Abril de 1986.*
202. **Robo con fuerza en las cosas. Atentado. Desacato. Lesiones.** Falta. Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1986.*
203. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo y minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 15 de Abril de 1986 (2ª).*
204. **Contrabando.** Ausencia de conducta típica por ser la valoración inferior a un millón de pesetas. *Sentencia de 16 de Abril de 1986.*
205. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante muy cualificada de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 16 de Abril de 1986.*
206. **Robo con fuerza en las cosas.** Entrada por ventana. *Sentencia de 17 de Abril de 1986.*
207. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Abril de 1986.*
208. **Salud pública.** Posesión para el tráfico. *Sentencia de 18 de Abril de 1986.*
209. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 18 de Abril de 1986.*
210. **Robo con violencia en las personas.** Tirón de bolso. *Sentencia de 18 de Abril de 1986 (2ª).*
211. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Abril de 1986 (2ª).*
212. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 19 de Abril de 1986 (2ª).*
213. **Robo con fuerza en las cosas.** Especial gravedad. Agravante de reincidencia. **Tenencia ilícita de armas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Abril de 1986 (2ª).*

214. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Abril de 1986 (2ª).*
215. **Salud pública.** Posesión para el tráfico. *Sentencia de 21 de Abril de 1986.*
216. **Robo con violencia.** Art. 501-5. Asalto a transeunte. *Sentencia de 21 de Abril de 1986.*
217. **Parricidio.** -Muerte del marido-. Atenuante de arrebató como muy cualificada. *Sentencia de 22 de Abril de 1986 (2ª).**
218. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Abril de 1986 (2º).*
219. **Receptación.** Hurto como delito precedente. *Sentencia de 23 de Abril de 1986.*
220. **Escándalo público.** Masturbación en la vía pública. *Sentencia de 23 de Abril de 1986.*
221. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón". *Sentencia de 24 de Abril de 1986.*
222. **Hurto. Sustitución de placas de matrícula.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Abril de 1986.*
223. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Abril de 1986 (2ª).*
224. **Receptación.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Abril de 1986 (2ª).*
225. **Robo con intimidación.** Asalto a transeunte. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*
226. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*
227. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. **Robo con intimidación y uso de armas.** Agravante de reincidencia y de disfraz. **Tenencia ilícita de armas de fuego.** Agravante de reincidencia. **Imprudencia temeraria con re-**

- sultado de daños.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Abril de 1986.*
228. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y forzamiento de puerta. *Sentencia de 26 de Abril de 1986.*
229. **Robo con lesiones graves.** Atenuante analógica con la de trastorno mental transitorio incompleto y agravante de reincidencia. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 26 de Abril de 1986 (2ª).*
230. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 26 de Abril de 1986 (2ª).*
231. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Abril de 1986 (2ª).*
232. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 28 de Abril de 1986 (2ª).*
233. **Lesiones.** Art. 420-3º. "Animus laedendi". *Sentencia de 28 de Abril de 1986 (2ª).*
234. **Daños. Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita el ánimo de lucro. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Abril de 1986 (2ª).*
235. **Salud pública.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*
236. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Hurto.** Falta. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*
237. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*
238. **Tenencia ilícita de armas.** Creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.**
239. **Usurpación de funciones.** Ejercicio como quiropráctico. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*
240. **Robo con violencia e intimidación.** Elementos. *Sentencia de 29 de Abril de 1986.*

241. **Receptación.** Agravante de reincidencia. **Sustitución de placas de matrícula.** Art. 279 bis. Elementos. *Sentencia de 29 de Abril de 1986 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

54

54. CONTRABANDO. Introducción de droga en España con finalidad de tráfico. **Salud pública. Utilización de documento de identidad falso.** Elementos. *Sentencia de 1 de Febrero de 1986 (2ª).*

I

ANTECEDENTES DE HECHO. 1º Se ha probado y así se declara expresamente que el procesado W. J. B., natural de Birmingham (Inglaterra), mayor de edad, sin antecedentes penales en España y condenado en numerosas ocasiones en su país de origen, por distintos delitos, vino desde aquel país a España utilizando un pasaporte a nombre de L., que falsificó en Inglaterra, valiéndose de una carta médica de otra persona y presentando dicho pasaporte falsificado en el aeropuerto de esta ciudad de Palma, así como en el hotel G. P., sito en el Arenal de Palma, en el cual se hospedó desde el día que llegó, el 19 de junio de 1.985, procedente de Londres, viaje en el que introdujo en esta isla la cantidad de 50 gramos de heroína, del tipo "Brown Sugar", de la cual le fue ocupada en la caja fuerte de la habitación del hotel solamente la cantidad de 40'384 gramos, que fue valorada en 726.912 pesetas, que estaba destinada a su venta y distribución en esta isla y parte al consumo propio, habitación del hotel que compartía con otro, heroína que estaba contenida en tres bolsas de plástico, con diez gramos cada una, una cuarta bolsa con dos gramos, una papelina con cinco gramos cada una, una cuarta bolsa con dos gramos, una papelina con cinco gra-

