

abogacía

nº 3/ noviembre 2009



TIRANT LO BLANCH



icamalaga.es

NOVEDADES DOCTRINALES
SECCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL
SECCIÓN DE DERECHO PENAL
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA
SECCIÓN MEDIACIÓN

SECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
SECCIÓN DE DERECHO LABORAL
SECCIÓN EXTRANJERÍA
SECCIÓN PROCESAL
SECCIÓN DE GESTIÓN DE DESPACHOS

abogacía

nº 3/ noviembre 2009

Publicación cuatrimestral

Índice

NOVEDADES DOCTRINALES

SECCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

- Reclamación de perjuicios extra sistema de valoración, *por José Mº de Paül Velasco*..... 7
- La asunción del riesgo en la responsabilidad civil. Particular referencia a las actividades deportivas, *por María Medina Alcoz*..... 47

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

- Acciones penales contra el intercambio de archivos en redes P2P, *por David Bravo Bueno*..... 73
- Reflexiones sobre los delitos contra la ordenación del territorio, *por Francisco de Paula de la Torre García y Alfredo Olmedo Peñaranda* 93

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA

- Cuestiones sobre la titularidad de los bienes gananciales, *por Antonio-Javier Pérez Martín*..... 109

SECCIÓN MEDIACIÓN

- Adolescentes en conflicto. Andalucía y País Vasco: dos visiones de una misma realidad, *por Francisco Javier Alés Sioli*..... 155
- Cuestiones procesales ante la Mediación Familiar Intrajudicial, *por Mercedes Caso Penal* 161

SECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

- La defensa del consumidor en el tráfico mercantil y financiero, *por José María López Jiménez* 169

SECCIÓN DE DERECHO LABORAL

- La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción: concepto y caracteres procedimiento y efectos, *por Francisco Javier Vela Torres* 189

SECCIÓN EXTRANJERÍA

- La problemática de la representación en la LJCA: en particular, en materia de extranjería, *por Lorenzo Pérez Conejo* 207

SECCIÓN DE PROCESAL	
- La reforma de la ley de enjuiciamiento civil, <i>por Antonio Torrecillas</i>	225
- Un estudio sobre la organización y funciones en la oficina judicial, y los procesos judiciales tras la reforma de la Legislación procesal operada por la Ley 13/2009, <i>por Amaya Armaiz Serrano y José Juan Tomás Porter</i>	253
SECCIÓN DE GESTIÓN DE DESPACHOS	
- Los abogados ante la crisis. Métodos de supervivencia, <i>por Miguel Ángel Pérez de la Manga Falcón</i>	281
NOVEDADES JURISPRUDENCIALES	287
NOVEDADES LEGISLATIVAS	329
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	333

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL:
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L.
MAQUETA: PMc Media

sección de responsabilidad civil



Reclamación de perjuicios extra sistema
de valoración

José Manuel de Paúl Velasco

Presidente de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN: LOS PERJUICIOS “EXTRASISTEMA” COMO PERJUICIOS POR DEFINICIÓN INDIRECTOS

El artículo 1.2 de la LRCSCVM¹, cuya redacción permanece inalterada desde su versión original de 1995, indica claramente que el sistema de valoración legal de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de la circulación², que la propia ley contiene en su anexo, se erige con vocación omnicomprensiva; y ello porque el precepto citado viene a señalar que con los criterios indemnizatorios establecidos en dicho sistema se pretende satisfacer “los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales”.

Difícilmente puede formularse una mayor universalidad de principio del daño resarcible: se indemnizan con el sistema legal, o se dice que se indemnizan, tanto los perjuicios propiamente personales (comprensivos expresamente de los daños morales, e implícitamente, por oposición a éstos, del estricto daño biológico) como los perjuicios patrimoniales, éstos en su doble forma de daño emergente y lucro cesante; y se indemnizan sin limitaciones en cuanto a su fecha de aparición y de su previsibilidad, con tal que guarden relación causal con el hecho dañoso³.

Ahora bien: esta proclamada amplitud objetiva del daño resarcible encuentra una contrapartida en la restricción a que se somete el ámbito subjetivo de los perjudicados acreedores a su resarcimiento. Dicha restricción no se encuentra en el articulado de la ley, sino en las normas o criterios generales del sistema legal de valoración contenidas en el apartado primero del anexo; diferencia tónica o sistemática que no tiene otra trascendencia que la crítica de técnica legislativa que pueda merecer, pues también las reglas del anexo, incluida la última nota a pie de página de cualquier tabla, son normas jurídicas con la jerarquía normativa que les atribuye su rango de ley. En concreto, la regla cuarta establece lapidariamente que “tienen la consideración de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente”⁴. Fuera del propio accidentado superviviente y del cónyuge o asimilado, hijos, hermanos y ascendientes del accidentado fallecido, el sistema legal de valoración no reconoce —casi diríamos que, pura y simplemente, no conoce— otros posibles perjudicados por el hecho dañoso de la circulación.

¹ Para escribir una sola vez la interminable denominación oficial de la norma: se trata del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (y modificado por Ley 21/2007, de 11 de julio).

² También esta denominación legal resulta larga hasta la fatiga, lo que contribuye a explicar que en la praxis forense, e incluso en no pocas resoluciones judiciales, el sistema de valoración legal sea motejado como “el Baremo”; designación cuya impropiedad y negativas connotaciones a la hora de interpretarlo y aplicarlo ha denunciado, hasta la saciedad y en vano, MARIANO MEDINA en sus numerosas publicaciones en la materia, de las que más abajo se citan varias.

³ La indemnización de los daños sobrevenidos no previstos en el momento de la cuantificación indemnizatoria se contempla expresamente en la regla novena de las generales del sistema contenidas en el apartado primero del anexo.

⁴ En su momento argumentaré que la taxativa dicción de la norma encuentra una excepción, dentro del propio sistema legal, en el reconocimiento como perjudicados de los familiares próximos del accidentado gran inválido o severamente incapacitado y dependiente.

Poniendo en conexión estas dos elementales observaciones se obtiene una constatación igualmente simple pero fundamental: el sistema legal de valoración en el ámbito automovilístico pretende abarcar la totalidad de daños personales y patrimoniales derivados del hecho causante, pero refiere exclusivamente esos daños a los perjudicados directos: la propia víctima, si sobrevive al accidente o su cónyuge o asimilado y sus más próximos parientes, en caso de muerte de aquella. Los deudos de la víctima fallecida en el accidente son también perjudicados directos, conforme a la tradición jurídica española, que considera que en los casos de fallecimiento el daño resarcible no es la muerte en sí misma, sino el perjuicio que la misma causa a los más próximos allegados del fallecido.

Ahora bien: si el sistema legal, por su propia definición, sirve para resarcir *todos* los daños, y sólo toma en consideración a los perjudicados directos, de ello se sigue un doble corolario. Por un lado, cualesquiera daños que pueda reclamar un perjudicado directo estarán en principio *dentro* del sistema legal; por otro lado, si existe a consecuencia del accidente un perjudicado indirecto que pretenda hacer valer una pretensión resarcitoria, ésta quedará, al menos en principio, siempre extramuros del sistema legal, pues el subsistema normativo automovilístico ni siquiera concibe un perjuicio de ese tipo, con la única excepción que más tarde se analizará. En otras palabras: en buenos términos jurídicos, hablar de la reclamación de perjuicios al margen del sistema legal de valoración es tanto como hablar de perjudicados indirectos.

Al primer golpe de vista, la anterior afirmación puede sorprender, pues inmediatamente surgen ejemplos de perjuicios directos no resarcidos en las tablas del sistema legal; pero a poco que se analicen esos ejemplos, enseguida se comprenderá que se trata en realidad de supuestos en los que el perjuicio en sí está abarcado en el sistema y en los que lo que no está contemplado es, bien la legitimación resarcitoria del perjudicado (caso de los parientes u otros allegados de la víctima fallecida no mencionados o preteridos en la tabla I del sistema), bien el modo en que puede resarcirse la cuantía del perjuicio en el caso concreto (caso de los gastos de asistencia sanitaria posterior a la consolidación de las secuelas, tras la reforma de 2007, o de los perjuicios económicos en cuantía superior a la determinada por la aplicación del correspondiente factor corrector de las tablas II y IV⁵).

En todos los casos mencionados, y en cualesquiera otros ejemplos de perjuicio directo que se puedan imaginar, la amplísima dicción del artículo 1.2 de la Ley no deja lugar a dudas de que se trata de perjuicios contemplados en el sistema legal, y su solución indemnizatoria pasa por la aplicación del propio sistema legal. Para ello podrá acudir a diversos expedientes, como son:

- a) la aplicación analógica de las normas (especialmente fecunda en materia de perjudicados extratabulares por fallecimiento);
- b) el recurso al inciso de la regla general séptima que alude a la “posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”, tomándolo como cláusula prescriptiva y no meramente descriptiva;
- c) el aprovechamiento de la relativa elasticidad de las indemnizaciones complementarias por fallecimiento y por incapacidad permanente, como parece sugerir el Tribunal Constitucional para los perjuicios económicos por encima del factor corrector específico en las senten-

⁵ El problema de los perjuicios económicos por encima del factor corrector no se plantea en las indemnizaciones por incapacidad temporal desde la STC. 181/2000, al menos en los casos de “culpa relevante” del conductor, que son la inmensa mayoría.

cias 222/2004 o 258/2005, y como parece que habrá que hacer con los gastos de asistencia sanitaria posteriores a la consolidación de las secuelas;

d) en último término, acudiendo el órgano judicial a una peligrosa interpretación correctora conforme a la Constitución, amparada por los apartados 1 y 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, partiendo de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 181/2000 y en las posteriores dictadas en su estela.

Pero, en todo caso, en estos supuestos se tratará de perjuicios contemplados dentro del sistema legal y resarcidos conforme a él. Si en definitiva se llega a la conclusión de que un perjuicio directo no puede ser resarcido en la cuantía debida aplicando el sistema legal, por ninguna de las vías expuestas, no quedará otra solución que plantear nuevamente su posible inconstitucionalidad. El sistema legal de valoración en el ámbito automovilístico es cerrado y exhaustivo respecto de los perjuicios contemplados en él, que abarcan todos los conceptos perjudiciales directos concebibles.

II. PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE PERJUDICADOS INDIRECTOS Y EL ALCANCE DE ESTA INTERVENCIÓN

Lo dicho hasta ahora sirve para justificar que si mi intervención ha de versar, según su rúbrica, sobre la posible "reclamación de perjuicios extrasistema de valoración" su objeto hayan de ser, necesariamente, perjuicios indirectos. El concepto de perjuicio indirecto es, sin duda, una de las categorías más resbaladizas con que puede operar el jurista que se dedique al derecho de daños en general y a la responsabilidad civil automovilística en particular. Bajo la denominación de "perjuicios indirectos" pueden entenderse una multitud de consecuencias diferentes del hecho dañoso que son difícilmente reconducibles a una dogmática unitaria, pues se trata de supuestos que no obedecen a un mismo mecanismo causal, no responden a un fundamento común sobre el que decidir su resarcibilidad y reciben un tratamiento positivo dispar, tanto en el ordenamiento interno como en el Derecho comparado, subordinado a la tradición jurídica en la materia de cada país y a la existencia de reglas particulares que disciplinen determinados casos en un sistema concreto.

En términos muy generales, la noción de perjudicados indirectos sólo admite una definición por exclusión. Correspondería esta denominación a todas aquellas personas que, sin ser la víctima del hecho dañoso ni perjudicado directo por su muerte, sufren empero a consecuencia de tal hecho un perjuicio en su esfera moral o patrimonial, derivado de su relación personal o económica con la víctima o con el perjudicado directo por la muerte.

En esta definición he incluido adrede la duplicidad "víctima o perjudicado directo por su muerte" para dejar sentado de antemano que las personas próximas al fallecido y ligadas a él por estrechos vínculos de parentesco, convivencia, afectividad o dependencia económica no forman parte, al menos en el sentido de esta intervención, del universo de los perjudicados indirectos, conforme a lo dicho más arriba. La cuestión de la procedencia de las acciones de resarcimiento de sobrinos, nietos, o novios de la persona fallecida en el accidente, que he abordado en otros lugares⁶, no es, por tanto, objeto de esta ponencia.

⁶ Por todos, "Aproximación a la problemática de los eventuales perjudicados extratabulares por fallecimiento de la víctima en el sistema valorativo de la Ley 30/95", en *V Jornadas de R.C. y S., R. e I.C.A. de Zaragoza*, febrero de 2000 (hay edición en CD-ROM, Zaragoza, 2005).

Para dejar definitivamente delimitado el alcance de esta intervención, conviene también aclarar que, puesto que el enunciado que se me ha propuesto se refiere al sistema legal de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se abordará aquí exclusivamente la problemática de los posibles perjudicados indirectos a consecuencia de daños corporales causados en hechos de la circulación —muerte, lesiones permanentes e incapacidades temporales, en los términos legales—; soslayando los casos en que el perjuicio indirecto deriva de un daño material causado por el hecho dañoso.

Esta segunda acotación deja fuera del ámbito de la ponencia algunos grupos de supuestos de incipiente pero expansivo interés práctico, como son los que la praxis anglosajona denomina *cable cases* (daños sufridos por los usuarios de un servicio telefónico o telemático a consecuencia de la rotura de conducciones por un tercero ajeno a la compañía suministradora del servicio)⁷, o los de merma de retribuciones de trabajadores asalariados derivada de la inutilización del centro de trabajo⁸ o del instrumento del mismo —un taxi, o un camión, por ejemplo— por el hecho negligente de un tercero; supuestos en que, si el evento dañoso constituye un hecho de la circulación, en todo caso el perjuicio indirecto deriva de un daño a la propiedad de la víctima y no a su vida o integridad física.

Hecha esta doble aclaración, fácil es ver que en la sucinta definición general propuesta el concepto de perjudicados indirectos aparece cruzado por una doble línea divisoria, que da origen a cuatro subcategorías: el perjuicio indirecto puede ser moral o patrimonial y puede producirse en casos de supervivencia de la víctima del accidente o de muerte de la misma. Por razones puramente sistemáticas, adoptaremos esta clasificación a la hora de exponer los distintos supuestos concretos que pueden presentarse en el ámbito de estudio que hemos acotado. Pero antes haremos unas consideraciones generales sobre la dificultad que ofrece el resarcimiento de los perjuicios indirectos y sobre las reservas y cautelas con que deben abordarse este tipo de reclamaciones.

⁷ Hasta ahora, en los casos reales de demandas por rotura de cables que se ventilan en la praxis judicial española, es en todo caso la compañía suministradora la que reclama al causante del daño el lucro cesante consistente en los ingresos dejados de obtener a raíz de la interrupción del servicio; lo que obviamente no constituye un perjuicio indirecto. Pero existe al menos el precedente de una reclamación de los usuarios afectados por el corte de comunicaciones, que dio lugar a la sentencia 46/1996, de 29 de enero, de la Sección Cuarta Audiencia de Alicante; si bien en este supuesto los demandantes no actuaron tampoco como perjudicados indirectos, pues no se dirigieron contra el causante del daño (que era desconocido) sino contra la compañía telefónica, que hubo de interrumpirles el servicio para realizar la reparación exigida por el hecho dañoso, pese a lo cual, por cierto, la acción se articuló por responsabilidad extracontractual (obvio es decir que la demanda fue rechazada en ambas instancias).

⁸ La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1986 confirmó la estimación de la demanda de los trabajadores de una empresa por las diferencias retributivas entre lo que hubieran percibido en activo y lo que efectivamente percibieron como prestación por desempleo, como consecuencia de la destrucción de su centro de trabajo a consecuencia de la explosión producida por negligencia en las instalaciones de la empresa contigua y demandada. Se trata de un caso prístino de perjuicio indirecto (el único perjuicio directo era el causado en su propiedad a la sociedad para la que trabajaban los demandantes), pero derivado de un daño material.

III. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA DIFÍCIL RESARCIBILIDAD DE LOS PERJUICIOS INDIRECTOS

En efecto, las pretensiones resarcitorias de los perjudicados indirectos soportan muy mal el contraste con el canon habitual, según el cual el daño indemnizable ha de ser, en términos de la doctrina francesa, "personal, directo y cierto"⁹. Aun supuesto el primer carácter, los otros dos se erigen en valladar difícilmente superable para este tipo de pretensiones. La aplicación del principio de certeza y determinación del daño, con la subsiguiente exigencia de un estándar probatorio muy riguroso, y la utilización de criterios de restricción de la pura causalidad natural basados en la teoría de la imputación objetiva, en particular el del fin de protección de la norma, determinan que los Tribunales españoles sean especialmente reacios a admitir el resarcimiento de los sedicentes perjudicados indirectos, en los pocos casos, por otra parte, en que este tipo de reclamaciones llega a plantearse ante ellos.

A mi juicio, no hay razón para escandalizarse por las dificultades que el ordenamiento y la praxis judicial oponen al resarcimiento de los perjudicados indirectos; dificultades que no son, por otra parte, exclusivas del sistema jurídico español, pues se dan también, y de forma aún más radical, en el derecho anglosajón y en similar medida en el alemán, aunque la práctica judicial francesa e italiana sea más abierta en las últimas décadas que la española.

Lo que ocurre es que el derecho de daños, y específicamente el subsistema de la responsabilidad automovilística, está construido pensando en un ámbito de aplicación muy concreto: la interacción directa y exclusiva entre el causante del daño y la víctima, de la que deriva la producción de un daño típico, consistente en la lesión a la vida, la integridad física o la propiedad de la segunda, y, como mucho, en la pérdida de ingresos de ésta a consecuencia de sus lesiones. Todos los supuestos que excedan subjetiva u objetivamente de este marco implícito hallan un difícil encaje en un sistema construido con esa perspectiva limitada; y si además, ocurre, como es el caso español, que ni las leyes ni las decisiones judiciales han acertado todavía a dar un tratamiento coherente y satisfactorio al lucro cesante de la víctima, es pedir gollerías que puedan plantearse con visos de éxito reclamaciones más delicadas. Y cabe plantearse, incluso, si sería en realidad deseable un cambio de paradigma en el sistema de responsabilidad civil automovilística que abriera el paso al resarcimiento de los perjudicados indirectos.

En efecto, la exclusión de los perjuicios indirectos ha sido una constante tradicional en el Derecho de daños, conforme a la vieja máxima, ya enunciada por Francis Bacon, a cuyo tenor *in iure non remota causa, sed proxima, spectatur*; máxima que elaborada originalmente como criterio de imputación objetiva o delimitación del ámbito de responsabilidad, puede seguir siendo hoy válida para trazar el límite de los perjuicios indemnizables, precisamente por la misma razón que apuntaba Bacon en sus comentarios: "sería infinito para el derecho juzgar las causas de las causas y los vínculos de unas a otras; por tanto el derecho se conforma con la causa inmediata y juzga los hechos a la luz de ella, sin indagar ningún grado causal ulterior"¹⁰. Esto es: de admitirse los perjuicios indirectos, no habría razón lógica que pudiese

impedir que éstos formasen una cadena infinita conforme al principio causal de la *conditio sine qua non*.

En el mismo sentido, pero desde la perspectiva de la responsabilidad del causante del daño, podría aplicarse a los perjuicios indirectos lo que el juez Cardozo, antes de ser promovido al Tribunal Supremo de los EE. UU., escribió en la famosa sentencia *Ultramares Corp. v Touche*¹¹, a propósito de la responsabilidad de los auditores frente a terceros: la admisión irrestricta de demandas por perjuicios indirectos expondría al causante del daño a "responsabilidad por una suma indeterminada, durante un tiempo indeterminado, frente a un colectivo indeterminado de potenciales demandantes", y el sistema no podría funcionar sin alguna limitación de esa eventual responsabilidad.

Adoptando un modo de razonamiento más adecuado a la cultura jurídica de la Europa continental, el obstáculo fundamental con que tropiezan las pretensiones resarcitorias de los perjudicados indirectos es el de la modulación normativa de la pura causalidad natural mediante la teoría de la imputación objetiva, y singularmente, dentro de la constelación de criterios que la integran, mediante el del fin de protección de la norma. Brevemente expuesto, este criterio postula que la infracción de una norma de cuidado cuya finalidad no es proteger el bien jurídico lesionado no puede servir de base para imputar al agente el resultado dañoso producido, pues sólo son imputables objetivamente los resultados que quedan dentro del ámbito del fin de protección de la norma vulnerada por la acción u omisión.

Aceptado este punto de partida, es claro que las normas de seguridad vial que están en la base de la responsabilidad automovilística tienen como finalidad salvaguardar la vida, la salud y la propiedad de los usuarios de las vías públicas o, incidentalmente, de otras personas que puedan ver directamente afectados esos bienes jurídicos como consecuencia de la circulación de vehículos de motor; pero, desde luego, no pretenden proteger, por ejemplo, la efectividad de los contratos de interpretación artística ni el bienestar sexual de las parejas de los usuarios de la vía. Por tanto, el automovilista que atropelle a un músico profesional y le deje impotente deberá responder de las consecuencias dañosas de su acción para el atropellado, incluida la pérdida de su capacidad sexual y la merma de ingresos que sufra durante el período de su restablecimiento; pero no deberá responder, en principio, frente al empresario por los perjuicios económicos derivados de la cancelación de un concierto previamente contratado por la víctima, ni frente a la pareja de ésta por la obligada privación de su actividad sexual con ella. En ambos casos, se trata de perjuicios indirectos, que quedan fuera del ámbito del fin de protección de la norma vulnerada por el causante del daño.

Un buen ejemplo de hasta qué punto están asumidos en la cultura judicial española los criterios de restricción causal basados más o menos explícitamente —y con mayor o menor comprensión de las categorías conceptuales utilizadas— en la causa próxima o en el fin de protección de la norma lo proporciona la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 174/2006, de 2 de marzo; más aún porque el supuesto de hecho en ella resuelto era un caso de perjuicios indiscutiblemente directos (graves quemaduras sufridas por la actora en una fiesta de carnaval organizada por la asociación demandada). Al tratar el motivo de casación articulado por la demandante acerca de la cuantificación del daño, tachada de insuficiente, el fundamento tercero de la sentencia del Supremo afirma, *opportune vel importune*, que

¹¹ 255 N.Y.170, 174 N.E. 441 (1931).

⁹ Son palabras, por ejemplo, de la sentencia de la Segunda Cámara Civil de la Corte de Casación de 23 de mayo de 1977. Pero ya veremos que la propia jurisprudencia francesa tiene un concepto muy flexible de lo que constituya un perjuicio "directo".

¹⁰ *The Elements of the Common Lawes of England* (1630) Da Capo Press-Theatrum Orbis Terrarum Ltd. New York-Amsterdam, 1969. Cito por la versión en línea: <http://www.constitution.org/bacon/ecl.html> Consultado 11-2-2007 y traducción (libre) del autor.

[...] la reparación de los daños [...] está sometida a los criterios generales de fijación por medio de la prueba, que ha de referirse a su existencia, pero también a la determinación de la conexión causal entre el daño y el agente (relación de causalidad), que, aun cuando basada en las pautas que se reciben de las ciencias de la naturaleza, implica de algún modo un juicio en Derecho, y a las pautas o parámetros de imputación objetiva, que consiste en establecer, de acuerdo con los criterios de la experiencia y en base a los principios que rigen el sistema, *qué daños es justo poner a cargo del agente, descartando de este modo algunos que podrían ser conectados al hecho dañoso* (como ocurre, por ejemplo, con los que no sean previsibles como consecuencia regular del hecho o que no necesariamente se deriven de él, de acuerdo con el criterio establecido por el artículo 1107 I del Código Civil)¹² [énfasis añadido].

En virtud de estas consideraciones, mi posición de principio es, pues, que los perjuicios indirectos están excluidos, salvo expresa previsión legal, de la posibilidad de resarcimiento en el sistema de responsabilidad civil español; y no hay, a mi juicio, ningún imperativo para que dejen de estarlo, al menos con carácter general, como lo han estado siempre en nuestro país. Ciertamente en algunos supuestos la exclusión indemnizatoria de determinados perjudicados indirectos puede resultar excesivamente rígida; pero difícilmente podrá encontrarse una vía hermenéutica rigurosa para su inclusión, que necesitará una decisión legislativa y no un mero voluntarismo judicial. Y dicho esto para dar pasto a la polémica, paso al análisis en concreto de los supuestos que pueden presentarse en la práctica, conforme a la sistemática propuesta más arriba.

IV. PERJUDICADOS INDIRECTOS POR DAÑO MORAL

Lo cierto es que, tal como está configurado el sistema legal de valoración, no hay términos hábiles para incluir en él el resarcimiento de los posibles perjudicados indirectos que reclamen un daño de índole moral, pues lo impide la clara dicción de su regla general cuarta.

1. Problemática en caso de muerte de la víctima

En efecto, en los casos de fallecimiento de la víctima, el precepto citado limita la condición legal de perjudicados resarcibles a las personas enumeradas en los distintos grupos de la tabla I, lo que excluye de raíz la posibilidad de añadir al elenco legal ningún tipo de perjudicados indirectos, por otra parte difíciles de concebir en este género de supuestos. Claro está que, por cerrada que sea la dicción de la regla, la misma no impide la aplicación de la analogía, conforme al artículo 4.1 del Código Civil¹³; pero esos perjudicados analógicos son, por defi-

nición, perjudicados directos, como advertíamos en la introducción, pues de no serlo no se daría la identidad de razón entre ellos y los tabulares que permite su inclusión por analogía en el sistema.

Una vía para intentar el resarcimiento de posibles perjudicados indirectos por daño moral derivado del fallecimiento de la víctima sería la de acudir a lo que, de acuerdo con la conocida construcción doctrinal de Mariano Medina¹⁴, podríamos denominar la vertiente positiva del principio de la doble presunción en el tratamiento indemnizatorio de los daños morales por causa de muerte: la ausencia de mención tabular sólo supondría una presunción *iuris tantum* de inexistencia del perjuicio, que podría ser enervada por la persona interesada.

Pero esta doctrina de la doble presunción, a mi juicio, no se desprendería de la interpretación de la norma legal, cuyos términos taxativos son incompatibles con ella, y sólo era correcta en la medida en que se asumiera como vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva la privación a los eventuales perjudicados extratabulares de toda posibilidad de demostrar con éxito ante los órganos judiciales su condición como tales perjudicados y de obtener la indemnización correspondiente a tal cualidad; presupuesto del que se seguiría la necesidad de someter a la ley a una interpretación correctora *ex Constitutione*, conforme al artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ocurre, sin embargo, que el propio Tribunal Constitucional, que pareció dejar abierta esta vía en su sentencia 244/2000, de 16 de octubre, se ha encargado de cerrarla definitivamente a partir de la sentencia 190/2005, de 7 de julio, en cuyo fundamento quinto se afirma contundentemente que "ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada", negando a continuación cualquier implicación del derecho a la tutela judicial efectiva en la consideración como perjudicado por la muerte, doctrina luego reiterada en la sentencia 274/2005, de 7 de noviembre¹⁵.

2. Problemática en caso de supervivencia de la víctima directa

2.1. Planteamiento general

En los casos en que la víctima del accidente sobrevive al mismo, la regla general cuarta del sistema legal no es menos clara ni tajante al establecer que en tales supuestos quien tiene la condición de perjudicado es la víctima, e implícitamente sólo ella. Para soslayar la taxatividad legal sólo cabría acudir, como propone, de nuevo, Mariano Medina¹⁶, a la norma del inciso segundo de la regla general séptima del Sistema, en cuanto la misma ordena atender en la determinación indemnizatoria a "la posible existencia de circunstancias excepcionales";

en el mismo sentido, NAVEIRA ZARRA, M.M.: "Alcance de la enumeración de perjudicados contenida en la tabla I de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados", *Revista de Derecho Privado*, 11, 2002, pp. 850-855.

¹⁴ Expuesta por primera vez en su artículo seminal "Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte en el sistema valorativo de la Ley 30/1995", *Aranzadi Civil*, núm.6, junio 1998, y luego desarrollada en su tratado *La valoración civil del daño corporal*, Dykinson, 2000, t. IV., *El fallecimiento*, pp. 90-92 y 131-135.

¹⁵ Tuve ocasión de comentar más ampliamente estas sentencias del Tribunal Constitucional y otras en la misma línea en la edición del pasado año de este mismo foro, al exponer la ponencia "Diez años de evolución del 'baremo': influencia de las sentencias del Tribunal Constitucional en la interpretación del sistema legal". A la exégesis y crítica que realicé entonces me remito ahora.

¹⁶ *Valoración civil...*, t. III, vol. I, *Las reglas generales del sistema*, p. 175, entre otras.

una de las cuales sería, en opinión del autor, la existencia de otras personas distintas de la víctima directa que pudiesen acreditar un daño moral derivado del accidente, personas que serían en todo caso perjudicados indirectos, en el sentido en que aquí los hemos definido. Sin embargo, esta vía interpretativa me parece tan bien intencionada como poco asumible conforme a criterios hermenéuticos rigurosos.

En efecto, la colocación sistemática de la regla séptima —separada de la relativa a la determinación de los perjudicados—, su encabezamiento, alusivo a la cuantía de la indemnización, y el tenor literal del inciso en cuestión, que constriñe las circunstancias excepcionales que se han de tomar en consideración a las que “puedan servir para la exacta valoración del daño causado”, son otros tantos elementos que apuntan en el sentido de que el significado del criterio legal invocado no es el de autorizar a complementar la enumeración de perjudicados tabulares, integrando supuestos no contemplados en el sistema, sino simplemente el de flexibilizar, en aras del principio de reparación íntegra, la valoración económica del daño y la consiguiente cuantificación de la indemnización, una vez determinada la existencia del primero y los acreedores de la segunda conforme a los criterios establecidos en las reglas precedentes¹⁷.

De esta suerte, resulta claro, a mi entender, que la regla general cuarta contiene la determinación legal de los perjudicados; la quinta establece los resultados que dan lugar a los daños indemnizables: las lesiones, las secuelas y la muerte de la víctima; la regla sexta añade a las indemnizaciones tabulares los gastos de asistencia sanitaria y, en los casos de fallecimiento, los de entierro y funeral, “en todo caso”, es decir, con independencia de quién los haya sufragado; y la séptima, por último, establece los criterios conforme a los cuales cuantificar las indemnizaciones derivadas de esos supuestos dañosos y a favor de esos perjudicados, unos y otros previamente determinados, sin que sea posible extrapolar su contenido a aspectos que quedan fuera de su ámbito normativo y que están regulados por las normas precedentes.

De ser correcta, como creo, mi interpretación de las normas generales del sistema legal de valoración, la radical negación que de ellas se sigue respecto a la legitimación resarcitoria de los perjudicados indirectos que aleguen su propio daño moral derivado de la situación generada por el accidente a la víctima que sobrevivió al mismo puede ser tan discutible como se quiera; y habrá no pocos casos en que el dolor infligido a los parientes próximos de lesionados graves sea tan evidente, intenso y duradero que su exclusión indemnizatoria habrá de reputarse notoriamente inicua. Pero, como se encarga de recordar el artículo 3 del Código Civil en sus dos apartados, la justicia, con ser un valor superior del ordenamiento jurídico proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución, no es por sí misma un criterio interpretativo de la ley positiva, ni las resoluciones judiciales pueden descansar exclusivamente en la equidad, salvo cuando la ley expresamente lo autorice, lo que no es el caso en el ámbito que nos ocupa.

¹⁷ Comparte mi interpretación sobre el significado de las “circunstancias excepcionales” NAVEIRA ZARRA, *loc. cit.*, p. 850, nota 15; e implícitamente HOYA COROMINA, J.: “La valoración del daño corporal”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 276 y 283.

2.2. La cuestión en Derecho comparado (con especial atención a los casos francés e italiano)

Puede aducirse, por otro lado, que la situación vigente en la materia, que es, por cierto, sustancialmente la misma que presentaba el sistema de libre arbitrio judicial previo a la Ley 30/1995, hace que el ordenamiento español se separe sustancialmente en este punto de los otros dos grandes ordenamientos latinos, que sí admiten, con relativa amplitud, la indemnización de los daños morales causados a personas distintas de la víctima superviviente. Pero, con ser ello cierto, no es menos verdad que otros grandes sistemas jurídicos europeos, como los anglosajones o los germánicos, están en una situación similar o más restrictiva que la española (por su doble renuencia a la indemnización del daño moral en todas sus formas y a la de los perjuicios indirectos) y que la archiconocida Resolución (75)7 del Consejo de Europa enfoca muy restrictivamente el problema que nos ocupa, pues su principio 13, aunque admite la indemnización por daño moral a los padres y al cónyuge de la víctima superviviente, la limita a los casos en que aquellos experimenten “sufrimientos de carácter excepcional”. Y, como veremos, el sistema legal de valoración establece una indemnización complementaria que satisface buena parte de esos supuestos.

Merece la pena, porque no ha sido pacífica, exponer brevemente cuál ha sido la evolución seguida en Francia en el tratamiento de lo que allí se llama el *préjudice d'affection*, es decir, la modalidad de daño moral *par ricochet* que supone el dolor psíquico padecido por los familiares más allegados como consecuencia de las lesiones sufridas por la víctima directa en los casos de supervivencia de ésta. Como punto de partida, hay que señalar que la solución es divergente según el orden jurisdiccional de que se trate, pues la jurisprudencia administrativa sigue mostrándose muy reticente a este tipo de indemnizaciones y la penal ha permanecido hasta fechas muy recientes cerrada de antemano a las mismas, partiendo del principio, derivado del artículo 2 del *Code de Procédure Pénale*¹⁸, de que en caso de supervivencia de la víctima directa toda acción para reclamar perjuicios indirectos debe ser rechazada por los tribunales de lo criminal, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir a la jurisdicción civil¹⁹. Es en ésta donde se ha producido un cambio relevante a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado.

El punto de partida era también negativo y se expresaba claramente en el *arrêt* de la *chambre des requêtes*²⁰ de 22 de diciembre de 1942, que se manifestaba al respecto rotunda y gráficamente: “si la muerte de un ser querido, pariente o afín, es susceptible de causar a

¹⁸ Según este precepto, la acción civil para la reparación del daño causado por un ilícito penal “corresponde a todos aquellos que hayan sufrido *personalemente* el daño *directamente* causado por la infracción” (énfasis añadidos).

¹⁹ Esta era la tesis que venía sosteniendo la *Chambre Criminelle* de la Corte de Casación en sentencias como las de 23 de enero de 1975 o 12 de enero de 1979. El viraje jurisprudencial se produjo a partir de la sentencia de la misma Sala de 9 de febrero de 1989, que sin embargo, hasta donde ha podido llegar mi investigación, no parece haber tenido relevantes consecuencias prácticas o haber dado lugar a pronunciamientos dignos de reseña.

²⁰ La *Chambre des Requêtes*, suprimida por Ley de 23 de julio de 1947, era el órgano encargado de decidir sobre la admisión de los recursos de casación. La resolución citada, por tanto, no es una sentencia de fondo, sino lo que en términos españoles llamaríamos un auto de inadmisión. En todo caso, ante la posibilidad de un error de interpretación, he preferido mantener en el texto los términos originales franceses.

sus allegados un perjuicio moral cuya reparación pueden éstos demandar, no ocurre lo mismo cuando la víctima sobrevive a sus heridas, de las que ella misma es o puede ser indemnizada, y queda conservada en el afecto de aquellos²¹. Pero esta tesis, que se oponía a la ya establecida por algunos tribunales de apelación y que recibió las críticas de la doctrina, fue pronto abandonada por la propia Corte de Casación, que ya en sentencia de 22 de octubre de 1946 reconoció la legitimación resarcitoria de un padre en atención al “sufrimiento sentido y constantemente renovado a la vista de su hija única, objeto exclusivo de su afecto, víctima de una enfermedad incurable susceptible de comprometer gravemente las condiciones de su existencia”²².

Ahora bien: en un principio, este tipo de indemnizaciones por daño moral a los allegados de la víctima superviviente se justificaba en virtud de la probanza de un “perjuicio moral de carácter excepcional distinto del causado a la víctima del hecho dañoso y en relación directa con este último”²³; excepcionalidad que, obviamente, venía determinada por la especial gravedad de las lesiones sufridas por la víctima directa. Pero, al correr del tiempo, estas exigencias de excepcionalidad del perjuicio moral de los allegados y de máxima gravedad de las lesiones de la víctima directa se fueron difuminando en la práctica, hasta que, a partir de la sentencia de 23 de mayo de 1977²⁴, la jurisprudencia gala prescindió definitivamente de ellas, al establecer que, dada la generalidad de los términos del artículo 1382 del *Code Civil* (homólogo al 1902 del Código español), para la indemnización del daño moral de los allegados de la víctima superviviente es suficiente la certeza del mismo. Por esta vía ha acabado por establecerse en Francia el carácter ordinario de la reparación de estos perjudicados indirectos, no sin algunas reticencias doctrinales²⁵; aunque la exigencia de la certeza del daño parece una llamada al rigor probatorio de los tribunales, a fin de evitar un alud de demandas (pues recordemos que estas pretensiones no podían articularse actuando como parte civil en el proceso penal).

Desde el comienzo de la evolución que hemos resumido y además de los padres de la víctima infantil o adolescente, los principales acreedores al resarcimiento del daño moral en caso de supervivencia de la víctima directa son, obviamente, los cónyuges del lesionado; en este caso sobre la base del agravamiento extraordinario de los deberes normales de asistencia inherentes al matrimonio y de que el estado de la víctima con graves lesiones permanentes, físicas o psíquicas, “no puede sino repercutir penosamente sobre las relaciones entre los

esposos y comprometer la paz y el bienestar de la relación”²⁶. Por esta vía se ha admitido el resarcimiento del perjuicio sexual y de procreación del cónyuge de la víctima que a consecuencia del accidente ha quedado con impotencia *coeundi* o *generandi*; pero hasta, donde llega mi documentación, en sentencias de apelación²⁷, sin que esta escabrosa materia haya llegado a ser objeto de pronunciamientos de la Corte de Casación.

La situación a la que ha llegado la práctica judicial italiana es muy similar a la francesa, aunque el camino hermenéutico ha sido mucho más tortuoso, con varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional por medio, por la necesidad de superar la dificultad que en el ordenamiento italiano supone la redacción del artículo 2059 del *Codice Civile*, cuyo tenor literal parece limitar la resarcibilidad de los daños no patrimoniales a los supuestos en que el hecho dañoso sea constitutivo de infracción penal (y ello sólo porque así lo admite expresamente el artículo 185 del Código punitivo italiano)²⁸.

De esta forma, a través de la construcción de los conceptos de “daño biológico” (con un contenido expansivo), primero, y de “daño existencial”, después, se ha admitido en Italia, por ejemplo, la legitimación indemnizatoria de la esposa obligada a renunciar a su trabajo fuera de casa para dedicarse enteramente al cuidado de la víctima (por el daño moral de la pérdida de esa esfera de relación en sí, con independencia del lucro cesante)²⁹; y también, ya desde la sentencia de 11 de noviembre de 1986, la indemnización por perjuicio sexual de la pareja de la víctima impotente, con el argumento de que “el derecho de un cónyuge a las relaciones sexuales coexiste y está estrecha y necesariamente ligado con igual derecho del otro cónyuge [...] La coexistencia paralela de los dos iguales y recíprocos derechos [comporta que] el hecho del tercero que lesiona, suprimiéndolo, el derecho de uno de los dos cónyuges, ocasionando a éste la imposibilidad de la relación sexual, es también lesivo, coetánea y directamente, a igual derecho del otro cónyuge, al suprimirlo necesariamente”³⁰. Es pacífica también la legitimación indemnizatoria de los padres de la víctima menor con gravísimas lesiones permanentes, por el daño inferido a la vida familiar.

²¹ *Recueil Dalloz* 1945, 99 (traducción propia).

²² *Recueil Dalloz*, 1947, 59.

²³ Sentencia de la Segunda Cámara Civil de Casación de 15 de febrero de 1956, *Dalloz* 1956, 350. En el caso de autos se reconoció la indemnización a favor del padre del lesionado observando que “por razón de la gravedad de las lesiones sufridas por el niño, el estado que éste presentaba a lo largo de varios meses inspiró la más viva inquietud al padre, que había debido convencerse de la imposibilidad de prever su completo restablecimiento”. En el mismo sentido de excepcionalidad, sentencia de la misma Cámara de 16 de febrero de 1967, *Bull. civ. II*, n.º 71, p.54.

²⁴ *Bull. civ.*, II, n.º 139, 96. En el mismo sentido, sentencia de 1 de marzo de 1978: *Bull. civ. II*, n.º 51, p.43; ambas, como las anteriores de la Segunda Cámara Civil, conforme a la división de competencias entre ellas por razón de la materia.

²⁵ Entre ellas, la de LE ROY, M., *L'évaluation du préjudice corporel*, 16.º ed., Litec, Paris, 2002, p. 90; su brayando que esta jurisprudencia “muy liberal” va más allá de lo que preconiza la Resolución (75)7. Más radicalmente, el informe de la llamada Comisión Bellet, instituida por el Ministerio de Justicia con vistas a la “reforma del derecho de la responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación”, señalaba, en 1982, que “la generosidad de los tribunales franceses en este ámbito puede parecer chocante”.

²⁶ Sentencia de 10 de junio de 1964; *Bull. civ. II*, n.º 460, p.345. En el mismo sentido, sentencia de 28 de octubre de 1968; *Bull. civ. II*, n.º. 256, p.180.

²⁷ Sólo he podido localizar dos antiguas sentencias de la Duodécima Cámara de la *Cour d'Appel* de París, de 26 de septiembre de 1956 (*Gaz. Pal.* 1956, 2, 233) y de 14 de octubre de 1963 (*Gaz. Pal.* 25 de febrero de 1964).

²⁸ Una exposición no por resumida menos magistral de la evolución de la problemática apuntada, con interesantes corolarios para el caso español, en: MEDINA, M., “La doctrina judicial italiana sobre el daño biológico. Un ejemplo de superación de los obstáculos legales. La experiencia española como término de comparación”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1819, 15-4-1998, pp. 5-14. Puede verse también, entre la bibliografía disponible en España: FIORI, A., “La valutazione medico-legale del danno alla persona nel diritto penale, civile ed assicurativo sociale italiano”. En AA.VV., *La valoración del daño corporal. I Jornadas Andaluzas sobre valoración del daño corporal*. Publicaciones del Consejo General de los Colegios de Agentes y Corredores de Seguros de España, Barcelona, 1992, pp. 132-133. Más reciente, más extenso y disponible en línea: VECCHIO, G., “Passato, presente e qualche ipotesi sul futuro della responsabilità civile dopo la nuova lettura delle norme codicistiche”, *Judicium*, 20.10.2004 www.judicium.it (consultado 9-10-2009).

²⁹ *Cass.* 2-2-2001, n. 1516, *Corriere Giur.*, 2001, p. 1319.

³⁰ *Cass.* 11-11-1986, n. 6607. *Foro it.* 1987, I, c. 833. En el mismo sentido, *Cass.* 21-5-1996, n. 4671. *Arch. Circol.*, 199, p. 7, y *Cass.* 17-9-1996, n. 8305, *Giur. it.*, 1997, I, 1, p.1372.

2.3. La indemnización complementaria por “daños morales de familiares” en la tabla IV del sistema legal de valoración

A) Génesis normativa y precedentes jurisprudenciales

En España, en cambio, el único portillo que deja el sistema de valoración legal para la legitimación resarcitoria por perjuicio moral de los allegados de la víctima superviviente lo constituye la indemnización complementaria que prevé la tabla IV, en una cuantía que puede llegar este año a la no despreciable cifra máxima de 131.000 euros, en los casos de gran invalidez del lesionado y en concepto de “perjuicios morales de familiares”; indemnización que según la propia norma tabular está destinada a “familiares próximos al incapacitado, en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada” a la víctima directa. Se trata de un claro supuesto de lo que la doctrina italiana denomina “daño existencial”, en cuya regulación es evidente el eco del antes citado principio 13 del Consejo de Europa, a su vez deudor cercano de la situación jurisprudencial francesa en la fecha de la Recomendación (1975)³¹.

Frente al texto orientativo internacional, el legislador español ha optado, con buen criterio, por no enumerar taxativamente los parientes con derecho a resarcimiento en este concepto, comprendiendo que no es posible, dada la actual plasticidad de los núcleos familiares, pre-determinar el parentesco biológico o de hecho que mantendrán cuidador y víctima³²; y, en cambio, ha concretado la excepcionalidad de la indemnización a los supuestos de gran invalidez, en el intento de cortar un excesivo arbitrio judicial que acabase por llevar a la situación francesa actual.

Por lo demás, la regulación de la Ley 30/1995 cuenta con algún precedente jurisprudencial. Así, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1991, en un

³¹ Para comprobar esta inspiración francesa basta confrontar los términos en que justifica la redacción del principio 13 el parágrafo 50 de los “Comentarios” incluidos en el propio texto de la Recomendación.

³² La prensa estadounidense sacó a la luz mientras preparaba una versión anterior de esta ponencia un ejemplo tan dramático como ilustrativo de las consecuencias indeseadas a las que puede llevar una precipitada enumeración taxativa de los parientes con derecho a resarcimiento; en este caso por causa de muerte, pero con proyección sobre el cuidado de supérstites.