mos y otra de papel aluminio conteniendo cinco gramos más. Asimismo se les intervinieron a los dos ocupantes ciento cuarenta libras esterlinas, depositadas bajo custodia judicial -- folios 11 y 44--. Este procesado fue detenido por el Subgrupo Antidrogas de la Guardia Civil el día 25 de junio de 1.985 y el día 27, siguiente, reconocido por un médico forense, se le apareció síndrome de abstinencia a la heroína de carácter leve y por el mismo se indicó que podía ser conveniente tratamiento médico, pero no era necesario su ingreso en clínica, ingresando en prisión el mismo día 27 en cuya situación se encuentra.

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de A) Un delito de contrabando contra los artículos 1º-1, 4 y 3º, 1º y 2º de la Ley Orgánica 7 de 1.982; B) un delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal; C) dos de utilización de documento de identidad falso del artículo 310 párrafo 1º del Código Penal en relación con el artículo 309 del mismo Código Penal; del que conceptuó autor al procesado W. J. B. de uno del A), B) y uno de los del C), con la concurrencia en cuanto al del B) y por la aplicación del párrafo último del artículo 344, la agravante 15 del artículo 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquél la pena de, por el del A) tres años de prisión menor y multa de 750.000 pesetas con arresto sustitutorio, por el B) cinco años de prisión menor y multa de 100.000 pesetas con arresto sustitutorio que se señale en caso de impago y por el del C) multa de 60.000 pesetas con arresto sustitutorio que se fije, caso impago, accesorias del artículo 47 y costas.

3º La defensa en igual trámite estimó que el único hecho imputable al procesado es del delito de utilización de documento de identidad falso definido en la calificación fiscal, sin la concurrencia de circunstancias, procediendo imponerle por ello una multa de 60.000 pesetas.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1º Los hechos que se declaran probados, tras el análisis de las pruebas practicadas, en conciencia por esta Sala, como son las circunstancias personales y entorno social del procesado, las declaraciones obrantes en los autos, el resultado del juicio oral, forma de encontrarse distribuida la heroína y antecedentes del mismo, son integrantes de los siguientes delitos: a) Un delito de contrabando previsto y penado en los artículos 1º, número 1, apartado cuarto, en relación con el número 3, circunstancia primera y artículo 3º, números uno y dos, porque, como sostiene la S.T.S. 25 de septiembre de 1.985, el procesado introdujo en España la sustancia intervenida --50 gramos de heroína-- no con fines de autoconsumo, lo que sería impune, sino que, tal como se fijó en la narración de hechos, en parte para consumo y en parte para distribución y venta, en proporciones que no ha podido determinarse; pero que si se tiene en cuenta el cúmulo de circunstancias objetivas concurrentes en este caso, se puede llegar con seguridad a concluir que la mayor parte era destinada al tráfico, tanto por el valor de la misma, lo mínimo reconocido por el procesado en el acto del juicio oral y ya antes en el sumario más de 900.000 pesetas lo introducido y 726.912 lo ocupado --40,380 gramos--, como por la falta de medios de subsistencia suficientes, como de medios de trabajo en este país, sin que se le apreciase por otra parte, al mismo, más que un síndrome de abstinencia a la heroína de carácter leve, a los dos días de su detención, sin que al ser reconocido por un médico forense se estimase precisa otra cosa más que un tratamiento médico, pero no su ingreso en clínica y dada la naturaleza de la sustancia indicada y su entrada en España, con (margen) digo, mengua de la renta de Aduanas, no cabe absolver, como se pretende por la defensa al mismo de este delito. b) Un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 344, párrafo primero del Código Penal y referido a sustancia que causa grave daño a la salud pública -- droga dura-- que se comete por cualquiera de los actos que constituyen el ciclo económico

de producción y comercialización, previos al consumo, en el tráfico de drogas, como precisan los verbos típicos empleados de cultivo, fabricación... o relativos al transporte, tenencia para la venta (sobre cuya intención ya se razonó en el apartado anterior) o a facilitar su distribución o venta, con independencia del lucro, dada su naturaleza de delito de peligro en el que basta la posibilidad de un resultado lesivo para la comunidad para estimarlo consumado y la heroína, como estupefaciente que es y productora de reacciones emocionales, con su atenuación de temores, liberación de preocupaciones y estado de inactividad que se parece al estupor, es la droga de aquella naturaleza más usada por los drogodependientes con todas las consecuencias que ello trae consigo, sustancia incluida en la Lista I de la Convención de 1.961 y Convención Unica de 1.981, recogida en España en la Orden de 11 de marzo de 1.981. c) Un delito de utilización de documentos de identidad falso, previsto y penado en el artículo 310, párrafo 1º, en relación con el artículo 309 del Código Penal, cuya conformidad prestó la propia defensa del procesado.

2º Como recuerda aquella sentencia antes citada de 25 de septiembre de 1.985, cuando los hechos, como aquí ocurre, merecen este doble encaje legal, en el Código Penal y en la Ley de Contrabando de 1.982, se está en presencia del concurso ideal de delitos, acumulándose y compatibilizándose las dos infracciones delictivas y sus penas de acuerdo con el artículo 71 del Código Penal, por lo que en aras al menor perjuicio para el procesado, procede penar separadamente ambas conductas.

3º No es de apreciar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, pese a la petición fiscal de reincidencia en el delito contra la salud pública, al no constar la sanción ejecutoria del tribunal extranjero invocada en su apoyo por el mismo, por lo que, al no apreciarse en ninguna de las conductas tipificadas e imputadas al procesado procede fijar las penas de acuerdo con el artículo 61-4º.

4º Que en orden a la responsabilidad civil, le corresponde al procesado a consecuencia de su responsabilidad criminal, viniendo, además, obligado al pago de las costas, afectándose e importe de las libras esterlinas al pago de responsabilidades civiles.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

Ha decidido: condenar a W. J. B. en concepto de autor responsable de los siguientes delitos; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: 1) Un delito de contrabando a una pena de seis meses de arresto mayor y a una multa de setecientos veintisiete pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas impagadas, con un tope máximo de ciento ochenta días; 2) Un delito contra la salud pública a una pena de un año y un mes de prisión menor y a una pena de multa de treinta mil pesetas con arresto sustitutorio de treinta días, caso de impago; 3) Un delito de utilización de documento de identidad falso a una pena de multa de treinta mil pesetas con arresto sustitutorio de treinta días, caso de impago. Y, en los tres delitos, a las accesorias de suspensión de todo cago público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas correspondientes. Se le abona, para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa y se afecta el importe de las libras intervenidas al pago de responsabilidades civiles (140 libras esterlinas), folios 11 y 44, y se aprueba el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente al procesado con la culpidad de sin perjuicio que contiene. Firme que sea la sentencia, previa unión de la fotocopia del pasaporte falso del folio 24, entréguese éste con oficio en el Consulado de Inglaterra de ésta, interesando acuse de recibo. (Ponente: D. Alvaro Blanco Alvarez).

81. **LESIONES.** Falta. Cosa juzgada. *Sentencia de 12 de Febrero de 1986.*

ANTECEDENTES DE HECHO. I. El Tribunal declara como expresamente probado que el acusado A. R. S., cuyas circunstancias personales han quedado consignadas, sobre la 1'45 horas del 22 de febrero del 1.985 sostuvo una fuerte discusión en la Discoteca "K", de P.N. con el propietario de la misma A. H., en el curso de la cual, cogiendo un cenicero de cristal que había sobre el mostrador, le golpeó por dos veces en la cabeza causándole heridas que tardaron quince días en sanar, habiéndole quedado al perjudicado dos cicatrices en occipital y frontal de 10 y 7 centímetros respectivamente, absolutamente imperceptibles.

II. Por estos mismos hechos, el acusado fué juzgado en Distrito nº Dos de Palma, habiendo recaído sentencia, ya firme, en fecha 3 de septiembre de 1.985, por la que se le condenaba, como autor de una falta de lesiones, a la pena de 15 días de arresto menor, pago de costas y a indemnizar a A. H. en 30.000' pesetas por las lesiones y 20.000' pesetas por las secuelas.

III. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 420 nº 3º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquel la pena de un año de prisión menor, accesorias e indemnización de doscientas mil pesetas al perjudicado y costas.