Los militares que mueren en acto de servicio en la guerra de Irak devengan una “gratificación por fallecimiento” (sic; no se me ocurre mejor traducción de *death gratuity*) de cien mil dólares, que se destina, conforme al principio de prelación excluyente, al cónyuge de la víctima, en defecto de éste a sus hijos (que sólo la percibirán al alcanzar la mayoría de edad) y, únicamente a falta de cónyuge e hijos, a la persona previamente designada por el fallecido. Con la mejor intención de agilizar el percibo de la indemnización y de evitar litigios y posibles fraudes, nadie reparó en que se cuentan por miles los progenitores solteros con hijos menores desplegados en combate desde 2001 y son numerosos también los casos de “familias reconstruidas” en que el cónyuge soldado tiene hijos de una relación anterior. Como consecuencia, empiezan a abundar las personas que, junto al dolor de haber perdido a un hijo o hija en combate, y en su caso a la merma de los ingresos que éste aportaba, se ven súbitamente obligadas a hacer frente a todos los gastos que supone el cuidado de uno o más nietos menores huérfanos, que tardarán largos años en poder acceder a su *death gratuity* o que simplemente carecen de derecho a ella porque ya la ha cobrado un cónyuge viudo que nada tiene que ver con los niños y nada quiere ya saber de ellos.

La situación resulta tan patética, y puede acabar afectando a tantas personas, que mereció la portada del *Washington Post*: Donna St. George, “*The Forgotten Families. Grandparents Raising Slain Soldiers’ Children Are Denied A Government Benefit Intended to Sustain the Bereaved*”. *Washington Post*, Feb. 16, 2007; A01 (cito por la edición electrónica, washingtonpost.com).

supuesto de responsabilidad por mala práctica médica, reconoció la legitimación resarcitoria del marido de una víctima de cuarenta y nueve años que a resultas de una desdichada intervención quirúrgica había quedado con atrofia cerebral global, dificultad motora y pérdida de facultades psíquicas superiores, necesitando en todo momento ser asistida y acompañada por otra persona. Impugnada por el INSALUD la legitimación *ad causam* del marido, la Sala Primera respondió que “el mencionado recurrido es evidente perjudicado [...] ya que sufrió daños en su esfera patrimonial y personal por la intervención quirúrgica que sufrió su esposa y las consecuencias nocivas de la misma, enmarcando su perjuicio en el ámbito del artículo 1902 del Código civil, que comprende a todo el que por acción u omisión de otro sufra un daño por culpa o negligencia del causante del daño, y es innegable que en tal norma se comprende la situación del recurrido”. Aparte de lo descuidado de la redacción y del carácter circular de la argumentación, obsérvese que la sentencia soslaya la exigencia tradicional del carácter directo y personal del perjuicio sufrido por el curioso procedimiento de citar el artículo 1902 por pasiva, como si el sujeto del precepto fuese el perjudicado y no el causante del daño, atribuyendo al primero el adjetivo “todo”, que en la dicción legal se refiere al segundo. La cuantía de la indemnización, no discutida en casación, fue de dos millones y medio de pesetas de 1989 (correspondientes a algo más de treinta mil euros según el poder adquisitivo actual), lo que parece muy moderado, a la vista de la situación y edad de la víctima.

En cambio, la sentencia de la misma Sala 1230/1998, de 29 de diciembre, denegó la indemnización por daño moral pretendida por los padres de una niña que en un accidente en el centro escolar había sufrido graves quemaduras que le produjeron secuelas no concretadas. El fundamento cuarto de la sentencia, tras unas consideraciones genéricas sobre el daño moral y su resarcibilidad, se limita a decir que, en consecuencia, “se ha de fijar una indemnización por el daño moral que ha sufrido la niña, Laura, por las lesiones. No se acepta el que se alega como sufrido por los padres de la niña, como daño moral por el daño personal de su hija”. Tras la aparente falta absoluta de motivación de este rechazo de la legitimación resarcitoria de los padres parece latir la falta de naturaleza directa y personal del perjuicio por ellos reclamado. Hay que esperar al fallo para averiguar que la suma establecida como indemnización por el daño moral puro de la menor fue de nada menos que veinte millones de pesetas (que hoy serían unos 166 000 euros), lo que también puede explicar que no se otorgara una indemnización adicional a los padres en este concepto.

Para completar este panorama de falta de una doctrina jurisprudencial coherente y jurídicamente fundada en la materia, la sentencia, siempre de la Sala Primera, 389/2000, de 19 de abril, en un supuesto en que una mujer de treinta y nueve años había quedado parapléjica al desplomarse el tendido de una plaza de toros portátil, estableció una indemnización por daño moral en sentido estricto de cuatro millones de pesetas para su esposo y de tres millones para cada uno de sus dos hijos, sin otra motivación que la de hallarse “plenamente justificada la situación de afección y dolor que concurre en el esposo e hijos” de la víctima directa.

B) El verdadero significado de la indemnización complementaria

Volviendo ahora a la regulación legal vigente de esta indemnización por daños morales de familiares en el ámbito de la responsabilidad automovilística, la misma merece dos comentarios fundamentales, aunque no exentos de polémica.

En primer lugar, dado que la indemnización no se funda simplemente en el daño moral de los parientes de la víctima, pese a lo que se sintetiza en su rúbrica, sino que exige una

“sustancial alteración de las condiciones de vida” de aquellos que derive precisamente “de los cuidados y atención continuada” a la persona lesionada, no existen en la práctica términos hábiles para una extensión analógica de la indemnización complementaria a supuestos en que la víctima directa no haya quedado en situación de gran invalidez, salvo supuestos muy anómalos, quizá más posibles en relación con graves trastornos psíquicos postraumáticos, de incapacidad absoluta que no dé lugar a gran invalidez pero que, al mismo tiempo, exijan cuidados o atención continuada. Desde luego, no es de recibo sobre esta base legal la reclamación del puro dolor moral de la esposa o de los padres de la víctima afectada por una incapacidad parcial o total. En este sentido, como hemos visto el sistema español no se aparta de la Recomendación 75 (7) del Consejo de Europa. Y por ello nada hay que reprochar a la sentencia 9/2002, de 15 de enero, del Tribunal Constitucional, que denegó el amparo que por la denegación de esta indemnización por daños morales habían pretendido los padres de una niña cuya única secuela consistía en una metatarsalgia del pie izquierdo, aunque mucho más discutible era el caso que dio lugar a la sentencia 15/2004, de 23 de febrero, a la que en seguida haremos referencia.

En segundo lugar, frente a argumentos que en ocasiones se utilizan, hay que insistir en que esta indemnización, porque así lo dice claramente la regla tabular, tiene como destinatarios, es decir, como únicos acreedores del resarcimiento, a los familiares afectados y no a la víctima directa³³. Que la regla cuarta de las generales del sistema, al establecer quiénes tienen la consideración de perjudicados se refiera únicamente a la víctima del accidente cuando ésta sobrevive al mismo no empece a que, por aplicación del principio de que la norma especial prevalece sobre la general, incluso dentro de la misma ley, exista una indemnización tabular que no tiene como acreedor a la víctima sobreviviente; del mismo modo que también pueden existir preceptos de la parte especial del Código Penal que exceptúen disposiciones de la parte general³⁴.

Por otra parte, el argumento hipotético del cónyuge de la víctima que cobra su indemnización por daños morales y a continuación se divorcia sólo podría servir para justificar una acción de recobro por parte de quien pagó la indemnización, basada en el enriquecimiento sin causa; pero no puede justificar que se trastoque el objeto y el destinatario de la indemnización tal como viene configurada legalmente; sin olvidar que en estos casos la víctima abandonada por el pariente que supuestamente iba a cuidarlo no queda desamparada, puesto que pre-

³³ Como correctamente señala REGLERO CAMPOS, “éste es el único caso en el que se concede indemnización por daños morales a personas distintas de la víctima cuando ésta no ha fallecido”. *Accidentes de Circulación, Responsabilidad Civil y Seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 439.

³⁴ A título de ejemplo: entre el 1 de octubre de 2003 (fecha de entrada en vigor de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre) y el 1 de octubre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, el artículo 36 del Código Penal seguía diciendo que “la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses” y el artículo 71.2 disponía la sustitución automática por arresto de fin de semana o multa de las penas de prisión que por aplicación de las reglas de degradación penológica resultasen de una duración inferior a esos seis meses; pero en cambio el artículo 147.2, para las lesiones de menor entidad, y el 153, para el delito de maltrato familiar ocasional, establecían una pena de prisión de tres a seis meses el primero y de tres meses a un año el segundo. Ningún operador jurídico dudó de que, en virtud del principio de especialidad, prevalecían las normas de los artículos 147.2 y 153, de modo que podía imponerse conforme a los mismos una pena de prisión inferior a seis meses sin que entrase en juego la sustitución automática (en este sentido, Circular 2/2003, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, apartados. IV y V.3).

viamente ha debido percibir la indemnización por necesidad de ayuda de otra persona, de cuantía máxima muy superior y que por algo se atribuye, ésta sí, personalmente a la víctima y no al cuidador, y no depende del carácter remunerado o gratuito de la atención.

Nada de esto supo comprender el Tribunal Constitucional en su sentencia 15/2004, de 13 de febrero, que denegó el amparo solicitado por falta de tutela judicial efectiva por la esposa de un lesionado con alteraciones mentales al que, al menos según se alegaba en el recurso de amparo, debía “acompañarle al salir de casa y ayudarle a realizar las tareas más insignificantes y cotidianas”, pese a lo cual se le denegó la indemnización complementaria por daños morales de familiares. Aparte de la cuestión discutible de si la situación de la víctima directa integraba un supuesto de gran invalidez (o asimilable a la misma), el Tribunal Constitucional entró como caballo en cacharrería en el terreno de la legalidad ordinaria y no se limitó ya a convalidar como razonable —que difícilmente lo es— la interpretación de que esta indemnización complementaria tiene como destinatario a la propia víctima, sino que afirmó textual y rotundamente que ésa es precisamente la única interpretación correcta del sistema legal³⁵; afirmación tan sorprendente como descabellada, pero que por fortuna no vincula a los órganos judiciales.

Dos observaciones adicionales pueden ser convenientes todavía sobre esta indemnización complementaria. En primer lugar, como quiera que el destinatario de la indemnización es en este caso, insistimos, el propio familiar, la legitimación *ad processum* requiere, a mi juicio, que la persona para la que se pretende la indemnización esté personada en el proceso para reclamarla, aunque nada impide, por no haber contradicción de intereses, que lo haga con la misma representación y defensa que la víctima directa. En segundo lugar, la cuantificación indemnizatoria —“según circunstancias” se limita a indicar el texto legal— es puramente discrecional, por más que deba atender a las condiciones del caso y, en especial, a la edad y expectativa de vida, tanto del gran inválido como del perceptor de la indemnización.

2.4. La exclusión del perjuicio sexual o generativo de la pareja de la víctima

Sin duda, el tipo de perjuicio indirecto en caso de supervivencia de la víctima cuya exclusión indemnizatoria puede suscitar más fácilmente escándalo es el perjuicio sexual o generativo de la pareja de la persona lesionada que a consecuencia del accidente ha quedado impotente o estéril; perjuicio reflejo cuyo resarcimiento a la pareja interesada hemos visto antes que no parece problemático en otros ordenamientos cultural e históricamente próximos al nuestro.

³⁵ En términos textuales de la sentencia del Tribunal Constitucional (FJ.4), “En efecto, que la partida de la tabla IV pretendida por la recurrente lleve por rúbrica “Perjuicios morales familiares”, no quiere decir que sean éstos sus beneficiarios, pues justamente en virtud del antes citado apartado 1.4 del anexo, la víctima superviviente del accidente es el único beneficiario también de la indemnización prevista en tal factor de corrección, y no los familiares que le asisten, que nada impide que puedan variar en el tiempo, siendo unos en un momento y otros ulteriormente. La pretensión indemnizatoria de la aquí demandante, que afirma que es una pretensión autónoma en razón de los perjuicios propios que le ha supuesto el estado en que ha quedado su cónyuge accidentado, carece, por tanto, de sustento legal”. Creo que la cita textual basta para justificar, por la propia evidencia de sus errores de comprensión e incluso de mera lectura del sistema legal, los términos críticos empleados en el cuerpo de la ponencia.

Ciertamente, en España puede citarse el precedente aislado de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1988³⁶; pero el caso en ella contemplado no se trata de un supuesto de puro perjuicio sexual, puesto que la legitimación indemnizatoria de la esposa del lesionado se admitió en cuanto “basada en el interés manifiesto que resulta de un perjuicio directo” consistente en la situación de su marido que “no puede valerse prácticamente por sí mismo y carece de aptitud de las relaciones sexuales [...] lo que se traduce en una situación de mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas”; de suerte que la demandante “padece por estas circunstancias [...] unos sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales que justifican la calificación de las consecuencias del hecho para ella como daño moral” (F.J. 6º). Sobre esta doble base, la indemnización a favor de la esposa se fijó globalmente en cinco millones de pesetas (unos 65 000 euros de 2009, considerando la evolución del IPC), “en función de la magnitud del daño, edad de la víctima (57 años el actor, 56 la actora, actualmente), cuidados que requiere el lesionado, pérdida de su capacidad laboral e intensidad de los padecimientos que permite la indemnización del daño moral” (F.J.9º).

Atendida a la práctica tradicional de la globalidad indemnizatoria, aunque por una vez no carente de toda motivación sobre los parámetros de cuantificación, la sentencia impide adivinar qué indemnización habría recibido la esposa del lesionado por el puro perjuicio sexual, aunque de la enumeración de los factores tomados en cuenta parece desprenderse que habría sido poco menos que simbólica; y aun cabe preguntarse, atendida la edad del matrimonio y el carácter puramente psíquico de la impotencia del lesionado (las lesiones orgánicas afectaban a la cara y a la columna cervical y dorsal) si la decisión habría sido estimatoria de reclamarse exclusivamente indemnización por la pérdida de la actividad sexual. Por otra parte, obsérvese que la sentencia obvia el problema de la resarcibilidad del daño moral de la esposa del lesionado por el simple expediente de calificarlo apodícticamente como directo, cuando obviamente no lo es, salvo en aplicación de la conocida doctrina de Humpty Dumpty³⁷.

A mi juicio, acaso fuera deseable una reforma legislativa que incluyera el perjuicio sexual y generativo de la pareja como otra excepción a la norma general de que sólo la víctima directa tiene derecho al resarcimiento en los casos de lesiones y secuelas, pese a la dificultad que supone que el perjuicio resarcido desaparecerá si la relación con la persona lesionada se rompe³⁸. Pero entretanto no se produzca esa reforma no hay criterio hermenéutico que pueda conciliar el sistema legal de valoración automovilística con este tipo de pretensiones

³⁶ Alguna vez he visto citar la ya comentada sentencia 389/2000 como un caso de indemnización del perjuicio sexual de la pareja; pero en realidad la indemnización establecida en este concepto, no discutida en casación, se refería al perjuicio sexual de la propia lesionada, englobado en su daño moral.

³⁷ Para los que no hayan leído o hayan olvidado el conocido pasaje de *Alicia a través del Espejo*: “Cuando yo uso una palabra –insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdenoso– quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.//–La cuestión –insistió Alicia– es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.//–La cuestión –zanjó Humpty Dumpty– es saber quién es el que manda..., eso es todo”.

Cito por la edición en línea: <http://www.guiascostarica.com/alicia/a2/index/htm>, cuyo traductor tiene la ironía de usar el seudónimo de...Humpty Dumpty.

³⁸ A esta eventualidad aludió el Ministerio Fiscal en sus alegaciones impugnatorias al recurso de amparo origen de la STC 257/2005, mencionada en el texto.

resarcitorias. Y no puede acudir a la vía de una interpretación correctora *ex Constitutione*, porque el Tribunal Constitucional ha establecido enérgicamente, como vimos al comentar la sentencia 15/2004, la conformidad con la Constitución de la exclusividad indemnizatoria de la persona lesionada, reafirmando esta doctrina en las posteriores sentencias 230/2005, de 26 de septiembre, y 257/2005, de 24 de octubre, en relación precisamente ambas a las indemnizaciones por perjuicio sexual y generativo reclamadas por cónyuges de personas lesionadas que habían quedado con impotencia *coeundi* o *generandi*.

Añadamos, para cerrar este apartado, que una omisión incluso más llamativa que la del perjuicio sexual del cónyuge o pareja estable del lesionado es la del progenitor varón por el perjuicio derivado de la pérdida del feto cuando la gestante sobrevive al accidente; pero a mi juicio se trata de un perjuicio generativo directo, que queda fuera del objeto de esta intervención; aunque no está de más mencionarla como uno de los más señeros ejemplos de la defectuosa técnica del sistema legal de valoración, bien que de muy escasa trascendencia práctica³⁹.

V. PERJUDICADOS INDIRECTOS POR DAÑO PATRIMONIAL

1. Planteamiento general

Los casos de perjuicio patrimonial indirecto pertenecen al ámbito de lo que en la cultura jurídica anglosajona se denomina “daño puramente económico”, expresión que parece haber hecho fortuna en los últimos años, impulsada por la ola creciente de análisis económico del Derecho⁴⁰.

Si se admite la interpretación aquí sostenida, en el sentido de que el sistema de valoración legal sólo concibe los perjuicios directos, la ausencia de cualquier mención en el sistema a posibles perjuicios patrimoniales indirectos no tendría necesariamente un sentido excluyente, pues este tipo de perjuicios no son “daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación”, en términos de la primera de las reglas generales del sistema, como no son los daños causados a los vehículos o a las mercancías transportadas, cuya resarcibilidad está fuera de duda aunque no los mencione el Sistema.

Claro está que para quien les habla la cuestión es puramente académica, pues extraer el problema de los perjuicios patrimoniales indirectos del sistema legal de valoración no los hace a mi forma de ver más resarcibles. En el ámbito de la responsabilidad automovilística, la exclusión de este tipo de perjuicios deriva, sencillamente, de la norma fundamental del artículo

³⁹ Así lo admite MEDINA CRESPO, *Op. cit.* en nota 10, pp.133-134. Téngase en cuenta que, aparte de lo infrecuente de los presupuestos fácticos de esta indemnización (es preciso que se produzca la pérdida de feto a consecuencia del accidente, que la gestante sobreviva a él y que el progenitor masculino no sea el responsable del accidente), si la gestante y el progenitor masculino siguen formando pareja, lo normal será que sobrentiendan que la indemnización complementaria satisface en realidad el daño moral de ambos por la pérdida de su esperada descendencia; de modo que sólo sería problemático en la práctica el supuesto de que se hubiera roto la relación entre los dos progenitores frustrados.

⁴⁰ Desde esta perspectiva de análisis puede citarse: GÓMEZ POMAR, F. y RUIZ GARCÍA, J.A., “La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del derecho”, *InDret*, 4/2002, *Working Paper* nº 102, Barcelona, octubre de 2002, (www.indret.com); GÓMEZ POMAR, F., “Las fronteras del daño indemnizable. Recensión a *Pure Economic Loss*, de W. van Boom, H. Koziol y Ch. Witting (eds.)”, *InDret*, 3/2004, *Working Paper* nº 236, Barcelona, julio 2004. (www.indret.com).

1.1 del Texto Refundido, que establece la responsabilidad del conductor, limitándola a "los daños causados a las personas o en los bienes", siendo así que los perjudicados patrimoniales indirectos no han sufrido daño alguno ni en su persona ni en su propiedad. De esta forma, la norma española no sería sino la versión afirmativa de la regla que excluye la indemnización del *pure economic loss* en el Derecho anglosajón y que rechaza, al menos en línea de principio, la indemnización de cualquier daño que no consista en el impacto económico directo de la lesión en la persona o en la propiedad de la víctima o en las consecuencias económicas indirectas sufridas por la propia víctima.

Ciertamente, al referirse a los daños en los bienes, el párrafo tercero del artículo 1.1 del Texto Refundido señala que "en el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil". Pero esta remisión a la disciplina general de la responsabilidad civil común no altera los términos del problema. En primer lugar, porque de los términos de la misma se desprende que la remisión se refiere a la fuente de la responsabilidad (la culpa o negligencia, con todas las presunciones e inversiones de la carga probatoria que se quiera, y no el simple riesgo creado por la circulación del vehículo); y en segundo lugar porque entiendo que en el artículo 1902 el "otro" al que se causa el daño indemnizable es sólo el que recibe directamente las consecuencias del hecho dañoso. Obsérvese, en este sentido, que en el precepto español la palabra "otro" está en singular, y no en plural como en el precepto homólogo del artículo 2043 del Código italiano, mientras que el artículo 1382 del Código francés utiliza el pronombre "*autrui*", que abarca tanto el singular como el plural.

Claro está que la cuestión podría ser diferente cuando el hecho dañoso es constitutivo de una infracción penal, pues en tal caso el artículo 113 del Código punitivo vigente, como el artículo 104 del anterior, establece que "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares y a terceros"⁴¹. Pero incluso con esta apertura expresa a los perjudicados indirectos, en el orden penal las pretensiones resarcitorias de estos tropezarían normalmente con el obstáculo del fin de protección de la norma, en el sentido expuesto al comienzo de esta intervención.

Por lo demás, respecto de los perjuicios indirectos de carácter patrimonial, la distinción entre los supuestos de muerte de la víctima directa y los de incapacidad temporal o permanente es menos relevante que en el caso de los perjuicios morales. La principal diferencia se produce respecto de las personas que tenían respecto del fallecido un derecho de alimentos; pues la obligación de prestarlos se extingue con la muerte del obligado (así, artículo 150 del Código Civil español), de manera que todos los ordenamientos admiten la legitimación resarcitoria del alimentista en caso de muerte del alimentante, mientras en caso de supervivencia del obligado se entiende que la indemnización establecida en su favor debe ser bastante para que pueda seguir haciendo frente a su prestación, por lo que los alimentistas no son perjudicados indirectos en caso de supervivencia de la víctima directa.

2. La cuestión en Derecho comparado

En el derecho comparado europeo, la situación acerca del resarcimiento del perjuicio patrimonial indirecto es similar a la puesta al hablar del perjuicio moral. Ya hemos visto que en el derecho anglosajón la regla general es la exclusión de su indemnización; e igual regla de principio rige en el Derecho alemán sobre la base del artículo 823 del BGB. En cambio, de nuevo, la situación es más abierta en Francia, y sobre todo en Italia, a través de construcciones jurisprudenciales. No es así de extrañar que, en el último inciso de su Exposición de Motivos, la tan repetida Resolución (75)7 del Consejo de Europa reconozca que "no ha sido posible encontrar una solución aceptable para todos los sistemas jurídicos europeos sobre la cuestión de saber en qué condiciones ciertos perjuicios indirectos no expresamente contemplados por los principios pueden ser indemnizados"; refiriendo como ejemplo más frecuente de esos perjuicios indirectos discutidos el "sufrido por un empleador por el hecho de la muerte o incapacidad de un empleado cuyos servicios no pueden ser reemplazados a tiempo o de una manera equivalente".

En Francia, desde luego, por disposición legal, el empresario que en virtud del contrato de trabajo se ha visto obligado a mantener el salario íntegro del trabajador durante el período de incapacidad temporal puede repetir el importe pagado contra el causante del daño o contra su aseguradora⁴². La misma disposición es aplicable a las Administraciones públicas y a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, al igual que ocurre en Alemania y, podría decirse, en todos los ordenamientos europeos, salvo el español. También en Italia la jurisprudencia establece el derecho del empleador a resarcirse con cargo al responsable del hecho dañoso de los salarios y cotizaciones sociales abonadas durante el período de incapacidad temporal del trabajador lesionado, sin necesidad de probar la sustitución del mismo o la consiguiente pérdida de producción⁴³.

El problema no se plantea, pues por la vía del daño emergente, sino por la del lucro cesante, en cuanto a la reparación del alegado perjuicio indirecto consistente en la pérdida de ganancia sufrida por el empleador como consecuencia de la imposibilidad de contar, temporal o definitivamente, con la contraprestación del empleado. De esta forma, la reparación viene a constituir, como se ha dicho con aparente oxímoron, un supuesto de tutela aquiliana del derecho de crédito⁴⁴. En Alemania, el parágrafo 845 del BGB parece reservar la indemnización por pérdida de servicios a los supuestos en que la víctima tenía obligación legal de prestarlos al tercero. La solución de la jurisprudencia francesa es admitir en línea de principio este tipo de pretensiones reparatorias; si bien subordinándolas a la prueba de que la prestación debida por el lesionado o fallecido tenía un carácter tan personal que hacía imposible o muy difícil su sustitución por otra persona y de que la pérdida de su colaboración repercutió en un daño efectivo para la empresa, como pérdidas económicas o de clientela. Huelga decir que como la prueba de ambos extremos es de difícil aportación, en la práctica se promueven pocas acciones de este tipo y las que se promueven rara vez prosperan.

La evolución que presenta un mayor interés en este punto es la experimentada por la jurisprudencia italiana, puesto que el artículo 1223 del *Codice Civile*, aplicable a la responsa-

⁴² Artículos 29 y siguientes de la Ley 85-677, de 5 de julio de 1985, conocida como "Ley Badinter".

⁴³ Cass., S.U., 12.11.1988, n. 6132, entre otras.

⁴⁴ Así, GÁZQUEZ SERRANO, L., *La indemnización por causa de muerte*, pp. 161-162, citando a su vez a VATTIER FUENZALIDA.

⁴¹ Por cierto que la ausencia de una precisión similar en el Código Civil es un argumento sistemático para reafirmar mi posición de que el artículo 1902 sólo comprende al "otro" que recibe directamente el daño.

bilidad extracontractual por remisión expresa del 2056, limita el resarcimiento del daño "tanto a la pérdida sufrida por el acreedor como a la ganancia dejada de obtener, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa" del hecho dañoso. Sobre esta base, el punto de partida jurisprudencial era el principio general de que "quien ha mantenido relaciones económico-contractuales con la persona fallecida a consecuencia de un accidente causado por culpa de un tercero no puede reclamar de este último daños por la muerte del socio o dependiente, al tratarse generalmente de daños indirectos jurídicamente no resarcibles"; aunque se admitían supuestos estrictamente excepcionales en que el perjuicio se consideraba directo cuando la naturaleza de la relación y la función desempeñada en ella por la víctima del accidente la convertía "en elemento esencial e insustituible en el proceso productivo", como ocurría en el caso de un arrendamiento rústico concertado por dos hermanos, de los cuales el que resultó muerte en accidente de tráfico era precisamente quien desempeñaba las funciones primordiales en la explotación de la finca. (sentencia n.º. 2411, de 17 de julio de 1940). Pero esta doctrina restrictiva con excepciones muy extraordinarias se vería puesta a prueba sucesivamente, y con resultados divergentes, en dos casos verdaderamente singulares que ofrecían la singularidad común de referirse al fallecimiento de jugadores del club de fútbol Torino.

El que fue conocido como caso *Superga* arranca de una de las peores tragedias deportivas de la historia de Italia: un accidente aéreo en el que falleció la práctica totalidad de la plantilla del Torino⁴⁵. El club demandó a la compañía aérea el resarcimiento del daño sufrido, consistente en la imposibilidad de que los jugadores cumplieran su obligación contractual con la entidad demandante, aduciendo que por las peculiares características de la prestación ésta no era sustituible. Pese al clima emocional que rodeaba al asunto, el club perdió la demanda en todas las instancias, manteniendo la Corte de Casación, en la sentencia de 4 de julio de 1953⁴⁶, su doctrina tradicional, conforme a la cual el daño sufrido por el club futbolístico a causa de la muerte de los jugadores del equipo no puede considerarse consecuencia inmediata y directa del hecho lesivo, que con tales características sólo había incidido sobre el derecho de las víctimas a la vida y la integridad física.

En palabras de la sentencia, la norma del artículo 1223 "pone un límite infranqueable a la indefinida serie de daños que de otro modo podrían considerarse resarcibles", sin que en el caso enjuiciado existiese el necesario "nexo de inmediata y directa dependencia del hecho lesivo en relación a los daños reclamados por el Torino, en cuanto éstos se conectan a la lesión de un derecho que a su vez es consecuencia de la lesión de otro derecho prevalente y preeminente sobre aquél". Se ponía asimismo de relieve, en relación con la causalidad del daño, que la utilidad obtenida por el club demandante por la actividad personal de los jugadores fallecidos podría desaparecer en cualquier momento "por una infinidad de otras causas de

la más variada naturaleza [...] a comenzar desde luego por el voluntario incumplimiento de los mismos obligados". Y frente a la pretensión del club demandante de acogerse a la excepción consagrada de la insustituibilidad de la prestación se replicaba finalmente de relieve que, a diferencia del caso contemplado en la sentencia antes comentada "un hermano [...] es ciertamente insustituible, un futbolista no lo es tanto, o al menos no lo es con el mismo carácter absoluto, porque la propia aducida infungibilidad de la prestación no puede considerarse tan absoluta como se la hace aparentar, no pudiéndose excluir del todo la posibilidad de sustituir uno o más excelentes futbolistas con otros tantos no menos excelentes, tanto más que su selección se extiende hoy fuera de los confines de la Patria"⁴⁷.

Casi veinte años después se produjo el caso *Meroni*, derivado del atropello mortal por un conductor menor de edad de este futbolista, por azares del destino también perteneciente a la plantilla del Torino,. En este caso, el tribunal de apelación aplicó la doctrina *Superga* y denegó la indemnización pretendida por el club, entonces ya sociedad anónima, frente al padre del autor del daño. En cambio, la Corte de Casación, en una sentencia plenaria de 26 de enero de 1971⁴⁸, que toda la doctrina italiana consideró como una revisión implícita de su jurisprudencia anterior⁴⁹, reconoció el derecho al resarcimiento de la sociedad demandante, estableciendo el siguiente "principio de derecho": "Quien con su hecho doloso o culposo ocasiona la muerte del deudor de otro está obligado a resarcir el daño sufrido por el acreedor, siempre que la muerte haya determinado la extinción del crédito y una pérdida definitiva e irreparable para el propio acreedor". Y esta condición de definitiva e irreparable se da (aparte del caso de la obligación de alimentos cuando no hay otros obligados que puedan hacer frente a la misma) en las obligaciones de hacer "respecto a las cuales existe insustituibilidad del deudor, en el sentido de que no sea posible al acreedor procurarse, salvo en condiciones más onerosas, prestaciones iguales o equivalentes". El giro es, como se ve, copernicano: se abandona cualquier referencia al carácter de consecuencia directa e inmediata del daño y la infungibilidad de la prestación del deudor pasa de ser una excepción casuística y extraordinaria a poder convertirse en la práctica el supuesto más habitual por la vía de la mayor onerosidad de la prestación sustitutiva.

Conviene anotar, sin embargo, que, a los efectos que nos ocupan, la sentencia *Meroni* tuvo más trascendencia dogmática que relevancia práctica. La Corte de Apelaciones, a la que fue reunido el asunto por la de Casación para que determinase el montante del daño sufrido por el club demandante conforme a los principios establecidos, encontró que en realidad el daño patrimonial había sido nulo: la baja del jugador había sido cubierta con otro y los ingre-

⁴⁵ A las 17,05 horas del día 4 de mayo de 1949 el avión que transportaba a todo el equipo, procedente de Lisboa, donde había jugado un partido amistoso contra el Benfica, se estrelló contra el murellón del terraplén posterior de la Basílica de Superga, en las afueras de Turín. En el siniestro perecieron dieciocho jugadores, dos entrenadores, dos directivos y tres famosos periodistas deportivos. El impacto que tuvo la tragedia fue inmenso: casi un millón de personas asistieron a las honras fúnebres, el Torino fue proclamado campeón de Liga (lo había sido cinco veces consecutivas) y los equipos a los que correspondía enfrentarse con él lo hicieron con formaciones de juveniles.

⁴⁶ Cass., III, 4 luglio 1953, n. 2085. *Foro it.*, 1953, I, 1086. Es de reseñar que la sentencia no mereció en su momento especiales comentarios de la doctrina, pues no hacía sino reafirmar principios que a la sazón se daban por descontados.

⁴⁷ La sentencia abordaba también, como luego lo hará la que en seguida comentaremos, un problema específico del ordenamiento italiano, que no es preciso desarrollar aquí: la cuestión de si el concepto de "daño injusto" del artículo 2043 CC. abarca la lesión de los derechos subjetivos relativos, como los de crédito, o se limita exclusivamente a los absolutos, como el derecho a la vida, la integridad física o la propiedad. La "injusticia del daño" ha sido uno de los caballos de batalla en la evolución de la responsabilidad civil en Italia.

⁴⁸ Cass., S.U., 26 gennaio 1971, n. 174. *Giur. it.*, 1971, I, 680.

⁴⁹ Entre los comentarios inmediatos a la sentencia pueden citarse: BUSNELLI, F.D., "Un clamoroso 'revirement' della Cassazione: dalla 'questione di Superga' al 'caso Maroni'", *Foro it.*, 1971, I, 1286-1296; CIAN, "La virata della Cassazione sulla tutela aquiliana del credito (del caso Superga al caso Maroni)", *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 199. Más reciente, VISINTINI, G., "Il caso Meroni: un precedente giudiziale?", *Nuova Giur. civ. comm.*, 1997, II, p.33.

sos del club se habían incrementado después del atropello. La propia Corte de Casación confirmó la justeza de esta apreciación en el llamado caso *Meroni bis* (sentencia de 29 de marzo de 1978. n. 1459). Parece haberse impuesto así, por vía de rigor en la exigencia probatoria del perjuicio, un *self restraint* judicial frente a las consecuencias que podría haber tenido una aplicación más laxa de la doctrina *Meroni*, por lo que la situación práctica no parece diferir en mucho de la francesa: reconocimiento teórico del derecho al resarcimiento de perjuicios económicos indirectos y difícil prosperabilidad de las demandas sobre esa base.

3. La cuestión en la práctica judicial española

En España, la problemática de la legitimación resarcitoria de los perjudicados patrimoniales indirectos a consecuencia de un daño personal se ha planteado hasta ahora exclusivamente en torno a dos extremos: la llamada subrogación frente al responsable del hecho dañoso de las entidades prestadoras de asistencia sanitaria a las víctimas directas (con la polémica acerca de la posible extensión de su legitimación a las prestaciones económicas extrasanitarias) y el derecho de las administraciones públicas a resarcirse por los servicios que deja de prestar el funcionario accidentado (típicamente un agente de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad), sin que, hasta donde llega mi conocimiento, se haya planteado, al menos hasta la casación, una reclamación semejante por ningún empleador privado⁵⁰.

3.1. El derecho de repetición del importe de la asistencia sanitaria por los prestadores de la misma

En materia de asistencia sanitaria a las víctimas del accidente, el derecho de las entidades públicas que la hayan prestado a resarcirse del importe de las mismas con cargo al responsable del hecho dañoso o a la entidad aseguradora de responsabilidad civil no ofrece duda alguna, al existir disposiciones legales específicas que establecen tal legitimación resarcitoria, concretamente el artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio)⁵¹ y el artículo 83 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril)⁵².

⁵⁰ En una monografía relativamente reciente y extensa, pese a la aparente amplitud de su título, los que se citan en el texto son los dos únicos supuestos analizados, lo que confirma mi impresión de no plantearse en la práctica otros: GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad civil: los 'otros perjudicados'*, Dykinson, Madrid, 2002, *passim*.

⁵¹ El precepto en cuestión dispone en sus tres párrafos: "Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente. Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

A) Naturaleza jurídica y ámbito activo y pasivo

La totalidad de los autores consideran estos supuestos como de subrogación legal, pero, a mi modesto entender, no se trata propiamente de una subrogación, sino de una acción específica de repetición o reembolso, ya que en la inmensa mayoría de los casos el usuario tendrá un derecho incondicionado a recibir gratuitamente la asistencia sanitaria en virtud de la relación jurídico-pública de seguridad social; de manera que la entidad prestadora de dicha asistencia mal podría subrogarse en un derecho de crédito que la víctima no tendría, salvo virtualmente, frente al causante del daño. En estos casos, más que de subrogación en el crédito habría que hablar de subrogación en el perjuicio (*transferred loss*, en terminología anglosajona), al existir una norma legal que desplaza el perjuicio (el coste de la asistencia sanitaria) de la víctima directa a la entidad obligada a prestar la asistencia sanitaria; y precisamente por ello es precisa otra norma específica que permita al perjudicado por subrogación resarcirse frente al responsable, porque el supuesto no encaja en la mecánica de los artículos 1209 y siguientes del Código Civil⁵³. Sólo en el caso de que la víctima no tenga derecho a asistencia sanitaria gratuita, y sea por tanto simultáneamente deudor de su importe frente a la entidad prestadora y acreedor del mismo frente al causante del daño puede hablarse de un mecanismo propiamente subrogatorio. La cuestión de la naturaleza subrogatoria o autónoma de la acción tiene importancia práctica a los efectos de su plazo prescriptivo, que sería de un año en el primer caso (como la acción aquiliana original de la víctima) y de quince en el segundo (a falta de plazo específico).

En otro orden de cosas, debe señalarse que la subrogación o repetición de la entidad pública prestadora de la asistencia sanitaria tiene como presupuesto, en los propios términos legales, que exista un tercero responsable o un subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones (típicamente el asegurador de esa responsabilidad). Quiere ello decir que el artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social no autoriza a la entidad gestora o colaboradora de la prestación sanitaria a resarcirse del coste de la misma frente a la aseguradora cuando no existe un tercero responsable del accidente o éste fue el propio asistido.

Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1986 confirmó la desestimación en ambas instancias de la demanda del INSALUD que pretendía resarcirse de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria al conductor de una

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que refiere el párrafo anterior, la Entidad Gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 104 del Código Penal [13 del hoy vigente]. He resaltado en cursiva los incisos del precepto que interesan en particular en este momento.

⁵² Según este precepto, "las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos, tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el costo de los servicios prestados". Los supuestos a que se refiere el inciso son, según el mismo precepto, los de "seguros obligatorios especiales" y "todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago".

⁵³ En el mismo sentido aquí expuesto sobre la naturaleza de la acción, sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga 271/2001, de 10 de mayo, luego seguida por la de misma Sección 44/2006, de 27 de enero, y por la de la Sección Quinta de la misma Audiencia 166/2008, de 25 de marzo.

motocicleta, único vehículo implicado en el accidente, demandando a dicho conductor y a la aseguradora del vehículo; pretensión que fue rechazada por la obvia razón de que el seguro obligatorio no cubre al conductor del vehículo y éste, por su parte, estaba afiliado a la Seguridad Social, por lo que tenía derecho a la prestación recibida⁵⁴. Frente al motivo de casación en que el INSALUD invocaba la doctrina del enriquecimiento injusto, atribuido a la entidad aseguradora en su perjuicio, el Tribunal Supremo replicó enérgicamente que “aun cuando se aprecia un empobrecimiento del Instituto al pagar la asistencia del lesionado, este empobrecimiento se debe al cumplimiento de una obligación con un afiliado al que cubriría de sus riesgos en consonancia con la finalidad de previsión de la institución y en contraprestación al pago de las cuotas correspondientes del afiliado, es decir tiene su causa en una obligación, no es un empobrecimiento sin causa, al que, por otra parte, no corresponde un enriquecimiento injusto de la compañía aseguradora del vehículo, pues nadie puede entenderse que se enriquezca injustamente negándose a pagar una deuda inexistente” (FJ. 6).

Del mismo modo, se ha rechazado la pretensión de una Mutua de Accidentes de Trabajo de resarcirse de los costes de la asistencia sanitaria prestada a un trabajador afiliado, que sufrió un accidente *in itinere* mientras conducía su automóvil sin intervención de ningún otro, dirigiéndose, a falta de tercero responsable, contra la compañía aseguradora del vehículo, no en virtud del seguro de suscripción obligatoria, sino del denominado de ocupantes. Ante pretensión tan peregrina, la Audiencia la denegó con el merecido laconismo “por la sencilla razón de que la compañía aseguradora del lesionado no es el tercero responsable del accidente ni tampoco se encuentra subrogada legal o contractualmente en las obligaciones de dicho tercero”, aunque aún añadió que, siendo el de ocupantes un seguro de accidentes y no de responsabilidad civil, no puede existir en él la acción directa contra la aseguradora del tercero perjudicado y la legitimación *ad causam* se limita a las partes del contrato, condición a la que obviamente era ajena la Mutua patronal demandante (sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 2000)⁵⁵.

En el mismo sentido se han pronunciado muchas otras sentencias de Audiencias Provinciales⁵⁶, aunque no de forma unánime, pues existe una línea minoritaria que admite la repe-

tición de la entidad prestadora de la asistencia sanitaria contra la aseguradora de accidentes individuales del conductor lesionado y causante único del accidente, sobre la base de que la interpretación conjunta de los artículos 127.3 de la Ley General de Seguridad Social y 83 de la Ley General de Sanidad demuestra que “la expresión tercero responsable no significa que, para dar lugar a la acción de repetición o de reembolso, deba haber una persona que haya causado las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta que haya un tercero obligado, como puede ser una compañía de seguros en virtud de un seguro de daños o de personas”. Tal es la línea seguida en la Audiencia de Huesca (sentencia 171/2005, de 16 de junio, con cita de otras anteriores) y a ella responden también algunas otras resoluciones aisladas⁵⁷. Sin embargo, a mi juicio, cuando el accidentado es afiliado a la Seguridad Social, no puede decirse que su aseguradora privada, de accidentes o de asistencia sanitaria, sea un “tercero obligado al pago” en los términos del artículo 83 de la Ley General de Sanidad, pues ni es más tercero que la propia entidad prestadora de la asistencia (ambas igualmente vinculadas por una relación jurídica con el asegurado) ni es obligado al pago, pues sólo lo sería en caso de que el asegurado hubiese de sufragar el coste de la asistencia sanitaria, lo que no es, por hipótesis, el caso. De no tener el accidentado derecho a la asistencia sanitaria pública, la reclamación de ésta sólo podría dirigirse directamente contra el propio asistido y no contra su compañía de seguros, por las razones antes expuestas.

Por otra parte, la subrogación o repetición de los gastos de asistencia sanitaria contra el responsable del hecho dañoso está expresamente prevista en el artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro cuando dicha asistencia se presta o se sufraga en virtud de un seguro de personas concertado por la víctima. Y no ofrece duda, en general, la posibilidad de subrogación en sentido propio de cualesquiera prestadores privados de dicha asistencia sanitaria, así como de las entidades que hayan asumido los gastos de entierro y sepelio. Señala Mariano Medina que el sistema de valoración legal de la Ley 30/1995 “no impide en absoluto el juego operativo del artículo 1212 del Código Civil”⁵⁸ respecto de estas entidades y profesionales; y yo más bien considero que la regla sexta de las generales del sistema, al establecer, después de la enumeración general de perjudicados, que “además” de las indemnizaciones por muerte, lesiones y secuelas se satisfarán “en todo caso” los gastos de asistencia médica y hospitalaria, así como los gastos de entierro y funeral, lo que hace es otorgar una legitimación propia y no subrogatoria a quienes efectivamente hayan sufragado o soportado tales gastos, aunque sean perjudicados indirectos⁵⁹.

B) *Ámbito objetivo: la cuestión de la repercutibilidad de las prestaciones económicas por incapacidad temporal*

Precisado el ámbito subjetivo de la acción de repetición en su componente activo y pasivo, se plantea a continuación el problema de su ámbito objetivo y en concreto la cuestión relativa al derecho al recobro por la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de

⁵⁴ Y si no lo tuviera no se trataría tampoco, obviamente, de un supuesto de resarcimiento contra el “tercero responsable” del actual artículo 127.3 LGSS., sino de puro y simple cobro de la prestación frente al deudor directo de la misma.

⁵⁵ Más extensamente sobre la existencia de un tercero responsable como presupuesto de la subrogación o repetición, GÓMEZ PERALS, M. *Op. cit.*, pp. 51-58.

⁵⁶ Sentencias, por ejemplo, de la Sección Primera de la Audiencia de Murcia 11/2005, de 5 de abril, 280/2004, de 5 de octubre, y 150/2004, de 14 de mayo; de la Sección Segunda de la misma Audiencia 4/2004, de 14 de enero; de la Sección Cuarta, también de la Audiencia murciana 296/2004, de 19 de octubre; de la Sección Quinta de la Audiencia de Málaga, 70/2004, de 21 de enero; de la Sección Tercera de la Audiencia de Vizcaya 274/2004, de 7 de abril, y 263/2004, de 5 de abril; de la Sección Quinta de la misma Audiencia 126/2004, de 3 de marzo; de la Sección Primera de la Audiencia de Badajoz, 5/2004, de 19 de enero; de la Sección Séptima de la Audiencia de Asturias 19/2006, de 20 de enero; de la Sección Sexta de la Audiencia de Pontevedra, 167/2006, de 21 de marzo; de la Sección Tercera de la Audiencia de Jaén, 116/2006, de 11 de mayo, aunque esta última contiene el erróneo argumento adicional de que no es posible la repetición en los casos en que el siniestro causante tiene la consideración de accidente de trabajo *in itinere*, olvidando que tal calificación es presupuesto necesario para que se produzca la prestación de asistencia sanitaria a cargo de la Mutua. Más recientemente, sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia de Pontevedra 268/2008, de 16 de mayo.