IV. La defensa en igual trámite, alegó la excepción de cosa juzgada e impetró la libre absolución del acusado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Ante todo es preciso dejar sentado que el Tribunal puede y debe entrar a analizar los hechos expuestos, en la medida en que por el Ministerio Fiscal se califican como delito y ello pese a la sentencia recaída sobre los mismos que los califica como falta. El Tribunal Supremo viene repitiendo que para que se dé la figura de la cosa juzgada, amén de los requisitos genéricos y en lo que ahora aquí interesa, es necesario que el Juez que ha dictado la primera sentencia sea competente objetiva y materialmente (así sentencias de 28 de enero de 1.980, 2 y 4 de febrero de 1.981, etc.), lo que no se daría si aquellos hechos configuraran un evento delictivo. Esta doctrina, por demás peligrosa en cuanto pueda suponer una cuña contra la seguridad jurídica y una quiebra a la firmeza de las sentencias dictadas en instancias inferiores, tiene hoy su plasmación normativa en el artículo 238-1º de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y permite la revisión de unos hechos ya definitivamente sentenciados, cuando lo han sido por Juez manifiestamente incompetente funcionalmente.

II. Ahora bien, pese a lo anterior, este Tribunal entiende que, en atención a las pruebas practicadas en autos, la calificación correcta es la de falta de lesiones y siendo así debe operar el principio de la cosa juzgada. Si de la investigación sumarial se deducía que las lesiones causadas a A. H. tardaron en curar 25 días habiéndole quedado dos cicatrices, de 10 y 7 centímetros, que imponía la tipificación del artículo 420 n° 3° del Código Penal, por la deformidad; por el contrario, tras el juicio oral, donde la Sala pudo "de visu" percatarse perfectamente de lo invisible de tales secuelas y escuchar que el propio perjudicado manifestaba que tardó en sanar de 12 a 15 días, el principio "in dubio pro reo" impone necesariamente la configuración legal más benigna y, en su consecuencia, el mantener la condena del hoy acusado o producida en el Juzgado de Distrito.

FALLO: Debemos Absolver y absolvemos al procesado A. R. S., del delito de lesiones del que venía acusado y, estimando asimismo la excepción de cosa juzgada, la absolvemos también de la falta de lesiones cometida, declarando de oficio las costas causadas y ordenando el levantamiento de cuantas medias se hubieren tomado contra el mismo en esta causa. (Ponente: D. Guillermo Vidal Andaen).

200

200. USURPACION DE FUNCIONES. Art. 320. Fingir ser autoridad. Análisis de los elementos del tipo. *Sentencia de 14 de Abril de 1986.*

ANTECEDENTES DE HECHO I. Probado y así expresamente se declara: El procesado E. H. C., en unión de otra persona no identificada el día 12 de Julio de 1983, sobre las 8'15 horas se dirigieron al local de la entidad "A. M." sito en la Plaza V. C. n° 2 de esta ciudad, donde abordaron al empleado de la misma, P. L. C., al que manifestaron ser policías, exhibiendo uno de ellos una placa de metal, retirada de inmediato, sometién-dole en base a la fingida condición de agente de la Autoridad, a un interrogatorio sobre el destino dado a un paquete que debió ser hallado por operarios de la firma días antes al proceder a la reparación del ascensor del inmueble sito en la calle C. C. H. n° 1 de Palma, que el procesado tenía depositado sobre el techo de la cabina del ascensor, consistente en 430 gramos de clorhidrato de lidocaína, producto que refuerza los efectos anastésicos de ciertas sustancias tóxicas, y que había sido retirado por un empleado de dicha entidad. Ante dicho resultado persistiendo en la averiguación del lugar que se encontraba la lidocaína, se presentó en las oficinas de ascensores M., donde se identificó como policía que gestionaba la búsqueda de sustancias tóxicas y se dirigió al director-gerente, J. G. F., al que expuso su pretensión de ayuda, como agente de la autoridad, interesándose nuevamente por el paquete,

abandonando el local, al apercibirse que se había dado aviso de su presencia, que se hizo sospechosa, a la comisaría de Policía.

II. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de usurpación de funciones del Art. 320 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado E.H.C., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, accesorias del artº. correspondiente y costas.

III. El Letrado defensor en igual trámite negó el carácter delictivo al comportamiento de su patrocinado en sus relaciones personales con el director y empleados de una empresa de ascensores, con los que dialogó, sin ejercer actividad típica de los agentes de policía, quedando vacía de contenido típico de este delito su acción por lo que solicitó su libre absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: I. Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de usurpación de funciones del art. 320 del Código Penal, caracterizado -dice el Tribunal Supremo- por el ejercicio de actos propios de una autoridad, atribuyéndose carácter oficial, exigiendo la concurrencia de requisitos subjetivos, asumir el carácter de autoridad sin estar legitimado para ello, y objetivos realizando actos propios de autoridad falsamente invocada, en los que están incluidos los comprendidos en la disposición legal o reglamentaria, sino también los comprendidos en la línea general o en el contexto de las atribuciones conferidas a la Autoridad, siempre que sean susceptibles de inducir a error a las personas ante las que se invoca (S. 9 abril 1984); aplicada esta doctrina al caso presente que varias personas reconocieron en rueda de detenidos al acusado afirman rotundamente como éste para conseguir fines de recobrar un objeto perdido y cualquiera fuera (Sent. 18 Junio 1975) se atribuyó el carácter de policía, exhibiendo su supuesta placa para conseguir recuperar la cosa perdida, sometiénolas a un interrogatorio para lograr su cooperación, posición mantenida con toda firmeza en la diligencia de careo, por los testigos, mientras que el otro, o sea el dueño de la compañía de ascensores igualmente coincide, que fue abordado por el acusado, haciéndole preguntas, previo atribuirse ser policía, para recuperar la sustancia que había extraviado, obteniendo por esta vía resultados que sin duda no habría logrado de no invocar su falsa condición de agente de la autoridad, y estas claras conminaciones personales (a personas), en momentos diferentes, integran la figura delictiva examinada, que la mera negativa del procesado no puede destruir, ya que la coincidencia en todas las circunstancias, lugar, hora y motivación dada por los sujetos pasivos de aquella acción, son suficientes para formar la convicción judicial sobre la realidad de lo ocurrido y hace procedente la condena por el delito que viene acusado.

II. Es responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de usurpación de funciones el procesado E.H.C.

III. No es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal.

IV. Los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado E.H.C. en concepto de autor responsable de un delito de usurpación de funciones sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de un año de prisión menor a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante la

condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: D. Juan Pascual Salvá).

217

217. PARRICIDIO. -Muerte del marido-. Atenuante de arrebató como muy cualificada. *Sentencia de 22 de Abril de 1986 (2ª).*

ANTECEDENTES DE HECHO. 1º Se declara probado que A.V.CH. mayor de edad y sin antecedentes penales, casada con A.CH.P., con quien convivía en F., con ocasión de haberse despertado, siendo alrededor de las 6.30 horas del día 18 de febrero de 1.985, y haberse desveñado, al igual que su marido, con quien dormía, y a raíz de haberse iniciado una discusión que discurrió primeramente por cauces verbales, y habiéndose agriado pronto esa discusión, se enzarzó con su esposo y forcejeó con el mismo, cayendo ambos al suelo durante tal forcejeo, en medio del cual resultó roto el mármol de una de las mesitas de noche así como una botella de cristal existente encima del tocador, y en un determinado momento, en el calor de la riña, hallándose A.V.CH. parcialmente ofuscada y fuera de sí, y prevaliéndose del mayor vigor físico que tenía respecto de su marido, persona enferma desde hacía algunos años por razón de tuberculosis, cogió uno de los trozos de mármol que había por el suelo y golpeó varias veces en la cabeza a su cónyuge, hasta que lo dejó inconsciente, perdiendo seguidamente la vida. Dicha riña duró aproximadamente media hora.

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de parricidio del artículo 405 del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada A.V.CH., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquélla la pena de veintitrés años, cuatro años y un día de reclusión mayor, accesorias e indemnización de dos millones de pesetas a los herederos de A.CH.R. y costas.

3º La defensa, en igual trámite, entendió que los hechos acaecidos podían resumirse del siguiente modo: "sobre las 6.30 horas del día 13 de febrero de 1.985, A.V. digo, CH.P., tras insultar a su esposa la procesada A.V.CH., la atacó con ánimo de matarla. Después de resistir durante más de media hora los incesantes acometimientos de su esposo, la procesada, sin otra alternativa, repelió el ataque produciéndose la muerte de A.CH.P.". Y estimó que estos hechos, así calificados, no eran constitutivos de delito alguno, por entender