⁵⁷ Por ejemplo, sentencias 375/2004, de 29 de octubre, de la Sección Quinta de la Audiencia de Asturias, que cita otras anteriores de las Audiencias de Baleares, Gerona y La Coruña, o 132/2004, de 20 de abril, de la Sección Cuarta de la Audiencia de Murcia.

⁵⁸ *La valoración civil...* t. III, *cit.*, p. 137.

⁵⁹ En contra, algunas sentencias de la Audiencia de Cádiz, como las de su Sección Primera 11/2004, de 9 de enero, y 21/2004, de 28 de enero, o la de su Sección Cuarta 22/2004, de 23 de marzo.

las prestaciones económicas abonadas por incapacidad temporal en los supuestos en que el accidente de tráfico constituye al mismo tiempo un accidente de trabajo *in itinere*. El problema así planteado constituye una *vexata quaestio*, que, si hasta hace pocos años pudo ser polémica y recibir diferentes soluciones de las distintas Audiencias Provinciales, hoy en día puede considerarse definitivamente decantado a favor de la respuesta negativa, de acuerdo con las razones que a continuación se desarrollarán.

Está claro, en primer lugar, que cuando el hecho dañoso es constitutivo de un ilícito penal las entidades aseguradoras del riesgo de accidentes de trabajo no pueden considerarse como terceras perjudicadas en sentido estricto, directamente *ex artículo* 113 del Código Penal, ya que su responsabilidad frente a las prestaciones asumidas deriva del carácter forzoso de la obligación que para el empresario tiene el aseguramiento de la indemnidad del trabajador, incluso al ir o al volver del lugar del trabajo; de suerte que, asumidas las prestaciones por la entidad gestora o colaboradora en virtud de tal aseguramiento forzoso, que configura una relación jurídico-pública de seguridad social, en la que la entidad prestadora se encuentra en una posición equiparable a la de cualquier aseguradora de accidentes, y vinculado su devengo exclusivamente a la calificación del accidente como de trabajo, no puede estimarse que tales prestaciones, salvo expresa excepción legal, puedan ser objeto de repetición contra el responsable del accidente o contra su aseguradora, al ser distinto el criterio de imputación de la responsabilidad, tasada la extensión de las prestaciones y compatible su percepción con la indemnización a favor del perjudicado derivada de culpa civil o penal.

Desechada, pues, la posibilidad de que las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social puedan tener la consideración de terceros perjudicados en sentido estricto, a efectos de ser resarcidas del importe de las prestaciones por ellas asumidas en los supuestos de accidente de tráfico *in itinere*, tampoco cabría sostener su derecho al resarcimiento por vía de subrogación en la posición jurídica del trabajador accidentado.

Ya hemos señalado las dificultades con que tropieza en general la aplicación del mecanismo subrogatorio en este ámbito; que se acentúan si se toma en consideración que las prestaciones económicas satisfechas por la entidad gestora o colaboradora no suponen el pago de una deuda ajena, sino propia. Pero tampoco cabe invocar para sustentar esa subrogación, como a veces se hace erróneamente, el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro. Y ello por una doble razón. En primer lugar, porque el aseguramiento obligatorio de la contingencia de accidente de trabajo es ajeno al objeto de regulación de la Ley mercantil citada, en cuanto excluido del ámbito del seguro privado (artículos 4.3 de la Ley General de Seguridad Social y 1.2 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). Y, en segundo lugar, porque, de resultar aplicable la Ley de Contrato de Seguro, el precepto que vendría al caso no sería su artículo 43, correspondiente a los seguros contra daños, sino el artículo 82, establecido para los seguros de personas, como lo es el de accidentes, y que precisamente excluye la subrogación del asegurador en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro, con la sola excepción de los gastos de asistencia sanitaria, en idéntica regulación, como inmediatamente veremos, a la estipulada por el artículo 127.3 de la Ley General de Seguridad Social.

Queda pues como único asidero normativo para la pretensión de repetición del importe de las prestaciones económicas el tan repetido artículo 127.3 LGSS. Pero sobreabundan los argumentos de interpretación gramatical, lógica, sistemática, teleológica, e incluso histórica, para comprender que es sólo el coste de las prestaciones sanitarias en sentido propio el

que puede ser objeto de resarcimiento con cargo al conductor causante del accidente o a la aseguradora de su vehículo. De entre esta multitud de argumentos cabe enunciar los siguientes:

1.- El tenor literal del párrafo segundo del artículo 127.3 es claro al limitar el derecho del Insalud o de las mutuas a reclamar del tercero responsable, o del subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, "el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho". Gramaticalmente, es obvio que por "prestaciones sanitarias" sólo pueden entenderse, con el diccionario en la mano, las "relativas a la sanidad", es decir, las de carácter hospitalario, médico, farmacéutico u otras similares destinadas a devolver al trabajador accidentado, en cuanto sea posible, su salud y aptitud para el trabajo; pero no otro tipo de prestaciones, como las económicas, que no se relacionan con su curación, sino que constituyen sustitutivo del salario, al quedar en suspenso el contrato de trabajo por la incapacidad temporal del trabajador (artículo 45.1 c) del Estatuto de los Trabajadores). De esta suerte, el sentido propio de las palabras de la norma es ya suficiente para comprender su significado, haciendo innecesario acudir a otros criterios hermenéuticos, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil.

2.- En todo caso, la interpretación puramente gramatical del concepto de prestaciones sanitarias, con la consiguiente exclusión de las de carácter económico, se confirma "en relación con el contexto", como quiere el citado precepto del Código Civil, sin más que comprobar que unas y otras prestaciones se enumeran por separado en los apartados a) y c) del artículo 38.1 de la propia Ley General de Seguridad Social, que relaciona el contenido de la acción protectora del sistema, y que sirve, por tanto, de referente a la norma que se trata de interpretar.

3.- Si el legislador hubiese querido incluir el coste de las prestaciones económicas de la Seguridad Social como posible objeto de resarcimiento a cargo del responsable del accidente, no hubiese limitado el derecho de reclamar contra éste al Insalud y a las mutuas, sino que forzosamente habría debido incluir al Instituto Nacional de la Seguridad Social, pues sólo a este último corresponde la gestión de las prestaciones económicas del sistema, limitándose la competencia del Insalud a la gestión de los servicios sanitarios (artículo 57.1 de la Ley General de Seguridad Social); de manera que sería absurdo que las mutuas, entidades colaboradoras de naturaleza asociativa y voluntaria, pudiesen reclamar sus desembolsos por prestaciones económicas y la entidad gestora del sistema no pudiera hacerlo.

4.- La interpretación sistemática de los tres párrafos del artículo 127.3 es sumamente reveladora: el párrafo primero establece que, cuando la prestación haya tenido como origen un hecho generador de responsabilidad civil o criminal, la prestación será hecha efectiva por la correspondiente entidad gestora, servicio común o mutua, en sus respectivos casos, "sin perjuicio de aquéllas responsabilidades", pero limita a los trabajadores o a sus causahabientes la legitimación activa para reclamar las indemnizaciones procedentes con cargo a los responsables, no estableciendo ninguna facultad genérica de reclamación de daños y perjuicios a favor de las entidades gestoras o colaboradoras; el párrafo segundo sí establece tal legitimación activa de dichas entidades, pero "con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores y sus causahabientes" y limitándola al "coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho"; y el párrafo tercero otorga a las entidades gestoras y colaboradoras el derecho a personarse en el proceso civil o penal "para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior". es decir, exclusivamente el atinente al coste de las prestaciones sanitarias. La lectura conjunta de los tres párrafos, el primero hablando de indemnizaciones en general y el segundo y el tercero solamente de prestaciones sanitarias

en particular, con redacción separada e independiente, conducen a la inequívoca conclusión de que la única interpretación posible respecto al alcance del derecho al resarcimiento de las mutuas es la basada en la regla hermenéutica *inclusio unius, exclusio alterius*.

5.- La imposibilidad del asegurador de repetir contra el tercero responsable del siniestro, salvo en lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria, es también, como ya vimos, la regla establecida en el marco del seguro privado de personas por el artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro, de modo que la comparación internormativa abona la interpretación estricta de la norma correlativa en el ámbito del aseguramiento forzoso de los accidentes de trabajo.

6.- La limitación en cuestión, por otra parte, no es gratuita, sino que obedece a la finalidad de evitar una duplicidad indemnizatoria con cargo al causante del daño o a la aseguradora de responsabilidad civil; puesto que de admitirse la reclamación de las prestaciones económicas satisfechas por la entidad colaboradora —ya vimos que la gestora quedaría en todo caso absurdamente excluida— se produciría la consecuencia inadmisiblemente de que los responsables civiles del accidente se vieran obligados a pagar dos veces en el mismo concepto: por un lado, directamente al accidentado la indemnización correspondiente por los días que tardó en curar, y, por otro, a la entidad colaboradora las cantidades que ésta desembolsó por la misma razón y en el mismo período.

La duplicidad sería especialmente llamativa, inevitable e inmanejable en los accidentes de tráfico que constituyesen accidente de trabajo *in itinere*, dado que las indemnizaciones por incapacidad temporal del sistema de valoración legal de la Ley 30/95 son expresamente compatibles con cualesquiera otras (norma c) del apartado segundo de las reglas generales del Sistema y rúbrica de la Tabla V); de suerte que por esta vía el importe de la indemnización por incapacidad temporal vendría a ser para los obligados al pago notablemente superior al establecido con carácter vinculante en el baremo legal, en virtud de la circunstancia doblemente aleatoria de que el accidente de tráfico lo fuese también de trabajo para la víctima y de que la prestación económica por incapacidad temporal de la Seguridad Social fuese abonada a aquélla por una mutua y no por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

7.- El actual artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social es reproducción textual, salvo en el nombre de la entidad gestora, del artículo 97.3 del anterior Texto Refundido de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), procedente a su vez de la Ley de Seguridad Social de 1966 (Decreto 907/1966, de 21 de abril), que vino a modificar en el campo que nos ocupa lo dispuesto hasta entonces por el Decreto de 22 de junio de 1956, que aprobó el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo, cuyo artículo 53 atribuía al asegurador derecho preferente a recuperar del responsable civil o criminal el importe de las prestaciones satisfechas, sin distinguir la naturaleza de las mismas. Parece, pues, claro que la modificación introducida en 1966 y vigente hasta la fecha se hizo con la clara finalidad de limitar el derecho de resarcimiento de las entidades gestoras y colaboradoras sólo al coste de las prestaciones sanitarias. De esta suerte, incluso el análisis de la evolución histórica de la norma viene a apoyar su interpretación estricta.

8.- No puede decirse, finalmente, que la interpretación en sus propios términos del precepto legal que nos ocupa repercute en un enriquecimiento sin causa del sujeto responsable del accidente o de la aseguradora de responsabilidad civil, con el correlativo perjuicio patrimonial de la entidad colaboradora, por las mismas razones que ya señalara, en cuanto al ámbito subjetivo de la acción de repetición, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo

de 1986: ni hay empobrecimiento injusto en hacer frente al cumplimiento de una obligación debida, ni hay enriquecimiento sin causa en no pagar una deuda inexistente.

Con unos u otros de los argumentos que he desarrollado hasta la fatiga, la tesis que limita a los gastos de asistencia sanitaria la posibilidad de repetición de las mutuas de accidentes de trabajo⁶⁰ contra los responsables civiles o penales de los mismos parece haberse impuesto definitivamente en la praxis judicial de los últimos años. En un análisis con pretensiones de exhaustividad que efectué con destino a una sentencia a finales de 2003, sólo encontré desde 1999 cuatro o cinco sentencias que mantuvieran la tesis extensiva, que antaño gozó de cierto predicamento en la mal llamada pequeña jurisprudencia⁶¹; mientras que excedían de cuarenta las resoluciones en sentido contrario, dictadas por tribunales de veinticuatro Audiencias distintas. Al actualizar para este trabajo los resultados del estudio anterior, no he sido capaz de encontrar en las bases de datos una sola sentencia dictada en los últimos ocho años que mantenga la posibilidad de repetición de las prestaciones económicas; en tanto que rondan las sesenta, de veinticuatro Audiencias distintas, las que sostienen la misma tesis estricta que aquí se defiende⁶².

⁶⁰ Me permito insistir en que la pretendida repetición de las prestaciones extrasanitarias *ex art.* 127.3 LGSS sólo beneficiaría a las mutuas, y en ningún caso a la Seguridad Social, pues la entidad gestora de estas prestaciones no es el INSALUD (o los correspondientes servicios autonómicos de salud), sino el INSS, lo que no hace sino redundar en el absurdo de las consecuencias a que conduciría la tesis que se combate en el texto.

⁶¹ Se trata, en concreto, de la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia de A Coruña de 15 de julio de 2001, de la sentencia 548/2001, de 4 de junio, de la Sección Quinta de la Audiencia de Vizcaya, y de la sentencia 399/1999, de 12 de noviembre de la Sección Segunda de la Audiencia de Álava; esta última, por cierto, con una argumentación que parecía conducir a la conclusión contraria. A estas tres ha de añadirse la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia de Asturias en el rollo de apelación de juicio de faltas 254/1999, cuya fecha exacta no me consta. También he encontrado referencias a una sentencia de la Audiencia de Barcelona de 5 de mayo de 1999, que no he localizado en las bases de datos.

⁶² Álava (Sec. 1ª) 526/2008, de 30 de marzo; Alicante (Sec. 4ª) 142/2004, de 25 de marzo, y 261/2004, de 27 de mayo; Alicante (Sec. 5ª) 223/2005, de 19 de mayo, y 441/2004, de 30 de junio; Alicante (Sec. 6ª) 404/2005, de 5 de octubre; Alicante (Sec. 8ª) 170/2005, de 28 de abril; Almería (Sec. 3ª) 35/2004, de 18 de febrero, y 106/2005, de 5 de mayo; Badajoz (Sec. 3ª) 644/2003, de 31 de diciembre; Baleares (Sec. 3ª) 620/2003, de 1 de diciembre; Baleares (Sec. 5ª) 216/2005, de 13 de mayo; Barcelona (Sec. 2ª) 189/2005, de 23 de febrero; Barcelona (Sec. 3ª) de 29 de octubre de 2003; Barcelona (Sec. 14ª) 139/2007, de 9 de marzo; Cádiz (Sec. 4ª) 22/2005, de 4 de febrero; Cantabria (Sec. 3ª) 104/2004, de 25 de marzo y 247/2004, de 18 de junio; Castellón (Sec. 1ª) 281/2004, de 15 de septiembre, y 159/2005, de 7 de octubre; Castellón (Sec. 2ª) 68/2004, de 10 de marzo; Castellón (Sec. 3ª) 250-A/2003, de 23 de septiembre; Ciudad Real (Sec. 2ª) 205/2007, de 26 de julio; A Coruña (Sec. 4ª), 65/2005, de 18 de marzo; Granada (Sec. 3ª) 32/2004, de 26 de enero; Jaén (Sec. 2ª) 219/2003, de 27 de octubre y 179/2008, de 26 de noviembre; Lleida (Sec. 2ª) 5/2006, de 9 de enero; Madrid (Sec. 18ª), 301/2005, de 10 de mayo; Málaga (Sec. 4ª) 637/2004, de 1 de septiembre, 751/2004, de 13 de octubre, 883/2004, de 30 de noviembre, 506/2005, de 10 de junio, y 44/2006, de 20 de abril; Málaga (Sec. 5ª) 932/2004, de 23 de julio; Murcia (Sec. 5ª) 155/2003, de 1 de septiembre; Navarra (Sec. 3ª) 121/2007, de 19 de octubre; Pontevedra (Sec. 4ª) 167/2006, de 27 de julio; Sevilla (Sec. 4ª) 600/2003, de 10 de noviembre; Sevilla (Sec. 5ª) 582/2003, de 11 de septiembre, y 467/2004, de 17 de septiembre; Tarragona (Sec. 1ª) de 16 de diciembre de 2003 y 12 de febrero de 2004; Valencia (Sec. 7ª) de 26 de enero de 2004, 194/2004, de 6 de abril, y 371/2005, de 13 de junio; Valencia (Sec. 8ª) 345/2004 de 14 de junio; Valencia (Sec. 11ª) 554/2003 de 30 de septiembre, 539/2005, de 27 de septiembre, 703/2005, de 12 de diciembre, y 723/2005, de 21 de diciembre;

La tesis estricta es también mantenida por el Tribunal Supremo en las escasas ocasiones que ha tenido de pronunciarse sobre el asunto que nos ocupa. Ya hemos mencionado antes la sentencia de su Sala Primera de 12 de mayo de 1986; y a la misma conclusión llegó la Sala Segunda en la sentencia de 19 de octubre de 1990, de cuyo cuarto fundamento extraemos la siguiente cita:

"Las prestaciones abonadas por la Seguridad Social a favor de los trabajadores o sus familiares en sus diferentes conceptos tienen su contraprestación en las cotizaciones que abonan los propios trabajadores y las empresas, y por ello no pueden ser reclamadas al responsable criminal o civil, salvo en el caso de prestaciones sanitarias que, si las pagó la correspondiente entidad de la Seguridad Social, en realidad repercutieron en beneficio del condenado penal o civil, que, en otro caso, habría tenido que atenderlas por sí mismo, y por ello deben ser reembolsadas.

Pero no ocurre esto con las prestaciones impugnadas en el presente motivo consistentes en salarios abonados a la lesionada por su incapacidad laboral y en lo pagado a la viuda por muerte del marido, que son conceptos que satisfizo la seguridad social y que también ha de abonar el responsable del delito (o su compañía aseguradora) a virtud de la condena de la sentencia recurrida, compatibles entre sí en beneficio del trabajador o su familia, pero que por su propia naturaleza no pueden repetirse so pena de incurrir en duplicidad de pagos por el mismo concepto a costa de los condenados.

Así se deduce del art. 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social citado como infringido por la parte recurrente".

La transcrita constituye la auténtica y buena doctrina jurisprudencial, que no se ve contradicha por la sentencia de la misma Sala Segunda 463/2001, de 24 de marzo. Y no se da tal contradicción porque la referida sentencia 463/2001 se dictó en un procedimiento de error judicial instado por la aseguradora de responsabilidad civil en relación a la sentencia dictada en un juicio de faltas y confirmada de la Sección Segunda de la Audiencia de Asturias, que le condenó al pago no sólo de los gastos de asistencia sanitaria, sino también de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, efectuadas por una Mutua de Accidentes de Trabajo con ocasión de un accidente de trabajo *in itinere*. Al tratarse de un procedimiento de error judicial, el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, con independencia de la opinión favorable que sorprendentemente deja escapar el Ponente sobre la solución adoptada en las sentencias origen de la acción, se limita en puridad a declarar que dichas resoluciones no constituyen un error judicial en el sentido jurídico del término; es decir, como la propia sentencia indica, con cita de otras muchas en la materia, que no se trata de "resoluciones palmariamente contrarias a las normas aplicables al caso", lo que no implica en ningún caso asumir su contenido y, aunque lo implicase, carecería de valor jurisprudencial por la especial naturaleza del procedimiento y lo restringido de la cognición judicial en él.

Zamora (Sec. 1ª) 2/2004, de 5 de enero, 47/2006, de 20 de abril y 55/2007, de 20 de junio; Zaragoza (Sec. 1ª) 224/2003, de 29 de septiembre y 229/2005, de 5 de septiembre; Zaragoza (Sec. 3ª) 233/2004, de 9 de julio, 142/2005, de 6 de abril, 168/2005, de 19 de abril, y 190/2007, de 19 de octubre.

En la búsqueda anterior a que se hace referencia en el texto se encontraron también sentencias de las Audiencias de Albacete (26 de julio de 2000), Asturias 624/2000, de 28 de septiembre, Sec. 6ª, y 462/2000, de 28 de septiembre, Sec. 4ª), Burgos (17/1999, de 16 de enero, Sec. 3ª), Córdoba (35/2000, de 7 de febrero), Cuenca (131/2002, de 15 de mayo), Guipúzcoa (24 de marzo de 2000, Sec. 3ª), Palencia (422/1999, de 31 de diciembre), La Rioja (169/1998, de 2 de noviembre), Valladolid (295/1999, de 15 de septiembre, Sec. 3ª), y Vizcaya (735/2000, de 26 de julio, Sec. 5ª), lo que eleva a treinta y cuatro el número de Audiencias que se han pronunciado en el mismo sentido.

En definitiva, cuanto se lleva expuesto, con excesiva prolijidad para la sencillez de la cuestión, demuestra que la acción de repetición o regreso no puede tener otro objeto que el que le es propio, en cuanto a las prestaciones de asistencia sanitaria. Por cierto que entre éstas se computan también como repercutibles, con la misma unanimidad jurisprudencial, los gastos de transporte o desplazamiento del lesionado para recibir la asistencia o el tratamiento rehabilitador.

Conviene señalar, para finalizar este apartado, que no existe ningún inconveniente abstracto para que, mediante la necesaria reforma legal previa, puedan ser objeto también de repercusión con cargo al causante del daño o a su aseguradora de responsabilidad civil las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por incapacidad temporal, por lesiones no invalidantes, por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados o por fallecimiento y viudedad, tal como ocurre en la práctica totalidad de los ordenamientos europeos. Para adoptar este sistema en el ámbito de la responsabilidad automovilística basta con una decisión legislativa acerca de si es preferible que el grado de socialización de los costes derivados de los accidentes de tráfico se limite al colectivo de propietarios de automóviles, a través de las primas del seguro de suscripción obligatoria —que habrían de elevarse ante la nueva cobertura—, o si es más eficiente económicamente mantener el sistema actual en el que la socialización del daño alcanza, respecto a estos conceptos, a la totalidad de las empresas y trabajadores, a través de sus respectivas cotizaciones sociales.

Ahora bien, como advierte Mariano Medina⁶³, para que la eventual extensión del derecho de repetición a las prestaciones económicas pueda funcionar correctamente sin distorsionar el sistema, dando lugar a sobre-resarcimiento de la víctima o a pago duplicado por los responsables, es un prerequisite indispensable que el sistema de valoración legal del daño corporal se vertebre sobre una nítida separación entre los perjuicios patrimoniales y los extra-patrimoniales, con abono íntegro de los primeros que resulten demostrados en concreto y con descuento en su cuantificación, conforme al criterio de *compensatio lucri cun damno*, de las prestaciones sociales que hayan percibido la víctima o sus causahabientes y que tengan por objetivo la compensación de ganancias dejadas de obtener. Ni que decir tiene que el actual sistema legal está muy lejos de permitir tal transparencia, ni siquiera en el ámbito de las lesiones temporales, y que nada indica que vaya a evolucionar en un futuro próximo por el camino apuntado, menos aún después de las sentencias del Tribunal Constitucional que, en una restricción —si no abandono— de la línea abierta por la 181/2000, han venido a consagrar la indiscriminación del perjuicio personal y patrimonial en las indemnizaciones por muerte y por secuelas y la imposibilidad en ellas de reclamación separada del lucro cesante *iuxta allegata et probata* (sentencias 231/2005, de 26 de septiembre, FJ.7, y, sobre todo, 258/2005, de 24 de octubre, FJ.3)⁶⁴.

3.2. El discutido derecho de repetición de los empleadores por las remuneraciones abonadas sin contraprestación de la víctima

El otro campo en que los perjuicios patrimoniales indirectos han tenido abundante reflejo en la praxis judicial española ha sido el del discutido derecho de las Administraciones públicas

⁶³ *La valoración civil...* t, III, vol. I, cit., pp. 142-144.

⁶⁴ Véase a este respecto el comentario que hago a las aludidas sentencias del Tribunal Constitucional en la ponencia citada en la nota 15.

a ser resarcidas, como terceros perjudicados, en el importe de los haberes pagados a sus funcionarios (en la práctica, casi siempre agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad) lesionados como consecuencia de un hecho ilícito, en el ámbito de esta ponencia un accidente de circulación. Lo más sobresaliente de esta problemática es haber producido durante muchos años una radical divergencia de soluciones entre las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo, que sólo en fecha relativamente reciente han unificado su jurisprudencia, en el sentido adoptado por la Sala Civil.

En efecto, durante mucho tiempo la Sala Segunda del Tribunal Supremo vino afirmando de manera inconcusa que el Estado merece la consideración de tercero perjudicado por el delito en el importe de los haberes satisfechos al funcionario lesionado, ya que a consecuencia del delito se ve obligado a remunerar servicios no prestados efectivamente (sentencias, por ejemplo, de 28 de noviembre de 1974, 13 de mayo de 1975, 20 de septiembre de 1982, 13 de diciembre de 1983, 2 de marzo de 1988, 12 de junio y 11 y 26 de diciembre de 1989 o 10 de mayo de 1990). Muy al contrario, la Sala Primera, con la sola excepción de la sentencia de 25 de abril de 1979, ha venido resolviendo en sentido negativo supuestos idénticos, con arreglo a la doctrina de que en estos casos el daño emergente no lo determina sin más el montante de los emolumentos que el funcionario incapacitado haya de percibir de la Administración, debidos en todo caso en virtud del estatuto funcionarial, sino el importe de los eventuales desembolsos que la Administración haya debido efectuar para suplir la falta de actividad del funcionario en el ejercicio de las labores que le venían atribuidas; desembolso que no puede presumirse por la sola falta de prestación de los servicios por el lesionado, sino que han de ser cumplidamente acreditados, conforme a los criterios generales del resarcimiento de daños y perjuicios (en este sentido, sentencias de 14 de febrero de 1980, 2 de marzo y 14 de abril de 1981, 25 de junio de 1983 o 29 de septiembre de 1986).

Es obvio que la materia que nos ocupa ha de merecer un tratamiento jurídico unitario, con independencia del orden jurisdiccional ante el que se articule la pretensión resarcitoria. Y en esta tesitura, pese a su especialización penal, el ponente que les habla no puede sino optar, conforme a los puntos de partida que dejé sentados al principio de esta intervención, por la tesis restrictiva mantenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Y esta opción se funda en las siguientes consideraciones⁶⁵:

1.- Ante todo, no puede decirse que la obligación de abonar los haberes del funcionario lesionado sin la correlativa prestación de sus servicios por éste sea una consecuencia del delito. Se trata, en realidad, de una obligación *ex lege* derivada de la relación estatutaria que liga al funcionario con la Administración y que se establece con carácter general para todas las situaciones de incapacidad transitoria para el servicio, cualesquiera que sean las causas de ésta (artículo 21 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 41/2000, de 23 de junio, en relación con el artículo 69.1 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero).

⁶⁵ Permítaseme el pequeño narcisismo intelectual de señalar que los argumentos que siguen figuran ya en la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla el 23 de junio de 1992, actuando quien ahora les habla como órgano unipersonal de apelación en juicio de faltas; es decir siete años antes del cambio de doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al que en seguida se hará referencia en el texto.

2.- En realidad, por tanto, el único efecto pretendidamente perjudicial derivado del hecho dañoso en este tipo de supuestos no es el abono de haberes por la Administración al funcionario lesionado, sino la interrupción de la correlativa prestación de servicios por el mismo. El abono de haberes por sí solo no supone ningún menoscabo patrimonial para la Administración, ya que ésta habría de proceder en todo caso al mismo, tanto si el funcionario continuara desempeñando sus servicios como si la causa determinante de la incapacidad fuere distinta del accidente o éste fuera debido a responsabilidad exclusiva del propio funcionario. De hecho, a partir del tercer mes de incapacidad habría incluso un ligero ahorro para el Estado, al reducirse la prestación económica, conforme al precepto antes citado.

3.- Reconducido así el problema a sus verdaderos términos, el mismo no puede enfocarse desde la perspectiva aislada de las relaciones entre la Administración y el funcionario —en las que, ciertamente, podría apreciarse una quiebra del carácter sinalagmático de las mutuas contraprestaciones—; sino desde el punto de vista global de la Administración pública como organización personificada para el cumplimiento de fines de interés general. Y desde esta perspectiva, ha de afirmarse que la Administración queda indemne por el hecho de verse privada temporalmente de los servicios de un agente de la misma, a no ser que exista prueba suficiente de que la función desempeñada por la persona lesionada se resienta efectivamente de su transitoria ausencia, o que la continuidad y eficacia de dicha función exija la realización de contraprestaciones complementarias de contenido económico para que terceras personas asuman las labores que de no mediar el hecho dañoso hubiera ejecutado la lesionada.

Pues bien: la opción que aquí se expresa a favor de la postura restrictiva tradicionalmente mantenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido también finalmente asumida por la Sala Segunda, a partir de la sentencia 770/1999, de 13 de mayo, que desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, que había contado con el apoyo del Ministerio Fiscal, con argumentos que en lo sustancial reproducen los aquí expuestos. En el fundamento tercero de esta sentencia, tras una somera (e incompleta) enumeración de las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal sobre el mismo problema, se reconoce que “la ausencia de pronunciamientos recientes en la jurisprudencia de esta Sala y la constatada divergencia entre la jurisprudencia de esta Sala y la mencionada de la Sala I, nos obliga a un replanteamiento de la doctrina jurisprudencial sobre este aspecto”; replanteamiento que conduce a la desestimación de la pretensión resarcitoria del Estado por el importe de los haberes satisfechos, sobre la base de la falta de prueba de un perjuicio efectivo (que se admite en abstracto), ya que:

En primer lugar, el perjuicio no puede consistir en el hecho de satisfacer unos emolumentos a un funcionario, pues la causa de los mismos radica en la relación funcionarial existente entre el Estado, a través de la Dirección General de la Guardia Civil y el funcionario.

El perjuicio real, efectivo y económicamente evaluable que el Estado puede sufrir consistirá en el conjunto de gastos satisfechos para prestar un servicio público que realizaba el funcionario imposibilitado de realizarlo a causa del delito. Así, el desembolso patrimonial realizado para la contratación de un sustituto o los desembolsos realizados para cubrir, mediante horas extraordinarias, comisiones de servicios, prórrogas, etc., el servicio que el funcionario imposibilitado ha dejado de cubrir.

El Estado, a través de su representante en este pleito, no ha acreditado un perjuicio económico susceptible de ser indemnizado. La imposibilidad de asistencia a su trabajo por el funcionario ofendido por el delito no supone un daño patrimonial al Estado, pues el sueldo sería satisfecho igualmente en virtud de la relación funcionarial. [...] Tampoco se ha acreditado que el servicio dejara de prestarse, existiendo una presunción que permite afirmar que el servicio fue atendido. Por último, tampoco

ha propuesto prueba, ni, por lo tanto acreditado, ningún desembolso patrimonial realizado para cubrir un servicio encomendado al funcionario imposibilitado de prestar su actividad laboral.

En su consecuencia, la falta de acreditación del perjuicio hace que el motivo sea desestimado.

A mi juicio, el mismo criterio aplicable al Estado respecto a los haberes abonados al funcionario víctima directa del accidente es perfectamente extensible, *mutatis mutandis*, a las empresas privadas respecto a las cotizaciones abonadas a la Seguridad Social durante el período de incapacidad del trabajador, así como también, de ser el caso, al complemento salarial de la prestación por incapacidad transitoria a que dichas empresas vengan obligadas por convenio colectivo o contrato individual. Se trata, en definitiva, de perjuicios indirectos, que no pueden considerarse consecuencia del hecho dañoso, pues su causa jurídicamente relevante no es el acaecimiento del siniestro sino la existencia de unas obligaciones legales o convencionales incorporadas al contenido de la relación laboral entre el empleador y el trabajador accidentado; y el único perjuicio efectivo e imputable al accidente sería el coste derivado de la necesidad de suplir la actividad que el trabajador lesionado dejó de prestar. Éste es el sentido de las escasas resoluciones de Audiencias Provinciales que he podido localizar en casos en que se hayan planteado reclamaciones por estos conceptos: sentencias 149/2004, de 5 de marzo, de la Sección Sexta de la Audiencia de Madrid; 135/2005, de 10 de mayo de la Sección Primera de la Audiencia de Zaragoza⁶⁶; 68/2005, de 31 de mayo, de la Audiencia de La Rioja; y 25/2006, de 18 de enero, de la Sección Segunda de la Audiencia de Cantabria.

Como en el caso de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, conviene matizar que ningún inconveniente de principio se opone a que una modificación legislativa dote al empresario perjudicado indirecto de una acción de reembolso por los complementos salariales que haya abonado al trabajador accidentado, con las mismas exigencias que en su momento expusimos para que esta posibilidad de regreso tenga sentido.

En el caso de tratarse de un empleado muy valioso para la empresa, como el supuesto de los deportistas de élite, altos ejecutivos y similares, entiendo que debe excluirse, conforme al criterio del fin de protección de la norma, la indemnización exorbitante a que la privación de sus servicios al empleador podría determinar a cargo del responsable del daño de su asegurador. A mi juicio, como en todos los supuestos de rentas o valores excepcionales, se trata de un supuesto claro en que ha de darse preferencia al seguro de daños sobre el de responsabilidad civil⁶⁷. La entidad que tras contratar a un jugador o a un ejecutivo de alto nivel puede sufrir pérdidas multimillonarias si se interrumpe la prestación de sus servicios es quien está en mejores condiciones para evaluar la probabilidad de sufrir ese daño y el valor económico del mismo. El causante potencial del daño y el asegurador de su actividad de riesgo, por el contrario, no pueden efectuar un cálculo realista de tales eventualidades, dado el número prácticamente indefinido de personas que pueden ser afectadas por esa actividad y la heterogeneidad cuantitativa y cualitativa de los perjuicios económicos indirectos que su lesión corporal puede originar. Por ello, el propio interesado o la entidad contratante son quie-

nes mejor pueden asumir el riesgo, bien concertando un seguro de accidentes bien por otros medios alternativos. Es absurdo que quien atropelle a Beckham, en Madrid o en Los Ángeles, tenga que indemnizar millones de euros en concepto de pérdidas por disminución de la venta de camisetas con su nombre en Japón.

3.3. *Un supuesto aparentemente menor: los gastos de los acompañantes de la víctima hospitalizada*

Por último, un caso problemático de perjuicio patrimonial indirecto, de menor importancia macroeconómica que los anteriores, pero que accede con mayor frecuencia a juzgados y tribunales, es el que plantean las reclamaciones por los gastos de transporte y estancia de los allegados de la víctima directa mientras ésta permanece hospitalizada. En este punto, sólo la aplicación de un criterio casuístico de necesidad y razonabilidad de tales gastos puede determinar la solución de cada supuesto, partiendo de una orientación de principio favorable.

En efecto, como ha señalado un notable autor francés⁶⁸, no puede por menos de admitirse que la "moral" o motivación psíquica de un lesionado puede influir considerablemente sobre la evolución de su estado y que, por ello, la compañía más o menos continua de los suyos mientras ha de permanecer en un centro hospitalario encuentra no sólo una justificación humanitaria, sino también incluso médica. Ello es especialmente evidente cuando se trata de lesionados infantiles o ancianos, necesitados de apoyo y atención permanente, o de heridos graves cuya vida esté en peligro o que puedan entrar fácilmente en una depresión de etiología postraumática o nosocomial. En estos casos, la presencia de los padres (o al menos de uno de ellos), del cónyuge o de los hijos, según los casos, cumple, por un lado, una función asistencial vicaria y, por otro, puede tener un efecto salutífero sobre el estado psíquico del lesionado y contribuir a su más pronta y total curación, e incluso, en casos extremos, ser condición del restablecimiento de la víctima directa. Por cualquiera de estas vías, los gastos devengados por los acompañantes del herido pueden computarse en un concepto amplio de gastos de asistencia sanitaria, quedando comprendidos en la norma general de resarcimiento "en todo caso" de la regla general sexta del sistema de valoración legal.

Claro está, por otra parte, que los gastos han de estar causalmente justificados en concreto, según las reglas de la experiencia general. Del mismo modo que, al menos en Andalucía, casi no se concibe que su familia deje solo a un herido de cierta gravedad en el hospital, la misma pauta sociocultural nos indica que lo normal es que distintos allegados de la víctima se turnen para acompañarla, disminuyendo la repercusión de esta labor en la vida doméstica de la familia, y, con ello, los gastos consiguientes. Así, por ejemplo, difícilmente estará justificado, salvo peligro de muerte inminente, que los dos padres de un lesionado reclamen los gastos de tres comidas diarias de cada uno de ellos durante la estancia de su hijo en el hospital.

En Francia, por echar una nueva mirada al Derecho comparado, el principio general sentido por la jurisprudencia es que los gastos de viaje y estancia desembolsados por los allegados de la víctima directa hospitalizada no pueden ser reclamados más que "si existen elementos susceptibles de conferir a este viaje y a esta estancia el carácter de una consecuencia directa y necesaria del hecho antijurídico perseguido"⁶⁹; criterio que, aplicado rígidamente,

⁶⁶ Esta sentencia, por otra parte, es la única que he encontrado en que se otorga una indemnización por gastos de sustitución del trabajador accidentado; con la peculiaridad de que se estima acreditada la realidad y necesidad de la sustitución, pero no el coste de la misma, por lo que "prudencialmente" se fija la indemnización a la empresa reclamante en tres mil euros.

⁶⁷ Expone esta postura, muy críticamente, GÓMEZ POMAR, F., "La noción...", cit. p.16 de la versión impresa.

⁶⁸ LE ROY, M., *Op. cit.*, pp 22-23 y 88.

⁶⁹ Cass. 1er. Civ., 20-12-1961, *Sirey*, 1961, 178.

llevó a denegar la indemnización solicitada por un padre que hubo de desplazarse de Grecia a París para permanecer a la cabecera de la cama de su hijo herido a consecuencia de un accidente, cuando precisamente el haber sufrido el accidente en el extranjero parecería hacer más necesaria la compañía del padre del menor y más justificado el gasto consiguiente.

V. CONCLUSIONES

Casi a manera de resumen o *abstract* de las demasiadas páginas que preceden, me atrevo a concentrar su contenido sustancial en las siguientes proposiciones o tesis que someto a su discusión y, por supuesto, al mejor criterio de los especialistas académicos de la materia:

1.- Las reclamaciones de perjudicados indirectos a consecuencia de hechos causantes de daños personales tienen un difícil encaje, en el ordenamiento español como en cualquier otro, desde el momento en que el régimen de la responsabilidad civil común, en general, y el subsistema de responsabilidad automovilística, en particular, están concebidos implícitamente para regular sólo las consecuencias de la interacción exclusiva entre el responsable de la acción u omisión dañosa (o su asegurador) y la víctima directa de esa acción u omisión, de donde la tradicional exigencia de que el perjuicio sea "personal, directo y cierto", requisitos que difícilmente pueden cumplir las reclamaciones de perjudicados indirectos.

2.- No hay por qué escandalizarse de la dificultad expuesta, pues no es imperativo ni acaso conveniente —y muchas veces ni siquiera sería posible— imponer a todo trance el resarcimiento absoluto de cualesquiera perjuicios derivados del hecho dañoso, lo que explica la existencia en todos los sistemas jurídicos de criterios restrictivos de la mera causalidad natural, como el de la proximidad causal o el de fin de protección de la norma, que tienden a excluir a los perjudicados indirectos.

3.- Lo anterior no quita para que determinados supuestos específicos de perjuicio indirecto, patrimonial o extrapatrimonial, derivado del daño corporal a la víctima directa deban ser resarcibles. Pero ello exigirá normalmente una previsión legal específica, como ocurre en otros ordenamientos y, en parte, en el español.

4.- El sistema legal de valoración de la Ley 30/1995, tal como ha quedado configurado —o desfigurado— por la doctrina del Tribunal Constitucional, cierra el paso, mediante su regla general cuarta, a toda posible reclamación de perjudicados indirectos que aleguen daño moral derivado del fallecimiento de la víctima, pues las únicas reclamaciones atendibles de perjudicados extratabulares lo serían por analogía con la situación de perjudicados tabulares, lo que implica que se trataría de perjudicados directos.

5.- En caso de supervivencia de la víctima directa, el mismo carácter taxativo de la regla general cuarta del sistema no admite otra excepción que la que representa la indemnización complementaria prevista en la tabla IV a favor de familiares del gran inválido por el perjuicio existencial derivado de los cuidados y atención continuada a la víctima directa, indemnización que resarce un perjuicio indirecto de los aludidos familiares (no del gran inválido), pero cuyos presupuestos la hacen de difícil aplicación extensiva o analógica.

6.- No existen, por tanto, términos hábiles para la reclamación de otros perjuicios morales indirectos de los allegados de la víctima superviviente, aunque sea especialmente discutible la exclusión del perjuicio sexual o generativo de la pareja de la víctima cuyas secuelas le impidan las relaciones sexuales o la procreación, perjuicio que se resarce en otros ordenamientos próximos y que quizá merecería una reforma legal específica.

7.- Los perjuicios indirectos de naturaleza patrimonial están normalmente excluidos, no tanto por el sistema legal de valoración, que no los contempla ni siquiera para rechazarlos implícitamente, cuanto por la propia delimitación del alcance de la responsabilidad civil, tanto automovilística (artículo 1.2 del Texto Refundido) como común (según mi interpretación del artículo 1902 del Código Civil), y, cuando el hecho dañoso constituye un ilícito penal, por el criterio del fin de protección de la norma.

8.- Esta exclusión sólo halla excepción en la expresa regulación legal del derecho de repetición o reembolso (mejor que subrogación) de los costes de asistencia sanitaria por los prestadores de la misma; derecho que sólo es oponible cuando existe un "tercero responsable" del accidente, y no puede ejercerse, por tanto frente al asegurador —sea de responsabilidad civil o de accidentes— de la víctima que sea causante única de su propio daño; pudiendo ejercerlo, por otra parte, tanto las entidades públicas que hayan prestado la asistencia (arts. 127.3 LGSS y 83 LGS) como los profesionales y entidades privadas que la hayan prestado directamente o hayan sufragado su coste, a los que otorgan legitimación, según los casos, el artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro y la regla sexta de las generales del sistema de valoración legal.

9.- En ningún caso están comprendidas dentro del ámbito de la posible acción de repetición o reembolso las prestaciones económicas extrasanitarias por incapacidad temporal o permanente o por fallecimiento, sean éstas las genéricas del sistema público de Seguridad Social o las complementarias que por cualquier vía haya abonado el empleador de la persona accidentada.

10.- Tampoco cabe reclamar, ni por las administraciones públicas ni por los empleadores privados, las remuneraciones abonadas sin la correspondiente contraprestación de servicios a sus trabajadores durante el período de incapacidad temporal derivado del accidente, ni mucho menos las cotizaciones sociales satisfechas durante ese período.

11.- No habría, empero, ningún inconveniente dogmático para que el sistema expuesto en las dos conclusiones anteriores cambiara en el sentido de hacer repercutibles sobre el responsable del accidente tanto las prestaciones económicas de seguridad social como los salarios abonados por el empleador durante el período de incapacidad, tal como ocurre en casi todos los sistemas europeos; pero ello requeriría profundos cambios legales en el sistema de valoración legal, y en el propio sistema de prestaciones sociales, de modo que pudiera distinguirse con nitidez la porción de las indemnizaciones y prestaciones encaminada a la reparación del concreto lucro cesante o pérdida de capacidad de ganancia, a fin de evitar el solapamiento de conceptos indemnizatorios y permitir que la repetición de las prestaciones sobre el responsable del daño o su asegurador fuera acompañada del correlativo descuento de la indemnización a percibir por la víctima directa.

12.- Carecen en cualquier caso de fundamento atendible las reclamaciones empresariales por perjuicios derivados, no ya del pago de remuneraciones sin contraprestación del trabajador, sino de la propia pérdida de los servicios del mismo; pues en caso de ser tan valiosos e insustituibles dichos servicios, el riesgo de interrupción o pérdida definitiva de los mismos debería haber sido asegurado por la propia empresa.

13.- Por último, los gastos de desplazamiento y estancia de acompañantes de la víctima hospitalizada o impedida, aun siendo ciertamente perjuicios económicos indirectos, pueden ser considerados en muchos casos como gastos de asistencia médica y hospitalaria en sen-

tido amplio, dentro de un criterio de cuantificación estricto, basado en los principios de necesidad y razonabilidad.

La asunción del riesgo en la responsabilidad civil. Particular referencia a las actividades deportivas

María Medina Alcoz
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

I. LA CONSISTENCIA DE LOS DIVERSOS RIESGOS DEPORTIVOS

La profesora DÍAZ ROMERO¹ ponía de manifiesto en el año 2000 que, aunque los accidentes deportivos suscitaban ya un interés creciente entre los juristas, la responsabilidad civil deportiva constituía un campo todavía poco investigado. Por otra parte, destacaba que, pese al gran número de lesiones que provocan las actividades deportivas, eran escasos los pronunciamientos judiciales de que se disponía al respecto en nuestro país y apuntaba que, quizá, la razón de ello estribaba en que, como escribió MONTERO MARTÍNEZ², había la creencia colectiva de que estos supuestos se solucionan a través de la estricta disciplina deportiva³.

Desde entonces, han transcurrido apenas nueve años y puede observarse, no obstante, cómo el panorama descrito ha cambiado notablemente. Hoy contamos ya en nuestro país con un buen número de estudios monográficos —casi siempre en forma de artículo doctrinal o como capítulo de libro colectivo— que abordan con bastante rigor los variados y multiformes problemas que suscita la responsabilidad civil deportiva. Esta preocupación doctrinal obedece —como no podía ser de otro modo— al destacado aumento de las sentencias, tanto del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales, que han tenido que resolver las crecientes reclamaciones por los daños sufridos con ocasión de la práctica deportiva.