concurrente la circunstancia eximente de legítima defensa del artículo 8.4 del Código Penal, solicitando la absolución de la acusada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1º Los hechos declarados probados se configuran jurídicamente como constitutivos de un delito de parricidio del artículo 405 del Código Penal, dadas las relaciones conyugales existentes entre los sujetos activo y pasivo de los hechos. Por la defensa se propone la apreciación de una causa de justificación cual es la de legítima defensa propia (artículo 8.4 del Código Penal), alegando que no hizo la acusada sino defenderse de una agresión continuada de su marido, valiéndose del único medio de que disponía en aquel momento para solventar la situación enfrentada entre ellos existente. Pero una pretensión así es inadmisibles si se tiene presente, por un lado, que entre los cónyuges hubo una situación de riña mutuamente aceptada: iniciado todo a raíz de una discusión verbal, y degenerando esa discusión en agresiones recíprocas y forcejeos, enzarándose en lo que comúnmente se como una riña, aceptándola como tal ambos contendientes, es visto que, de conformidad con reiteradísima doctrina (jurisdiccional) digo, jurisprudencial, no es factible admitir un supuesto defensivo como el patrocinado por la defensa. Pero, por otro lado, no puede aceptarse que existiese proporcionalidad en el proceder de la acusada, máxime si se tiene presente, y así quedó evidenciado durante el acto de la vista oral, que la corpulencia y el vigor físico de la procesada era superior al de su esposo, con lo que bien pudo haber adoptado un comportamiento más pacificador y haber evitado que las cosas llegasen al punto luctuoso que es ahora objeto de enjuiciamiento. No hay, por consiguiente, posibilidad alguna para introducir un supuesto defensivo beneficioso para la acusada, dadas las concretas circunstancias en que los hechos tuvieron lugar.

2º Es jurídicamente responsable en concepto de autora la acusada A. V. CH., de acuerdo con el artículo 14.1 del Código Penal, al haber ejecutado los hechos libre y voluntariamente, de un modo personal y directo.

3º Aunque la imputabilidad de la acusada debe ser considerada como normal, y para comprobar este extremo basta con entender a los dictámenes médicos obrantes en la causa, ha quedado acreditado también que no se hallaba ella en estado psicológico normal durante aquella época y que esto pudo haber propiciado una reacción tan virulenta en la acusada en el curso de la riña que mantenía con su esposo, hasta el punto de golpearle repetidamente en la cabeza y ocasionarle así la muerte. En efecto, dadas las manifestaciones, muy ecuanímes, de su hijo y de su nuera, indicativas de que en los últimos tiempos inmediatamente anteriores a los hechos no siempre actuaba la acusada con total normalidad, diciendo palabras o expresiones extrañas o incongruentes, hallándose especialmente nerviosa por lo que ella consideraba problemas de relaciones familiares, es admisible entender que durante el curso de la riña, que se prolongó aproximadamente durante una media hora, fue progresivamente excitándose, hasta el punto de llegar a un estado de ofuscamiento o de arrebato que le hicieron perder en parte la conciencia de la realidad. Es así aplicable en el presente caso un supuesto atenuatorio basado en el fuerte componente pasional que caracterizó su proceder en el momento de agredir letalmente a su marido (artículo 9.8 del Código Penal); y tal circunstancia atenuante debe ser apreciada en el presente caso como muy cualificada, si se tienen presentes las circunstancias personales acabadas de aludir y las que rodearon la riña con su esposo, todo esto de acuerdo con lo que dispone el artículo 61.5 de dicho Código, que autoriza a rebajar la penalidad imponible en uno o dos grados.

4º Los responsables criminales de un delito lo son también civilmente y vienen obligados al pago de las costas causadas por ser imperativo legal.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

Ha decidido: Condenar a A. V. CH. como autora responsable de un delito de parricidio, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de arrebató, reputada como muy calificada, a la pena de quince años de reclusión menor. Por vía de responsabilidad civil indemnizará a los herederos de A. CH. P. en la suma de dos millones de pesetas y al pago de las costas procesales causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicha encartada con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: D. Carlos Climent Durán).

238

238. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Creencia errónea e inventible de estar obrando lícitamente. *Sentencia de 28 de Abril de 1986.*

ANTECEDENTES DE HECHO. 1. Son hechos probados los que a continuación se expresan: El día 9 de junio de 1.985 fue intervenida en el domicilio de la procesada R. L. F., ya circunstanciada precedentemente, una pistola semi-automática, marca Walther, calibre 22, con una bala en la recámara, así como un cargador con ocho cartuchos del mismo calibre, arma que se encontraba en perfecto estado de funcionamiento y uso, sin que la procesada estuviese en posesión de las correspondientes licencia y guía oportunas.

La citada pistola pertenecía en propiedad al también ciudadano austríaco E. P., quien la había entregado para su custodia temporal, exhibiendo la documentación que la amparaba, a la procesada, que se hallaba erróneamente en la creencia, por dichas circunstancias, de que con ello no infringía ninguna disposición legal.

2. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 254 del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada R. L. F., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquélla la pena de un año de prisión menor, accesorias del artículo correspondiente y costas.

3. La defensa en igual trámite, negó los hechos imputados por el Ministerio Fiscal a su defendida, conceptuándolos como no constitutivos de delito ni de infracción alguna, por lo que solicitó su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1. La tesis de la defensa, sostenida "in voce" en el acto de la vista, consiste fundamentalmente en afirmar la ausencia de dolo o culpa en el actuar de su representada y que estaba en la firme y plena convicción de la licitud de su conducta, dadas las circunstancias que rodearon el caso. Tal planteamiento sitúa la cuestión en

torno a la denominada teoría del error de prohibición legalmente regulada por primera vez en el art. 6 bis) del Código penal introducido en el primer texto punitivo en virtud de la reforma operada por la L.O. 8/1983 de 25 de junio que, con ésta y otras disposiciones, robustece la exigencia de la culpabilidad como elemento constitutivo del delito.

El delito de tenencia ilícita de armas no está exceptuado de las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad y, en coherencia con este principio, la doctrina del Tribunal Supremo viene exigiendo que el sujeto conozca la significación antijurídica de su acción (sentencias de 25 de febrero, 23 de marzo, 25 de octubre y 2 y 26 de noviembre de 1982; 26 de mayo, 9 de junio y 10 de noviembre de 1983; 22 de mayo de 1984 y 8 de mayo de 1985). Es cierto también que la jurisprudencia, analizando la doctrina del error en relación con el delito objeto de acusación proclama que "el pretendido error de derecho o de prohibición sobre la necesidad de licencia y guía para la tenencia de arma de fuego, no puede producir efecto excusante, por ser reconocida y notoria la ilicitud de tal conducta, que se halla, por otra parte, en contradicción con el principio jurídico de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, sobre todo si se trata de leyes penales o disposiciones legales que alcanzan tan rango por resultar necesarias para integrar una norma en blanco o un tipo penal", como sucede en el presente caso (sentencia de 3 de noviembre de 1983), solución que lo mismo es aplicable a los nacionales que a los extranjeros.

La solución inculpativa de tal conducta, a la luz de lo anteriormente expuesto, resultaría, en consecuencia, obvia, si se detuviese ante aquel planteamiento, mas la cuestión que ahora se contempla claramente lo supera y trasciende, pues no se trata de la simple alegación de ignorancia sobre la necesidad de licencia y guía para la tenencia de un arma de fuego, sino que partiendo de tal conocimiento el tema reside en resolver acerca de la relevancia o no del alegado error, no sobre aquellos requisitos, sino sobre el sentido antijurídico de la conducta desplegada por el sujeto que conserva en su poder un arma, con la finalidad de simple custodia temporal, propiedad de un tercero legalmente habilitado y en la creencia afirmada de su estricta licitud.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1984 señala que "el error sólo debe entenderse verosímil y hasta verdadero cuando los actos exteriorizativos así lo demuestran y cuando, tras el estudio de todas las circunstancias concurrentes en el caso, se entienda que cualquier persona media y perteneciente al entorno socio-cultural de los protagonistas del suceso hubiera incidido en la misma equivocación". Examinando, por tanto, la personalidad de la procesada y las circunstancias del suceso enjuiciado, se concluye que nos hallamos en presencia de una ciudadana austríaca, a la que no por ello se le exime de que pueda o deba conocer la necesidad de estar en posesión de las oportunas licencia de armas y guía de pertenencia, y a quien un amigo, también austríaco, le hace entrega de una pistola con la única y exclusiva finalidad de que la custodie durante un espacio de tiempo que coincide con el de su ausencia en este país, exhibiéndole una documentación legítima que le autoriza a poseerla descartando, de este modo, los posibles recelos que pudiera tener sobre la licitud de su conducta. Todas estas circunstancias mueven a este Tribunal a tener por probado que la procesada actuó en la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente, lo cual, a tenor del art. 6 bis a) del Código Penal excluye su responsabilidad criminal, procediendo, en consecuencia, su libre absolución, declarando de oficio las costas causadas.

En virtud de cuanto antecede,

FALLO: Debemos absolver y absolvemos a la procesada R.L.F., del delito de tenencia ilícita de armas de la que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: D. M. Angel Aguiló Monjo).