Como expresión de lo que acabo de reseñar, destacan fundamentalmente, dentro de la doctrina española y, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, las siguientes obras de carácter general⁴:

DÍEZ BALLESTEROS, J. A.: *La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)*, AC, 2000, núm. 37, 9-15 oct., pp. 1343-1382; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil deportiva*, en "Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio", coord. por J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 225-249; ORTI VALLEJO, A.: *La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva*, Ar. Civ., 2000/1, pp. 1843-1858 (publicado también en RJD, 2000/2, núm. 4, pp. 37-48); *Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo*, en "Tratado de Responsabilidad Civil", coord. por F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1357-1389; *Responsabilidad civil en la práctica de actividades de ocio peligrosas*, en "Tratado de Responsabilidad Civil", coord. por F. Reglero Campos, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 1459-1493; DÍAZ ROMERO, M. R.: *La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas*, ADC, t. 53, 2000, fasc. 4 (oct.-dic.), pp. 1483-1546; REBOLLO GONZÁLEZ, J. C.: *Daños y responsabilidad en los deportes de riesgo*, RPJ, núm. 61, 2001/1, pp. 445-471; GÁZ-

QUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M. M.: *Responsabilidad civil en los deportes de riesgo*, REDD, núm. 13, 2001 (en.-jun.), pp. 5-18; VERDERA SERVER, R.: *Una aproximación a los riesgos del deporte*, InDret, www.indret.com, núm. 116, 1/2003, 14 pp.; MEDINA ALCOZ, M.: *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004; SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: *Responsabilidad civil en el deporte*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", CGPJ, 2003, pp. 478-513; *Deporte y Responsabilidad civil*, en "Ponencias 4º Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro", Pontevedra, nov. 2004, pp. 225-273; MALDONADO RAMOS, J.: *Responsabilidad por la práctica de deportes de riesgo*, RJD, núm. 12, 2004-2, pp. 227-246; PIÑEIRO SALGUERO, J.: *Accidentes deportivos: lesiones consentidas*, InDret, www.indret.com, núm.297, 3/2005, 46 pp.; y *Avila v. Citrus Community College District: ¿Hasta dónde llega la asunción del riesgo en el deporte?*, InDret, www.indret.com, núm. 354, 7/2006, 17 pp.; y su Tesis Doctoral, dirigida por Pablo Salvador Coderch, titulada *Responsabilidad Civil y Deporte*, leída en 2008, en la Universidad Pompeu Fabra; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: *La responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos*, en "La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas", dir. por A. Ortí Vallejo y coord. por M. C. García Garnica, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 517-579; COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Daños en espectáculos*. En especial los espectáculos deportivos, en *ibidem*, pp. 613-625; GARCÍA GARNICA, M. C.: *Comentario a la STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 2006: El criterio de imputación de los daños causados en la práctica de actividades deportivas*, RES, núm. 126, 2006 (ab.-jun.), pp. 367-385.

1. La clasificación material de los diversos riesgos deportivos

Dentro del instituto de la responsabilidad civil, merecen particular atención los daños que derivan de la realización de los *riesgos deportivos*⁵, pues, como resalta ORTI VALLEJO⁶, su importancia determina que ésta se manifieste con perfiles específicos.

⁵ Sobre el tratamiento de los daños deportivos en el Derecho romano, es de más que recomendable lectura el artículo de WACKE, A.: *Accidentes en deporte y juego según el Derecho romano y el vigente Derecho alemán*, AHDE, t. 59, 1989, pp. 551-579. Su conclusión es elocuente: "El Derecho romano no es un depósito de curiosidades, ni un gabinete de objetos raros, cubiertos por el polvo de los siglos; se trata, al contrario, de problemas fundamentales de la dogmática jurídica, que rebasan una época concreta con su carácter atemporal y tienen su base en la historia de la cultura" (p. 579). Por eso dice que, de haberse conocido y ponderado las soluciones brindadas por los juristas romanos, se evitarían las soluciones equivocadas que adoptan en la actualidad algunos Tribunales (pp. 533 y 566). A su vez, los hermanos MAZEAUD (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, vol. 2º, trad. de la 5ª edic. por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1963, reimp. 1977, p. 208) resaltan que, en el antiguo Derecho francés, ya DOMAT se ocupó de los problemas que originaba el ejercicio de los deportes, aunque los resuelve con la aplicación de las reglas generales; y HONORAT, J. (*L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, París, 1969, p. 88) destaca que en Francia, en 1914, DEMOGUE fue el primero que, con ocasión de una crónica jurisprudencial (*Revue Critique Droit Civil*, 1914, p. 262) propuso, a través del consentimiento de la víctima, una explicación a la idea de la aceptación de los riesgos del deporte.

⁶ *La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva*, Ar. Civ., 2000/1, p. 1858 (publicado también en RJD, 2000/2, núm. 4, pp. 37-48). Dice de modo similar DÍEZ BALLESTEROS, J. A. (*La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual [Un estudio jurisprudencial]*, AC, 2000, núm. 37, 9-15 oct., p. 1345) que es en el ámbito de las actividades deportivas donde positivamente la idea de la asunción del riesgo por la víctima se encuentre mejor configurada por nuestra jurisprudencia.

¹ *La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas*, ADC, t. 53, 2000, fasc. 4, oct.-dic., pp. 1484-1485, 1498 y 1512-1513.

² *El consentimiento en las lesiones deportivas*, en "El consentimiento. El error", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993, vol. 18º, p. 74.

³ A su vez, desde la perspectiva del Derecho penal, GARCÍA VALDÉS, C. (*Responsabilidad por lesiones deportivas*, ADP, t. 46, 1993, fasc. 3, jul.-sept., p. 974), después de revisar las diversas teorías sostenidas, dice que, en su concepto, la clave de la exoneración (penal) del deportista que causa lesiones a otro estriba en la aceptación por parte de éste del riesgo que comporta la actividad deportiva, pues el consentimiento en el riesgo excluye la antijuridicidad (penal). Para un estudio de Derecho penal de las lesiones deportivas, vide últimamente VENTAS SASTRE, R.: *Una aproximación al tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas*, RJD, núm. 13, 2005-1, pp. 239-255.

⁴ Aunque ya han comenzado a publicarse estudios particularizados de los distintos riesgos deportivos. Así, por ejemplo, para el esquí vide LAMARCA i MARQUÉS, A.: *Accidentes de esquí*, InDret, www.indret.com, 2002/4, 9 pp.; o para el fútbol, FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos*, LL, 1985/3-D, pp. 948-957.

FERNÁNDEZ COSTALES⁷ ha resaltado que, dentro del marco general establecido por la Constitución (art. 106.2 y 9), el cuadro normativo en que se desenvuelve específicamente la responsabilidad civil deportiva está constituido, en primer lugar, por los escasos preceptos que el Código civil dedica a la responsabilidad civil extracontractual, a partir del artículo 1902, en un "verdadero alarde de economía legislativa", completados, en su caso, con las disposiciones civiles del Código penal y, además, con algunas Leyes especiales (Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y conjunto de disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas; Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación); y, en segundo lugar, por el conjunto de disposiciones administrativas que, emanadas del Estado y Administración Central, así como de las diversas Comunidades Autónomas, en uso de sus respectivas potestades legislativa y ejecutiva, constituyen una "auténtica jungla normativa", en la que se hallan las pautas con las que graduar la diligencia exigible, de un lado, a los deportistas y, de otro, a los organizadores de los acontecimientos deportivos y a los propietarios de las instalaciones deportivas⁸.

Dentro de tales riesgos, hay que diferenciar, en primer lugar, para su adecuado tratamiento jurídico, los supuestos constituidos por la *participación activa* de la víctima en un deporte⁹ y los integrados por su *participación pasiva* (espectador) o por su *falta de participación* (tercero no espectador). En el primer caso, la asunción del riesgo por parte del deportista conlleva, como criterio general, la exclusión de la responsabilidad civil del agente creador del riesgo¹⁰. En el segundo, se afirma su responsabilidad, salvo que haya una irreflexiva e irrazonable exposición a él por parte de la víctima, en cuyo caso no hay asunción de riesgo, sino hecho culpable de la víctima¹¹. En el tercer caso, ha de afirmarse igualmente la plenitud indemnizatoria.

En segundo lugar, deben distinguirse los deportes de *riesgo unilateral* y los de *riesgo bilateral*, encabezados éstos por los denominados "deportes de lucha" o "de desafío", que se caracterizan por la confrontación física de los participantes y que incluyen también las competiciones de velocidad. Son muchos los deportes en los que los accidentes los sufren los deportistas enfrentados, actores y sujetos pacientes del riesgo al mismo tiempo. La bilateralidad

del riesgo supone que cada jugador crea un riesgo que sufre el contrincante y que, a su vez, éste crea el que sufre aquél (asunción recíproca del riesgo desplegado)¹².

Llamamos deportes de *riesgo bilateral* a aquéllos en los que hay un enfrentamiento físico entre los contendientes, ya sea directo (boxeo y deportes de estricto combate) o a través de los instrumentos utilizados (balones, pelotas, bolos, sticks, palas, discos, sables, floretes, espadas), así como a aquéllos en los que la actividad deportiva exige (fútbol, balonmano, baloncesto) o produce (ciclismo, carreras de motos y automóviles), con normalidad, el contacto físico entre los contendientes. Llamamos deportes de *riesgo unilateral* a aquéllos en los que el contacto físico de los contendientes no puede producirse, así como a aquéllos en los que tal contacto es rigurosamente anormal (por ejemplo, esquí, natación, lanzamiento de pesos), por lo que el mismo no encaja en la tipicidad social del riesgo consentido¹³.

En tercer lugar, por los posibles matices de su tratamiento diferenciado, hay que distinguir entre el ejercicio del deporte por parte de los *profesionales* y por parte de los simples *aficionados*¹⁴, con particular consideración del "deporte de base" o "deporte popular". A su vez, también presenta sus peculiaridades el ejercicio del *aprendizaje deportivo*, inserto en gran medida en el ámbito de la educación física o deportiva.

Junto a las actividades de los deportistas profesionales y aficionados y, además de las actividades del deporte base, hay las actividades deportivas del *voluntariado*, a las que se ha referido REBOLLO GONZÁLEZ¹⁵, quien señala que su estatuto aparece recogido en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, que regula su participación en programas nacionales o supraautonómicos y en actividades de competencia exclusiva estatal; y en aquellas regulaciones autonómicas que no se limitan a su participación en la acción social¹⁶.

¹² En estos casos, se aplica la que se denomina "teoría del riesgo mutuamente aceptado" (SAP de Málaga, de 5 de diciembre de 1995, Ar. Civ., 1995/2285; Pte. Ilmo. Sr. Arroyo Fiestas).

¹³ La expresada clasificación bifronte simplifica aquéllas a las que acuden otros autores como el penalista alemán A. ESER (*Las lesiones deportivas y el Derecho penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana*, RLL, 1990/2, pp. 1131-1132), quien distingue: las actividades deportivas orientadas a causar lesiones (boxeo); las que, sin consistir en ataques personales, suponen una lucha cuerpo a cuerpo (fútbol, balonmano, baloncesto); las que, sin exigir entre los sujetos un contacto físico, éste se produce con frecuencia (las carreras de atletas, de motos, de automóviles y de bicicletas); y aquellas en las que el contacto físico es estrictamente ajeno a su realización (esquí, lanzamiento de pesos). En mi concepto, mientras que los tres primeros tipos se corresponden con actividades de riesgo bilateral (en pureza decreciente), el cuarto representa a las actividades de riesgo unilateral.

¹⁴ BERMEJO VERA, J.: *Constitución y deporte*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 34-36.; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil deportiva*, cit., p. 229. Resalta ORTI VALLEJO, A. (ob. cit., p. 1844) que son los deportistas no profesionales los que registran mayor número de accidentes, al no ser expertos y porque los profesionales, aunque arriesgan más, conocen mejor su capacidad y están más familiarizados con las medidas de seguridad que deben adoptar.

¹⁵ *Daños y responsabilidad en deportes de riesgo*, RPJ, núm. 61, 2001/1, pp. 463-466.

¹⁶ Ley Andaluza 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado; Ley Balear 3/1998, de 18 de mayo, del Voluntariado; Ley Canaria 24/1998, de 15 de mayo, del Voluntariado; Ley de Castilla-La Mancha 4/1995, de 16 de marzo, del Voluntariado; Decreto del Gobierno de Castilla y León 12/1995, de 19 de enero, del Voluntariado; Ley Extremeña 1/1998, de 5 de febrero, del Voluntariado Social; Ley Foral Navarra 2/1998, de 27 de marzo, del Voluntariado; Ley Riojana 7/1998, de 6 de mayo, del Voluntariado; y Ley Vasca 17/1998, de 25 de junio, del Voluntariado). Desde la perspectiva del tratamiento de la responsabilidad civil, resalta el artículo 10 de la Ley Estatal 6/1996, que disciplina la responsabilidad civil de las organizaciones del voluntariado por las actuaciones dañosas de los voluntarios integrados en ellas (responsabilidad por hecho ajeno, al modo de lo previsto en el art. 1903 Cc), y, en concreto, el artículo 13 de la Ley de La

⁷ *La responsabilidad civil deportiva*, en "Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio", coord. por J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 233-235.

⁸ Además de la Ley Estatal 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, hay las Leyes Autonómicas del Deporte, que son estudiadas comparativamente por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J.: *La Ley del Deporte de Castilla-La Mancha en el contexto de las Leyes Autonómicas*, R. Jurídica Castilla-La Mancha, núm. 30, 2001, pp. 151-173.

⁹ La práctica del deporte constituye una fuente de riesgos para la integridad física de quienes participan en ella directamente o como colaboradores.

¹⁰ Señala TRIGO REPRESAS, F. A. (*Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo*, en "Responsabilidad por los daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini", dir. por A. J. Bueres y A. Kemelmajer de Carlucci, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 820) que la aceptación de los riesgos constituye una de las razones esgrimidas para eximir de responsabilidad civil al deportista por los daños causados a otro deportista. A tal concepto se atuvo precozmente la doctrina francesa, como puede verse en ESMEIN, P.: *L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile*, Rev. Int. Dr. Comp., 1952, núm. 4 (oct.-dic.), p. 687.

¹¹ Sobre la circunstancia exoneradora comúnmente conocida como "culpa de la víctima", permítaseme remitir a mi Tesis Doctoral titulada *"La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual"*, publicada por Dykinson, Madrid, 2003.

La necesidad de efectuar todas estas distinciones lleva a DÍEZ BALLESTEROS¹⁷ a señalar que la actividad deportiva se desenvuelve con una serie muy diversa de matices, lo que conlleva que su tratamiento, desde la perspectiva de la asunción de riesgos, obligue a considerar en cada caso sus singularidades.

Casi todos los deportes (con la salvedad del ajedrez que, de ser considerado un deporte, es un puro deporte intelectual —consistente en una lucha estrictamente simbólica¹⁸—), por las actividades en que consisten o por los medios materiales utilizados, son *peligrosos* y, en consecuencia, susceptibles de generar daños por su posible descontrol¹⁹.

El desarrollo de actividades deportivas crea riesgos de intensidad muy variable, tanto por la importancia de los daños producibles como por el grado de su posibilidad, que discurre desde una enorme lejanía a una situación de casi completa certeza. De este modo, si partimos del concepto de deporte como “toda actividad física con carácter de juego que adopte la forma de lucha consigo mismo o con los demás o constituya una confrontación con los elementos naturales”²⁰, cabe hacer una clasificación material de los deportes, en atención a la graduación de su *aptitud riesgosa*.

Así, dentro de los deportes *competitivos* se colocan en un extremo los más violentos, como el boxeo, en el que el daño es el objetivo de sus protagonistas²¹; y, en el otro, los que, a primera vista,

se muestran más pacíficos y anodinos —inocuos—, aunque siempre es neta su peligrosidad²²: con el ejercicio de deportes como el tenis, el golf, el críquet, el frontenis, el béisbol o el ping-pong, pueden producirse graves daños a sus jugadores y pueden sufrírselos colaboradores y auxiliares (cadis, recogepelotas), y también los espectadores.

Dentro de los deportes *extracompetitivos*, se encuentran, los llamados “deportes de alto riesgo”, caracterizados por desarrollarse en un medio físico particularmente hostil (montañismo, alpinismo, rafting, espeleología, apnea)²³, así como el denominado “turismo activo” o “de aventura”²⁴. En todas estas actividades, con alguna frecuencia, se producen accidentes muy graves; y en ellas, como señala VERDERA SERVER, “el riesgo representa el ingrediente principal y el estímulo que anima a su práctica”²⁵.

En este sentido, TASSONE²⁶ se ha referido a que, junto a los deportes “tradicionales” han surgido, en las últimas décadas, los que denomina deportes “extremos” (*estremi*), que suelen asociarse a la extrema peligrosidad para quienes los ejercitan (*BASE jumping; bungee jumping; dragon boat; freeclimbing; helisnow; hydrospeed; kiteskiing, kitesurfing, kiteboarding o flysurfing; rafting; shotover; skyline Gondola; sleddog*), por lo que se prestan de forma particular a que impere en ellos con mayor intensidad la doctrina de la asunción del riesgo, que lleva a reputar como autodaños, los daños sufridos por los deportistas.

altísima probabilidad de que no sólo se le haga daño sino de que se le causen concretos daños, pero el consentimiento que presta se proyecta sobre esa probabilidad y no sobre una certeza, de modo que no hay tanto una aceptación de los daños como una aceptación del riesgo de alto grado de que se le produzcan, y, al asumir tal riesgo, asume las consecuencias dañosas de su realización. En todo caso, como dice WACKE, A. (ob. cit., p. 568), en el boxeo la meta es hacer morder el polvo al adversario, noquearlo, para dejarle incapaz de seguir luchando; y, como señala GHERSI, C. A. (*La responsabilidad deportiva*, en “Responsabilidad civil”, dir. por J. Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, cap. 19, p. 486), en el boxeo cada boxeador acepta de antemano los golpes que puede propinarse el adversario. Aunque con índole menor de peligrosidad, sucede lo mismo con el judo, el kárate, el kung-fu, el taekwondo, la lucha libre y demás deportes similares de lucha. En cuanto a la perspectiva penal del boxeo, *vide* PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador*, REDD, núm. 5, 1995 (en.-jun.), pp. 81-97.

²² PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (*Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales*, ADP, 1990, fasc. 2, ab.-jun., p. 639) señala que, desde una perspectiva criminal, son innumerables las clasificaciones de los deportes, destacando en particular la que toma como criterio de división el índice de peligrosidad. Resalta también que cuanto más elevado es el grado de contacto físico entre los intervinientes tanto mayor es la posibilidad de que resulte lesionada su integridad física.

²³ Sobre ellos, *vide* REBOLLO GONZÁLEZ, J. C.: ob. cit., pp. 445-471; MOSSET ITURRASPE, J.: *Responsabilidad civil en los deportes de montaña*, en “Estudios sobre responsabilidad por daños”, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, pp. 243-253; y GÁZQUEZ SERRANO, L./MÉNDEZ SERRANO, M. M.: *Responsabilidad civil en los deportes de riesgo*, REDD, núm. 13, 2001 (en.-jun.), pp. 6-9.

²⁴ *Vide* sobre el mismo, ASPAS ASPAS, J. M.: ob. cit. Señala este autor (p. 23) que el turismo activo se integra por deportes caracterizados por la utilización de los recursos que ofrece la naturaleza y por el factor riesgo inherente las propias actividades que realiza el público en general (el turista) para ocupar el ocio en el tiempo libre, durante las vacaciones estivales, invernales (Navidad) o primaverales (Semana Santa), así como en los descansos semanales (fines de semana y puentes). Dentro del catálogo del turismo activo se encuentran alta delta, barranquismo, *benji*, bicicleta de montaña, bicimotor, buceo, cicloturismo, escalada libre, escalada artificial, escalada en hielo, espeleología, esquí acuático, esquí alpino, esquí de fondo, esquí de travesía, excursiones (a pie, a caballo, navegando, en bicicleta, con esquís, etc.), globo aerostático, hidropedales, *hydrospeed*, kayak, paracaidismo, parapente, piragüismo, *puenting*, *quads*, *rafting*, senderismo, *snorkeling*, *snowboard*, submarinismo, *surf*, tiro con arco, travesías de montaña, *trekking*, veleros de tierra, vuelo libre, vuelo sin motor y *windsurf*, entre otros

²⁵ *Una aproximación a los riesgos del deporte*, InDret, www.indret.com, 2003, núm. 1, 14 pp.

²⁶ *Sport estremi e responsabilità civile*, DR, 2002, núm. 12, pp. 1182-1184.

Rioja 7/1998, que regula la responsabilidad civil de las organizaciones del Voluntariado, al igual que en la estatal, invadiendo —en opinión del autor citado— la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (ob. cit., p. 466, nota pie 25).

¹⁷ Ob. cit., p. 1345. También FERNÁNDEZ COSTALES, J.: ob. últim. cit., p. 238.

¹⁸ AGUIRREAZQUENAGA ZIGORRAGA, I. (*Cultura y deporte*, Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público, núm. 26, 2000, dic., pp. 14-15) señala que no hay un concepto unívoco de deporte, ni desde el punto de vista social, ni desde el punto de vista jurídico y normativo; y pone de relieve el debate en torno a la consideración del ajedrez. Señala, a tal efecto, que cada deporte exige una diferente combinación de la fuerza física y mental y que en ningún caso puede prescindirse del esfuerzo psíquico, hasta el punto de que en muchas ocasiones el rendimiento del esfuerzo físico depende de su ordenación mental. Sentado ello, entiende que si se reputa deporte el tiro olímpico, hay que ponderar que el ajedrez es un deporte desarrollado eminentemente por la fuerza mental, conforme a unas centenarias reglas de juego, en el que se proyecta una batalla física virtual con un ejercicio corporal externo bien es verdad que mínimo, pero no menor que el de apretar un gatillo. En todo caso, sea o no deporte, no constituye una actividad de riesgo específico alguno.

¹⁹ BONASI BENUCCI, E. (*La responsabilidad civil*, trad. y notas de Derecho español por J. Ventura Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1958, p. 347) señala que no todas las actividades deportivas constituyen fácil ocasión de daños y que algunas son de tal naturaleza que excluyen en el más alto grado la posibilidad de causarlos como sucede en muchas especialidades del atletismo ligero.

²⁰ Es la definición contenida en el “Manifiesto sobre el Deporte”, aprobado por el Consejo Internacional para la Educación Física y el Deporte en cooperación con la UNESCO, en la que destaca la concepción de deporte como juego, competición o lucha (ASPAS ASPAS, J. M.: *Los deportes de aventura. Consideraciones jurídicas sobre el turismo activo*, Prames, Zaragoza, 2000, p. 27).

²¹ CAVANILLAS MÚGICA, S. (*Comentario a la STS de 22 de octubre de 1992: Responsabilidad por daños ocasionados en juegos y deportes*, CCJC, núm. 30, 1992, sept.-dic., p. 955) afirma que “la mera práctica de un deporte, por muy visibles que sean sus riesgos, no comporta un consentimiento al daño” y puntualiza a continuación que “sólo cuando la agresividad sea realmente esencial a un deporte, por formar parte de sus propios objetivos, como sólo se me ocurre que pasa con el boxeo, puede hablarse de un consentimiento al daño por la mera participación”. Con todo, en mi opinión, ni siquiera en el caso extremo del boxeo puede hablarse estrictamente de que el boxeador preste consentimiento a los daños que le causa el contrincante. Cada boxeador aspira a salir indemne del combate, aunque cuenta con la

En la práctica de estos deportes, dice VERDERA SERVER, "el riesgo se traduce en diversión"²⁷; y señala que quien practica BASE jumping²⁸ sabe que puede morir o sufrir graves lesiones en el intento, pues es uno de los deportes que tiene más altas las tasas de siniestralidad. En los deportes extremos el riesgo no es instrumental sino finalista.

2. El fomento del deporte y la masificación deportiva

En todo caso, hay que resaltar que el deporte²⁹ es una actividad que, por ser socialmente necesaria³⁰, está protegida constitucionalmente, porque su fomento se inserta en el conjunto de los principios rectores de la política social y económica; y, a tal efecto, el artículo 43.3 CE establece que los poderes públicos fomentarán el deporte; y añade que facilitarán la adecuada utilización del ocio³¹.

²⁷ Ob. cit.

²⁸ Es una modalidad de paracaidismo, identificada con el acrónimo de *building, antenna, span* y *earth*, términos que representan los distintos lugares desde los que se puede practicar el salto con un pequeño paracaídas.

²⁹ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra "deporte" procede de "deportar", apuntando a su acepción antigua (deportarse) que significa recrearse, divertirse, con un sentido que se detecta también en la lengua provenzal y en el castellano antiguo, donde "deporte" ("depuerto") es solaz o entretenimiento. COROMINAS VIGNEAUX, J. (*Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, Gredos, Madrid, 1955-1957, voz "portar", p. 854) dice que deporte es "calco moderno" del inglés "sport" —que sustituyó a la más antigua de "disport"—, palabra que entró en nuestra lengua como un galicismo ("deports"), para convertirse en deporte, de acuerdo con las exigencias de su propia genética. Sin citar la fuente, dice VILLAGÓMEZ RODIL, A. (*Delitos deportivos [fuero de los deportes]. Aspecto penal y procesal de los mismos*, R. Escuela Estudios penitenciarios, núm. 137, 1958, pp. 849-850) que deporte es palabra de marinos que refiere al descanso que supone estar en puerto ("estar de portu") y señala que aparece ya en la Crónica de Enrique IV, como un provenzalismo con el que se expresaba la idea del solaz proporcionado por la caza.

³⁰ Ya en 1930, en el prólogo a la obra de J. LOUP, *Les sports et le droit* (Libraire Dalloz, 1930), donde se estudia la figura de la asunción de riesgos, J. PLASSARD registraba que el deporte constituye "uno de los fenómenos sociales más significativos de la hora presente" (p. 4). CAZORLA PRIETO, L. M. (*Deporte y Estado*, Labor, Barcelona, 1979, p. 17) ha escrito que hoy "vivimos la 'era del deporte'". En un artículo periodístico (*Del deporte: un duelo épico*, ABC, 18-08-2001, p. 3), Juan Pablo FUSI escribe: "El deporte es obviamente mucho más que un juego: es una realidad histórica de sorprendente, formidable, importancia. Es incluso una metáfora de nuestra época. Por un tiempo, encarnó los valores de juventud, olimpismo y juego limpio: luego, hoy mismo, lo amenazarían el dinero, el dopaje, el periodismo pululante, el nacionalismo y la violencia de los aficionados..."; en 1996, en una novela brutal, *The Football Factory*, John King exponía la violenta agresividad y atroz chabacanería masculinas que impregnan en nuestros días la cultura futbolística". Como dice DE CUEVILLAS MATOZZI, I. (*La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños [Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo]*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 307-308), el deporte en general está ligado a la distracción y al ocio del ser humano y, en última instancia, a su salud: le brinda la evasión de los problemas cotidianos y se ha adentrado en la estructura social con una fuerza insospechada, hasta el punto de que los espectadores adquieren un papel "protagónico" que queda marcado, en gran medida, por un fanatismo incontrolado. Por eso hay que convenir que, hoy por hoy, el deporte, además de servir para evadirse de los problemas cotidianos, constituye, a su vez, una fuente de problemas.

³¹ El artículo 43.3 CE dispone: "Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio". FERNÁNDEZ COSTALES, J. (*La responsabilidad civil deportiva*, cit., p. 228) ha resaltado que el Tribunal Supremo, al interpretar el alcance de este precepto, ha indicado, en la sentencia de 23 de marzo de 1998, que la inserción en él

En consonancia con tal precepto, el preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte señala que "la actividad deportiva constituye una evidente manifestación cultural, sobre la que el Estado no debe ni puede mostrarse ajeno por imperativo de la propia Constitución". Destaca, a su vez, que el deporte "en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria"; "elemento fundamental del sistema educativo"; "importante en el mantenimiento de la salud"; "factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos"³²; "crea hábitos favorecedores de la inserción social"; "su práctica en equipo fomenta la solidaridad"; y, por todo ello, "elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea".

Desde un punto de vista político, el deporte ha pasado, desde finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX, de una situación de indiferencia y tolerancia a una situación de pleno fomento; y este tránsito produce sus efectos en el tratamiento de la responsabilidad civil por los daños causados con ocasión de la práctica de las actividades deportivas.

Durante la segunda mitad del pasado siglo, ha surgido el fenómeno de la *masificación*, dando lugar a los denominados "deportes de masas", en los que los espectadores se cuentan por millares en cada partido o en cada prueba de competición³³.

del fenómeno deportivo no entraña un mero significado simbólico, sino que constituye un mandato para que el Legislador se imbuya de su espíritu y ampare una actividad que es de indudable utilidad pública, como otras instituciones sociales, en cuanto instrumento que redanda en la protección de la salud. Sobre la conexión del hecho deportivo con el constitucionalismo, vide CAZORLA PRIETO, L. M./ARNALDO ALCUBILLA, E./GONZÁLEZ-SERRANO OLIVA, J./MAYORAL BARBA, F./RUIZ-NAVARRO PINAR, J. L.: *Derecho del Deporte*, Tecnos, Madrid, 1992, concretamente, Lección 1ª (*El régimen constitucional del deporte*), pp. 27-51; CAMPS POVILL, A.: *El artículo 43.3 de la Constitución Española*, en obra colectiva "La Constitución y el deporte", Unisport, Málaga, 1993, pp. 14-30; ARNALDO ALCUBILLA, E.: *Apuntes para la redefinición de la relación deporte-poderes públicos*, en obra colectiva "Régimen jurídico del fútbol profesional", coord. por E. Arnaldo Alcubilla, C. Campo Colás y P. Mayor Menéndez, Civitas, Madrid, 1997, pp. 38-43; y BLANQUER CRIADO, D.: *El golf. Mitos y razones sobre el uso de los recursos naturales (ordenación del territorio, espacios de ocio y desarrollo rural)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 13-55.

³² En el artículo citado, Juan Pablo FUSI hace unas referencias interesantes al origen social de diversos deportes y, a tal efecto afirma: "La dimensión social del deporte fue siempre evidente. Las carreras de caballos fueron el deporte de la aristocracia; el rugby, el remo, los deportes distintivos de las universidades anglosajonas. Desde la década de 1920, el boxeo fue, en los EEUU, la primera forma de afirmación racial de la población negra. La caza del zorro sería en Inglaterra el deporte de la élite rural... El fútbol representó en este país durante décadas sólo a las clases obreras: el mejor equipo de la historia, el Manchester United, fue en origen un club de trabajadores ferroviarios. El tenis fue, en Francia, el deporte de las clases acomodadas; el ciclismo, como la bicicleta, nació en cambio asociado a clases populares e igualitarismo. Baloncesto y balonvolea aparecieron como deportes de invierno de universidades y escuelas norteamericanas". Por ello resalta que *La soledad del corredor de fondo* (1959) de Aland Sillitoe, y *La vida deportiva* (1960), de David Storey, "eran novelas sobre la clase obrera británica de la posguerra". Sobre la evolución histórica del deporte en Gran Bretaña, vide MASON, T.: *El deporte en Gran Bretaña*, trad. y nota preliminar de J. M. Galiana Moreno, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, pp. 91-141.

³³ "El deporte se ha convertido en una actividad mundialmente institucionalizada, que implica a millones de personas como participantes y a cientos de millones como espectadores" (MASON, T.: ob. cit., p. 30).

Dentro de estos deportes, el fútbol ocupa un lugar sobresaliente —por eso se dice que es el deporte rey—, siguiéndole de cerca, según los países, otros como el rugby, el baloncesto, el ciclismo, el tenis, las carreras de motos y las carreras de automóviles³⁴.

En definitiva, son deportes en los que a los riesgos de los jugadores y demás protagonistas activos, se unen los riesgos de los espectadores, en unos casos por su concentración masiva y en otros porque los instrumentos utilizados por los jugadores pueden proyectarse sobre ellos, con una gran dosis de lesividad; y todo esto bajo la perspectiva de que pertenece al romanticismo de la historia la idea de que lo importante es participar y no ganar³⁵.

3. La profesionalización del deporte y la violencia deportiva

Al fenómeno de la masificación —que es en sí una fuente novedosa y creciente de peligros—, se une el de la *profesionalización* de los deportes (con inclusión del amateurismo marrón), en torno a los cuales se movilizan fortísimos intereses económicos que complican y hacen más necesarias las respuestas de control.

En su preámbulo, la Ley 10/1990, del Deporte, resalta que uno de los aspectos que ofrece el fenómeno deportivo está constituido por su articulación a través de su masificación, de su creciente profesionalización y de su progresiva mercantilización, siendo por ello necesaria la regulación legal del espectáculo deportivo.

A la violencia de los propios deportistas —intrínsecamente necesaria e intrínsecamente peligrosa³⁶—, se une la violencia de los espectadores que, con frecuencia, exteriorizan sus más bajas pasiones y su propia irresponsabilidad, contando con la inmunidad que proporciona el anonimato. Particularmente graves son, a veces, las avalanchas que se producen en los estadios deportivos: son los que se denominan “hechos dañosos de la muchedumbre”³⁷.

³⁴ Sobre los daños causados en carreras de automóviles, resalta BONASI BENUCCI, E. (ob. cit., p. 347) que hay que distinguir las que se celebran en circuito cerrado y las que se celebran en circuito abierto al tráfico ordinario. Señala que, en este último caso, el participante queda sometido a las normas comunes de prudencia y a las normas administrativas ordinarias, porque se trata de competiciones de regularidad y no de velocidad, en las que los vehículos no deben desarrollar ésta al máximo, sino acomodarse a una media ponderada más bien baja. En el primer caso, en cambio, no se aplican las normas administrativas porque ello eliminaría toda posibilidad de desenvolvimiento de la carrera. Ya decía ESMEIN, P. (*De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident*, RTDC, t. 37, 1938, p. 394), acogiendo una declaración judicial (sentencia del Tribunal de París de 17 de marzo de 1938), que, en una carrera de automóviles, la velocidad no está, naturalmente, limitada y que cada corredor debe forzar su destreza combativa frente a los restantes corredores, de modo que todos ellos aceptan implícitamente el riesgo que conlleva la participación en la misma.

³⁵ MASON, T. (ob. cit., p. 169) recuerda que fue un entrenador de fútbol americano, Vince Lombardi, del *Green Bay Packers*, quien creó el aforismo de que ganar no es lo importante, sino lo único importante. Aquí radica una de las claves de la violencia intradeportiva, socialmente consentida y fomentada.

³⁶ Dice J. P. FUSI (artículo precitado): “Al final de *Fiesta* (1926), su primera novela y su primera aproximación a los toros y a España, Hemingway introducía un tema deportivo... Ciclistas, toros, boxeadores, caza mayor, pesca —sobre lo que escribió profusamente y que a veces practicó— tenía en la obra de Hemingway un sentido manifiesto: eran la expresión del mundo viril, rudo, primario, que constituía (o eso pretendía) su ideal de vida”.

³⁷ Sobre “los daños en ocasión de encuentros futbolísticos”, remito a las reflexiones de DE CUEVILLAS MATOZZI, I.: ob. cit., pp. 303-316. Señala el referido autor (pp. 305-306) que el tema de la violencia futbolística prácticamente no ha tenido trato doctrinal en nuestro país, a lo que hay que sumar la falta

de una regulación específica atinente a la responsabilidad civil por los daños que se producen por actos vandálicos, pero que, dado el contexto de continuos brotes de violencia, hay que reflexionar sobre tal problema para determinar los responsables de los macroeventos perjudiciales. Vide también DURO VENTURA, C.: *De nuevo sobre la responsabilidad civil en el deporte. La complejidad de la diversidad de supuestos. El fenómeno de la violencia*, RJD, núm. 10, 2003, pp. 111-123; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil en los estadios de fútbol...*, cit.; y PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *Reflexiones sobre la responsabilidad civil por actos violentos cometidos por las masas de espectadores en los espectáculos deportivos*, RJD, núm. 8, 2002, pp. 51-61.

Por esto, resulta preciso diferenciar también entre la responsabilidad de los *deportistas* y la de los *organizadores* de los acontecimientos deportivos. Debe tenerse en cuenta, además, que son frecuentes las reclamaciones que por sus daños deducen los primeros contra los segundos (por ejemplo, esquiadores lesionados frente a la estación de invierno, propietaria o gestora de las pistas y demás instalaciones³⁸).

de una regulación específica atinente a la responsabilidad civil por los daños que se producen por actos vandálicos, pero que, dado el contexto de continuos brotes de violencia, hay que reflexionar sobre tal problema para determinar los responsables de los macroeventos perjudiciales. Vide también DURO VENTURA, C.: *De nuevo sobre la responsabilidad civil en el deporte. La complejidad de la diversidad de supuestos. El fenómeno de la violencia*, RJD, núm. 10, 2003, pp. 111-123; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil en los estadios de fútbol...*, cit.; y PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *Reflexiones sobre la responsabilidad civil por actos violentos cometidos por las masas de espectadores en los espectáculos deportivos*, RJD, núm. 8, 2002, pp. 51-61.

³⁸ GHERSI, C. A.: ob. cit., p. 481. En su preámbulo, la Ley 10/1990 resalta que “la creciente preocupación social por el incremento de la violencia en los espectáculos deportivos” es un fenómeno que justifica la incorporación de medidas con que atajarlo. Señala FERNÁNDEZ COSTALES, J. (*La responsabilidad civil deportiva*, cit., pp. 235-236) que todas las Comunidades Autónomas, en consonancia con lo previsto en el artículo 148.1.19 CE, han asumido en sus respectivos Estatutos las competencias exclusivas en materia deportiva y que sus textos han incluido, junto con la idea de fomento y promoción del deporte, su vigilancia, tutela y control, así como la regulación de las instalaciones y equipamientos, y la fijación de un marco legal básico de carácter disciplinario al que hay que acudir para determinar las posibles responsabilidades civiles deportivas. Pero, a su vez, señala que, aunque la Constitución no ha reservado expresamente al Estado ninguna competencia en materia deportiva, le corresponde esta intervención, mediante su coordinación con las Comunidades Autónomas, para regular lo atinente a los intereses generales del deporte en el ámbito nacional, en virtud de otros títulos competenciales, a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de noviembre de 1981. Queda así justificada la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

³⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (*Consentimiento...*, cit., pp. 637-638) destaca que “en materia deportiva, está permitido llegar mucho más lejos de lo que se permite en otras actividades”, rigiendo unas especiales normas de cuidado que modifican de forma atenuadora las exigencias habituales y advierte que los órganos jurisdiccionales, penales y civiles, muestran una clara tendencia a eludir pronunciamientos sobre las conductas dañosas desplegadas con ocasión de las actividades deportivas. Esta afirmación parece demasiado general y precisada de matices, pues se corresponde más con el fenómeno de que los deportistas lesionados no instan la intervención del orden jurisdiccional penal (no se olvide, además, que el homicidio y las lesiones producidas con negligencia leve se insertan en el ámbito de los ilícitos penales semiprivados: art. 621.6 Cp) y es muy raro que promuevan reclamaciones en vía civil. En los pocos casos (comparados con el número de actuaciones dañosas producidas) en que tienen lugar, los demandantes no son, desde luego, ni profesionales ni pseudoaficionados, sino individuos que practican concretos deportes de riesgo fundamentalmente unilateral y suelen dirigirse contra la entidad organizadora de la actividad o contra la administradora de unas instalaciones a cuya defectuosa textura se atribuye el accidente.

4. La asunción de los riesgos deportivos

Agresiones entre deportistas (lesiones producidas y sufridas por los jugadores en los lances del juego, dentro de las cuales son llamativas las que se producen entre los jugadores de hockey sobre hielo, al utilizarse los sticks como armas contundentes; choques de los vehículos utilizados), agresiones de los deportistas al árbitro; agresiones de los espectadores a los jugadores y a los árbitros (lanzamientos de monedas, botellas y otros objetos consistentes, lanzamientos de petardos, cohetes y botes de humo, cuando no estrictas agresiones personales) y, a veces, de los deportistas a los espectadores (como atropellos), insultos continuos cursados entre todos estos protagonistas...

Hay un sinfín de supuestos dañosos que diariamente se producen con ocasión de la práctica de las actividades deportivas, contando casi todas ellas con un nivel de tolerancia social y jurídica que brilla por su ausencia cuando las mismas se producen en el desenvolvimiento de la vida ordinaria.

Por eso, dicen BONA/CASTELNUOVO/MONATERI⁴⁰ que cuando los daños sufridos por los participantes en las actividades deportivas no dan lugar a una responsabilidad que se generaría si esas actividades no fueran de tal naturaleza, se produce una "suspensión sustancial" de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil, y afirman la existencia de un principio unificador en esta materia: el del "riesgo deportivo consentido", que se traduce en que quien practica un deporte acepta, dentro de ciertos márgenes y límites bien determinados, que puede sufrir un daño⁴¹.

Desde mi punto de vista, todas estas situaciones han de ser objeto de análisis en sede de responsabilidad civil, bajo la perspectiva de su inserción en un ámbito objetivo de imputación (responsabilidad objetiva), por el riesgo intrínseco de las actividades desplegadas, por el riesgo propio de las cosas e instrumentos utilizados, y por el riesgo añadido en que consiste la presencia de los espectadores más o menos próximos al lugar en que se celebra la lucha, el enfrentamiento, el partido o la competición.

La responsabilidad en que puede incurrirse por los daños producidos con ocasión de la práctica de actividades deportivas se desenvuelve en cuatro direcciones: la de los deportistas entre sí (deportistas frente a otros deportistas o frente a otros participantes asimilados); la de los deportistas frente a terceros (espectadores o terceros ajenos a la actividad deportiva); la de los organizadores frente a los deportistas; y la de los organizadores frente a terceros (espectadores o terceros ajenos)⁴².

⁴⁰ *La responsabilità civile nello sport*, Ipsoa, Milano, 2002, pp. 4 y 12.

⁴¹ Para estos autores (ob. cit., p. 12) el riesgo consentido se erige en *causa de justificación* del daño (atípica, porque no está codificada) de formación jurisprudencial. *Vide* su encuadramiento dogmático en las pp. 17-18, diferenciando el *riesgo consentido* del *consentimiento de titular de un derecho*. Por su parte, BERTINI, B. (*La responsabilità sportiva*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 33-34) destaca las posturas que justifican la irresponsabilidad del agente dañoso en un acuerdo tácito de asunción de riesgo entre los distintos participantes, pero señala que, en realidad, el riesgo asumido por el participante no está justificado por un acto abdicativo suyo, sino por la licitud de la conducta que forma parte del "alea normal" del deporte específico.

⁴² *Vide*, en este sentido, MAZEAUD, H. y L./TUNC, A.: *Tratado...*, cit., t. I, vol. 2º, pp. 207-208; BONASI BENUCCI, E.: ob. cit., pp. 346-347; COMPORI, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Napoli, 1965, p. 307; GHERSI, C. A.: ob. cit., p. 475; FILOGRANA, E.: *Il mio regno per (colpa di) un*

Desde la perspectiva de la asunción del riesgo por parte de la víctima, como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil de quien causó el daño, hay que distinguir a las víctimas jugadores, así como a las víctimas que participan activamente en el desarrollo de la actividad (ocupando lugar señero los árbitros y jueces y demás colaboradores del propio juego); y a las víctimas espectadores, así como a cualesquiera terceros que no gocen de tal condición⁴³.

Desde la perspectiva de los sujetos activos de la posible responsabilidad civil, hay que diferenciar a los propios jugadores (e, incluso, a los árbitros, por el tipo de decisiones adoptadas que se interpretan por los que no las convienen —jugadores y público— como una provocación)⁴⁴ y a los organizadores de los encuentros y competiciones, así como los dueños y empresarios usuarios de las correspondientes instalaciones deportivas.

La riqueza de los problemas que se apuntan es de tal magnitud que se ha insinuado que no cabe otra aproximación a ellos que la de su propia individualización⁴⁵, como si no fuera posible su inserción en unas categorías generales.

5. Los riesgos estrictamente deportivos y los riesgos espectaculares

Por último, hay que destacar la clasificación jurídica que distingue los *riesgos estrictamente deportivos* y los *riesgos espectaculares*.

Los primeros se desenvuelven con ocasión de la celebración de la prueba o competición deportiva en sí⁴⁶, dentro de los que se diferencian los daños que sufren los propios deportistas (incluyendo a los protagonistas asimilados) y los que sufren los espectadores y terceros que no participan en la realización de la actividad deportiva (protagonistas pasivos).

Los segundos se desenvuelven como consecuencia del espectáculo en sí, caracterizados porque los daños de su realización están conectados con las condiciones de seguridad del espectáculo, marcado por el carácter masivo que rodea su asistencia, y con las condiciones de seguridad de las instalaciones deportivas, siendo sus víctimas los espectadores, e, incluso, los propios deportistas.