C. INDICE ANALITICO.

- Apropiación indebida, 7, 176.
 Atentado a Agentes de la Autoridad, 11, 70, 167.
- Contrabando, 54, 204.
 Cheque en descubierto, 69.
- Daños, 234.
 Detención Ilegal, 107.
- Escándalo público, 56, 220.
 Estafa, 38, 74, 113.
 Falta, 26.
- Falsedad. En documento de identidad, 135.
 En documento mercantil, 34, 44, 60, 66, 119, 137, 150, 190.
 En documento oficial, 37, 55.
 En documento privado, 21, 118, 128, 171.
- Falta contra las personas, 172.
- Homicidio, 16, 193.
 Hurto, 90, 122, 207, 222.
- Injurias leves, 174.
 Imprudencia simple
 Con infracción de reglamentos con resultado de muerte, 100, 129.
 Temeraria, 175.
 Con resultado de muerte, 201.
- Insultos a Agentes de la Autoridad, 173.
- Lesiones, 75, 109, 233.
 Falta, 81.
- Malversación de caudales públicos, 91, 177.
- Orden Público, 127.
- Parricidio, 217.
- Quebrantamiento de condena con intimidación, 126.
- Receptación, 2, 12, 13, 15, 18, 46, 98, 102, 123, 124, 132, 155, 160, 162, 168, 185, 187, 212, 219, 224, 241.
- Robo
 Con fuerza en las cosas, 1, 6, 14, 20, 22, 24, 27, 28, 29, 30, 33, 35, 39, 40, 47, 50, 52, 63, 64, 72, 76, 78, 80, 82, 84, 87, 89, 94, 97, 99, 101, 103, 104, 105, 106, 108, 110, 125, 133, 134, 136, 145, 147, 149, 151, 152, 158, 159, 161, 163, 164, 165, 170, 181, 184, 192, 194, 197, 198, 199, 202, 203, 206, 209, 211, 213, 214, 223, 226, 228, 231, 232.
 Con intimidación, 8, 23, 31, 45, 49, 61, 95, 112, 120, 138.
 Con lesiones graves, 229.
 Con violencia, 3, 4, 10, 48, 51, 53, 57, 59, 62, 65, 73, 77, 93, 96, 114, 116, 142, 153, 154, 156, 180, 183, 188, 196, 205, 210, 216, 218, 221, 230.
 Con violencia e intimidación, 195, 240.
- Robo y omisión de placas de matrícula, 166.

- Salud pública, 9, 19, 25, 32, 36, 41, 43, 58, 67, 68, 71, 83, 85, 86, 111, 117, 140, 146, 157, 169, 178, 179, 182, 208, 215, 235, 237.
- Tenencia ilícita de armas, 5, 88, 121, 130, 238.
- Uso
De Documento mercantil, 42.
De Documento oficial falso, 189.
- Usurpación de funciones, 200, 239.
- Utilización ilegítima de vehículo de motor, 17, 79, 92, 115, 131, 139, 186, 227.

**PUBLICACIONES DE LA FACULTAD
DE DERECHO**

Universidad de Palma de Mallorca

COLECCION ESTADO Y DERECHO

- 1.- Robles Morchón, G.,
Las reglas del derecho y las reglas de los juegos,
Palma de Mallorca 1984.
- 2.- Oliver Araujo, J.,
El recurso de amparo,
Palma de Mallorca 1986.

SERIE ENSAYOS

- 1.- Losano, M.G.,
Introducción a la Informática jurídica,
Palma de Mallorca 1982.
- 2.- García Fernández, M.,
*La terminación del contrato de trabajo por
voluntad del trabajador,*
Palma de Mallorca 1983.
- 3.- Tapia Fernández, I.,
*Las condenas no pecuniarias (Sentencias de dar,
hacer o no hacer),*
Palma de Mallorca 1984.
- 4.- Urbina Tortella, S.,
Ética y Política en Luis Jiménez de Asua,
Palma de Mallorca 1984.
- 5.- García Fernández, M.,
La formación del derecho del trabajo,
Palma de Mallorca 1984.
- 6.- Díaz Lema, J.M.,
Sector energético: Política y Derecho,
Palma de Mallorca 1984.
- 7.- Piña Homs, R.,
*Afonso el Sabio y Ramón Llull
(Su concepción de la justicia y del
orden social)*
Palma de Mallorca 1984.
- 8.- Cavanillas Múgica, S.,
*Responsabilidad civil y protección del
consumidor,*
Palma de Mallorca 1985.
- 9.- Varios,
Drogas: Aspectos jurídicos y médico legales
Palma de Mallorca 1986.



CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"