En el primer caso, el enjuiciamiento de los daños en sede de responsabilidad civil está vinculado a la estricta disciplina deportiva; y, en el segundo, está vinculado con la disciplina de

cavallo!, Danno e Responsabilità, núm. 6, 1999, p. 658; TRIGO REPRESAS, F. A.: ob. cit., p. 819; ORTI VALLEJO, A.: ob. cit., p. 1844; y DÍAZ ROMERO, M. R.: ob. cit., p. 1484.

⁴³ Distinción elemental que recoge WACKE, A. (ob. cit., p. 554), al decir: "En el ámbito de la responsabilidad derivada de una actividad deportiva hay que distinguir entre la responsabilidad del que practica el deporte frente a un tercero —especialmente frente al espectador—, de la responsabilidad recíproca de los deportistas entre ellos mismos".

⁴⁴ Sobre la responsabilidad civil en que, con su actuación, pueden incurrir los árbitros de las diversas competiciones, *vide* FRATTAROLO, V.: *La responsabilità civile per le attività sportive*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 102-105.

⁴⁵ REBOLLO GONZÁLEZ, J. C.: ob. cit., p. 448. En rigor, lo que dice el autor es que no puede acudirse de forma mecánica a una receta de objetivación de la responsabilidad que nace de los daños causados en la práctica deportiva. Afirmación que tiene como presupuesto la creencia de que no cabe una solución general con la que resolver los multiformes supuestos planteados.

⁴⁶ Son riesgos que se crean con independencia de que la actividad deportiva se inserte o no en un espectáculo público.

seguridad a que están sujetos los organizadores del espectáculo y los propietarios o gestores de las instalaciones deportivas⁴⁷.

Esta última clasificación no es estrictamente material y fenoménica, sino jurídica, porque es en el ámbito de los riesgos estrictamente deportivos donde opera, en su caso, la figura del riesgo consentido, para, a su vez, no jugar en el ámbito de los riesgos espectaculares. Los riesgos espectaculares no son asumidos ni por los espectadores y terceros afectados, ni tampoco por los deportistas que desarrollen la actividad de que se trate.

II. EL PARÁMETRO DE MEDICIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS

1. En las actividades deportivas de riesgo bilateral: el estrechamiento de la culpa

La participación en los juegos deportivos conlleva al tiempo la creación y la asunción de riesgos específicos, de intensidad muy variable. Sobre esta base, la idea fundamental es que la práctica de los deportes está montada sobre una modificación del listón de la prudencia exigible a los jugadores.

La diligencia ordinaria de un buen padre de familia no constituye, en absoluto, el parámetro de medición de la actuación de los deportistas; por lo que, en lugar de ella, el parámetro está constituido por la diligencia de un *buen deportista*⁴⁸.

Este desplazamiento del parámetro de medición se traduce en que se expande sobremanera el concepto de fortuidad dañosa y se estrecha correlativamente el concepto de actuación culposa. El efecto que produce es que conductas intrínsecamente imprudentes que, en cuanto productoras de daños, generarían responsabilidad civil en los ámbitos de la vida ordinaria, cuando son conductas deportivas no son calificadas como negligentes o, si lo son, son constitutivas de una imprudencia que carece de relevancia desde la perspectiva de la responsabilidad civil; y es, en definitiva, el fenómeno de la asunción recíproca de riesgos, el que justifica que la mayor parte de los daños deportivos de los participantes quede al margen del instituto de la responsabilidad civil⁴⁹.

⁴⁷ OCHOA MONZÓ, J.: *Algunas reflexiones sobre el riesgo en espectáculos deportivos*, Revista Española de Derecho Deportivo, núm. 6, 1995, jul.-dic., pp. 235-237. Se trata de una división que, ateniéndose a la significación jurídica del riesgo, FERNÁNDEZ COSTALES, J. (*La responsabilidad civil deportiva*, cit., p. 231) considera acertada.

⁴⁸ Que es la del *atleta medio*, pues, como señala BERTINI, B. (ob. cit., p. 33), una acción que generalmente presenta caracteres de peligrosidad, puede ser juzgada como normal en un determinado deporte. La culpa se aprecia en abstracto, esto es, con la referencia de "un jugador prudente y avisado que practica el mismo deporte" (CHABAS, F.: *Nota a la sentencia de la Corte de Casación, Civil, 2ª, de 16 de noviembre de 2000, Portal c. Rouis & autres*, Gazette du Palais, Responsabilité civile, Jurisprudence, 21-23 abril 2002, p. 27).

⁴⁹ La doctrina italiana sólo hace referencia a que la finalidad "agonística" de las competiciones deportivas altera los confines normales de la negligencia, planteándose la necesidad de que, en el ámbito deportivo, se introduzca un concepto de culpa distinto del usual y que, para ver si se rebasan los límites normales de los riesgos deportivos, hay que atender a las características particulares de cada especialidad deportiva. Se habla por ello de la *relatividad* de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual, pues su definición resulta marcada por la finalidad y por la propia dinámica del deporte

El boxeador que resulta noqueado en el combate no puede, normalmente, ejercitar con éxito una acción de responsabilidad civil contra quien le ha vencido, por los perjuicios que resulten de unas lesiones que, en muchos casos, son extremadamente graves y que, con cierta frecuencia, se traducen en resultados letales; tampoco es técnicamente perjudicado el jugador de fútbol que, al ser zancadilleado, sufre algún tipo de fractura; ni lo es el ciclista que resulta lesionado por la maniobra realizada en el pelotón por otro. Esto es así porque, de un lado, se niega que sean civilmente imprudentes aquellas conductas que, al menos objetivamente y las más de las veces subjetivamente, son imprudentes en verdad; y, de otro, se cuenta con el papel exonerador que se atribuye a la asunción de los riesgos deportivos.

Pero, naturalmente, el efecto exonerador asociado al riesgo por parte del jugador que resulta víctima de un lance deportivo está condicionado por la consideración de que la conducta del agresor no sea calificada de imprudente, de acuerdo con el específico parámetro de medición casuística que resulta del deporte considerado. En todo caso, las actuaciones dolosas y, en general, las actuaciones de brutalidad deportiva⁵⁰, generan responsabilidad civil en sus autores⁵¹; y, de acuerdo con la doctrina general, la asunción del riesgo por parte de la víctima constituye un puro indiferente (carece de relevancia), pues no puede ni siquiera ponderarse para justificar una reducción indemnizatoria.

Si la actuación dañosa del deportista —dolosa o culposa— tiene rango criminal, se ha de fijar la pertinente responsabilidad civil *ex delicto*⁵²; pero, con todo, no es normal que las agre-

considerado, dando lugar a su estrechamiento o a su ampliación. *Vide*, en este sentido, FRATTAROLO, V.: ob. cit., pp. 52-58.

⁵⁰ Con sentido del humor y de forma expresiva, los hermanos MAZEAUD, H. y L., en la nota a la sentencia del Tribunal Correccional de Toulouse, de 14 de junio de 1949, que condenó al jugador que había mordido en una oreja a otro del equipo contrario, seccionándose la, decían (*Consentement de la victime: risque accepté par un joueur de football rugby*, nota jurisprud., RTDC, t. 48, 1950, núm. 19, p. 60) que ningún jugador de rugby acepta el riesgo de enfrentarse con un antropófago. MASON, T. (ob. cit., p. 72) recoge el dato de que en 1985 un inspector de policía arrancó de un bocado parte de la oreja de un compañero durante un partido de rugby entre equipos de policías de Cardiff y Newtort, siendo condenado aquél a seis meses de prisión. A su vez, GARCÍA VALDÉS, C. (ob. cit., p. 977) trae a colación la condena del boxeador Kid Sullivan que cegó a su adversario en pleno combate, al haber aplicado a sus guantes tinte de belladona. Pero, si no hay un exceso deportivo, no cabe la condena penal; y en este sentido el autor expresado recuerda (p. 977) que, por auto de 17 de julio de 1940, la Audiencia de Barcelona sobreseyó la causa seguida por la muerte de un boxeador, acaecida por los golpes recibidos en combate.

⁵¹ Hay, no obstante, supuestos en que opera un criterio *pro damnato* y se aprecia la existencia de negligencia del jugador para imputarle responsabilidad civil por los daños causados a su contrincante, en virtud de la realización de actos que distan mucho de ser constitutivos de una brutalidad deportiva, con lo que realmente queda muy difuminada lo que es negligencia relevante y negligencia que se niega por su falta de relevancia. Véase en este sentido la sentencia de la Audiencia de Navarra, Sección 1ª, de 11 de enero de 2001 (Ar. Civ., 2001/691; Pte. Ilmo. Sr. Zubiri Oteiza), que confirmó el criterio de que había incurrido en responsabilidad civil el jugador que, con ocasión de celebrar un partido de pelota vasca, golpeó con la pala, en un lance del juego, a su contrincante, que se había quedado a su izquierda, arrinconado junto a la pared, golpeándole en la boca, causándole la pérdida de dos piezas dentales. En nuestro concepto, estamos ante un caso prototípico de responsabilidad civil por aseguramiento, pues el hecho de que el pelotari lesionado tuviera garantizada su responsabilidad civil con un seguro, propició la apreciación de tal responsabilidad, operando verdaderamente dicho seguro, no como un seguro de responsabilidad civil, sino como un seguro de accidentes, aunque con cobertura concreta de necesidad.

⁵² Dice KARAKUILLO, J.-P. (*Le droit du sport*, 2ª edic., Dalloz, Paris, 1997, pp. 57-59) que nadie puede tener la audacia de pretender que la actividad deportiva quede al margen del Derecho del Estado, pues

siones dañosas (en su sentido de extradeportivas y antideportivas) den lugar a la tramitación de un procedimiento penal que, en algunos casos, tendría que incoarse y tramitarse de oficio (delitos dolosos y culposos de homicidio y de lesiones) o por denuncia del perjudicado (falta de homicidio imprudente y falta de lesiones imprudentes).

A tal efecto, contamos con los antecedentes proporcionados por las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1935 y de 1 de junio de 1961. La primera de ellas confirmó la condena del procesado, como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones, cometido cuando, al salir de un baile, empezó a realizar ejercicios de boxeo y golpeó, por falta de cuidado, a una persona que salía también del baile; y la segunda⁵³, confirmó la condena del procesado, como autor de un delito doloso de lesiones, cometido cuando, al participar en un partido del “noble deporte” del fútbol, de categoría regional y, dado que su equipo iba perdiendo por goleada, propinó un puntapié a un jugador del equipo contrario, después de que éste se hubiera desprendido del balón, golpeándolo en el costado derecho produciéndole la pérdida del riñón derecho. Como vemos, en el primer caso, a diferencia de lo acontecido en el segundo, la agresión no se produjo en el seno de una estricta actividad deportiva. De cualquier modo, es claro que el deportista que asume el riesgo del juego, no asume más riesgo que el inherente a la actividad ordinaria de que se trate, sin extenderse a la actuación dolosa o estrictamente negligente de su contrincante. Hay, a su vez, la STS (Sala 2ª) de 20 de noviembre de 1989⁵⁴, que estimó constitutiva de una falta de imprudencia leve con resultado de lesiones la conducta de un corredor que en un rally tomó una curva a elevada velocidad, en un tramo cronometrado, y se salió de la calzada, atropellando a unos espectadores que se encontraban en su borde, de la que GARCÍA VALDÉS⁵⁵ opina que atuvo a un criterio “discutible”.

Situados en sede de responsabilidad civil, la culpa suele medirse en abstracto, mediante la comparación del comportamiento del agente dañoso con el de un buen padre de familia. Pero este principio de *cum-pensatio* se modifica aparentemente cuando el sujeto considerado participa en una actuación deportiva, porque el mejor deportista —y así se acepta socialmente— realiza actuaciones dañosas en el fragor del juego que, en la vida ordinaria, serían ostensiblemente negligentes o simplemente torpes (imperitas), pero que no se reputan como tales en términos civiles⁵⁶, al ser inherentes al propio deporte⁵⁷.

éste penetra en ella como en las demás actividades humanas. La práctica deportiva no se sustrae, por tanto, ni al Derecho penal ni al Derecho de la responsabilidad civil, de modo que los daños que se producen en tal ámbito no se insertan en una esfera de inmunidad para quien los causa. Por ello se explica que en Francia se rechazara el Anteproyecto de Ley que elaborara P. MAZEAUD en 1975, con el propósito de que la reparación de los daños producidos con ocasión de las prácticas deportivas quedaran sometidos a la regulación común, pues, en definitiva, estaban sujetos ya a sus reglas. Puntualiza, además, que no hay texto legal que impida al juez penal conocer de las conductas que, tipificadas en el Código penal, se realizan al desenvolverse las actividades deportivas y que las sanciones disciplinarias no impiden la declaración de la responsabilidad criminal en que se haya incurrido.

⁵³ Pte. Excmo. Sr. Ruiz Falcó.

⁵⁴ Pte. Excmo. Sr. Puerta Luis.

⁵⁵ Ob. cit., p. 979.

⁵⁶ Dice TRIGO REPRESAS, F. A. (ob. cit., p. 821) que la conducta dañosa del deportista no puede apreciarse con arreglo al patrón común del *bonus pater familias*, sino con arreglo al específico patrón del deportista diligente, según el deporte en cuestión [patrón del buen deportista] y señala que se trata de una singularidad aparente, pues con tal referencia se aplica el artículo 512 del Código civil argentino, a cuyo tenor es culpa “la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”; precepto éste que se corresponde con el artículo 1104 de nuestro Código civil. En el mismo sentido, GHERSI, C. A.: ob. cit.,

Se produce así el enlace de la falta de culpa —medida con un parámetro de enorme estrechez— y la asunción del riesgo deportivo, de modo que no queda comprometida la responsabilidad civil del deportista dañado⁵⁸. Partiendo del enorme estrechamiento de la noción de culpa, se dice que las reglas deportivas constituyen indirectamente una fuente de Derecho, de las que deriva que queden a cargo de las víctimas las consecuencias de unos accidentes que, en muchos casos, son voluntarios, pero que gozan de la consideración de fortuitos, por negarse relevancia a la falta cometida⁵⁹.

Por tanto, en el ámbito deportivo, al menos de forma virtual, se produce un estrechamiento del concepto de negligencia, pues sólo tiene relevancia para imputar aquélla que sea verdaderamente grave⁶⁰. Pero dicho estrechamiento se predica sólo de los estrictos deportes de riesgo bilateral, es decir, de aquellos que consisten en una estricta confrontación y de aquellos competitivos en los que el contacto físico se inserta en la normalidad del riesgo desencadenado.

2. En las actividades deportivas de riesgo unilateral: la diligencia ordinaria

Pero, cuando se trata de actividades de riesgo unilateral en las que el contacto físico es ajeno a la normalidad del riesgo desencadenado, el parámetro de medición de la diligencia

p. 480. Por eso, los hermanos MAZEAUD (*Tratado...*, cit., t. I, vol. 2º, pp. 210 y 209) hablan del “jugador cuidadoso” y del “boxeador cuidadoso”. De forma similar, dice BONASI BENUCCI, E. (ob. cit., p. 345) que los atletas no quedan sustraídos a las normas comunes sobre responsabilidad civil, pues no gozan de una especie de inmunidad respecto de los daños que frecuentemente producen en el curso de las actividades deportivas, pero que, no obstante, los normales principios de diligencia deben ser adecuadamente atemperados; y por eso puntualiza (p. 351) que, en una carrera de automóviles, la diligencia del corredor debe medirse en atención a las exigencias de la propia carrera y no con referencia al grado de prudencia del buen padre de familia.

⁵⁷ Ésta es la idea que apunta COMPORI, M. (*Il nuovo corso della giurisprudenza francese sulla responsabilità nel trasporto di cortesia: un esempio da imitare*, Foro it., vol. 101º, 1978, c. 190, nota pie 36) cuando hace referencia a unas hipótesis de asunción del riesgo por parte de la víctima, en las que la responsabilidad del dañado se condiciona a que haya incurrido en una “culpa grave”. Con referencia específica a las actividades deportivas, dice DASSI, A. (*Sulla lesione dell’integrità fisica dello spettatore di una partita di squash*, Responsabilità civile e Previdenza, 1993, vol. 58º, p. 621, nota pie 6) que la competitividad conlleva de suyo una atenuación del deber general de actuación prudente, de modo que el jugador puede perfectamente encontrar excusa en el fallo deportivo. Afirmado el estrechamiento en la apreciación de la culpa, PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (*Consentimiento...*, cit., pp. 646 y 649) señala que, desde la perspectiva del deportista lesionado, hay una ampliación del nivel de exigibilidad del sacrificio, pues si para el agente dañoso se restringe el parámetro de la diligencia debida, se amplía correlativamente el sacrificio de los bienes jurídicos de los demás, lo que significa que se impone a los intervinientes en el juego el deber de soportar los daños sufridos, sin posibilidad de reaccionar frente a ellos.

⁵⁸ LE TOURNEAU, Ph./CADDIET, L.: *Droit de la responsabilité. Responsabilités civile et pénale. Responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles. Défaillances contractuelles et professionnelles. Régimes spéciaux d’indemnisation*, Dalloz, Paris, 1996, ap. 986, p. 283 y ap. 1015, p. 291.

⁵⁹ LE TOURNEAU, Ph./CADDIET, L.: ob. cit., ap. 986, p. 283; y BERTINI, B. (ob. cit., p. 33) que hace referencia a que a esta ampliación del ámbito del caso fortuito, se une un concepto elástico de prudencia exigible.

⁶⁰ En este sentido, BONA/CASTELNUOVO/MONATERI: ob. cit., p. 8. Por eso, distingue BERTINI, B. (ob. cit., p. 17) entre la *culpa ordinaria* y la *culpa deportiva*.

debida es el ordinario del buen padre de familia, sin que su contraria, es decir, la negligencia, sea objeto de estrechamiento alguno⁶¹.

Por esto dice ORTI VALLEJO⁶² que, cuando con ocasión de la práctica del esquí, un esquiador choca con otro, al que produce daños, incurre en responsabilidad civil, en la medida en que su actuación no haya sido debidamente diligente.

Tal es el criterio al que se atuvo la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1997⁶³, que se ocupó de unas lesiones causadas con ocasión de un patinaje sobre hielo, cuando un particular, que se deslizaba a gran velocidad, empujó a otro. La sentencia afirmó que, aunque el patinaje sobre hielo es un deporte arriesgado, "la asunción del riesgo que conlleva su práctica se refiere más bien a la propia imprudencia o a supuestos fortuitos, no a la actuación de otro deportista". Se parte así de que el patinaje sobre hielo es una actividad deportiva peligrosa, y esto significa que cada particular crea un riesgo para sí mismo y para los demás patinadores, pero que cada patinador no asume el riesgo creado por los restantes, por lo que no cabe invocar la asunción del riesgo ajeno como circunstancia exoneradora de la responsabilidad del causante del daño⁶⁴.

3. En los riesgos generados por los organizadores de las actividades deportivas o por los explotadores de las instalaciones deportivas: el ensanchamiento de la culpa

Cuando se trata de la creación de los riesgos generados por los organizadores de las actividades deportivas o por los explotadores de las instalaciones en que las mismas tienen lugar, se produce un ensanchamiento de la noción de culpa, de modo que se extrema la exigencia de la diligencia debida, apreciándose que hay negligencia imputativa cuando se haya incurrido en una culpa levisísima.

Puede decirse, entonces, que se exige que se actúe con la diligencia, no de un buen padre de familia (diligencia común u ordinaria), sino de un buenísimo padre de familia (extraordinaria).

4. En el aprendizaje deportivo: el ensanchamiento de la culpa

Esta exigencia —de la *diligentia exactissima*— se proyecta también sobre los monitores o encargados de las enseñanzas deportivas porque, como dice ORTI VALLEJO⁶⁵, lo que cualifica la prestación de servicios de enseñanza deportiva es que es exigible al monitor un mayor

⁶¹ Por eso los hermanos MAZEAUD (*Tratado...*, cit., t. I, vol. 2º, p. 208) se refieren a las posibles especialidades de la "culpa deportiva".

⁶² Ob. cit., p. 1851.

⁶³ Ar. Civ., 1997/2216; Pte. Ilmo. Sr. Angós Ullate.

⁶⁴ En cambio, la sentencia de la Audiencia de Orense, de 17 de noviembre de 1995 (Ar. Civ., 1995/2183; Pte. Ilmo. Sr. Carvajales Santa Eufemia), desestimó la demanda que derivaba de un accidente producido en una pista de esquí cuando el guardia civil demandado prestaba labores de socorro y, al resbalar, produjo la rotura de la tibia a una persona que practicaba el deporte, declarando que el hecho dañoso se había producido por un hecho fortuito que no podía generar obligación alguna de resarcir. La víctima no asumía el riesgo de que le cayera encima el guardia civil, por lo que debería haber sido plenamente indemnizada. Sobre las distintas causas de los accidentes de esquí y su tratamiento jurisprudencial, vide LAMARCA i MARQUÉS, A.: *Accidentes de esquí*, cit.

⁶⁵ Ob. cit., p. 1853.

grado de diligencia, respondiendo por culpa levisísima, porque es un profesional del deporte, y se aplica, en definitiva, el parámetro de medición que contempla el artículo 1104 Cc⁶⁶.

III. LA ASUNCIÓN DE LOS RIESGOS DEPORTIVOS: SU CONDICIONADA VIRTUALIDAD LIBERADORA

1. La participación de los deportistas: la asunción de los riesgos deportivos

Con ocasión del estudio de la realización de los riesgos deportivos, el profesor ORTI VALLEJO⁶⁷ se ha referido a la necesidad de que se produzca "una racionalización de la doctrina de la asunción del riesgo por el deportista". Ésta se consigue cuando, a partir del reconocimiento de la virtualidad exoneradora de la asunción del riesgo por la víctima, se tiene en cuenta que la misma no tiene lugar en los supuestos en que el creador del riesgo ha actuado con negligencia, y cuando se percibe, además, que, en los casos en que la víctima participa de forma pasiva en la actividad deportiva peligrosa, se vigoriza la exigencia del grado de la diligencia con la que tiene que actuar el creador del riesgo.

La exención de la responsabilidad del deportista se basa en el *consentimiento* dado por la víctima para participar en el juego, pues implica la aceptación de los riesgos inherentes al deporte⁶⁸. La figura de la asunción de riesgos cobra así una enorme relevancia, pero siempre bajo la pauta de que se asumen los riesgos *normales* del juego o de la competición y no los riesgos *anormales* o *cualificados* o *intensificados* o *incrementados*. No se asumen, pues, los daños derivados de actos estrictamente dolosos, ni de actos brutales; así como tampoco las actuaciones que no estén relacionadas con las exigencias de la competición⁶⁹.

Por esto, incurre en responsabilidad civil —e incluso penal— el jugador de rugby que muerde a un adversario y le secciona la oreja⁷⁰ y el que causa la muerte de un contrincante al placarlo con enorme fuerza y presionarlo durante un tiempo bastante prolongado⁷¹.

La tesis de que, a los efectos de imputar la responsabilidad civil por los daños deportivos, hay negligencia cuando el deportista no ha cumplido rigurosamente las reglas del juego

⁶⁶ Artículo 1104 Cc: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

⁶⁷ Ob. cit., p. 1847.

⁶⁸ Ésta es una de las distintas teorías acerca del tratamiento de los accidentes deportivos que recoge BREBIA, R. H.: *Problemática jurídica de los automotores. Responsabilidad extracontractual por los accidentes de automotores*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 315.

⁶⁹ BONASI BENUCCI, E.: ob. cit., p. 351. Extraído de la práctica judicial, pone el ejemplo del motorista que llega victorioso a la meta y, tras rebasarla, se vuelve para saludar a la multitud que le ovaciona manteniendo su alta velocidad y dando lugar a un desgraciado atropello al desviarse la motocicleta. En este caso, el Tribunal de Casación (sentencia de 14 de junio de 1950) apreció la responsabilidad del corredor (p. 352).

⁷⁰ Supuesto resuelto por el Tribunal Correccional de Toulouse, en la sentencia de 4 de junio de 1949 (LE TOURNEAU, Ph./CADIET, L.: ob. cit., p. 288).

⁷¹ Supuesto resuelto por el Tribunal de Burdeos, en la sentencia de 22 de enero de 1931 (LE TOURNEAU, Ph./CADIET, L.: ob. cit., p. 288).

(comportamiento dañoso antirreglamentario) no se corresponde con la realidad, de modo que, al menos de forma virtual, carecen de relevancia atributiva las actuaciones imprudentes que suponen infracción de dichas reglas, salvo que sean dolosas o gravemente imprudentes. En este sentido, para PAREDES CASTAÑÓN no sólo en materia penal, sino probablemente también en materia civil, rige el denominado *principio de la insignificancia*, por virtud del cual se niega la antijuridicidad (penal o incluso civil) a las conductas que suponen infracción leve de las reglas de juego⁷². Por ello, dicen BONA/CASTELNUOVO/MONATERI que el ámbito del riesgo consentido es más amplio que el del respeto a las reglas, porque comprende cualquier conducta funcional de la actividad y, por tanto, también la acción prohibida por tales reglas integrante de la "dialéctica del juego"⁷³.

Pero tampoco asume los daños el deportista accidentado cuando éstos se deben a un fallo organizativo o a un defecto en la instalación deportiva, en los casos, sobre todo, en que la actividad deportiva no es intracompetitiva (karts, parapentes, esquís, equitación, puenting, benji)⁷⁴.

⁷² *Consentimiento...*, cit., pp. 653 y 655, nota pie 64. También FLEMING, J. G.: *The Law of Torts*, 9ª edic., LBC Information Services, Sydney, 1998, p. 337. Dice PAREDES CASTAÑÓN (*ibidem*) que, respecto de la responsabilidad civil, opera tal principio en la medida en que se entienda que las actividades dañosas deportivas están sometidas al régimen ordinario de la culpa, pues la solución exoneradora no se produciría si se sometieran al régimen de objetividad. Pero, en mi concepto, el sometimiento de estas actividades al principio institucional del riesgo no afecta a la solución, pues, de un lado, se mantiene la restricción apreciativa de la culpa relevante, y, de otro, las lesiones producidas sin ella, por caso fortuito, están llamadas a no generar responsabilidad civil, por la eficacia liberadora que se atribuye a la asunción del riesgo, como hecho causal de la víctima.

⁷³ Ob. cit., p. 20. Cfr., dentro de la doctrina española, BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad...*, cit., p. 341; DIEZ BALLESTEROS, J. A.: ob. cit., p. 1348; e YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema...*, cit., p. 352.

⁷⁴ Sobre la responsabilidad de los organizadores de actividades deportivas de índole no competitiva, por los daños sufridos por sus usuarios *vide* MOULY, J.: ob. cit., pp. 287-290. Dicho autor comenta dos sentencias sincrónicas del Tribunal francés de Casación, Civil (1 de diciembre de 1999). La primera se refiere a la rotura del brazo que sufrió el usuario de un kart que lo pilotaba a velocidad excesiva, al producirse su vuelco; el explotador del circuito no había colocado molduras de protección para amortiguar el efecto de los posibles choques pero no estaba afectado por una obligación de seguridad impuesta por la reglamentación de tal actividad. La segunda se ocupó de la pérdida del cuero cabelludo que sufrió una jovencita de 14 años al pilotar un kart cuando, después de haber recorrido varias veces el circuito, se le engancharon sus largos cabellos (sobresalientes del casco protector) con el eje de rotación de las ruedas traseras. En el primer caso, se absolvió al explotador del circuito, dado que su obligación era de medios y no de resultados, y no se apreció que incurriera en culpa alguna. En el segundo, se rechazó la absolución del explotador, al entenderse que había incumplido su obligación de vigilancia, con lo que, según el comentarista (p. 289), aunque se diga que se está ante una obligación de medios, se acude a su consideración "clandestina" como obligación de resultado. Se resalta así el contraste entre la indulgencia de la primera solución y la severidad de la segunda. Analizados los supuestos, puede llegarse a la conclusión de que, en el primer caso, hay una asunción de riesgo que se realiza con la culpa de la víctima, aunque quizá se podría haber apreciado el concurso culpable del explotador; y en el segundo, hay una asunción de riesgo por parte de la víctima, que constituye un indiferente jurídico al mediar la culpa (rigurosamente apreciada) del explotador.

2. La participación de los espectadores: la no asunción de los riesgos deportivos

Junto a la responsabilidad civil en que puede incurrir un jugador frente a otro jugador, hay el importante capítulo de la responsabilidad en que puede incurrir un jugador frente a un espectador y, en particular, el capítulo de la responsabilidad en que puede incurrir el organizador frente al espectador.

Atendida una concreta competición deportiva, las obligaciones referentes a su seguridad corresponden al organizador y no a los jugadores⁷⁵. Si no hay un organizador, hay que entender que tales obligaciones recaen sobre el colectivo de los jugadores y no sobre el concreto jugador que, al actuar con torpeza en un lance del juego, aparezca como agente material del daño⁷⁶.

Pues bien, la clave radica en ver si el espectador lesionado asume o no el riesgo específico que se despliega con la actividad deportiva, sobre la base de que tanto el jugador que realiza materialmente el hecho dañoso como el organizador de la competición, son los creadores de dicho riesgo.

A mi modo de ver, la condición de espectador no supone en sí la asunción de ningún riesgo específico. De ahí que la exoneración del agente dañoso no pueda fundarse en la asunción del riesgo por parte del espectador que se convierte en víctima como consecuencia de un lance deportivo. Pero esto, claro está, siempre que estemos ante el supuesto del *espectador pasivo*, el que se ha llamado espectador platónico⁷⁷ —el espectador "ideal"—, respecto del que hay que atestiguar la evidencia de que no tiene que soportar el *alea* perjudicial de un accidente deportivo.

Por tanto, del espectador pasivo no se predica la asunción de los riesgos específicos de la actividad deportiva, ni en relación con la desplegada por los deportistas, ni en relación con la actividad que pueda provenir de otros espectadores.

De esta forma, hay que afirmar que no asume el riesgo específico de ser lesionado el espectador que, bien situado en la grada, es atropellado por un jugador de fútbol que, en el fragor de una jugada, no puede dominar sus impulsos físicos y se precipita con violencia sobre él, y tampoco asume el riesgo de ser lesionado el espectador de un partido de fútbol que es alcanzado por un petardo o por un cohete lanzado por otro espectador que normalmente queda sin identificar.

Pero, si el espectador se coloca en lugar inapropiado, que resulta ser intrínsecamente peligroso y arriesgado, en contra de la prevención expresa de los organizadores y se expone

⁷⁵ Por eso BONASI BENUCCI, E. (ob. cit., p. 350) acoge un pronunciamiento judicial en el que se afirmaba que, cuando una vía de circulación se halla reservada a los participantes de una carrera automovilística, éstos se hallan dispensados de la observancia de las normas ordinarias del tráfico y que, si un corredor, en el esfuerzo de la competición, se sale del circuito y provoca víctimas entre los espectadores, son los organizadores los que tienen que responder de los daños causados, en tanto se demuestre su negligencia y quede excluida la imprudencia de los propios espectadores. La expresada afirmación debe hoy ser particularmente matizada, pues, convenido que el corredor está exento de responsabilidad civil, el organizador, creador y gestor de los riesgos de la carrera, debe responder de los daños sufridos por los espectadores, aunque su actuación no haya sido negligente, por deberse aquéllos a un caso fortuito que carece de virtualidad liberatoria, sobre la base de que la condición de espectador no supone la asunción de tales riesgos.

⁷⁶ LE TOURNEAU, Ph./CADJET, L.: ob. cit., p. 291.

⁷⁷ LE TOURNEAU, Ph./CADJET, L.: ob. cit., p. 290.

específicamente al riesgo que conlleva la práctica deportiva de que se trate (espectador activo o imprudente), estamos ante una circunstancia relevante que puede liberar al agente dañoso, si no hay intervención culpable del mismo. Ahora bien, en este caso, hay, no una simple asunción culpable de un riesgo específico, sino una culpa causativa de la víctima, con su virtualidad exoneradora o atenuadora de la responsabilidad civil del agente dañoso.

La situación que merece particular atención es la del espectador pasivo que sufre daños derivados de la actuación de un jugador que se inserta en el ámbito de la normalidad deportiva, excluyendo, por tanto, la actuación intencionada y la gravemente imprudente.

Tanto por las razones intrínsecas que proporciona el parámetro de medición constituido por la diligencia de un buen padre de familia, como, sobre todo, por las razones asociadas al parámetro constituido por la diligencia de un buen deportista, lo normal es que los daños sufridos por el espectador responsable —es decir, el que se desenvuelve con su pasividad en relación con el juego con una actuación irreprochable— sean estrictamente fortuitos. Pero, afirmada la fortuidad, el problema fundamental reside en decidir si los daños tiene que soportarlos fatalmente el espectador o si, afirmada la función positiva del instituto de la responsabilidad civil, tienen que ser resarcidos por quien los ha causado.

La respuesta pertinente resulta condicionada por el régimen jurídico al que quede sometida la actividad dañosa:

Si se entiende que queda sometida al subsistema de culpa probada (el tradicional del artículo 1902 Cc), hay que afirmar, sin género de duda, que se está ante un supuesto de irresponsabilidad civil, porque hay una ausencia acreditada de culpa y, por tanto, no cabe proyectar sobre el agente dañoso imputación alguna.

Si se entiende que el riesgo ha de entrar en juego de forma modulada y se aplica el subsistema de la culpa presumida (principio de subjetividad atenuada), la única respuesta es la exoneradora, porque estamos ante un caso fortuito que excluye la culpa, es decir, ante una circunstancia demostrada que enerva la presunción de la culpa de que se parte.

En cambio, si se atiende al riesgo como criterio de imputación y se aplica el régimen de la responsabilidad objetiva atenuada, hay que llegar a la conclusión de que estamos ante una fuerza mayor intrínseca, propia del riesgo desplegado, es decir, ante un estricto caso fortuito que es circunstancia atributiva y no exoneradora y, por tanto, hay responsabilidad civil⁷⁸.

Partiendo de que, por las razones expuestas anteriormente, hay que aplicar el criterio del riesgo desplegado, la cuestión estriba ahora en determinar cuál es el sujeto al que hay que imputar esta responsabilidad que se genera por caso fortuito.

Caben al respecto tres diversas soluciones: 1ª Considerar que el creador del riesgo es el agente material del lance deportivo en que se ha producido el daño, es decir, el deportista artífice material del daño; 2ª Entender que el creador del riesgo es el organizador de la competición deportiva (en su caso, el Club deportivo al que pertenezca, tanto si el deportista es aficionado como si es profesional; o el conjunto de los Clubes que participan en la competición, es

decir, la correspondiente “federación”) y que, en rigor el deportista agente material del daño es un instrumento personal con el que se despliega el riesgo creado por aquél; 3ª Concluir que son creadores del riesgo tanto el deportista como el organizador de la competición.

Parece que, dado que se está ante una creación obligada del riesgo por parte del jugador, cuya función puede consistir en lanzar la pelota con la mayor fuerza posible, o en correr a mayor velocidad que sus contrincantes, es plausible sostener que el creador trascendente del riesgo es el organizador y no el jugador; y que, si la actuación de los jugadores no está inserta en un concreto ámbito organizativo, la generación del riesgo se ha de predicar del conjunto de los jugadores.

3. La participación de los colaboradores: la asunción de los riesgos deportivos

Por último, queda hacer una referencia a los daños que pueden sufrir determinadas personas que, sin ser creadoras o artífices de los riesgos desplegados, los asumen de forma específica sin presencia de culpabilidad alguna por su parte.

Me refiero a los daños que puede sufrir el árbitro de un partido o competición⁷⁹, a los daños que puede sufrir un recogepeletas en un partido de tenis o a los daños que puede recibir un periodista o un policía que, en su ejercicio profesional, queda efectivamente expuesto a los riesgos específicos propios de la actividad deportiva de que se trate.

Son supuestos en los que, aunque pueden exigir una respuesta matizada, se corresponden con daños producidos en virtud de una creación inculpable del riesgo, pero en virtud de una específica asunción del mismo. Por esto, habría que concluir que, sometida la actividad dañosa al régimen de la responsabilidad objetiva atenuada, hay exención de responsabilidad por asunción de riesgo por parte de la víctima⁸⁰.

La virtualidad exoneradora de la asunción (inculpable) del riesgo por parte del colaborador se debe a que constituye una circunstancia sobre la que se proyecta la imputación del daño, que no puede adjudicarse al creador del riesgo. De este modo, resulta impedida la atribución del daño al agente material que realiza el concreto riesgo y también a la organización creadora del mismo, porque, desde su perspectiva, hay una creación inculpable de peligro que se corresponde con una asunción específica por parte de la víctima.

⁷⁸ En este sentido, dice VERDERA SERVER, R. (ob. cit) que el único supuesto en que verdaderamente adquiere trascendencia la objetivación de la responsabilidad es en el de los daños sufridos por los espectadores que no asumen riesgo alguno, cuando no puede constatarse una intensificación del riesgo por parte de su creador; porque fuera de este caso concreto, si el accidente era un riesgo asumido por el deportista, se exonerará de responsabilidad; y si se ha producido una anormal intensificación del riesgo, será calificada como negligencia por los tribunales.

⁷⁹ Balonazo propinado por un futbolista, puñetazo lanzado por un boxeador, o encontronazo producido por un jugador de baloncesto.

⁸⁰ Puntualizando que los espectadores no asumen riesgo alguno —dicho en sentido técnico— y que, desde luego, deben ser resarcidos por los daños que sufran como consecuencia de los lances del juego, en cuanto constitutivos de un caso fortuito (fuerza mayor interna) por el que tiene que responder el organizador (creador del riesgo deportivo), ORTI VALLEJO, A. (ob. cit., p. 1856) señala que los jueces, árbitros, entrenadores y asistentes se asimilan a los deportistas, puesto que son también protagonistas de la actividad deportiva y asumen los riesgos inherentes a ella; y, en este sentido, pone como ejemplo extraído de la realidad el caso del juez que fue alcanzado en el pecho por una jabalina lanzada por un atleta durante una competición. Por eso hay que afirmar que asume el riesgo de su lesión el periodista que, en el cumplimiento necesario de su cometido profesional, se coloca en un lugar de peligro vedado al público y carente de protección.

**sección de derecho
penal**



Acciones penales contra el intercambio
de archivos en redes P2P

David Bravo Bueno
Abogado

Tal y como sucede en otros países de nuestro entorno, la industria discográfica y cinematográfica está invirtiendo todas sus energías en frenar el intercambio de obras intelectuales entre particulares. La beligerancia de los titulares de los derechos contra el uso de nuevas herramientas de difusión de sus productos y contra la herramienta misma, viene de antiguo. El gramófono, la radio, la televisión, las cintas de vídeo y las de casete han sido combatidos por la industria de diversos modos, en ocasiones con acciones legales. Se trata, por lo tanto, de una batalla que no es novedosa, sino que se viene librando desde hace varias décadas y aumentando su virulencia conforme los nuevos avances tecnológicos van acentuando, con su sofisticación y bajo coste, la ingobernabilidad de las obras intelectuales.

El nuevo avance tecnológico que ha dinamitado los conceptos tradicionales de la propiedad intelectual son los programas P2P. Estos programas permiten a los particulares el intercambio directo de todo tipo de archivos, incluido el audio, vídeo y texto.

En España un conflicto anterior y de semejantes características —el de la grabación de música entre particulares usando cintas de casete— se resolvió con la legalización de esa actividad siguiendo el viejo axioma de que no se puede prohibir lo que en la práctica no se puede frenar. Esa convalidación legal de los actos de miles de personas se vio acompañado de la introducción de un canon que gravaba el ejercicio de esa actividad y dirigido a los titulares de los derechos.

Sin embargo, actualmente la situación está muy lejos de una solución de semejantes características. Las leyes de todos los países se están decantando por endurecer considerablemente las responsabilidades por infracción de propiedad intelectual, sin que hasta la fecha esa estrategia haya conseguido los efectos disuasorios pretendidos. Por su parte, la industria ha judicializado el conflicto, ejerciendo acciones, tanto penales como civiles, contra todos los actores que intervienen en el intercambio de archivos vía P2P, incluidos los propios usuarios de estos programas.

Son tres los sujetos que intervienen en este tipo de intercambio en redes P2P y cuya conducta merece la pena analizar por separado a fin de poder determinar cuáles son las responsabilidades legalmente previstas para cada uno de ellos.

Grupo 1: El creador de la herramienta.

Integran ese grupo las empresas de desarrollo de software que crean los programas P2P. El software P2P actual es descentralizado, de tal modo que los intercambios se producen entre los usuarios de forma directa, por lo que estas empresas no ofrecen ni realizan ningún servicio de intermediación. Su actividad, se limita, por lo tanto, al mero desarrollo de una concreta tecnología.

Grupo 2: Los intermediarios de la sociedad de la información.

Este grupo está definido en el apartado b del anexo de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante LSSI).

A los efectos que interesan para nuestro análisis, integraría este grupo la actividad de aquellos que desde sus webs enlazan a obras que usuarios particulares intercambian en redes P2P. Estas páginas no alojan obra intelectual alguna en sus servidores sino que se limitan a señalar mediante enlaces dónde se encuentran éstas.

Grupo 3: Los propios usuarios que intercambian archivos entre sí utilizando un programa P2P y cuyos archivos suelen ser referenciados mediante enlaces desde las páginas descritas en el anterior grupo.

En España se han ejercido acciones legales contra los tres grupos que hemos definido. Los analizaremos en orden inverso al expuesto, comenzando por los usuarios, siguiendo por los intermediarios y concluyendo con el último eslabón de la cadena: los propios creadores de la herramienta utilizada para llevar a cabo el intercambio de archivos.

I. ACCIONES PENALES CONTRA EL GRUPO 3: LOS USUARIOS QUE INTERCAMBIAN ARCHIVOS EN REDES P2P

1. El artículo 270 CP: Elemento objetivo y subjetivo del injusto

El artículo 270 CP exige para que se complete el tipo penal la concurrencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo es realizar actos de explotación de derechos tales como reproducir o comunicar públicamente una obra intelectual. Por su parte, el elemento subjetivo que también se exige es que estos actos se realicen con ánimo de lucro. Es necesario precisar, en relación con este segundo requisito, que en los intercambios a través de redes P2P no existe ningún tipo de contraprestación económica, siendo estos absolutamente gratuitos.

A fin de conseguir el encaje de la conducta de los usuarios en el tipo del 270 CP, la industria de los contenidos ha venido sosteniendo durante años que el ánimo de lucro, conforme a determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de interpretarse de forma expansiva, de tal modo que cualquier beneficio, ventaja o utilidad que una obra te reporte, ya es, de por sí, un lucro. Incluso el supuesto ahorro de descargarte la película sin tener que comprarla supone ya la concurrencia del elemento subjetivo del injusto. De este modo, sostenía la industria, se darían los dos requisitos del tipo penal, siendo por tanto delictiva la actividad —por otra parte muy común— de descargar obras intelectuales a través de internet, lo que conllevaría penas de hasta dos años de prisión en el tipo básico y hasta cuatro si lo que se aplica es el agravado.

Es en los cimientos de esta interpretación —marginal y minoritaria como veremos— sobre la que se sostienen los spots publicitarios apoyados por el Ministerio de Cultura y que comparan descargar una canción con robar un bolso, que el presidente de EGEDA dijera que descargar una película era como *“robar un banco”* o que el comandante jefe del Grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil, dijera que *“si hablamos de delitos de propiedad intelectual, la mitad de los españoles somos delincuentes”*.

Lo que por la industria no se advierte cuando alega la jurisprudencia del Supremo que interpreta el ánimo de lucro como cualquier beneficio, ventaja o utilidad que algo te reporte, es que esa jurisprudencia no se dictó en casos de propiedad intelectual sino que se refiere a delitos patrimoniales tales como el robo o el hurto. La diferencia resulta obvia: el robo de un coche, aunque no sea para su posterior venta, produce en sí mismo un evidente incremento patrimonial para el que lo adquiere y un correlativo detrimento patrimonial para la víctima. Esa misma lógica, que resulta intachable en los casos resueltos por el TS, es forzada e ilógica cuando intenta aplicarse a la copia de obras intelectuales.

Es por ello por lo que la jurisprudencia ha sabido diferenciar entre el concepto de ánimo de lucro en general y ese mismo concepto aplicado a delitos contra la propiedad intelectual. Así se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 25 de Septiembre de 2006 (EDJ 2006/431679), que manifiesta que *“el ánimo de lucro, en general,*

se entiende como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y en los delitos relativos a la propiedad intelectual el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida”.

Por otro lado, interpretar el concepto “lucro” de forma expansiva en los casos de copia de obras intelectuales choca, a nuestro juicio, con el más elemental sentido común, y ello por los motivos que enumeramos a continuación:

– Incoherencia e incompatibilidad con el resto de normas jurídicas

La Ley de Propiedad Intelectual

El artículo 31.2 del TRLPI permite la copia para uso privado de cualquier obra intelectual —con la única excepción del software— siempre que esa reproducción guarde el esencial requisito de que no tenga un fin lucrativo. Parece obvio que si interpretáramos el concepto lucro como cualquier beneficio o utilidad, incluido el mero disfrute de escuchar un disco o ver una película, hace que el requisito de inexistencia de fin de lucro que solicita la Ley para la licitud de la copia no pueda cumplirse en ningún caso. O lo que es lo mismo, toda copia de una obra intelectual llevaría ya implícito el lucro por el disfrute que supone escucharla o visionarla quedando por tanto automáticamente excluida del concepto de copia privada, interpretación ésta que haría simplemente irrealizable la conducta permitida por el artículo 31.2 TRLPI.

El anterior Código Penal

La LO 10/95 modificó la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual introduciendo como elemento subjetivo del injusto el ánimo de lucro. Antes de tal modificación, el ánimo de lucro no estaba integrado como requisito del tipo básico, apareciendo únicamente como elemento que permitía la aplicación del tipo agravado. Entendemos que tal introducción no puede pretender otra cosa que la de restringir el número de conductas que son penalmente relevantes. Siguiendo el criterio de la industria, que considera el mero disfrute de la obra copiada un lucro en sí mismo, la inclusión de este elemento subjetivo añadido al tipo básico no supondría en la práctica cambio alguno respecto a la anterior redacción del Código Penal.

En semejante sentido Carlos María Romeo Casabona (coord.) en su obra “El cibercrimen nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales”, que manifiesta:

“Sin embargo la referencia a las ventajas “meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia” hacen incompatible esta noción clásica de la jurisprudencia con su pertenencia exclusiva al ámbito patrimonial. En último extremo —debido a su desmesura— el elemento [del ánimo de lucro] resultaría superfluo pues no podría ser excluido en prácticamente ningún caso”.

Idéntico análisis realiza el libro “Responsabilidad de los proveedores de información en Internet” dirigido por Santiago Cavanilla Múgica, que considera atípica la conducta de los usuarios que intercambian ficheros gratuitamente por la inexistencia de ánimo de lucro ya que una interpretación expansiva del mismo “desdibujaría los límites” que “ese elemento pretende introducir”.

¹ CARLOS M. ROMEO CASABONA Y OTROS. “El cibercrimen nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales”. Editorial Tirant lo Blanch. 1ª Edición. 2006.

El actual Código Penal

Esa interpretación expansiva del ánimo de lucro, que convierte en una conducta penalmente relevante la descarga de una obra intelectual, chocaría con un principio tan básico como el de proporcionalidad. Una simple comparación entre las penas establecidas en el Código Penal nos llevaría rápidamente a la conclusión de que sería sustancialmente más grave descargar un disco de Internet, un delito con pena, según la combatida interpretación, de hasta 2 años de prisión, que hurtar toda una discografía original de un establecimiento comercial que, de no exceder el valor de lo hurtado de 400 euros, no sería más que una mera falta.

– Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima exige una interpretación restrictiva del concepto de ánimo de lucro. En caso contrario se estaría intentando incriminar conductas generalizadas que no deben tener respuesta en el Derecho Penal, regido por el principio de subsidiariedad y fragmentariedad.

En idéntico sentido, el actual Fiscal General del Estado en su ponencia “La Posición del Ministerio Público en la Protección Penal de los Derechos de Autor” manifestó que “debemos mostrarnos contrarios a una interpretación extensiva del elemento típico ánimo de lucro. Esto significa que, con carácter general, han de excluirse del ámbito punitivo los supuestos de aprovechamiento meramente privado, que un sector doctrinal pretende incluir extensivamente en la tipificación penal recurriendo al denominado lucro indirecto. Se trata de comportamientos socialmente aceptados que no justifican la intervención penal”.

– La Circular 1/2006

En el llamado “Plan Antipiratería” impulsado por el Gobierno en Abril de 2005 se contemplaba en su capítulo de “Medidas Normativas”, la posibilidad de sugerir a la Fiscalía General del Estado que, “se establezcan los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas delictivas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual”. Un año después, la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado daría cumplimiento a tal previsión.

Esta misma circular que establece los “criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal” en este tipo de delitos declara que:“(…) hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de “colocar en la Red o bajar de Internet” o las de intercambio de archivos través del sistema P2P, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial”.

Esta interpretación no es novedosa por parte de la fiscalía. Ya la circular de la Fiscalía 2/1989 vinculaba el ánimo de lucro del tipo agravado del 534. bis. b)1.a) con los “estímulos económicos”.

Con la postura de la Fiscalía General del Estado y que se basa en la necesidad de concurrencia de “ánimo de lucro comercial” para la existencia de delito contra la propiedad intelectual coincide la doctrina especializada. Así, el manual “Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura”, en su parte dedicada a los delitos contra la propiedad intelectual,

se refiere al ánimo de lucro como la búsqueda de un “*interés económico*”. A mero título de ejemplo, citaremos a los siguientes autores que coinciden con ese criterio generalizado de la necesidad de existencia de un ánimo de lucro “comercial” para la existencia de delito contra la propiedad intelectual:

“Es indudable que el usuario de Internet puede realizar copias de todas aquellas obras artísticas que la red le ofrezca, además, por supuesto, de disfrutar de su audición o de su lectura. Nada de particular sucede que no suceda también con otros casos de copias, fotocopias o grabaciones para uso particular, sin ánimo de lucro y sin propósito de ulterior difusión (art. 31.2 LPI).”

“Queda, claro está, el perjuicio para los creadores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual, especialmente cuando no hubieran autorizado que su obra fuera difundida a través de la red de Internet. Ese problema alcanza proporciones gigantescas cuando la obra es objeto de copias masivas y ante esas situaciones es muy poco lo que podrá hacer el Derecho penal que verá limitada su acción a los casos de copia y difusión comercial no autorizada”.

“La solución interpretativa pasa por el elemento del fin de lucro que se exige en la conducta punible, conforme al cual el autor debe perseguir un enriquecimiento patrimonial en dinero”³

“quien furtivamente graba una interpretación musical para destinarla a su uso privado hace una reproducción pero no hace lo mismo que el que usa la grabación para policopiarla y venderla”⁴

“no es posible ningún tipo de interpretación extensiva [del ánimo de lucro] con el objeto de adaptarlo a las peculiaridades de la red de Internet”⁵

“Hay que precisar que en el derecho penal rige el principio de la tipicidad de la conducta supuestamente delictiva, esto es, que se encuentre expresamente consagrada como delito en el Código Penal. El debate abierto en relación a este tema se debe a una interpretación equivocada de la modificación del artículo 270 del Código Penal. Por lo tanto, mientras que no se den de forma conjunta los requisitos del tipo penal (existencia de ánimo de lucro y el perjuicio de terceros), el simple hecho de descargarse archivos, no será una conducta tipificada como delito”.

En idéntico sentido, tal y como recopila VIANA BALLESTER, que mantiene idéntica opinión, se manifiestan: MIRÓ LLINARES (2003: 441-442; 2004: 97 Y 98), GONZÁLEZ GÓMEZ (1998:240) y ORTS BERENGUER y ROIG TORRES (2001: 94-95), entre otros muchos como Fernández Teruelo (“Respuesta penal frente a la piratería en Internet: subsunción típica y criterios de imputación subjetiva de los ISPs”), Lacruz Mantecón, Manuel Gómez Tomillo (“Responsabilidad Penal y Civil por Delitos cometidos a través de Internet”), Santiago Cavanilla Múgica (“Responsabilidad de los proveedores de información en Internet”) y Carlos María Romeo Casabona (coord.) en su obra “El cibercrimen nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales”.

² Internet y Derecho Penal. Director: Juan José López Ortega (Magistrado de la Audiencia Nacional).

³ PICA. “Dritto penale delle Technologie informatiche”

⁴ Quintero Olivares. Comentarios a la Parte Especial del Código Penal.

⁵ Quintero Olivares (2001: 386)

⁶ Javier Cremades (de Cremades & Calvo Sotelo)

2. Las acciones penales de la industria

La prueba del nueve de este, a nuestro juicio, estéril debate, se produjo cuando estas cuestiones se elevaron a los tribunales. En España ha habido dos casos penales contra usuarios que intercambiaban archivos en redes P2P. No nos cabe duda de que si la prueba hubiera sido satisfactoria para la industria discográfica y cinematográfica, las acciones legales se habrían multiplicado.

El primero de estos casos se resolvió por la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander de fecha 14 de Julio de 2006. En este asunto al no demostrarse que las copias obtenidas a través de Internet fueran para uso distinto del privado, se dictó sentencia absoluta. Destacamos, por su meridiana claridad, uno de sus fundamentos:

“Siendo ello así, lo que no es cierto es que de los hechos declarados probados, se deduzca la existencia de ese dolo específico que la norma requiere, pues como es conocido, es de los actos externos y objetivos de los que hay que inferir ese elemento tan íntimo como es la intencionalidad del agente, actos que en el caso que nos ocupa aparecen en sentido negativo con meridiana claridad y que son, entre otros y fundamentalmente, la ostentosa proclamación en sus múltiples mensajes de correo enviados que su intención no es en ningún caso comercializar con el material audiovisual del que dispone sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan bien a través de descargas de la red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet”.

Ante tal decisión, el presidente de Sony España, que veía así cómo la interpretación legal de la industria se veía derribada al primer intento, opinó en La Gaceta de los Negocios que “*se puede ser juez e imbécil*” y animó a la jueza firmante de la resolución a que estudiara “*un poco más*”.

La sentencia, recurrida por la acusación particular, fue confirmada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de fecha dieciocho de febrero de dos mil ocho, que insistió nuevamente en la atipicidad de la actividad denunciada y en cuyo Fundamento Octavo señala literalmente lo siguiente:

“no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el C. Penal de 1995, son pocas sus sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 C. Civil). Pues bien, es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de “ánimo de lucro” elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no solo a los derechos de los creadores y demás titulares sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende. Así, resulta evidente que un concepto de “ánimo de lucro” como el expuesto y tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. 270 del C. Penal y al estrecho ámbito de la copia privada tal como está actualmente configurada, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito, al caer dentro del campo de aplicación de la norma, por ejemplo, la mera realización de una copia para uso propio a partir de otra copia o de un original difundido sin autorización del autor, esto es, el “bajar” una canción o una película de la Red sería punible”.

La sentencia que puso fin al segundo caso llevado a los tribunales tiene apenas tres meses. En este caso se pedían 9 meses de prisión a un hombre de 46 años que había descargado un buen número de películas por Internet. La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Pamplona consideró un hecho probado que el acusado se descargó al menos 3.322 películas y una cantidad indeterminada de piezas musicales, todo ello sin consentimiento de los titulares de los derechos. Sin embargo, según la sentencia, ese material *“lo tenía el acusado para su uso particular y para intercambio con otros internautas, sin que haya quedado acreditado que haya obtenido ningún tipo de ventaja económica con la venta de todo o parte del material que almacenaba”*. Considerando que no concurría el elemento subjetivo del ánimo de lucro, la sentencia fue absolutoria.

3. La reforma del Código Penal mediante un estado de alarma artificial

Se llama “etapa prelegislativa” a aquella fase en la que se procura constatar la aparición de una disfunción social que merece una intervención penal. No se requiere que esa disfunción sea real, sino que basta con que lo parezca. A pesar de que el intercambio de obras intelectuales es algo que preocupa a un concreto sector empresarial, su presencia en los medios de comunicación es tan elevada que parece un problema nacional más que la inquietud de un interés privado.

En lo relativo a la regulación penal de las actividades de los usuarios, nos encontramos en esa etapa prelegislativa. La industria musical y cinematográfica, acudiendo en ocasiones a comparaciones desmesuradas, procura sugerir al legislador que estamos en un estado de emergencia que precisa de su intervención urgente. Basta echar un somero vistazo a las declaraciones y noticias publicadas habitualmente en los medios de comunicación para detectar con total claridad el panorama desolador que se dibuja al poder legislativo para justificar que se convierta en una actividad criminal la conducta del intercambio de archivos a través de internet. Como los cambios legales que se solicitan no son poca cosa —que usuarios *“que piratean en Internet tengan las mismas penas que las redes mafiosas”*, como publicó el diario La Provincia— el panorama desolador que traslada la industria a través de los medios de comunicación es tan llamativo y disparatado como las reformas legales que pretenden.

En la búsqueda de ese clima de alerta en los tiempos en los que el Tsunami había dejado miles de muertos, la Federación Antipiratería dijo que Internet es como un gran Tsunami. FEDICINE ha dicho que la piratería es como el SIDA del sector. Por su parte, el director de la OMPI ha dicho que grabar cds es un asunto de vida o muerte y que *es como el terrorismo*. Julio Fernández, director de Filmmax, ha dicho que contra los que descargan música hay que luchar con los mismos medios que con los que se lucha contra pederastas y terroristas.

Esta situación coincide, como decimos, con la etapa denominada pre-legislativa y cuyas características, plenamente aplicables a este caso, son puestas de manifiesto por el libro *“La racionalidad de las leyes penales”* que manifiesta que

“El proceso sociológico desencadenante de una decisión legislativa penal se inicia con el éxito de un agente social en hacer creíble la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal [...] Para lograr tal éxito ese agente social deberá aportar datos, reales o ficticios, que permitan sentar las bases de una discusión al respecto, y estar además en condiciones de suscitar esa discusión en ámbitos comunicacionales relevantes en la sociedad. [...] La disfunción social puede ser, en sus presupuestos fácticos, real o aparente, cualidad esta última de la que los agentes sociales activadores del proceso pueden no ser conscientes, serlo o justamente estar movidos por la intención de hacer pasar por real una disfunción aparente. La frecuencia

con que en el ámbito político-criminal se trabaja con disfunciones sociales aparentes, esto es, con representaciones de la realidad social desacreditadas por los datos empíricos sociales, no debería subestimarse”.

II. ACCIONES PENALES CONTRA EL GRUPO 2. LOS INTERMEDIARIOS: LAS PÁGINAS DE ELINKS

En el año de 2006 se produjo la que, según los medios de comunicación, fue la operación más importante *contra la piratería en toda Europa*. En la redada fueron detenidas 15 personas por administrar páginas de enlaces a redes P2P. Poco después, en una intervención en la Biblioteca Nacional, Carmen Calvo, la por entonces Ministra de Cultura, señalaría esta operación como una de las más importantes actuaciones contra la piratería realizadas durante su cargo.

Las detenciones de aquella operación policial fueron tratadas por los medios de comunicación como si de sentencias condenatorias se tratase. Un grupo editorial introdujo en varios periódicos de su ramo un mismo Editorial titulado *“Piratas en la Red”* en el que se decía que *“los quince detenidos (...) formaban parte de la mayor organización clandestina europea de redes P2P (...) gracias a las cuales se bajaban de la Red —de manera fraudulenta— aplicaciones informáticas, obras musicales, cinematográficas y juegos de ordenador” (...). Por impopular que resulte, debe desenmascarse tan perversa visión de la Red e impedir que en aras del espíritu de absoluta libertad con el que fue concebida ésta termine convirtiéndose en un auténtico santuario de ciberdelincuentes (...)*.

La reseña de SGAE de la redada policial tampoco esperó a que los jueces se pronunciaran y decía que *“la citada operación policial evidencia que la difusión de contenidos protegidos a través de los conocidos sistemas de intercambio de archivos peer to peer (p2p), lejos de ser algo legal, esconde en realidad la comisión de auténticos delitos”*. En el mismo sentido, ACAM, la Asociación de Compositores y Autores de la Música, dijo que esta redada demostraba que el intercambio en redes P2P *es un delito* y ofreció un listado de las páginas denunciadas bajo el titular de *“Páginas desde las que se delinqua”*.

Como puede observarse, este tipo de declaraciones interpreta que el mero hecho de que se produzca una detención ya evidencia que la actividad contra la que se actúa es delictiva, reduciendo la labor de los jueces en estos casos a la de graduar la mayor o menor intensidad de una pena que, dadas las circunstancias, se entiende ineludible.

1. La actividad denunciada

La actividad denunciada por la industria discográfica y cinematográfica en los casos de páginas de e-links es la administración de una web cuyo funcionamiento consiste en indicar mediante enlaces dónde se hallan determinadas obras intelectuales que se intercambian en redes P2P pero sin alojar éstas. Las denunciadas entendían que esa actividad —la de enlazar una obra— equivalía a una comunicación pública de la misma lo que, junto al lucro obtenido derivado por la publicidad de la página, completaría el delito tipificado en el artículo 270 CP.

Se trata ésta de una alegación que fueron repitiendo las denunciadas de idéntica forma en todos los procedimientos que iniciaron casi de forma simultánea a partir de la redada del año 2006. Sin embargo, y pese a la predicción —y, en cierto modo, presión— mediática, todas las resoluciones habidas hasta la fecha por aquellos casos lo han sido de sobreesimiento de

las actuaciones, ya sea libre o provisional. El denominador común de la argumentación de esas resoluciones es que un enlace es una mera cadena de caracteres alfanuméricos que indica dónde se halla un contenido pero que no lo comunica públicamente. Un enlace sería pues un “mero dato fáctico” -por seguir la expresión utilizada por el profesor Garrote y la Audiencia Provincial de Madrid- que por sí mismo no realiza ningún acto de explotación de derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto dado que no existe el elemento objetivo del tipo -reproducción o comunicación pública de la obra- resulta estéril analizar si concurre o no ánimo de lucro puesto que la existencia de éste sin la de aquél deja incompleto el tipo penal.

Por lo tanto, los que realizan los actos de reproducción y/o comunicación pública son los propios usuarios que gratuitamente intercambian esos archivos en las redes P2P y no quien simplemente enlaza a tales archivos desde este tipo de webs. De nada serviría -siguiendo el razonamiento de las resoluciones mencionadas- acudir a la figura de la cooperación necesaria porque la actividad de estos usuarios es atípica penalmente ya que no obtienen rendimiento económico alguno por su actividad. No siendo delito la actividad de los usuarios, en ningún caso podrá existir responsabilidad criminal por cooperación necesaria a los actos de éstos.

2. El caso Sharemula

El caso Sharemula.com se convirtió en paradigma de las páginas de e-links al obtener un sobreseimiento libre y firme de las actuaciones dictado por la Audiencia Provincial de Madrid. Esa resolución generaría a su vez un efecto dominó que desembocó en el sobreseimiento de siete casos más cuyas resoluciones citaban ampliamente este precedente⁷.

La acusación particular en este caso, —que estaba formada entre otras muchas por SGAE, Microsoft, PROMUSICAE, EGEDA, Columbia, Walt Disney, Twentieth Century Fox, Warner, Lauren Films, Manga Films S.L., Universal, Sony y Metro Goldwin Mayer— solicitó al Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid medidas cautelares inaudita parte contra la página web. Según sostenían, la urgencia y la supuesta obviada de que desde esa web se realizaban actos de piratería aconsejaban no sólo la adopción de la medida en sí misma sino que ésta se acogiera sin necesidad de oír al denunciado. El Juzgado, sin embargo, decidió celebrar la oportuna vista de medidas cautelares.

En aquella vista, la defensa de Sharemula, formada por el abogado Javier de la Cueva y yo mismo, sostuvimos que si bien podía entenderse que efectivamente Sharemula tenía ánimo de lucro derivado de la publicidad de la web —elemento éste en el que insistía la acusación particular de forma casi exclusiva— lo que no existía en ningún caso era el elemento objetivo del tipo, es decir, la comunicación pública, dado que la página no alojaba contenido alguno, sino que se limitaba a enlazarlo, esto es, a decir dónde se hallaba. De este modo, adoptando la ya mencionada expresión del profesor Ignacio Garrote, un enlace sería un mero “dato fáctico” que por sí sólo no realiza acto alguno de explotación de derechos de propiedad intelectual. Decaido el elemento objetivo del tipo penal es innecesario analizar la concurrencia

del elemento subjetivo del ánimo de lucro, pues la existencia de éste sin la de aquél resulta irrelevante.

El juzgado denegó las medidas cautelares solicitadas al considerar que desde esa página web no se cometía delito alguno por inexistencia del elemento objetivo del tipo penal. El auto de sobreseimiento libre de Sharemula, que llegaría poco después, fue una consecuencia lógica del contenido del auto denegatorio de medidas cautelares y es que si no puede sostenerse un cierre cautelar porque la actividad denunciada no es delictiva, carece de sentido prolongar una instrucción para investigar la denuncia de unos hechos sin relevancia penal.

Como es de suponer, que esta resolución pusiera seriamente en entredicho lo manifestado en el peregrinaje mediático de la industria tras la cacareada redada, hizo que recibieran con patente y público desagrado la noticia, apresurándose a anunciar que habían recurrido la resolución porque Sharemula “comete delitos”. En este mismo clima de huida hacia adelante, y apenas un mes después de la resolución que declaraba no delictiva la actividad de las webs de e-links, la Federación Antipiratería condecoró en un acto público a la Brigada de Investigación Tecnológica por la operación que culminó con las detenciones de los administradores de estas webs.

El recurso de la industria añadía como argumentación nueva que incluso en el caso de que se aceptara que Sharemula no realizaba actos de comunicación pública, al menos sí facilitaba la comunicación pública que realizan los usuarios de las redes P2P, por lo que su actividad seguiría siendo delictiva aunque en grado de cooperación necesaria o, al menos, de inducción. Sin embargo, a nuestro juicio, olvidaba ahora la denunciante que para poder aplicar la figura de la cooperación necesaria o la inducción es necesario que la actividad a la que se contribuye sea penalmente relevante lo que no sucede en el intercambio de archivos mediante redes P2P por inexistencia de ánimo de lucro al ser estos gratuitos, como hemos analizado con detalle anteriormente. Por lo tanto, no se puede atribuir responsabilidad penal como cooperador necesario a Sharemula dado que la actividad con la que se coopera no es punible. O lo que es lo mismo, la actividad de Sharemula no es delictiva por no concurrir el elemento objetivo de la comunicación pública por mucho que pudiera existir el subjetivo del ánimo de lucro, mientras que, en el caso de los usuarios de las redes P2P, ocurre a la inversa: por mucho que su actividad pueda calificarse de comunicación pública de obras intelectuales, esa conducta carece sin embargo de ánimo de lucro.

Idéntico criterio el de GÓMEZ TOMILLO en su obra “Responsabilidad Penal y Civil por Delitos Cometidos a través de Internet” y en el que sostiene que proporcionar un enlace facilita la reproducción de la obra pero que por sí mismo no lleva a cabo las acciones típicas de reproducir o comunicar públicamente y que “tampoco cabe acudir a la complicidad o cooperación necesaria, en la medida en que lo impide el principio de accesoriedad, ya que para ello se requeriría de una acción principal típica y antijurídica”.

Finalmente la Audiencia Provincial de Madrid desestimó los recursos de contrario y confirmó el sobreseimiento libre de las actuaciones, acordando así su firmeza.

3. Atipicidad de la conducta de las páginas de e-links por inexistencia del elemento objetivo del tipo penal. ¿Qué es un enlace?

Como venimos sosteniendo resumidamente y aquí desarrollaremos con más precisión, las páginas de enlaces a obras intelectuales que se intercambian en redes P2P, resulta atípica

⁷ IGNACIO GARROTE FERNANDEZ-DIEZ. “El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE”. Editorial Comares. Segunda Edición. Granada 2003. Página 360.

⁸ Se trata de los casos que sobreseían los asuntos de las webs Tvmix.net, Todotorrente.com, Emule24hours.com, Spanishshare.com, Cvcgdo.com, Etmusica.com y Naiadadonkey.com.

penalmente. La atipicidad es consecuencia del hecho de que un enlace a una obra que difunden terceros ajenos a la web no es más que una referencia a dónde se halla una obra, esto es, ofrece la *dirección* donde ésta se encuentra pero no la aloja ni es ella quien la difunde.

Para ayudar a comprender por qué el auto de fecha 18 de junio de 2008 de la Sección 2ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid señala que las webs de enlaces, no contienen "más que caracteres literales precedidos por la cadena alfanumérica 'e2dk' y desde la misma no cabe descargarse ningún archivo" daremos unas brevísimas explicaciones sobre el lenguaje de marcado HTML, puesto que es el hecho fundamental y muy sencillo de entender para comprender la realidad que subyace en estos casos.

Cuando un texto es escrito para ser leído en una página web, el lenguaje HTML nos explica qué etiquetas hemos de interpolar en el texto para formatearlo. Por ejemplo, si en un navegador de Internet queremos que la palabra BOE se lea en negrita o en cursiva, habrá que rodear la palabra BOE de las etiquetas BOE y <emphais>BOE</emphais> para que en pantalla se vean así: **BOE** y *BOE*. Las etiquetas son invisibles para el usuario del navegador⁹ cuando este visita una página web.

Una etiqueta se construye utilizando los siguientes elementos:

- Una etiqueta comienza con un símbolo menor que "<",
- La etiqueta en sí, que es el elemento que señala al navegador de usuario qué tiene que hacer con el texto marcado con dicha etiqueta.
- La etiqueta finaliza con el símbolo mayor que ">".
- En resumen, una etiqueta html se escribe así: <nombre de etiqueta>

Para marcar un texto, éste se rodea de una etiqueta inicial (por ejemplo, , <emphais>, <p>, <table>...) y de una etiqueta final, que es como la inicial pero con una barra "/" (por ejemplo, , </emphais>, </p>, </table>...).

El lenguaje HTML ha sido estandarizado en varias versiones y es de público conocimiento. El organismo que escribe los estándares es el World Wide Web Consortium (W3C)¹⁰ quien cuenta con el Grupo de Trabajo de HTML¹¹ que define a éste como: "HTML is the publishing language of the World Wide Web"¹². El lenguaje HTML es un puro texto en el que las etiquetas descritas anteriormente pueden cumplir una serie de funciones:

- Formatear el texto (subrayado, negrita, cursiva, tamaño y tipo de letra...)
- Estructurar el documento: <html>, <head>, <body>., <h1>, <h2>...<h6>
- Hacer listas de elementos: , , .
- Hacer tablas de elementos: <table>, <tr>, <td>
- Incluir marcos: <frame>
- Incluir imágenes:
- Hacer referencia a otros documentos de la WWW: <a href>.

Esta última etiqueta es la que se utiliza para crear un enlace. A continuación escribimos dos ejemplos de enlace:

⁹ Sin embargo, siempre pueden leerse dichas etiquetas con el navegador si se accede en el menú a Ver -> Código Fuente.

¹⁰ <http://www.w3.org/>

¹¹ <http://www.w3.org/html/wg/>

¹² HTML es el lenguaje de publicación de la World Wide Web.

 Camila - Todo Cambio

A continuación, el segundo ejemplo es el siguiente:

 Miguel Bosé - Papito

A los párrafos anteriores es a lo que se refería la Audiencia de Madrid cuando citaba que un enlace son "caracteres literales precedidos por la cadena alfanumérica" ed2k.

Cuando un navegador de Internet (los más utilizados son Internet Explorer, Firefox, Opera y Safari) se utiliza para leer una página de Internet, esto es, una página web, el navegador lee el texto (que ya sabemos que tiene etiquetas) y según cómo sean esas etiquetas nos muestra un texto en el que encontraremos el formato, las imágenes y los enlaces que el autor del texto escribió en el mismo. Utilizamos el verbo escribir de manera estricta: el código HTML literalmente se escribe. Por tanto, los enlaces se escriben, ni se "suben" a la web ni se "bajan" de la misma. O lo que es lo mismo, una web de enlaces es, en esencia, un índice de puro texto y en la misma ni se copia ni se difunde obra audiovisual alguna.

Las denunciaciones en los casos de webs de e-links argumentan -no sin cierta simpleza- que basta con pinchar el enlace de una de estas webs para que comience la descarga. Apelan así a que el juez dicte sentencia en función de lo que parece pero no en función de lo que es. Esta cuestión coincide con la de dos anécdotas históricas sucedidas cuando se inventaron el cinematógrafo y la televisión. Cuando los Hermanos Lumière realizaron su primera sesión el 28 de diciembre de 1895 en el Salón Indien del Gran Café de París, algunos espectadores se levantaron aterrorizados pensando que el tren que veían en la pantalla les iba a arrasar. Igual sucedió con la televisión cuando algunos de sus primeros espectadores pensaban que los objetos televisados realmente estaban dentro de la caja. Esta ilusión óptica también se produce en Internet, pero cuando se deconstruye un enlace se puede entender que un enlace no es lo que parece a simple vista.

La tecnología que subyace a todas las webs de enlaces es la misma: se trata de webs que no tienen otro contenido más que un texto explicativo y el enlace (esos caracteres alfanuméricos anteriormente analizados). Por lo tanto, los contenidos de las webs de enlaces son simplemente punteros a una información ajena que se halla almacenada en ordenadores diferentes de aquél en el que se contiene el enlace. El único contenido de las webs de enlaces es texto, idéntico a los dos enlaces copiados en este análisis, un texto cuya función es la de apuntar a una información que se halla inserta en discos duros de los ordenadores personales de millones de usuarios de Internet. Al igual que en el Gran Café de París no había tren o dentro de la caja de la televisión no había objetos sino electrones disparados a una pantalla, en las webs de enlaces no hay obras intelectuales de las empresas que actuaron como denunciantes, sólo caracteres alfanuméricos.

De ahí que en su auto de fecha 18 de junio de 2008 de la Sección 2ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, resolviendo la resolución de la Apelación penal nº 534/07 en la que la parte contraria recurría el auto denegatorio de medidas cautelares de fecha 20 de diciembre de 2006 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid en el caso "Sharemula", señalaba cuál es el contenido de este tipo de webs en su Fundamento Segundo:

"De la instrucción practicada parece evidenciarse que la página web a la que se contraen estas diligencias no contiene archivos de obras audiovisuales, sino enlaces e2dk, que es un enlace a las

redes de pares. No tiene, pues, contenido dicha página web, más que caracteres literales precedidos por la cadena alfanumérica "e2dk" y desde la misma no cabe descargarse ningún archivo".

En todas las resoluciones judiciales habidas hasta la fecha sobre webs de enlaces existe una absoluta coincidencia en señalar que las mismas, al tener únicamente un texto referencial a un contenido ajeno, no realizan por sí mismas actos de comunicación pública o reproducción ya que no es igual comunicar públicamente una obra que señalar dónde se comunica la misma. De esa manera, no concurriendo el requisito de la comunicación pública del tipo objetivo, los juzgados del orden penal ni siquiera entran en el análisis del tipo subjetivo del injusto, esto es, el ánimo de lucro, que es, como sabemos, el otro elemento del tipo penal.

Puede decirse, obviamente, que mostrar la dirección de algo facilita encontrarlo, como alega la industria en este tipo de casos. No negaremos la evidencia, pero en los delitos relativos a la propiedad intelectual se castiga la efectiva comunicación pública de las obras y no facilitar la localización de los archivos que otros están comunicando públicamente. La comunicación pública la realiza una sola persona: el usuario que pone a disposición del resto las obras que ha digitalizado. Si el usuario particular decide eliminar el archivo de su carpeta compartida ese enlace no dirigirá a ningún sitio. Pensar que enlazar es comunicar públicamente lo enlazado, equivale a asegurar que dar la dirección de una página web equivale a copiarla y comunicarla públicamente. Lógicamente no es así. Del mismo modo que decir el canal y la hora en el que echan una película en televisión no es lo mismo que emitirla por mucho que facilite su acceso, dar la dirección donde se encuentra un archivo no es equivalente a comunicarlo públicamente.

En este mismo sentido, el libro "Responsabilidad Penal y Civil por Delitos Cometidos a través de Internet"¹³ dentro del apartado "Supuestos en los que puede plantearse la relevancia jurídica penal del intercambio de archivos a través de redes P2P", manifiesta que:

"Un análisis diferenciado merece el caso en el que se proporciona el enlace desde una página web, sin que desde ésta se realice ninguna clase de puesta a disposición del público de contenido alguno. Quién así actúa, facilita la masiva reproducción de la obra. Sin embargo, por sí mismo no lleva a cabo las acciones típicas de reproducir, distribuir o comunicar públicamente, por lo que no lleva a cabo una conducta prohibida".

Más adelante insiste el mismo autor:

"No es lo mismo difundir el lugar en el que se encuentra el contenido prohibido que difundir el contenido mismo que es lo que habitualmente prohíben los tipos" (...) "No insistimos en la imposibilidad de calificar como autores a quienes no llevan a cabo la actividad de difusión; (...) Tampoco es preciso reiterar que en el caso de acciones contrarias a los derechos de propiedad intelectual se plantea una situación peculiar, donde, sin embargo, probablemente también deba descartarse la relevancia jurídica penal de la conducta de quien proporciona desde su página web un enlace que permite acceder a una obra protegida por tales derechos".

Hasta la fecha, las resoluciones relativas a páginas de e-links son unánimes al considerar atípica su conducta por las razones expuestas. Así, y a mero título de ejemplo, baste con señalar las siguientes:

¹³ Manuel Gómez Tomillo. Editorial Aranzadi, Segunda Edición.

- Auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones seguidas contra la web de enlaces a redes P2P Todotorrente.com dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Orihuela (DP 000248/2007) de fecha 17 de Octubre de 2008, que manifiesta:

"De las diligencias de investigación practicadas no resulta debidamente justificada la perpetración del delito contra la propiedad intelectual que dio motivo a la formación de la causa. Toda vez que de la investigación llevada a cabo muestran que las páginas Webs se limitan a facilitar la dirección donde se puede descargar la obra, sin alojar archivos, ni realizar directamente la descarga".

- Auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones seguidas contra la web de enlaces a redes P2P cvdgo.com, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid, de fecha 27 de mayo de 2009 (Diligencias Previas 2112/2005) que transcribimos íntegro:

"PRIMERO. - Las presentes actuaciones se inician a consecuencia de denuncia formulada por la representación de la Entidad Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales(EGEDA), contra los titulares de la página web www.cvdgo.com, la cual es utilizada por diferentes usuarios para acceder a otras páginas web desde las que se obtienen descargas de ficheros.

Se ha acreditado en las actuaciones que los titulares de la referida página web son los imputados M.Q.T., J.M.O, A.G.M. y J.S., los cuales la utilizan a través de la entidad B. Por lo tanto dicha sociedad presta el servicio de facilitar el enlace a contenidos o instrumentos de búsqueda (a otras páginas web), es una sociedad que facilita 'enlaces', no aloja archivos, ni realiza directamente la descarga de los mismos, limitándose a facilitar direcciones desde donde se pueden realizar esas descargas. Como tal sociedad prestadora de servicios viene sujeta a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y comercio de 11-7-02".

- Auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones seguidas contra la web de enlaces naiadadonkey.com, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Alcoy, de fecha 17 de junio de 2009 que transcribimos parcialmente:

"TERCERO.- Expuesta la teoría sobre el particular que se extrae tanto de la Sentencia antes mentada de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre de 2.008 como de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de la instrucción practicada en la presente causa parece evidenciarse que la página web a la que se contraen estas diligencias www.naiadadonkey.com —atendiendo a los propios informes policiales— no contiene archivos de obras audiovisuales, sino enlaces P2P, que es un enlace a las redes. No tiene, pues, contenido dicha página web, y desde la misma no cabe descargarse ningún archivo. Se basa, en suma, de una web que se basa en links o enlaces que permiten bajar, a través de programas de intercambios, puerto a puerto, archivos o ficheros de contenido diverso entre los distintos usuarios o invitados. No alojan ningún archivo para su descarga, sino enlaces a distintos servidores que alojan archivos de músicas, videos y programas informáticos para su descarga gratuita mediante programas P2P con Emule y Bit Torrent, por tanto, las descargas se producen directamente desde los enlaces y no desde la web investigada. No existe contenido alguno en www.naiadadonkey.com sino únicamente enlaces a otros lugares de la red. Por tanto se trata de una actividad de enlazar, esto es, de ofrecer el mero dato fáctico de un contenido que se halla en otro lugar de Internet. Todo ello hace más que dudoso que dicha conducta integre la conducta típica del art. 270 G.P., pues si bien los actos de selección, ordenación e información de títulos facilitan la descarga, no pueden equipararse a ésta y serían expresión de una mera intermediación. [...]

En el presente caso, de las pruebas practicadas, pueden extraerse como conclusiones que www.naiadadonkey.com no pone a disposición del usuario películas ni es un medio para ello. Dicha página web contiene únicamente links o enlaces que se dirigen a programas Peer to Peer como e-mule o Bit Torrent. Sólo a través de esos programas los archivos pueden com-

partirse, no solo películas, sino todo tipo de información. Del informe policial se desprende que los archivos se descargan del programa e-mule y no de la página web del acusado y en dicha página no se ha constatado la existencia de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, dado que como dice la propia policía en sus informes, los archivos se encuentran en los propios ordenadores de los usuarios, amén de que el portal referido no alberga obras sujetas a propiedad intelectual. En definitiva, que desde dicha página no se realiza ningún tipo de comunicación pública susceptible de integrar el tipo penal del art. 270 CP”.

III. ACCIONES CIVILES CONTRA EL GRUPO 1: EL CREADOR DEL PROGRAMA P2P

Aunque no se trate de acciones penales y el asunto se encuentra todavía visto para sentencia, resulta interesante pararse brevemente a analizar la demanda interpuesta por las discográficas Universal, Emi, Warner, Sony y la asociación PROMUSICAE contra el informático Pablo Soto y las tres empresas de desarrollo de software de las que éste es administrador único. Las actoras solicitan más de 13 millones de euros a los demandados por considerar que los programas P2P desarrollados por esas mercantiles son ilícitos conforme a la Ley de Propiedad Intelectual. De este modo, las majors discográficas y su patronal tratan de responsabilizar al creador de la herramienta de los usos a los que las destinan quienes la adquieren.

Aunque la demanda puede resultar llamativa, lo cierto es que es absolutamente coherente con la estrategia de presión legal que ejerce la industria del entretenimiento desde hace décadas contra determinados avances tecnológicos. Históricamente, los desarrolladores de aquellas herramientas que pudieran suponer algún problema para el modelo de negocio de la industria del entretenimiento han tenido que responder ante los tribunales sólo por el hecho de que sus tecnologías también podían usarse para vulnerar derechos de propiedad intelectual, por muy beneficiosos que pudieran ser sus usos lícitos. Directamente a los tribunales, con nulo éxito, fueron a parar los inventores de los rollos usados en las pianolas, Marconi por inventar la radio, la empresa Sony (ahora, paradójicamente, demandante en el procedimiento que comentamos) por explotar el vídeo casero doméstico y la mercantil Diamond Multimedia por lanzar al mercado el primer reproductor de MP3 portátil¹⁴.

Hoy en día resulta ocioso insistir en los usos lícitos de las tecnologías que hemos señalado y la importancia que todas ellas han tenido para el desarrollo y expansión de las industrias del entretenimiento, industrias culturales y de la cultura misma.

1. La postura de demandante y demandado

Para poder comprender en su plenitud la argumentación de la actora y la desarrollada por nosotros en la contestación a la demanda, conviene tener presente nuevamente los tres grupos de actores que intervienen en todo intercambio P2P, es decir: el **grupo 1**, el desarrollador de la herramienta, el **grupo 2**, el intermediario, y el **grupo 3**, el propio usuario.

La actora basa su argumentación en afirmar que la LPI considera también infractores a los intermediarios (**Grupo 2**) y que eso permite, mediante el recurso de la analogía, deducir que los demandados (**Grupo 1**) también han de considerarse infractores. A nuestro juicio ambas

afirmaciones son incorrectas. Ni la LPI considera infractores a los intermediarios (si bien les hace sujetos pasivos ante determinadas acciones de cesación para evitar que continúen los efectos de una infracción cometida por un tercero) ni de lo dispuesto en la LPI puede entenderse en modo alguno que los desarrolladores de este tipo de software infrinjan derechos de propiedad intelectual alguno.

Es necesario puntualizar previamente al desarrollo de nuestra argumentación que el software que se analiza en el caso que estamos comentando no almacena, copia o difunde obra intelectual alguna, sino que ésta es una actividad realizada por sus usuarios de forma directa, sin que exista ninguna intermediación de los demandados. Por lo tanto, y pese a la desmesurada extensión de la demanda que presentó la industria y la de sus nueve periciales adjuntas, todo se reduce únicamente a contestar a una pregunta simple y es si la Ley de Propiedad Intelectual española considera infractora la conducta de quien sin realizar acto alguno de explotación de derechos desarrolla herramientas útiles que se pueden utilizar eventualmente para realizar esos actos.

Pues bien, respecto de estos tres grupos, la Ley de Propiedad Intelectual es muy clara a nuestro parecer. Si los sujetos integrados en el **grupo 3**, los usuarios, infringen realmente la propiedad intelectual —lo que dependerá de una interpretación más o menos restrictiva del concepto de copia privada previsto en el art. 31.2 LPI— en ese caso podrían ser sujetos pasivos de una acción de indemnización y de cesación de su conducta. Respecto del **grupo 2**, los intermediarios, la Ley prevé que, dado que estos no llevan a cabo ningún acto de reproducción ni comunicación pública, no son infractores de derechos de propiedad intelectual por lo que no cabe contra ellos acción de indemnización alguna¹⁵, si bien deja abierta la posibilidad de una acción para la cesación de esa intermediación cuando sea utilizada por terceros para vulnerar derechos de propiedad intelectual (art 138 LPI, último párrafo)¹⁶. Finalmente, respecto del **grupo 1**, que es al que pertenecen los demandados, y dado que el desarrollador de esa herramienta no lleva a cabo las actividades de copiar obras o difundirlas, lo que es propio de los usuarios, y ni tan siquiera lleva a cabo actividades de intermediación entre esos usuarios, contra ellos no cabe ni la acción de indemnización ni la de cesación.

Fuera de estos supuestos que conforman el régimen general, queda únicamente por analizar si la LPI identifica de forma específica qué concretas herramientas de software están prohibidas o si, por el contrario, existe una laguna legal que la deja abierta a diferentes interpretaciones. La LPI no deja laguna legal alguna en ese sentido y dedica tres artículos (102.c, 160 y 162) a manifestar cuáles son las herramientas cuyo desarrollo y explotación se prohíbe. Estas herramientas son, únicamente, aquellas que están específicamente destinadas a romper los sistemas anticopia incorporados por sus productores en las obras intelectuales. En este caso —pero sólo en éste— el legislador prevé como supuesto excepcional que el que desarrolla esas herramientas es tan infractor como el que las utiliza. Huelga decir que la desprotección

¹⁵ En este mismo sentido CARRASCO PERERA en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” (p. 1668): “Como el intermediario no usurpa derechos protegidos, no puede ser demandado a efectos indemnizatorios por el artículo 140 LPI”.

¹⁶ “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”: “El artículo 138 sólo menciona la medida cautelar específica y la acción de cesación de la prestación de los servicios de intermediación (...) el intermediario no es calificado como infractor LPI sino responsable civil genérico al que se le aplicarán determinadas medidas propias de la LPI”.

¹⁴ “Darknet”, pp. 139, 140 y 141. J.D. Lasica. Editorial Nowtilus.

de obras intelectuales no es una de las funcionalidades de las redes P2P en general ni de las desarrolladas por las empresas demandadas en el caso analizado en particular.

2. La postura de la doctrina especializada

Pese a que la estrategia jurídica de la industria del entretenimiento insiste en intentar que se aplique en los tribunales españoles una suerte de construcción jurisprudencial estadounidense como si fuera ley positiva en este país, lo cierto es que ni nuestra legislación ni nuestros precedentes judiciales reconocen esas figuras jurídicas foráneas. En ese mismo sentido, el libro *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coordinado por RODRIGO BÉRCOVITZ, paradójicamente uno de los abogados que firman la demanda contra Pablo Soto) manifiesta, a propósito de las redes P2P, que:

"No puede haber responsabilidad a efectos indemnizatorios, pues en España la existencia de una "contribución" a la producción de un daño por tercero no es fuente propia de responsabilidad cuando el daño que se tipifica y se sanciona constituye específicamente la usurpación de un derecho de propiedad reservado. La complicidad no basta para realizar el tipo de la norma, pues el titular del programa no infringe ni se apropia por ese solo hecho de un derecho de autor reservado."

La cita habla de la acción de indemnización, pero queda por preguntarse si contra el desarrollador de una herramienta P2P descentralizada —es decir, contra aquél que no es ni tan siquiera intermediario— existe la posibilidad de exigirle que cese en su conducta, esto es, de ejercer la acción de cesación. Respondiendo a esta cuestión, ROMÁN PÉREZ, que expresa que los desarrolladores de este tipo de software descentralizado no infringen derecho de propiedad intelectual alguno, por lo que no estarían legitimados pasivamente para ninguna de las acciones previstas en la LPI, ni tan siquiera para las de cese propias de los intermediarios. Dice la autora citada:

"Ahora bien, hay que decir que este modelo de intercambio también tiene lugar cuando no existe por detrás un intermediario, como por ejemplo sucede en Gnutella. Este último consiste en un software que permite la conexión de los ordenadores de los usuarios, de forma directa, sin pasar por ningún sistema central. Por consiguiente, en casos como éste, los compositores e intérpretes que vean afectados sus derechos de propiedad intelectual únicamente podrán actuar frente a los particulares que pongan a disposición del resto sus ficheros musicales."

Idéntico criterio sostienen BOUZA M.A., y CASTRO MARQUEZ, M., que consideran que la responsabilidad de Napster se derivaba de que ofrecía un servicio de búsqueda centralizado, considerando ambos autores que si Napster fuera un P2P de nueva generación, no habría responsabilidad alguna¹⁷.

De igual modo, el anteriormente citado *"Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual"*, comentando el artículo 139 correspondiente a la acción de cesación, manifiesta:

"Fuera de los supuestos contemplados en este precepto y en alguna otra norma aplicable (como los arts. 14 a 17 LSSI), en principio no es sujeto pasivo de la acción negatoria el que provee al infractor de recursos que no son a su vez productos ilícitos. Esto es así aunque existe conciencia de la antijuridicidad de la acción para la que se emplean los recursos. Tampoco existe una genérica responsabilidad por hecho ajeno, más allá de la del artículo 1.903 CC y de la más amplia contenida

¹⁷ "El caso Napster", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXI-2000, Santiago de Compostela, 2001, p. 443; citado por GARROTE en "La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual". Editorial Comares.

en los artículos 14 a 17 LSSI (posibilidad de control efectivo sobre los usuarios). Y de nada valdría recalificar esta conducta como "hecho propio" pues, aun con estas condiciones, sólo se responde conforme a la LPI cuando exista una infracción de derechos de propiedad intelectual o de otros derechos "anexos" específicamente acogidos por la ley (como es el caso de arts. 160 y 162 LPI).

Es decir, los únicos casos en los que cabe la acción de indemnización o de cesación contra el desarrollador de una tecnología es cuando así se ha previsto expresamente por el legislador, como sucede en los casos ya citados de los artículos 160 y 162 LPI correspondientes al desarrollo de tecnología específicamente destinada a la elusión de medidas de protección contra la copia. De este modo, el legislador, ante la mayor difusión de las obras y, por consiguiente, de las posibilidades de infracción que propicia el avance tecnológico, permite a los titulares de derechos incorporar tecnologías anticopia, reprimiéndose legalmente la conducta de quien facilite la supresión de esa medida de protección. Por lo tanto, y por mucho que con él aumenten las posibilidades de infracción, no son los avances tecnológicos los que se proscriben, sino la actividad de quien rompe las medidas de protección que los titulares de los derechos han utilizado para paliar sus efectos.

3. La postura de las escasas resoluciones judiciales habidas hasta la fecha

En España la mayoría de resoluciones judiciales existentes hasta la fecha sobre intercambios en redes P2P se refieren a la actividad desarrollada por páginas de enlaces a estas redes. Tal y como hemos analizado, esas resoluciones, dictadas en sede penal, han archivado todos los procedimientos al considerar que este tipo de páginas no explotaban derecho de propiedad intelectual alguno por lo que su conducta no es delictiva.

Resulta necesario, sin embargo, hacer referencia a las resoluciones judiciales en vía civil que, a fin de que sean similares al caso aquí estudiado, guarden el requisito de tratar el intercambio de archivos en redes P2P y que el demandado no sea el concreto usuario que lleva a cabo los actos de reproducción o comunicación pública de obras intelectuales, sino el que provee determinados medios que pudieran llegar a facilitar esa conducta.

Como es de prever, con estos criterios son pocas las resoluciones que puede haber en España a ese respecto. Sin embargo analizaremos las tres únicas existentes hasta la fecha pese a que han sido dictadas en una etapa tan embrionaria del procedimiento como lo son las medidas cautelares.

El supuesto de hecho en todas ellas era también el de páginas webs que contenían enlaces a archivos que los usuarios particulares intercambiaban en redes P2P y que estaban protegidos por la entidad de gestión demandante. Se trataría por lo tanto de intermediarios, el **Grupo 2** antes señalado, puesto que si bien no llevaban a cabo actividades de reproducción o comunicación pública sí que realizaban la actividad de intermediación consistente en señalar dónde se encuentran esos archivos.

La demandante solicitó el cierre cautelar de las webs demandadas. Tras la celebración de la vista de medidas cautelares —pese a que éstas se solicitaron inaudita parte por la actora— los tres juzgados que entendían respectivamente de cada uno de estos tres asuntos resolvieron denegar las mismas. Lo interesante de los fundamentos de estas resoluciones es que la razón por la que se deniega el cierre cautelar es que no concurre la apariencia de buen derecho dado que la actividad de las webs demandadas no es la de infringir un derecho de

propiedad intelectual y ello porque ni reproducen ni comunican públicamente obras intelectuales, siendo esta actividad exclusiva de los usuarios.

La más interesante de esas resoluciones a los fines aquí estudiados es el auto denegatorio de medidas cautelares de fecha 2 de julio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (Procedimiento N° 401/09 E, AUTO N° 138/09). El Auto analiza pormenorizadamente la actividad de los tres grupos de actores que intervienen en el intercambio vía P2P: el creador de la herramienta, el intermediario y el propio usuario.

Sin perjuicio de que el auto considera que ninguno de los actores implicados infringe derecho de propiedad intelectual alguno, lo que interesa para los fines de este análisis es lo que manifiesta sobre el primero de los grupos, esto es, sobre la herramienta P2P. Respecto de éstas mantiene el Juzgado que:

"Mediante estas redes P2P, usuarios de la red que instalen el citado programa, pueden descargarse en su ordenador, archivos, entre otros, de música o películas etc..., procedentes de los discos duros de otros usuarios que se encuentren en la misma red y utilicen el mismo programa, en un sistema cuyo buen funcionamiento dependerá del número de usuarios que tengan copia del archivo que se está descargando y en el que el usuario que descarga favorece la descarga de otros usuarios al tener parte del archivo descargado, u otros archivos en su ordenador, que fueron descargados a través del programa Emule".

Continúa el Auto indicando que *"en primer lugar es preciso destacar que considero que en la actual Ley de Propiedad Intelectual no se prohíben, con carácter general, las redes P2P" para, en el siguiente párrafo, volver a subrayar que "Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre usuarios de Internet no vulnera, en principio, derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual"*.

BIBLIOGRAFÍA

- Explicación técnica de enlace extraída de la contestación a la demanda interpuesta contra agujero.com, elaborada por Javier de la Cueva y David Bravo.
- CARLOS M. ROMEO CASABONA Y OTROS. "El cibercrimen nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales". Editorial Tirant lo Blanch. 1ª Edición. 2006.
- Internet y Derecho Penal. Director: Juan José López Ortega (Magistrado de la Audiencia Nacional). Quintero Olivares. Comentarios a la Parte Especial del Código Penal.
- IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ. "El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE". Editorial Comares. Segunda Edición. Granada 2003. Página 360.
- "Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Manuel Gómez Tomillo". Editorial Aranzadi, Segunda Edición.
- "Darknet", J.D. Lasica. Editorial Nowtilus.

Reflexiones sobre los delitos contra la ordenación del territorio

Francisco de Paula de la Torre García
Abogado

Alfredo Olmedo Peñaranda
Abogado

I. CONDUCTAS PUNIBLES DE LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

El Código Penal vigente dedica su Título XVI a los Delitos relativos a la Ordenación del Territorio y la Protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente, y dentro del mismo el Capítulo I a los que son objeto concreto de la presente ponencia. El legislador de 1995 tipifica en los artículos 319 y 320 conductas sancionadas hasta entonces como ilícitos administrativos en cuanto contrarias al Ordenamiento Jurídico, haciéndolas merecedoras a partir de ese momento de reproche penal en atención a su gravedad.

Aunque resulta excesivamente vaga la Exposición de Motivos al referirse a tales figuras delictivas y los motivos de su regulación, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la razón última que movió al legislador a su tipificación se encuentra por un lado en la creciente alarma social generada por la frenética actividad edificatoria que se inicia en nuestro país en la década de los noventa, ligada a gravísimos episodios de corrupción y por otro en la sensación de fracaso, por muy diversas razones, del Derecho Administrativo en la persecución y sanción de los desmanes urbanísticos.

Pero dejando a un lado los motivos que movieron al legislador que sin duda darían para un largo e interesante debate y centrándonos en el contenido de los tipos delictivos que nos ocupan, como ha quedado dicho su tipificación se contiene en los artículos 319 y 320 CP:

Artículo 319:

1.- *Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*

2.- *Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.*

3.- *En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.*

Artículo 320:

1.- *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el Artículo 404 de este Código y, además con la prisión de seis meses a dos años o la multa de doce a veinticuatro meses.*

2.- *Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

1. Bien Jurídico Protegido

La jurisprudencia ha delimitado claramente el bien jurídico protegido en esta clase de delitos identificado en el propio Título que les da cabida, esto es la "Ordenación del Territorio" en el sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación

de su uso al interés general. Se trata así configurado, de un bien jurídico comunitario de los llamados "intereses difusos" por no tener un titular concreto, al afectar su lesión, en mayor o menor grado, a toda la colectividad.

2. Los delitos del artículo 319 CP

El artículo 319 contempla en rigor dos tipos delictivos, el básico del apartado segundo y el cualificado del primero.

Una apresurada lectura del contenido de este artículo podría llevarnos a no caer en la cuenta de las importantes diferencias existentes en los elementos que integran el tipo de ambos párrafos. Así, mientras que la conducta antijurídica típica del apartado 1 del art. 319 estará constituida por la ejecución de construcciones no autorizadas sobre determinadas clases de suelo, es decir sin licencia o autorización o existiendo éstas manifestamente disconformes con las mismas, la del apartado segundo lo conforma la realización, hemos de entender igualmente sin licencia o al margen de la concedida, de edificaciones no autorizables sobre suelo no urbanizable, siendo únicamente punible en ambos casos la conducta dolosa, sin que en consecuencia quepa la responsabilidad por imprudencia en aplicación del art. 12 del Código Penal ("Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley").

Frente al concepto de "construcción" del apartado primero, el segundo se refiere al más restringido de "edificación" hecho éste de indudable importancia pues si bien toda edificación es siempre una construcción no toda construcción es necesariamente una edificación.

Al respecto la Ley 38/1999, de 5 de noviembre Sobre Ordenación de la Edificación señala en su artículo 2 que "La edificación es la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado". Por su parte el Diccionario de la Real Academia define la edificación como la "acción y efecto de edificar" y edificar es "fabricar o mandar hacer un edificio" y edificio es "la construcción hecha con materiales resistentes destinada a vivienda o a otros usos, como un palacio, teatro, fábrica etc..."

A propósito de la delimitación de ambos conceptos resulta del todo interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de febrero de 2008 que dice al respecto:

"...El concepto de "edificación" es más restringido que el de "construcción" que tiene un significado más amplio, pudiendo referirse la construcción a toda modificación mediante obras de albañilería, entendidas éstas en un sentido amplio de la configuración del suelo que goza de la especial protección a la que alude el artículo 319.1 del Código Penal, no exigiéndose, por tanto, la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación propia del artículo 319.2. La construcción contemplada en el apartado 1 del artículo 319, como acción y efecto de construir tiene un sentido amplio en el que se incluyen muros y otras obras, mientras que la "edificación" contemplada en el apartado 2 del artículo 319 presenta un significado más restringido y se refiere más bien a la construcción de vivienda destinada al uso y disfrute humano".

En definitiva la conducta típica del art. 319.1 vendría determinada, si nos atenemos al tenor literal de este apartado, por "la construcción sin autorización sobre terrenos incluidos en las categorías señaladas en dicho precepto, independientemente de que sea o no posible su legalización". Es decir la sola construcción sin autorización supondría la comisión de este tipo delictivo. Sin embargo admitir tan simple conclusión sería tanto como ignorar la necesaria concurrencia para la comisión del delito del elemento de la antijuridicidad material que solo

tiene lugar cuando efectivamente se materializa el atentado contra los valores penalmente protegidos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de enero de 2007 resulta relevante en tal sentido cuando afirma en su Fundamento de Derecho Segundo:

"...En definitiva la sola construcción sin autorización administrativa podría considerarse formalmente típica al contravenir las normas relativas a la ordenación del territorio, pero no por ello reuniría el elemento de la antijuridicidad material que sólo se coima con la constatación irrefutable de la efectiva conculcación de los especiales valores declarados o protegidos, siendo así que habrá de tener en cuenta el principio de intervención mínima que debe presidir siempre el derecho Penal y el carácter residual del mismo, y de conformidad con una adecuada interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico, concretamente con el Derecho Urbanístico que permite además de la imposición de una sanción pecuniaria, la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización, no puede conceptuarse como delictiva pues de esta forma se podría llegar al absurdo de pensar que se puede configurar una conducta penal por la mera falta del requisito administrativo de la obtención de la licencia".

Por su parte la conducta típica del art. 319.2 será la ejecución de una edificación no autorizable, sobre suelo no urbanizable (Debemos entender sin protección especial), es decir no legalizable conforme a la normativa vigente en el momento en que tal legalización se pretenda.

Con respecto a los sujetos activos de los delitos del artículo 319 lo son los constructores, promotores o técnicos directores que lleven a cabo la construcción o en su caso edificación. A los efectos de perfilar conceptualmente los términos "constructor" "promotor" y "Técnico Director" señalamos, por su claridad, la Sentencia del T.S. de fecha 26 de junio de 2001, nº. 1250/2001.

3. La Prevaricación Urbanística

El delito de prevaricación urbanística contemplado en el artículo 320 CP constituye una especialidad del delito más genérico de prevaricación del artículo 404 CP a cuya penalidad en parte se remite, y de cuya naturaleza y requisitos participa. En este sentido cabe señalar que aunque la modalidad genérica de prevaricación del art. 404 exige que el funcionario o autoridad pública además de una actuación "a sabiendas de su injusticia" produzca una resolución arbitraria, y que en la prevaricación urbanística la conducta típica consiste en informar o resolver favorablemente "a sabiendas de su injusticia" debe concluirse que ambas conductas son similares, pues como ha dicho reiteradamente nuestra Jurisprudencia la arbitrariedad es una forma de injusticia por lo que puede ser aplicada a la prevaricación urbanística la doctrina sobre la genérica.

En síntesis, la comisión de un delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP requerirá de la concurrencia de los siguientes elementos:

- Elemento objetivo: Exige este tipo delictivo que una autoridad o funcionario público informe o adopte acuerdo en sentido favorable a la aprobación de proyectos de edificación o concesión de licencias en contra de la normativa urbanística vigente. Por lo tanto el informe, acuerdo o resolución han de ser injustos o siguiendo los términos del art. 404 CP incurrir en arbitrariedad.
- Elemento subjetivo: La resolución ha de dictarse o el informe ha de emitirse "a sabiendas de su injusticia" pues el delito de prevaricación constituye una infracción es-

pecialmente dolosa, en la que además del dolo genérico se exige un específico ánimo subjetivo consistente en dictar la resolución a sabiendas de su injusticia, eliminándose así no sólo la comisión culposa sino también la comisión con dolo eventual.

En la delimitación de los elementos integrantes de la prevaricación urbanística resulta absolutamente esclarecedora la Sentencia del T.S. de 28 de marzo de 2006 cuya lectura íntegra se recomienda y que señala al respecto:

"...Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho".

II. NORMAS PENALES EN BLANCO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

El Título XVI del vigente Código Penal, y por ende su Título I constituye un claro ejemplo de utilización por parte del legislador de las llamadas normas penales en blanco como técnica para completar los tipos penales mediante remisión a otros sectores del Ordenamiento Jurídico, en este caso al Derecho Administrativo y más concretamente al Ordenamiento urbanístico, con los consiguientes riesgos que ello comporta para la salvaguarda de principios básicos que rigen en este ámbito del Derecho.

En efecto, la utilización de la técnica de la norma penal en blanco supone de hecho la apertura de una ventana en el edificio penal al incierto paisaje del ordenamiento urbanístico, cuyas características, en realidad defectos, de complejidad y confusión, de proliferación de conceptos jurídicos indeterminados y de laxitud en la aplicación del principio de jerarquía normativa, lo hacen incompatible con los principios básicos del acervo jurídico penal construido y codificado en el continente europeo a lo largo de los siglos. Los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de presunción de inocencia, o de "in dubio pro reo", que en el ámbito punitivo y en el espacio democrático adquieren la categoría de verdaderos derechos fundamentales de aplicación universal, se diluyen al contacto con las normas urbanísticas cuyos mandatos se difuminan en multitud de disposiciones dictadas sin tener en cuenta las exigencias de otras que las precedieron, y cuya interpretación y aplicación versan sobre conceptos de otras normas sectoriales dictadas en ámbitos competenciales distintos, y, la mayoría de las veces, son posteriores a las normas de ámbito municipal, llamadas a ser determinantes a la hora de concretar los elementos constitutivos del tipo.

La actualidad jurídico penal de nuestro ámbito territorial más cercano, Andalucía y en especial la provincia de Málaga, ponen día a día de manifiesto, las contradicciones insalvables entre ambos ordenamientos. El delito urbanístico se ha erigido en protagonista indiscutible de dicha actualidad que no agota su presencia en el ámbito penal, sino que lo trasciende, ocupando con frecuencia las cabeceras y portadas de los medios de comunicación genéricos, e incluso, de la prensa amarilla, dónde no es raro contar como creadores de opinión con personajes de la farándula que en fechas recientes encabezaban el reparto de la, a mi entender, mal llamada corrupción urbanística. Esta continuada presencia de los delitos urbanísticos

en la opinión pública no es inocua al derecho penal y su concreta aplicación, que a la postre habrá de pagar un alto precio.

Así, la insistente utilización impropia de conceptos e instituciones jurídicas termina pervirtiendo su significación y verdadero sentido, produciendo una suerte de mutación semántica con tal fuerza social que, al fin, revierte en el operador jurídico a la hora de aplicar las reglas de la hermenéutica interpretativa del contexto histórico y social en que la concreta norma habrá de ser aplicada, o bien, iniciará su viaje de retorno al ámbito penal como pasajero del tan utilizado tren de la alarma social.

A título de ejemplo, y antes de analizar la problemática actual que en la práctica presenta el delito urbanístico, merece la pena señalar lo ocurrido con el concepto de Suelo No Urbanizable. Veamos; el reiterado mal uso, o mejor decir el abuso mediático consistente en identificar de manera sistemática la construcción en suelo no urbanizable con el delito urbanístico, la edificación en suelo no urbanizable con el concepto de vivienda ilegal, la concesión de licencias en suelo no urbanizable con la comisión de un delito de prevaricación urbanística, ha llevado a los propios operadores jurídicos, responsables últimos de prevenir y perseguir las conductas tipificadas, a incurrir en esta simplista y perversa identificación. Y de esta manera hemos podido leer en los medios, una y otra vez, como los responsables de la Junta de Andalucía hablan de miles de viviendas ilegales por el mero hecho de encontrarse en suelo no urbanizable, sin que previamente hayan sido declaradas como tales por el correspondiente procedimiento administrativo o judicial, y sin que nadie haya comprobado si dichas edificaciones son poseedoras o no de las correspondientes licencias municipales que, no lo olvidemos, gozan de la presunción de legalidad que les confiere hasta la fecha el ordenamiento jurídico. En la misma línea, pero con mayor asombro, hemos podido leer en la prensa la opinión cualificada de miembros del Ministerio Fiscal, que llegan a afirmar textualmente que *"Cuando un Alcalde concede una licencia en Suelo No Urbanizable, estamos en presencia de un caso de corrupción urbanística"*.

Se trata, como podemos ver, de una perversión teleológica y de una mutación semántica que enfrenta de manera clara al principio de legalidad penal y que determina en gran medida el estado de la problemática actual de criminalización generalizada de la actividad urbanística en el Suelo No Urbanizable.

III. CRIMINALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

La creciente criminalización de conductas que, salvo la presencia de dolo, espacios con especial protección o zonas de dominio público y edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable, serían objeto de control y corrección ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ha producido un giro radical en la práctica urbanística de numerosos territorios de Andalucía que se traduce en la total paralización de actuaciones urbanísticas, a la par que se extiende un ánimo de confusión y desconcierto entre los operadores urbanísticos, que trasciende estos territorios para alcanzar a la esfera europea que contempla perpleja el clima de inseguridad jurídica en que se desenvuelve la actividad urbanística, contrario a cuantos derechos individuales y colectivos protegen los tratados de la UE. Al respecto es de vital importancia el contenido del "INFORME sobre el impacto de la urbanización extensiva en

España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248-INI-) de Febrero de 2009, conocido como "Informe Auken".

Las consecuencias prácticas de este fenómeno criminalizador nos vienen dadas por los numerosos procesos penales dirigidos contra responsables municipales relativos a delitos por prevaricación urbanística, así como el inusual número de imputaciones contra particulares por delitos contra la ordenación del territorio. Al contrario tenemos que destacar, como un fenómeno único en nuestra Comunidad Autónoma, la ausencia de imputaciones a responsables de otras Administraciones públicas, la Autonómica y Provincial, titulares también de importantes competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, tanto en la vertiente del planeamiento, como en la inspección y disciplina urbanística, y que, contra lo afirmado de manera reiterada por el "informe Auken", no parecen tener responsabilidad alguna en el desaguado urbanístico que provoca la actual situación.

Son estas imputaciones y procedimientos penales las que nos sirven de guía en la exposición a la hora de abordar la casuística concreta a la que nos enfrentamos.

Básicamente las conductas que han dado origen a estas imputaciones, con la única excepción que luego se dirá, son las mismas: la concesión de licencias de obra para viviendas aisladas en suelo no urbanizable, si bien con dos variantes atendiendo al momento en que tales licencias fueron concedidas: con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA) y tras la entrada en vigor de la misma norma. Por tanto estas dos situaciones se encuentran separadas por una fecha, el día 20 de Enero de 2003, fecha de su inicio de vigencia.

- Las conductas sujetas a procesos penales relativas a hechos anteriores al 20 de Enero de 2003, responden sustancialmente a la siguiente descripción:

Licencias de obra para la construcción de viviendas unifamiliares aisladas en Suelo No Urbanizable, otorgadas por el alcalde correspondiente sin incluir en el expediente la preceptiva autorización de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante CPOTU). Se trata en la mayoría de los supuestos de licencias materialmente justas, en tanto que ajustadas a la normativa urbanística vigente en el momento de su concesión, si bien viciadas de un defecto formal, esencial, cual es la falta de la autorización previa y vinculante de la CPOTU. Hasta fechas recientes, este defecto formal venía siendo corregido en vía Contencioso-Administrativa, al ser considerado un ilícito administrativo y no un ilícito penal, al igual que ocurría y sigue ocurriendo en los supuestos de aprobación de instrumentos de planeamiento por la Consejería competente, sin incluir o en contra de algún informe preceptivo y vinculante (En éste último supuesto el posible ilícito ha sido subsanado en vía administrativa mediante la figura de la convalidación, o bien, en sede Contencioso-Administrativo tras el correspondiente proceso, pero nunca en vía penal). Sirva como ejemplo por su trascendencia y cercanía temporal, el caso del hotel "El Algarrobico" ubicado en el parque natural del Cabo de Gata, resuelto en vía contenciosa sin trascendencia penal alguna.

- Las actuaciones en sede penal con origen en hechos posteriores al 20 de Enero de 2003 responden al siguiente patrón:

Licencias de obra referidas a viviendas unifamiliares aisladas vinculadas a actividades agrícolas, forestales y ganaderas, otorgadas por el correspondiente alcalde en contra del informe preceptivo y no vinculante de la Consejería competente en materia urbanística. Tenemos que indicar que estas licencias vienen precedidas, por exigencia de la LOUA, de la

tramitación de un instrumento, nuevo en nuestra Comunidad Autónoma, denominado Proyecto de Actuación y dirigido a acreditar la efectiva vinculación de la vivienda proyectada a la actividad agrícola, forestal o ganadera requerida por la norma (La norma complica la situación al definir esta vinculación mediante una cadena de conceptos jurídicos indeterminados del siguiente tenor literal: "necesidad justificada" "vinculación a fines relacionados con un destino agrícola, forestal o ganadero". Obsérvese que no dice Explotación Agrícola, ni, tampoco, Actividad Agrícola, conceptos estos perfectamente definidos en la Legislación Agraria y cuya correcta utilización evitaría muchos de los conflictos planteados). Este Proyecto de Actuación es aprobado por el Pleno municipal, tras un largo procedimiento donde se incluye trámite de exposición pública e informe preceptivo, pero no vinculante, de la Junta de Andalucía. Y es precisamente este informe, cuando es contrario a lo aprobado por el Pleno, y posteriormente por el alcalde al otorgar la oportuna licencia, el que se convierte en prueba de cargo fundamental para imputar y luego condenar al alcalde de turno y concejales que aprobaron el Proyecto de Actuación.

Llegados a este punto es importante indicar como ante una misma situación el criterio de la Consejería cambia en función de la Delegación Provincial que tramita el Proyecto. Así, mientras en la Provincia de Málaga se considera poco menos que imposible la viabilidad de cualquier Proyecto de Actuación relativo a viviendas unifamiliares aisladas, hasta tal punto que en nuestra Provincia no se ha informado favorablemente ninguno de los presentados, en las limítrofes provincias de Cádiz y Granada lo habitual es el informe favorable de estos Proyectos por parte de la correspondiente Delegación, utilizando para ello unos criterios puramente urbanísticos que vienen siendo desconocidos por la Delegación de Málaga.

También se hace preciso referir un tercer supuesto que por ser común a las dos anteriores variantes se expone en último lugar; se trata de la vivienda propiamente agrícola, aquella que pertenece al agricultor y se inserta en una explotación agraria en el sentido propio de este término, el que le asigna de manera concreta la legislación agrícola, y que encuentra expreso reconocimiento en el artículo 2 de la Ley 9/1995, de 4 de julio de Modernización de Explotaciones Agrarias. En este caso la competencia para otorgar licencia de obra corresponde de manera directa al alcalde, tanto en el régimen previsto en la LOUA (Artículo 52.1.A)), como en la legislación anterior (Artículo 16.3.1ª del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del 1992-TRLR). No obstante, también en estos supuestos está conociendo la jurisdicción penal en detrimento de la Contencioso-Administrativa.

Como se ve, el principio que caracteriza al derecho penal como última ratio no parece gozar de buena salud cuando de Suelo No Urbanizable se trata.

Llegados a este punto se hace necesario resaltar la enorme confusión reinante en el sistema de fuentes de aplicación en materia de autorizaciones en el Suelo No Urbanizable en la Comunidad Andaluza y en particular en la Provincia de Málaga (será objeto de exposición somera en el siguiente apartado), y ello ante la relevancia penal que tiene su correcta aplicación dado el carácter de norma penal en blanco que reúnen los artículos 319 y 320 del Código Penal y que remiten a la hora de integrar la conducta típica a las normas urbanísticas de aplicación, cuya vulneración se persigue, y que, a su vez, se encuentran afectadas por múltiples normas sectoriales que han de ser tenidas en cuenta la hora de conformar la voluntad del órgano decisorio.

Al respecto y en lo que se refiere a la Comunidad Autónoma Andaluza, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de Marzo, sobre distribución de competencias

entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el sistema de fuentes aplicable en el amplio abanico de tiempo en que se producen las actuaciones que nos ocupan, años 1998 a 2009 vendrá determinado por:

- Legislación básica del Estado: Ley 6/1998, de 13 de Abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, modificada por el Real Decreto ley 4/2000, de 23 de Junio, por el que se aprueban Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario, y por la Ley 10/2003, de 20 de Mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes, y los preceptos vigentes que conservan este carácter del Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Recientemente ha sido aprobada la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, de Suelo., que entró en vigor el día 01 de Julio de 2007 y que deroga de forma expresa la referida Ley 6/1998, de 13 de Abril, y el artículo 133, el apartado 1 del artículo 134, el apartado 1 del artículo 243, el artículo 276, el apartado 1 del artículo 280 y los artículos 287, 288 y 289 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, también referido anteriormente. En la Actualidad la reciente Ley 8/2007, de 28 de Mayo, ha sido sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, y que entró en vigor el día 27 del mismo mes.
- La legislación de la CCAA esencialmente; la Ley 1/1994, de 11 de Enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, La Ley 1/1997, de 18 de Junio, por la que se aprueban con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana, sustituida desde el 20 de enero de 2003 por la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.
- La legislación estatal de aplicación supletoria en materia de urbanismo constituida por el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, y sus reglamentos de desarrollo: Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de Junio; Reglamento de Gestión, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de Agosto y Reglamento de Disciplina, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de Junio
- Los instrumentos de planeamiento de ámbito superior al municipal que, en este caso y sin perjuicio de lo que después se dirá, en principio, vendría determinado por el Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Málaga, aprobado mediante Resolución de 06 de Marzo de 1987 y publicado en el BOJA de 14 de febrero de 2007. Y que ha sido sustituido en el ámbito territorial de la Axarquía por el POT-AX aprobado por Decreto 147/2006, de 18 de Julio y publicado en el BOJA de 03 de Octubre del mismo año, así como por el Plan de Ordenación Del Territorio de Andalucía, publicado en el BOJA de 29 de Diciembre de 2006.
- Los instrumentos de Planeamiento de cada municipio que, en la mayoría de los casos, vendrán determinados por las Normas Subsidiarias del Municipio.
- Las Normas Subsidiarias Provinciales de ámbito provincial publicadas en el año 1978, y vigentes desde entonces.

Expuesto lo anterior y patente la maraña normativa que regula la actividad urbanística, tenemos que concluir dando noticia de la trampa legal que para la mayoría de alcaldes malagueños ha supuesto el nuevo régimen del Suelo No Urbanizable en la LOUA. Supone éste régimen una clara apuesta del legislador andaluz por la autonomía local, de hecho es la primera

y, por ahora, única Comunidad Autónoma que suprime el carácter previo y vinculante de la autorización autonómica ante solicitudes de construcción de viviendas unifamiliares aisladas en el Suelo No Urbanizable, sustituyéndola por el ya referido Proyecto de Actuación que ha de ser aprobado por el Pleno municipal. Esta es la novedad que aporta la Ley Andaluza, novedad que no nace de un momento irreflexivo o inconsciente, sino profundamente meditado tal y como expone de manera clara su exposición de motivos, y, posteriormente, reitera el Decreto 193/2003, de 01 de Julio, y que comentaremos más adelante.

Por tanto la voluntad del legislador ha quedado clara respecto a qué Administración será la competente para emitir la autorización de uso residencial en el Suelo No Urbanizable, el Municipio. Y es aquí, precisamente, donde está la trampa. Justo cuando los municipios han ejercido la autonomía local, eso sí, de manera diferente a la querida por la Administración Autonómica, aparece la vía penal como método corrector y se aplica de manera selectiva para reconducir una situación que no se quiso o no se pudo corregir en sede legislativa. Como ya se ha dicho es precisamente la aprobación de actuaciones en suelo no urbanizable, contrarias al informe no vinculante de la Junta de Andalucía la principal prueba de cargo contra los Alcaldes y Concejales que votaron, como no pudo ser de otra forma, convencidos de la absoluta legalidad de su actuación.

Si el legislador quiso prohibir las viviendas unifamiliares aisladas en el Suelo No urbanizable tuvo que haberlo hecho en sede legislativa y no lo hizo, y por tanto no es de recibo su prohibición fáctica mediante la criminalización de la actividad urbanística municipal llevada a cabo vía aplicación selectiva de la ley en contradicción con los principios propios de un estado de derecho y en especial con el principio de legalidad.

Es significativo que el máximo responsable de la fiscalía en la provincia de Málaga se haya permitido decir textualmente, como ya indicamos anteriormente la siguiente máxima: "Cuando un Alcalde concede una licencia de obra en Suelo No Urbanizable estamos ante un caso de corrupción Urbanística". Esta frase, que desconoce por completo el régimen jurídico presente y pasado del Suelo No Urbanizable en todo el Estado Español, ha sido extraída entrecortada de un diario español de tirada nacional, y resume de manera clara y sencilla lo que está ocurriendo en numerosas comarcas malagueñas.

IV. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LOS PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Hasta la entrada en vigor de la LOUA, el número de municipios de la Provincia de Málaga con instrumento de planeamiento general aprobado definitivamente era muy escaso. En la actualidad, transcurridos más de seis años y medio desde aquella entrada en vigor, el número de municipios con instrumento de planeamiento sigue siendo el mismo. No se ha conseguido la aprobación definitiva de ningún Plan General De Ordenación Urbana en toda la Provincia. Lo cierto de esta afirmación denota que algo debe estar pasando, a la par que obliga a una reflexión sería de las Administraciones competentes en la materia, a la que no debe ser ajena nuestra profesión.

Es preciso señalar, antes de seguir adelante, que aquellos escasos instrumentos de planeamiento general, normalmente Normas Subsidiarias del Planeamiento, aprobados definitivamente en su día, no entraron nunca en vigor, es decir no gozan de fuerza vinculante ya que

la Administración encargada de su publicación íntegra (Junta de Andalucía) obvió tan esencial trámite. No es de extrañar esta situación si tenemos en cuenta que lo mismo ha venido ocurriendo durante 21 años con el Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Málaga (en adelante PEMFPA), aprobado por la Junta de Andalucía mediante resolución de 06 de Marzo de 1987, y publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el día 9 de abril de 2007, es decir 20 años después.

Efectivamente, no se trata de un error. El PEMFPA ha venido aplicándose de manera indebida durante 20 años, ya que no entró en vigor hasta el día siguiente a su publicación íntegra en el BOJA, tal y como establece de manera expresa la resolución publicada, esto es el día 10 de abril de 2007, y ello a sabiendas de esta circunstancia, ya que han sido numerosas las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que han puesto de manifiesto esta deficiencia esencial, anulando los acuerdos que encontraron fundamentación en dicho Plan no publicado y por tanto no vigente. No obstante, esta conducta, consistente en aplicar una norma a sabiendas de su ineficacia por falta de publicidad por parte precisamente de aquella Administración obligada a la publicación de la propia norma, nunca trascendió del ámbito Contencioso-Administrativo.

En esta misma situación se encuentran numerosos municipios de la Provincia, casi todos, que poseen instrumento de planeamiento. Su no publicación íntegra, determina su no vigencia y por tanto un estado de confusión, en cuanto a la norma a aplicar difícilmente compatible con las exigencias de los principios de legalidad y seguridad jurídica en materia penal.

Aún se complica más la situación como consecuencia de la pirámide inversa en que ha consistido el proceso legislativo en materia de ordenación territorial y ordenación urbanística en el ámbito de nuestra comunidad Autónoma y de nuestra Provincia. La aprobación y entrada en vigor de la LOUA, 20 de Enero de 2003, supuso el inicio de la carrera municipal para la aprobación de sus PGOU, carrera que habrían de culminar en un plazo no superior a cuatro años según dispuso la propia Ley andaluza. El primer obstáculo para los PGOU vino determinado por el Planes Subregionales de Ordenación Territorial de la zona oriental y occidental de la Provincia, publicados en el BOJA de 03 de Octubre de 2006. Obviamente los PGOU en tramitación se vieron afectados por esta norma supramunicipal y hubieron de adaptar sus determinaciones a la misma. Con posterioridad los PGOU, en redacción, volvieron a sufrir un grave revés con la publicación del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía publicado en el BOJA de 29 de Diciembre de 2006, que añadía nuevas determinaciones a incluir en los PGOU en tramitación. Entre ambas fechas y con anterioridad a la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial referidos, la propia LOUA sufrió varias modificaciones que afectaban fundamentalmente al régimen de viviendas de protección oficial y al régimen disciplinario en materia urbanística.

Es decir la pirámide normativa dirigida a regular la ordenación territorial y urbanística de los municipios de la Provincia, se desarrolló de manera absolutamente inversa a la prevista en la propia Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía aprobada en el año 1994, y que previó el siguiente tracto temporal:

- 1º Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.
- 2º Planes Subregionales de Ordenación del Territorio.
- 3º Planes de Ordenación Urbanística de los municipios.

En definitiva, el resultado ha sido tan confuso y, a veces, tan traumático, que al día de la fecha ninguno de los municipios afectados ha logrado la aprobación definitiva de su PGOU.

Ello combinado con la ineficacia de los Planes aprobados con anterioridad a la LOUA por su no publicación, determina que el instrumento de aplicación en gran parte del territorio de nuestra Provincia venga constituido por las Normas Subsidiarias de la Provincia de Málaga, publicadas en el año 1978, y que habrán de ser interpretadas en cada caso concreto bajo el prisma de la LOUA que responde a principios constitucionales posteriores a estas Normas Provinciales.

La confusión en cuanto a las normas urbanísticas de aplicación en la Provincia de Málaga resulta más que evidente y coloca a los responsables municipales en una difícil encrucijada cada vez que se solicita en su ayuntamiento una licencia de obra. Más aún, la incursión del ámbito penal en esta tarea administrativa aumenta la confusión de responsables y vecinos hasta tal grado que ha logrado paralizar la actividad urbanística en numerosas comarcas. Es posible que esta fuera la finalidad de la aplicación selectiva de la ley penal que antes hemos referido, pero entendemos que el instrumento ha sido equivocado. No se soluciona el problema urbanístico criminalizando la actividad municipal sino clarificando las normas de aplicación mediante el ejercicio de las competencias reglamentarias que en esta materia tiene asignada la Junta de Andalucía, y de la que hasta el momento no ha hecho uso. En cualquier caso y si como parece no existe la voluntad de ejercer tales competencias díctese, como mal menor, una moratoria en tanto se clarifica tan compleja situación.

V. CONCLUSIONES

Primera.- El avance de la autonomía local que supone la LOUA ha sido pervertido en nuestra provincia por la práctica judicial referida al delito contra la ordenación del territorio

La entrada en vigor de la LOUA supone un importante hito en el avance de la autonomía municipal en materia de urbanismo. Así lo declara su propia exposición de motivos en el punto 6º del apartado II dedicado a los objetivos de la ley:

"...desde esta consideración y en desarrollo del principio de subsidiariedad plasmado, a su vez, en el Pacto Local Andaluz, esta ley avanza en la asignación de competencias en materia de urbanismo a los municipios andaluces...."

No se trata de una mera declaración de principios, sino que la afirmación reseñada encuentra concreción particularizada a lo largo de todo el texto normativo y en especial en la regulación de autorización de usos en el suelo no urbanizable. Así lo entendió el propio ejecutivo Andaluz cuando al regular las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo mediante el Decreto 193/2003, de 1 de julio, en su exposición de motivos incorpora el siguiente párrafo inicial:

"La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, fija el ámbito interadministrativo de competencias en materia de urbanismo incidiendo, entre otros aspectos, en la distribución de las mismas entre la Administración de la Comunidad Autónoma y la Administración Local. En líneas generales, dicha Ley precisa de un marco claro al respecto y avanza en la asignación de competencias a los municipios andaluces, reforzando el ámbito de decisión y responsabilidad local, en lo que respecta a la modificación del planeamiento urbanístico en general, al planeamiento urbanístico de desarrollo y a las actuaciones en el suelo no urbanizable, respecto a la legislación anterior".

En efecto, el legislador andaluz, al construir el régimen jurídico del suelo no urbanizable (Art.. 52 LOUA) y el procedimiento de autorización de usos y concesión de licencias en dicho suelo (artículo 172 y 43 LOUA) se decanta de manera expresa por la autonomía municipal, de tal forma que la intervención de la Administración de la Comunidad Autónoma en este procedimiento es meramente informante, (El artículo 43.1.d) prevé un informe preceptivo de la Consejería competente en materia de urbanismo, no un informe vinculante por aplicación del art. 83 de la LRJPAC)). No se trata de un olvido, ni de una casualidad, sino que de manera consciente y clara el legislador ha decidido suprimir la autorización previa en el uso atípico del suelo no urbanizable y califica esta nueva opción, como ya hemos visto, de avance en la asignación de competencias a los municipios andaluces respecto a la legislación anterior. La premeditación de la decisión del Legislador adquiere mayor solidez si comparamos su contenido con el resto de las Leyes Autonómicas en materia de urbanismo que, sin excepción, prevén la autorización previa de la Administración Autónoma en los usos excepcionales del suelo no urbanizable, sin perjuicio de la posterior licencia municipal.

En definitiva la LOUA ha querido avanzar en la autonomía municipal, sin renunciar al establecimiento de un control complementario (el proyecto de actuación regulado en los art. 42 y 43 de la LOUA, por remisión expresa del art. 52 del mismo cuerpo legal) a los que resultan de aplicación la normativa general reguladora de los usos, obras y actividades. El Legislador ha decidido de forma clara y contundente atribuir la competencia de tramitación y aprobación del proyecto de actuación, de manera exclusiva, a los municipios y concretamente a su máximo órgano representativo, el pleno municipal.

La criminalización del ejercicio efectivo de esta competencia municipal, pervierte el contenido teleológico de la norma andaluza.

Segunda.- Confusión entre corrupción urbanística y el ejercicio legítimo de una competencia municipal

La práctica descrita a lo largo de estas reflexiones pudiera suponer, en todo caso, una interpretación errónea de la ley urbanística, pero, en ningún caso, estaríamos en presencia de casos generalizados de corrupción urbanística ya que no existe la necesaria confusión entre intereses públicos y privados que esta figura exige. Lo define muy bien el profesor Javier Pérez Royo en su columna publicada en el Diario "El País" de 22 de Mayo de 2009, cuando textualmente dice: "En esta confusión es en lo que consiste la corrupción, que no es, en última instancia, más que la privatización del poder, la subordinación, por vías soterradas y espurias, del poder político a la propiedad privada. Formalmente el título del poder político opera con si fuera exclusivamente portador de la voluntad general, pero materialmente está sometido o condicionado en su expresión de la voluntad general por voluntades particulares".

Ninguno de estos caracteres los podemos encontrar en los casos referidos, es el interés general, no el particular el que ha primado en la aplicación de la ley y, por supuesto, en ningún caso podemos hablar de enriquecimiento de los responsables municipales, a excepción hecha de un caso puntual, en el que presuntamente existen pagos de cantidades de dinero y otras prebendas a cambio de favores urbanísticos. Se trata de un caso diferente, que nada tiene que ver con los procesamientos a que se encuentran sometidos la mayoría de ediles procesados, donde el lucro personal no forma parte, en ningún momento, de las acusaciones sostenidas por la fiscalía.

En definitiva, mediante el ejercicio de la acción penal y la puesta en marcha de un proceso de la misma naturaleza, se está pretendiendo corregir la dirección política que les corresponde a los responsables municipales en materia urbanística en virtud del mandato constitucional que han recibido y que encuentra desarrollo en la legislación autonómica. Se trata de una grave interferencia en la acción de los gobiernos municipales, que, en definitiva, termina sustituyendo al Pleno Municipal por los Tribunales de Justicia.

Expuesta la problemática y extraídas las conclusiones, no podemos finalizar este ejercicio de reflexión sin apuntar los pasos que entendemos precisos para dar respuesta puntual a los problemas planteados.

En principio, se hace necesario que por parte de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio se adopten las medidas oportunas que permitan el desarrollo reglamentario de la LOUA, tal y como prevé la propia norma andaluza aprobada hace ya más de seis años y medio, y por tanto la aprobación y publicación de los Reglamentos que de manera pormenorizada determinen con claridad, entre otras, las condiciones exigibles a las distintas actuaciones en el Suelo No Urbanizable. Concretamente que dando cumplimiento a lo expresamente establecido en el artículo 52.7 LOUA se proceda por vía reglamentaria a precisar las condiciones de ordenación de los diferentes actos de realización de segregaciones, construcciones, edificaciones e instalaciones, y se definan los requisitos documentales de los correspondientes proyectos para su autorización en el Suelo No Urbanizable.

Con la misma urgencia resulta necesaria la unificación de criterios entre las distintas Delegaciones Provinciales de la Consejería en relación con los requisitos a exigir a los Proyectos de Actuación relativos a viviendas unifamiliares aisladas vinculadas a actividades agrícolas, forestales o ganaderas. Con ello se trata de evitar que actuaciones informadas favorablemente por una Delegación Provincial, sean objeto de procesos penales en la Provincia limítrofe, tal y como viene ocurriendo en la actualidad.

Los principios de legalidad, seguridad jurídica y publicidad de las normas debieran obligar a la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio a refundir en un solo texto normativo todas las normas referidas a la tramitación y aprobación de instrumentos de planeamiento y sus modificaciones, actualmente dispersas en numerosos textos legales que frecuentemente se contradicen entre sí, armonizando sus contenidos y estableciendo un procedimiento ágil, eficiente y garante del principio de autonomía local que sustituya el laberíntico entramado de normas procedimentales que a la fecha imposibilitan acometer el PGOU con garantías de éxito.

Por último no queremos finalizar estas reflexiones sin hacer mención a la importancia de las funciones de control interno de las Entidades Locales, reservadas por ley a los Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal, en la prevención de las conductas corruptas y desmanes urbanísticos en general. Sería por tanto aconsejable que el legislador diera marcha atrás en su continuo afán de minar tales funciones, reforzando por el contrario su ejercicio y estableciendo las bases que garanticen la efectiva independencia del poder político de estos funcionarios. Mejorará con ello la limpieza y transparencia de la gestión pública.

sección derecho de familia



Cuestiones sobre la titularidad de los
bienes gananciales

Antonio-Javier Pérez Martín

I. INTRODUCCIÓN

La crisis de la pareja, ya sea matrimonial o extramatrimonial, va a poner encima de la mesa básicamente tres cuestiones. En primer lugar todo lo relativo a los hijos (patria potestad, custodia, alimentos, vivienda...) en segundo lugar las prestaciones económicas entre los cónyuges o convivientes (pensión compensatoria) y en tercer lugar la liquidación del patrimonio común o de las deudas que estén pendientes de abonarse en ese momento.

Esta ponencia la vamos a dedicar en exclusiva al gran problema que surgen en la liquidación del patrimonio común respecto a los inmuebles y suele ser el principal obstáculo para conseguir una liquidación consensual.

Para una mejor comprensión de la casuística, distinguiremos aquellos casos en los que los inmuebles se adquieren por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio; cuando la compra se realiza constante la convivencia marital; cuando los inmuebles se adquieren mientras que los cónyuges están separado de hecho, y cuando la compra tiene lugar después de estar disuelta la sociedad de gananciales. Por último, también abordaremos la cuestión relativa a la construcción de inmuebles en terreno ganancial o privativo.

II. ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES

1. Compra realizada antes del inicio de la sociedad de gananciales

1.1. Adquisición por uno sólo de los cónyuges habiéndose abonado la totalidad del precio antes del inicio de la sociedad de gananciales

En estos casos, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.346.1 del CC —“son privativos de cada uno de los cónyuges: Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad”— el inmueble tendrá carácter privativo en su totalidad y deberá ser excluido del inventario de la sociedad de gananciales. Ahora bien, bajo esta sencilla apreciación se esconden numerosas matizaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de poner de manifiesto y que complican enormemente la cuestión.

A) Otorgamiento de la escritura pública a favor de un cónyuge antes del inicio de la sociedad de gananciales

Cuando la escritura pública de compraventa se otorgó antes del matrimonio y exclusivamente a nombre del cónyuge que compró el inmueble poco o nada puede discutirse sobre la naturaleza privativa del inmueble. A lo sumo, como ha sucedido en algunos casos, el otro cónyuge podrá alegar que contribuyó, cuando eran novios al pago de parte del precio. Teniendo en cuenta que la sociedad de gananciales aún no había comenzado a desplegar sus efectos dada la inexistencia de matrimonio, no estamos ante un problema que deba resolverse en sede del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, siendo preciso que el cónyuge ejercite una acción reivindicatoria si entiende que el inmueble se compró en pro indiviso o que ejercite una acción de reclamación de cantidad para recuperar el importe de las aportaciones que hizo, siempre y cuando, claro está, resulten suficientemente acreditadas. Desde otro punto de vista también puede suceder que se hubiese otorgado la escritura pública a favor de la otra persona que luego se convirtió en cónyuge en cuyo caso podría ejercitarse la acción de nulidad por simulación, pero insistimos, son cuestiones ajenas al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

B) Otorgamiento de la escritura pública a favor del comprador constante la sociedad de gananciales

A pesar de que se hubiese formalizado un documento privado de compraventa a favor de una persona en estado de soltero, el otorgamiento de la escritura pública constante el matrimonio motivará que, dada la condición de casado del cónyuge que aparece como comprador, se inscriba en el Registro de la Propiedad como “presuntivamente ganancial” en aplicación de lo dispuesto en los arts. 93 y ss del Reglamento Hipotecario ya que en la mayoría de las ocasiones cuando se otorga la escritura pública constante el matrimonio no se repara en los problemas que luego van a presentarse ante la crisis de pareja. Lo procedente en estos casos sería hacer constar en la escritura que el bien tiene carácter privativo por haber sido adquirido antes del matrimonio.

Pues bien, esta constancia formal en el Registro de la Propiedad de que el inmueble pertenece presuntivamente a la sociedad de gananciales da pie al otro cónyuge a sostener que el mismo es común y que por tanto debe incluirse en el activo de la sociedad de gananciales. Aunque se trate de una simple alegación, dada la presunción de ganancialidad establecida en el art. 1.361 del CC, el cónyuge que adquirió en estado de soltero tendrá que desplegar una importante actividad probatoria para desvirtuarla y conseguir que el inmueble tenga carácter privativo.

Para resolver esta problemática es preciso tener presente que, según señala la STS de 12 de noviembre de 1997 “Es harto reiterada la doctrina de esta Sala según la cual una cosa es la veracidad de que se ha declarado en escritura pública, y otra cosa es la veracidad de lo declarado, que no está amparado por la fe pública. Por tanto, será necesario investigar la procedencia de los fondos con los que se hizo efectiva la compraventa para determinar la titularidad”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de abril de 2002, analizó un supuesto idéntico al que comentamos y llegó a la conclusión que prevalece el carácter privativo del bien adquirido en documento privado con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales aunque la escritura pública se otorgue posteriormente vigente ya la sociedad de gananciales. Es necesario precisar que en el caso litigioso la esposa compró y tomó posesión del inmueble antes de contraer matrimonio, dato determinante para despejar toda duda sobre la perfección del contrato de compraventa. La sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 24 de enero de 1996 que fue objeto del recurso de casación, indicó al respecto “Que en nada se opone a esta calificación el que, a poco del matrimonio de elevara a público el documento privado de compraventa, sin hacerse en este la indicación formal de ser privativos los inmuebles, pues la escritura no desvirtúa el hecho básico de tratarse de unos bienes privativos; ni tampoco el hecho de que en el Registro de la Propiedad se diga que los mismos tienen el carácter presuntamente ganancial, mención correcta que hace el Registrador al tratarse de una escritura en que, aunque no intervenga en ella el esposo, aparece en la misma la condición de casada, en el momento de otorgarla, de la compradora. Tal mención es de “presuntivamente ganancial” presunción que obviamente solo persiste hasta que una decisión judicial acabe con la misma”. El Tribunal Supremo señaló que “Como base jurídica, hay que tener en cuenta dos datos esenciales: primero, los bienes y derechos que pertenecen a un cónyuge cuando comienza la comunidad de gananciales, son privativos del mismo, según deriva de su propio concepto y expresa el número 1 del artículo 1346 del Código civil; segundo, cuando un negocio jurídico, como el contrato de compraventa, se perfecciona en un momento dado, la escritura pública que reproduce el mismo negocio jurídico no perfecciona uno nuevo sino

que simplemente lo eleva a tal forma, que no es sino ratificación o reproducción del anterior; así lo han expresado las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 1996 y 17 de mayo de 1999".

Como vemos, lo determinante para la calificación privativa del inmueble es que el mismo se adquiriese realmente antes del inicio de la sociedad. Respecto a este tema Ángel Rebolledo se plantea dos cuestiones:

- Oponibilidad frente al otro cónyuge de las adquisiciones en documento privado. Habiéndose otorgado una escritura pública, se trata de anteponer a la misma un documento privado, debiendo recordarse, como señaló la SAP de Sevilla de 7 de septiembre de 1992 que como norma general habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1227 CC, es decir, en general, a los medios de prueba complementarios que puedan acreditar la certeza de la fecha, y con ella de la adquisición, anterior al comienzo de la vigencia de la sociedad de gananciales (vid. sentencia de 15 de octubre de 1999 A.P. Ourense) por lo que no realizándose tal prueba, el documento privado, por sí sólo, debe estimarse insuficiente para desvirtuar el contenido y la fecha de la escritura pública de conformidad con lo establecido en el artículo 1218 CC, debiéndose estar a la calificación ganancial del bien. Por tanto a la hora de prevalencia y prioridad del documento privado frente al público, la veracidad de aquél ha de resultar del contraste con otras pruebas y de su conjugación con la resultante general de todo el material probatorio del proceso, por cuanto que, en principio, el documento público es auténtico "per se", dado que la presencia del fedatario público en su otorgamiento garantiza la verdad de su procedencia subjetiva (sentencia de 25 de marzo de 1988 y de 6 de julio de 1989, ambas del Tribunal Supremo) pues partiendo de la base de la equiparación, entre las partes, del documento público y privado, que se sitúan, inicialmente en pie de igualdad probatoria, sin prevalencia apriorística de uno sobre otro, habrá que estar entonces a las particularidades de cada caso, pues es cierto que prevalece el documento privado en aquellos supuestos en los que la escritura pública sirva para completar, o establecer de un modo definitivo, sin contradicción alguna en cuanto al contenido, las condiciones contractuales que en su momento vinieron al caso asumir por los contratantes (SSTS de 25 de marzo de 1988, 14 de julio de 1989 y 31 de diciembre de 1992).
- Inexistencia de *traditio* anterior al inicio de la sociedad de gananciales. Si la *traditio* no se ha producido con anterioridad, el otorgamiento de la escritura pública será la entrega posesoria conforme al párrafo segundo del art. 1462 CC por lo que la adquisición, estrictamente hablando, se habrá producido ya vigente la sociedad de gananciales pues es sabido que la compraventa en documento privado, aunque perfecta y válida como contrato, por sí sola no transmite el dominio. Ahora bien, es perfectamente asumible la doctrina de la sentencia de 31 de octubre de 1997 A.P. Sevilla, Sec. 5ª cuando afirma que "a los efectos de la consideración de privativo del bien adquirido es indiferente que la tradición, necesaria para la adquisición del derecho real, según la doctrina del título y el modo que rige en nuestro Derecho a tenor de lo establecido en los artículos 609 y 1095 CC, no se hubiera producido con anterioridad al matrimonio, puesto que nada se establece al respecto en el entonces vigente artículo 1396, ni en el actual 1346 CC, ya que si el derecho real no era privativo antes del matrimonio por no haberse producido la tradición, lo será con posterioridad por el hecho de que en el patrimonio personal de

uno de los cónyuges se adquiere después, mediante la efectiva entrega del inmueble a la que sólo uno de los cónyuges tenía derecho". En último término, tal doctrina es la que está latiendo en el propio artículo 1346.4º CC al calificar como privativos los bienes adquiridos, constante matrimonio e incluso con fondos gananciales, por ejercicio del derecho de retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges y no olvidemos que de una compraventa en documento privado, aunque no se transmita el dominio por falta de *traditio*, sí se deriva, como indica la doctrina jurisprudencial, no un mero derecho de crédito sino un auténtico *ius ad rem* cuya titularidad exclusiva pertenece al ahora cónyuge que fue parte en el contrato antes de comenzar la sociedad de gananciales y cuyo ejercicio implica la adquisición en virtud de ostentar privativamente un derecho anterior. Esta conclusión puede verse corroborada en la sentencia de 20 de noviembre de 2000, en que alegada la inexistencia de *traditio* anterior en relación con un bien calificado de privativo por haber sido comprado a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales (art. 1357 CC), y que aquélla se produjo constante la sociedad conyugal por lo que la adquisición del bien sería posterior y de naturaleza ganancial, se rechaza el argumento afirmando que "las disquisiciones acerca del título y del modo en relación con el concepto de adquisición y dominio, no se sostienen, respecto de una acertada interpretación del precepto invocado puesto que son "los bienes comprados a plazos" por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad los que tienen siempre carácter privativo y debe repararse, al efecto, que la compra es el título obligacional, pero no el modo, de suerte, que no cabe enfrentar ni buscar contradicciones entre la atribución del carácter de privativo a un bien comprado y la fecha en que se afirma la posesión, por medio de la *traditio* instrumental, esto es, al otorgar la escritura pública correspondiente".

En relación con la perfección del contrato de compraventa se han suscitado en la práctica diversas cuestiones cuando la adquisición del inmueble se hacía a través de una cooperativa de propietarios. En este sentido se ha alegado que la adquisición de las viviendas no tiene lugar cuando se producen las adjudicaciones a los distintos cooperativistas, sino que la transmisión de la propiedad se produce con la liquidación de la cooperativa y extinción de su personalidad jurídica. El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2003 conoció de este supuesto desestimando la citada pretensión, ya que el recurrente citaba como infringidos el art. 48 del Reglamento de Cooperativas en relación con los arts. 103, 105 y 106 del mismo, señalando el Tribunal Supremo que "Se invocan preceptos que no son idóneos para servir de soporte por sí solos a un recurso de casación, dado que tienen naturaleza reglamentaria y no constituyen normas que reconozcan con carácter autónomo derechos civiles, o relaciones o situaciones jurídicas de esta índole".

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, existen resoluciones judiciales que llegan a conclusiones distintas, aunque bien es cierto que en algunos casos, el supuesto de hecho no es idéntico al analizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de abril de 2002, no pudiéndose por tanto aplicar las mismas consecuencias jurídicas a las que llegó nuestro más alto tribunal:

- Supuestos en los que no se acredita el pago del precio por parte del cónyuge que alega que adquirió el inmueble en documento privado antes de contraer matrimonio.

En el caso litigioso que sirvió de base a la STS de 7 de septiembre de 2001, el esposo alegó que adquirió mediante documento privado un inmueble antes de contraer matrimonio

—se expidió título de adjudicación en su condición de socio de una cooperativa— aunque la escritura pública se otorgó constante el matrimonio a su nombre pero para su sociedad conyugal. El esposo interpuso una demanda de menor cuantía solicitando que se declarase que el inmueble tenía carácter privativo, pero tanto la sentencia del juzgado como la de la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. En este caso, el Tribunal Supremo señaló que es "evidente que la escritura relativa a la vivienda litigiosa fue inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Granada para la sociedad de gananciales de los litigantes, de manera que opera aquí la presunción de veracidad de los asientos del Registro establecida en el artículo 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, que es una praesumptio iuris del tipo de las iuris tantum y, por consiguiente, susceptible de ser desvirtuada mediante la prueba de que el Registro está equivocado por discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, y el único dato acreditativo, posterior a la inscripción, contrario a tal presunción, que podría invalidarla, proviene del Convenio Regulador, aprobado por la sentencia de divorcio de 22 de abril de 1986, donde se expresa que "los cónyuges declaran no existir bienes en que practicar la liquidación de gananciales", sin embargo en esta sede se entiende que no la anula, habida cuenta de que, por su generalidad, no se valora como suficiente para dicho efecto, máxime cuando no se ha justificado ninguna mutación en la titularidad de aquel inmueble desde la inscripción hasta el Convenio Regulador". De los datos que constan en la sentencia parece deducirse que la demanda se sustentó en la declaración de inexistencia de bienes gananciales contenida en el convenio regulador, y ello fue insuficiente para destruir la presunción de ganancialidad. Posiblemente si se hubiese acreditado el pago del precio del inmueble antes del inicio de la sociedad de gananciales, el resultado de las sentencias hubiese sido otro distinto.

- Supuestos en los que se entiende que es de aplicación lo dispuesto en el art. 1.355 del CC.

Según establece el art. 1.355 del CC "Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes". Esta circunstancia ha llevado a algunos tribunales a declarar el carácter ganancial del inmueble cuando en la escritura pública, otorgada constante el matrimonio, no se hizo constar ninguna circunstancia relativa al carácter privativo del dinero entregado para la compra del inmueble. Respecto a esta cuestión, el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de abril de 2002 declaró expresamente que el art. 1.355 del CC no es aplicable a los supuestos en los que la adquisición del inmueble se hace antes del inicio de la sociedad de gananciales.

C) Otorgamiento de la escritura pública a favor de ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales

En estos casos, el problema no es solo que concurra la presunción de ganancialidad del art. 1.361 del CC sino que expresamente se hace constar en la escritura pública que ambos cónyuges adquieren el inmueble, ya sea en pro indiviso o para su régimen económico matrimonial.

Con carácter previo hay que precisar que el contenido de una escritura pública otorgada con todos los requisitos y formalidades puede destruirse o impugnarse por todos los medios de prueba que se aporten al proceso (STS de 7 de febrero de 1946), de manera que, y así

lo refiere la jurisprudencia, los documentos que puedan reputarse públicos no tienen por sí consideraciones de prueba en plenitud para relevar a los tribunales de apreciación en valoración y relación con los demás instrumentos probatorios aportados, en cuanto a lo que integra su propio contenido, de tal manera que tampoco sirve para enervar la valoración probatoria conjunta del órgano judicial competente, ya que lo único que vincula es la fecha y el hecho del otorgamiento del documento (SSTS de 12 de febrero de 1991 y 10 de octubre de 1992), y en consonancia con lo anterior, es posible afirmar que el valor o eficacia del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellas realicen los otorgantes, pues, aunque, en principio, hacen prueba contra ellos, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre las demás pruebas (STS de 24 de enero de 1995).

La STS de 12 de noviembre de 1997 analizó este supuesto. El objeto principal del recurso no era otro que determinar si el inmueble pertenecía a uno a ambos cónyuges. El esposo entendía que quedaba acreditado por la escritura pública de venta que el piso les pertenece a ambos, puesto que en la misma consta que la entidad bancaria vendía a los dos en pro indiviso, confesando haber recibido el precio por mitad y otorgándose carta de pago. Sin embargo, y como señala el Tribunal Supremo "Es harto reiterada la doctrina de esta Sala según la cual una cosa es la veracidad de que se ha declarado en escritura pública, y otra cosa es la veracidad de lo declarado, que no está amparado por la fe pública". Por tanto, será necesario investigar la procedencia de los fondos con los que se hizo efectiva la compraventa para determinar la titularidad. La esposa acreditó que recibió de Francia una transferencia cuyo importe coincide exactamente al precio que se pagó en la compraventa, sin embargo, el esposo sostiene que este hecho no puede servir de base para inferir que ella pagó todo el precio. El Tribunal Supremo señala que "La Audiencia hace un seguimiento riguroso de la cantidad transferida desde Francia por la madre de la recurrida a ésta, para inferir que se trataba de una donación a fin de que pudiese pagar el piso, no observándose ninguna contradicción con la lógica en el razonamiento. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas de la buena fe, es más verosímil esta deducción que la expuesta por el recurrente: legalizar en España, en época de legislación restrictiva de divisas, la posesión de una suma de dinero procedente del exterior". Pues bien, admitido lo anterior, entiende el esposo que en este caso el contrato sería nulo al haber existido simulación, a menos que la esposa hubiese demostrado que encubría una causa verdadera, y que la misma carecía de acción para solicitar la nulidad absoluta de la escritura de compraventa por ser autora de la simulación. A esta alegación contesta el Tribunal Supremo que "una lectura detenida de la sentencia lleva inmediatamente a la percepción de que la simulación a la que alude es la que recae en los elementos personales del negocio jurídico, no en su causa, que es verdadera y lícita. En ellos se hizo constar como adquirentes a los dos (recurrente y recurrida) cuando el precio había sido pagado por uno solo. Es al recurrente al que le correspondía probar, o bien que había pagado él también parte de ese precio, o bien que la Sra. D. le quiso hacer donación de la mitad del piso. Nada ha demostrado el recurrente en ningún sentido, sino que se ha aferrado a su mera titularidad formal, arrojando la carga probatoria de la causa verdadera sobre el que nada tiene que probar (aparte de sus alegaciones sobre el pago del precio). Por otra parte, los propios partícipes del negocio simulado poseen legitimación activa para solicitar que se declare la simulación (SS. de 22 de febrero de 1946, 6 de abril de 1954, 27 de noviembre de 1958 y 6 de febrero de 1964, entre otras)". Por último, el esposo intentó justificar que existió una donación por razón de matrimonio, sin embargo

el Tribunal Supremo no entra a analizar la cuestión ya que “esta Sala ha declarado siempre que el animus donandi no se presume, y además plantea una cuestión nueva no alegada por el recurrente en ninguno de los escritos de su procedencia en los periodos expositivos de los autos acumulados que se resolvieron en la sentencia recurrida”.

Como vemos, el hecho de que la escritura pública se otorgase a nombre de ambos cónyuges, cuando uno sólo de ellos aportó el dinero para la compra del inmueble, no es obstáculo alguno para que posteriormente se declare que el inmueble tiene carácter privativo.

1.2. Adquisición del inmueble por ambos cónyuges en proindiviso habiéndose abonado la totalidad del precio antes del inicio de la sociedad de gananciales

En este caso estamos ante una comunidad ordinaria en la que cada cónyuge o comunero será propietario de la parte indivisa que se haya hecho constar en la escritura pública. Las controversias que puedan surgir en cuanto a si uno de los abonó más cantidad que el otro, si uno ha asumido en exclusiva las deudas comunes, etc., son cuestiones ajenas al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales dado que el bien carece, ni siquiera en un porcentaje, de naturaleza ganancial. El procedimiento de división de cosa común será el idóneo para dirimir las controversias entre las partes.

1.3. Adquisición del inmueble a plazos por uno o ambos cónyuges terminándose de abonar el precio constante la sociedad de gananciales.

Tampoco está exento de problemática el supuesto en el que uno de los cónyuges, en estado de soltero, adquiere un inmueble que se termina de abonar constante la sociedad de gananciales. Analicemos detenidamente los problemas que pueden presentarse.

A) Precisiones respecto al concepto de compra a plazos

Una compraventa puede tener lugar abonando el comprador al vendedor la totalidad del precio cuando se celebra el contrato (compra al contado) o bien, entregando en ese momento una cantidad y aplazando el resto en un determinado periodo de tiempo (compra a plazos). Cuando el art. 1357 del CC hace referencia al pago a plazos se está refiriendo a la segunda modalidad. No obstante surge la duda de si dentro del pago al contado pueden incluirse aquellos supuestos en los que el comprador tiene la necesidad de pedir un préstamo a una entidad bancaria o a un tercero para pagar el precio de la compraventa. En puridad, y desde el punto de vista del vendedor no cabe hablar de compraventa con aplazamiento de pago, ya que él ha cobrado la totalidad del precio, sin embargo, desde el punto de vista que ahora nos interesa, esto es para determinar el carácter ganancial o privativo de un inmueble, este tipo de compraventa tiene la consideración de pago a plazos. En efecto, esta cuestión fue analizada por la STS de 31 de octubre de 1989 que resolvió la controversia equiparando las amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos, y por tanto, aplicando lo dispuesto en el art. 1357 del CC en relación con el art. 1354 del mismo cuerpo legal declaró que el inmueble que adquirió un cónyuge antes de contraer matrimonio y que terminó abonando constante el matrimonio pertenecía en pro indiviso al cónyuge y a la sociedad de gananciales en proporción a los pagos efectuados. Los fundamentos jurídicos utilizados por el Tribunal Supremo son los siguientes:

“Frente a la tesis de la sentencia recurrida, que a su vez confirmó la del Juzgado, que entiende que estamos en presencia del supuesto contemplado en el párrafo 2º del art. 1.357 del Código Civil («vivienda familiar») que implica y significa la excepción específica a la regla general del párrafo 1.º del propio precepto, con la consiguiente remisión y entrada en juego de lo dispuesto en el art. 1.354 («los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial o en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas»), el recurrente insiste por su parte en que no hay compraventa a plazos sino al contado y, juicio a ella, constitución en estado de soltero de una hipoteca sobre dicho piso con amortizaciones del crédito hipotecario pagadas durante el matrimonio con su esposa, la demandada y hoy recurrida.

Estos fácticos relevantes y muy significativos del presente litigio son que el 28 de julio de 1975 el demandante y recurrente don Pedro Francisco compró el piso de referencia en estado de soltero, constituyendo en idéntica fecha (28 de julio de 1975) un crédito hipotecario sobre el mismo piso, adquirido con vistas al próximo enlace con la demandada y recurrida doña Alicia, con quien contrajo matrimonio en los meses siguientes, concretamente el 20 de diciembre del mismo año 1975, siendo dato indiscutido del pleito, admitido y reconocido por el marido recurrente, que las amortizaciones de la hipoteca que gravaba el piso destinado a vivienda familiar fueron pagadas y hechas efectivas durante el matrimonio de ambos litigantes.

Nos encontramos, pues, parte un recurso que formalmente amparado en la, más aparente que real, dualidad de contratos distintos, pretende excluir la aplicación al caso de la norma excepcional recogida en el párrafo 2º del repetido art. 1.357 y remisión al también citado 1.354, ambos del Código Civil, evitando al efecto la calificación de compraventa a plazos y minimizando, en todo caso, el hecho ciertamente relevante de que las amortizaciones del crédito hipotecario con el que se gravó aquel piso (vivienda familiar) fueron abonadas y liquidadas constante matrimonio y a cargo del mismo, extremo este último al que hay que atribuirle las lógicas y equitativas (art. 3.2 del Código Civil) consecuencias jurídicas, acordes con el número 3.º del art. 1.357 del propio Código («son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos»), en aras todo ello de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2º del art. 1.357 que ese concreto bien («vivienda y ajuar familiares») es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos”.

Por lo que respecta a las Audiencias Provinciales, el criterio que se mantiene es idéntico al del Tribunal Supremo (AP Cantabria en sentencia de 12 de julio de 1994, AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, de 3 de noviembre de 1997 y AP de Madrid, Sec. 22.ª sentencia de 10 de octubre de 1995).

¿Sólo tendrán la consideración a los efectos que nos interesa el pago del precio si se constituye un préstamo hipotecario para el pago del resto del precio del inmueble? La res-

puesta debe ser negativa, ya que lo determinante es que constante la sociedad de gananciales, se abone con dinero común parte del precio de la vivienda. Por tanto resultara indiferente si se concertó un préstamo hipotecario, si el préstamo fue personal, si el dinero se prestó por un familiar.

Existen supuestos que no pueden entenderse incluidos dentro del concepto de compra a plazos de la vivienda, ya que en puridad lo que hicieron los cónyuges, ya constante la sociedad de gananciales, fue solicitar un préstamo, pero el destino del crédito ya no era el pago del inmueble, sino atender a otras necesidades de la familia.

Por último, habrá que considerar que no existe una compraventa a plazos, cuando el cónyuge abona la totalidad del precio del inmueble antes de contraer matrimonio y con posterioridad se otorga la escritura pública de compraventa, abonándose por la sociedad de gananciales los gastos e impuestos que conlleva aquella y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. En este caso, lo que procederá computar en el activo de la sociedad es un crédito frente al cónyuge propietario del inmueble por el importe actualizado de todas las cantidades abonadas por la sociedad de gananciales, toda vez que estos casos no pueden incluirse dentro de la administración ordinaria de los bienes privativos que se contempla en el art. 1362 del CC como una carga de la sociedad de gananciales.

B) *Carácter del inmueble en función de la fecha de la compra*

Aunque analizando los preceptos que el Código Civil dedica a la sociedad de gananciales no alcanzamos a ver ninguna distinción en la calificación de los bienes en función de la fecha de la compra, hay que tener en cuenta que la Ley 11/81 de 13 de mayo de 1981 modificó la regulación de la sociedad de gananciales que se contenía en el Código Civil, no teniendo carácter retroactivo la reforma y este cambio legislativo tiene una importante repercusión en el momento de calificar el carácter ganancial o privativo de los bienes.

Como esta distinción es una cuestión muy específica y que se escapa a muchos letrados que no son especialistas en derecho de familia, cabe plantearse, como así se hizo la SAP de Madrid, Sec. 22.ª de 19 de noviembre de 2002, si el tribunal de oficio puede tener en consideración este cambio legislativo o por el contrario debe limitarse al planteamiento que han hecho las partes, señalando la citada sentencia que "que la sala se ve constreñida al propio planteamiento de ambas partes, en relación a la legislación aplicable, teniendo en cuenta la fecha de la compra del inmueble, tanto en el supuesto de la consideración del documento privado como de la fecha en la que se otorgó la escritura pública, pues es evidente que, conforme a la normativa anterior a la promulgación y entrada en vigor de la ley 11/1981 13 de marzo, sería de aplicación el artículo 1396-1 del Código Civil que atribuía el carácter privativo a dicho inmueble, sin perjuicio del derecho de crédito que la sociedad de gananciales tuviera frente al esposo, si se entendiera que su precio se abonó con caudal común; sin embargo, tal debate que, conduciría, sin duda, a una solución jurídica distinta a la adoptada por la sentencia impugnada no debe ser ahora introducido, pues si bien el juzgador puede aplicar normas distintas e incluso no invocadas por las partes, lo que no puede es alterar la configuración del proceso, con inclusión de hechos no alegados por las partes, siendo misión y deber del abogado su planteamiento en cumplimiento de la labor de defensa que le ha sido encomendada".

Con carácter previo a abordar la cuestión, deberemos tener presente que al igual que en el supuesto en el que la compra se efectuaba por uno de los cónyuges antes de contraer

matrimonio habiendo abonado la totalidad del precio antes del enlace aunque la escritura pública se otorgó constante el matrimonio, aquí también se plantean problemas en cuanto a la perfección del contrato de compraventa, toda vez que, por interesar a uno de los cónyuges, se pretende que se tenga en cuenta que la misma quedó perfeccionada con el otorgamiento de la escritura pública que es cuando, normalmente, se suele entregar la posesión del inmueble, escritura que cumple los efectos de la tradición. A los comentarios que hicimos anteriormente nos remitimos.

a) *Compraventa anterior al 13 de mayo de 1981*

Si la vivienda se adquirió a plazos por uno de los cónyuges antes de contraerse el matrimonio tendrá carácter privativo, dado que en la legislación anterior no existía un precepto similar al 1.357 del actual Código Civil. En estos casos, lo que si procederá incluir en el activo de la sociedad es el valor actualizado de los pagos que, constante la sociedad de gananciales, se hicieron con cargo a los fondos comunes para el pago del precio del inmueble o en su caso de los vencimientos del préstamo hipotecario. A estos efectos, resultará indiferente que el inmueble tuviese o no el carácter de vivienda familiar, pues nada se especifica en tal sentido en la legislación anterior.

b) *Compraventa posterior al 13 de mayo de 1981*

La adquisición de la vivienda con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/81, nos situaría ante el régimen jurídico actual, donde se hace una importante distinción en orden a la calificación de los bienes:

- Inmueble que constituye la vivienda familiar.

En estos casos, dada la excepción que se contiene en el art. 1357 del CC —"Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354— el régimen jurídico es el que se contiene en el art. 1354 del CC, es decir, "Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas". Por consiguiente, el inmueble adquirido por uno de los cónyuges antes de contraerse el matrimonio y terminado de abonar constante la sociedad de gananciales y con cargo a fondos comunes pertenecerá en pro indiviso al cónyuge y a la sociedad de gananciales en proporción a la contribución al pago del precio. No obstante, cuando la compra se realizó por los dos cónyuges antes de contraer matrimonio, podemos encontrar resoluciones, como la sentencia de la AP de Málaga, Sec. 6.ª de 26 de marzo de 2008, que opta por considerar ganancial la vivienda en su totalidad e incluir en el pasivo un crédito frente a cada uno de los cónyuges por el importe de los pagos que hicieron antes de casarse. Aunque esta resolución no tiene soporte legal alguno, en la práctica viene a evitar que el pro indiviso que determina el art. 1354 del CC lleve al final a los cónyuges al ejercicio de una acción de división de cosa común.

Teniendo en cuenta que en el art. 1357 del CC se habla en singular de la vivienda familiar, debemos plantearnos si ese carácter de familiar es solamente aplicable al inmueble que constituye la sede o domicilio oficial de los cónyuges o por el contrario puede extenderse a otras viviendas que también, de manera principal sean utilizadas por los cónyuges, ya que es relativamente frecuente, que junto con la vivienda donde reside la mayor parte del año la

familia también posean los cónyuges viviendas de temporada como puede ser el apartamento en la playa o en la sierra. Aunque no hemos encontrado en la jurisprudencia ningún supuesto que analice esta problemática, por nuestra parte nos inclinamos a extender el concepto de vivienda familiar a aquellos inmuebles que sistemáticamente y de forma cíclica son utilizados por la familia.

Otro supuesto que, aunque con menor frecuencia, se da en la sociedad actual por razones laborales, es la utilización de forma permanente de dos inmuebles como vivienda familiar y que es utilizado normalmente durante la semana por cada uno de los cónyuges. Igualmente somos partidarios de extender a estas viviendas el beneficio ganancial que se contiene en el art. 1357 del CC, toda vez que no podemos perder de vista que la filosofía que inspiró la reforma de la ley 11/81 de 13 de mayo de 1981 fue claramente favorecedora de los intereses del consorcio conyugal.

Desde el punto de vista registral, hay que tener en cuenta que en el art. 91 del Reglamento Hipotecario se hace constar que "2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado. 3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del art. 1357,2 CC, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal". Con esta normativa se trata de adaptar el registro a la realidad para que conste en la inscripción registral de inmueble que parte del precio se abonó constante la sociedad de gananciales y con dinero de procedencia común. No obstante, lo cierto es que normalmente cuando se da este supuesto los cónyuges son suelen promover ninguna actividad tendente a la constancia registral de los pagos realizados por cuenta de la sociedad de gananciales, y la cuestión en torno al carácter común de parte del inmueble se dilucida cuando tiene lugar la liquidación de la sociedad de gananciales o la partición de la herencia. Al final, las consecuencias serán las mismas, ya que la sentencia que declare que el inmueble pertenece en pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge que figura en el Registro de la Propiedad como titular tendrá acceso al registro y modificará la inscripción registral. El único inconveniente que puede tener esta pasividad en la constancia registral de que el inmueble pertenece, en parte, a la sociedad de gananciales, pueden ser las disposiciones que se hagan del mismo por parte del cónyuge titular, pues al aparecer como privativo tendrá plena libertad para disponer de él, aunque bien es cierto que el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario establece una importante salvaguarda de la vivienda familiar al señalar que "Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter".

- Inmueble que constituyó el domicilio familiar pero que, cuando se liquida la sociedad ya no tiene tal carácter.

Un supuesto que no se contempla con sustantividad propia en el Código Civil es aquél en el que si bien inicialmente la vivienda familiar se constituyó en el inmueble que se compró antes del matrimonio, con posterioridad, los cónyuges han fijado su domicilio en otro inmueble distinto. Claro, llega el momento de liquidar la sociedad de gananciales y surge el problema de determinar si al inmueble se le aplica el régimen del art. 1357 o del 1.354 del Código

Civil. En principio podría pensarse que si el inmueble tuvo carácter familiar en su momento y durante ese periodo se abonaron las cuotas del préstamo hipotecario, se consolidó el derecho a favor de la sociedad de gananciales con independencia de que después se trasladase a otra vivienda el domicilio familiar. Pero también podría interpretarse que el momento en el que hay que determinar la aplicación de los artículos citados es cuando se liquida la sociedad y si en ese momento no está ubicada en el inmueble la vivienda familiar ya no se otorgará el beneficio del art. 1.354 del Código Civil. Por nuestra parte entendemos que es más coherente la primera de las opciones y en el mismo sentido se pronuncia el profesor Rivera Fernández: "La adquisición por el bien de la naturaleza mixta (en parte ganancial y en parte privativa), que le asignan los artículos 1357. 2 y 1354 CC, no se pierde una vez que deja de constituir el domicilio familiar, porque la razón de ser de los preceptos indicados no se basa exclusivamente en el destino familiar de la vivienda, sino además en el pago de los plazos con dinero común, teniendo el destino de la vivienda la única función de permitir el juego del principio de la subrogación real que es el que realmente determina la naturaleza ganancial de la porción de vivienda correspondiente a los plazos pagados con dinero del mismo carácter. El fundamento del artículo 1357. 2 CC no es dispensar una protección exclusiva a la vivienda familiar, sino favorecer económicamente al patrimonio ganancial y en consecuencia puede sostenerse el mantenimiento de la naturaleza en parte común ya adquirida, pues que la vivienda deje de ser familiar no priva a la misma del valor económico que le corresponde permaneciendo idéntico el interés de la sociedad de gananciales en que la vivienda forme parte de su patrimonio (SSAP Valladolid 10 octubre 2005 y Málaga 16 junio 2005).

- Inmueble que inicialmente no constituyó el domicilio familiar, pero que, después de haberse pagado, se convierte en vivienda familiar.

Se trata del supuesto contrario al que hemos analizado en el anterior apartado, es decir, la vivienda se adquiere por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, se paga en parte constante el matrimonio y en principio no se destina a ser domicilio familiar. Sin embargo, después de haberse finalizado su pago, por las razones que sean, la familia traslada su residencia a este inmueble para fijar en él la sede familiar. Tampoco encontramos en el Código Civil una respuesta a esta cuestión jurídica, y aunque pueden existir ciertas dudas, puestos a dar una opinión al respecto, nos inclinamos por aplicar también el beneficio de la ganancialidad del art. 1357 del CC ya que lo determinante es que la vivienda haya tenido en algún momento el carácter de familiar y que parte de los pagos se hayan efectuado con cargo a la sociedad de gananciales. Esta tesis encuentra amparo en la STS de 7 de junio de 1996 que admite la posibilidad de que sea más tarde cuando se le atribuye a la vivienda el carácter de familiar: "Partiendo de que la Audiencia da como probado que sólo uno de los plazos se pagó durante el matrimonio del causante, no hay ninguna duda de que es necesario aplicar la excepción que señala el art. 1357, párrafo segundo, para la vivienda familiar, lo que no han hecho las sentencias de instancia bajo los pretextos de: la exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo; la compra del piso mucho tiempo antes de contraer matrimonio; y que fue muy posterior por ello el destino a hogar familiar". Igualmente la STS de 16 de marzo de 2007 viene a indicar que el art. 1357 del CC "no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como lo demuestra el art. 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario". También coadyuva a esta conclusión

la filosofía favorecedora de los intereses del consorcio conyugal que inspiró la reforma de la ley 11/81 de 13 de mayo de 1981.

– Inmuebles que no constituyen la vivienda familiar.

Según lo establecido en el art. 1.357 del CC “Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial”. Por tanto, no existe la menor duda que estos inmuebles tendrán siempre carácter privativo no modificando tal carácter la circunstancia de que, constante el matrimonio, se haya terminado de pagar, con dinero ganancial. En estos casos, lo procedente será incluir en el activo un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge propietario del inmueble por el importe actualizado de los pagos realizados constante la sociedad de gananciales.

C) Supuestos en los que se considera que el inmueble tiene en su totalidad carácter privativo

En apartados anteriores hemos visto como la vivienda tiene carácter privativo cuando es adquirida a plazos por un cónyuge en estado de soltero con anterioridad al 13 de mayo de 1981 aunque con cargo a la sociedad de gananciales se haya abonado parte del precio, y también cuando la compra a plazos se hace después de esta fecha y la vivienda no tiene la consideración de familiar. Para el resto de casos, en principio, aplicando lo dispuesto en el art. 1357 del CC en relación con el art. 1354 del mismo cuerpo legal, la vivienda pertenecería en pro indiviso al cónyuge que compró en estado de soltero y a la sociedad de gananciales en proporción a las respectivas aportaciones. Sin embargo, también debe contemplarse el supuesto en el que aún cuando parte del precio de la vivienda se abona constante la sociedad de gananciales, el pago no se hace con bienes comunes sino con dinero privativo. Lógicamente cuando uno de los cónyuges alega esta cuestión para sostener que el inmueble es enteramente privativo tiene que acreditar que el dinero utilizado para el pago de los plazos no tenía la consideración de ganancial debiendo tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en el art. 1347 del CC son gananciales los ingresos obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges y los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. Es decir, en principio se presume que el inmueble es ganancial (art. 1361 del CC) y el cónyuge que considere que es privativo, deberá destruir la presunción.

En la jurisprudencia hemos encontrado casos en los que se ha logrado acreditar que el dinero para el pago del inmueble tenía carácter privativo. Así por ejemplo, cuando las cuotas del préstamo hipotecario estaban domiciliadas en una cuenta corriente de titularidad exclusiva de un cónyuge que se nutría con ingresos de los padres del cónyuge y donde el otro cónyuge no hizo ingreso alguno.

Más dificultad ofrece el supuesto en el que los vencimientos del préstamo hipotecario se cargan en una cuenta en la que si bien están domiciliados las nóminas de los cónyuges también se ha ingresado una cantidad privativa, por ejemplo, proveniente de la indemnización de un accidente laboral o de trabajo del cónyuge que originariamente compró la vivienda. La duda surge en el momento de determinar si el dinero empleado para el pago de la hipoteca es el que proviene de los ingresos del trabajo de los cónyuges que tiene carácter ganancial o por el contrario es la indemnización privativa la que atiende el pago de la hipoteca. Parece que la solución pasa por aplicar la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC y considerar que

los pagos se hicieron con cargo a los bienes comunes, sin perjuicio de la partida de pasivo que haya que incluir en el inventario por el valor actualizado de la indemnización privativa que se destinó a atender las cargas de la sociedad de gananciales.

D) Supuestos en los que se considera que el inmueble tienen en su totalidad carácter ganancial

A pesar de que parecen claros los preceptos del Código Civil que califican de privativos los bienes adquiridos por un cónyuge antes de contraer matrimonio o en otros casos de carácter mixto (en parte ganancial y en parte privativa), existen resoluciones judiciales que, aplicando otros preceptos distintos llegan a la conclusión de que los inmuebles tienen enteramente carácter ganancial.

En el caso analizado por la STS de 25 de marzo de 1993, se trataba de una compra por parte del esposo antes de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, por lo que en principio, no había duda alguna que el inmueble tendría carácter privativo. Sin embargo, entendió nuestro más alto tribunal que pertenecía en su integridad a la sociedad de gananciales por que los pagos que se realizaron antes del matrimonio se hicieron en atención “al futuro enlace y con evidente intención por compensación con otros gastos”: “Por medio del segundo motivo, articulado como el anterior sin expresión del apoyo legal que lo autoriza, acusa el recurrente, no haber tenido en cuenta lo prevenido en el art. 1396 del Código Civil anterior a la reforma de 1981 sobre cuáles son los bienes propios de cada uno de los cónyuges y en especial cuanto dice el núm. 4.º relativo a que lo son «los comprados con dinero exclusivo del marido». Tal aplicación —sostiene— ha de realizarse al piso del Barrio de la Estrella, comprado con anterioridad al matrimonio y con dinero propio del recurrente. Asimismo debe tenerse en cuenta, según propugna, a la adquisición de una casa en Colmenar Viejo, comprada con ahorros de una libreta a plazos que tenía constituidos desde 1960. Sin embargo, ateniéndonos a los hechos que resultan probados, y dado que la sentencia impugnada acepta íntegramente y da por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, ha de señalarse que esta última proclama con todo claridad que la parte de precio que se pagó, antes del matrimonio, del primer inmueble citado, conforme a documentos privados, obedeció al futuro enlace matrimonial «con evidente intención por compensación con otros gastos», lo que paladinamente demuestra que no podía atribuirse la exclusividad de la propiedad del dinero al marido y así se deduce de los actos consiguientes, pues al otorgarse la escritura pública de la referida compra, con fecha 18-12-1969, esto es contraído matrimonio, no se hizo constar, según se podía haber realizado, el carácter privativo, al menos parcial, del dinero invertido en la compraventa, de donde se infiere que en este primer punto no se ha infringido el precepto invocado”.

En otros supuestos se ha considerado que la vivienda tiene carácter enteramente ganancial al no haberse acreditado por el cónyuge que adquirió la vivienda antes de contraer matrimonio que, de forma efectiva, hubiese efectuado pagos del precio.

Otras sentencias, en base a que la escritura pública se otorgó constante el matrimonio a favor de ambos cónyuges, llegan a la conclusión que pertenece en exclusiva a la sociedad de gananciales, ya que esa fue la voluntad de los cónyuges en el momento del otorgamiento, sin perjuicio, de que se reconociese una partida de pasivo por el importe actualizado de los pagos que, antes del matrimonio, efectuó uno sólo de los cónyuges.

E) *Conflictos en la determinación del carácter ganancial o mixto del inmueble*

En este apartado queremos comentar un supuesto específico que se presentó en la práctica cuando la esposa pretendió, en base a que el otorgamiento de la escritura pública se había realizado constante el matrimonio, que la vivienda tuviese en su totalidad carácter ganancial. El esposo, en estado de soltero, había suscrito un contrato de reserva o promesa de venta de un inmueble habiendo entregado una determinada cantidad, habiéndose otorgado la escritura pública después de haberse contraído el matrimonio. La esposa sostuvo que el contrato de compraventa se perfeccionó con la escritura pública y que por tanto, la vivienda era íntegramente ganancial. La AP de Córdoba, Sec. 3.ª, en su sentencia de 25 de septiembre de 2006, resolvió la cuestión litigiosa equiparando el contrato de reserva o promesa de venta con el de compraventa y por tanto declarando que la vivienda tenía carácter mixto, es decir, una parte privativa y otra ganancial: "En primer lugar, se recurre la sentencia de instancia por la consideración como ganancial, y la inclusión en el inventario en tal concepto, del piso sito en esta capital; alegando en resumen el apelante que el mismo fue adquirido por él en estado de soltero y que sólo puede tener carácter ganancial la parte de precio abonada una vez contraído el matrimonio. Según la sentencia recurrida, se hace tal concepción porque siendo soltero el recurrente sólo firmó una promesa de venta, mientras que la compraventa se perfeccionó al otorgarse la escritura de compraventa, ya constante matrimonio. Sin embargo, la Sala no puede compartir dicho criterio, pues aunque es cierto que la compraventa perfecta precedida de la promesa sólo tiene eficacia "ex nunc", ya que la promesa no constituye título, en el sentido del artículo 609 del Código Civil, para la transmisión de la propiedad, lo relevante en este caso es que, pese a la denominación del contrato como "promesa de venta", realmente se trata de un contrato de compraventa, en el que se estipula todo lo relativo a la cosa y el precio, quedando solo pendiente el otorgamiento de la escritura pública: supuesto frecuente en el tráfico, en el que se celebran auténticos contratos de compraventa, bajo la falsa rúbrica de promesas de venta, cuando sólo se deja diferido a un momento ulterior el otorgamiento de la escritura pública, con olvido del carácter no formal de la compraventa y del verdadero sentido de los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil. Partiendo, pues, de que la vivienda se adquirió en estado de soltero del actor, si bien se concluyó de pagar, a plazos, una vez celebrado el matrimonio, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 1.354 del Código Civil, por remisión del párrafo segundo del artículo 1.357 del mismo Código, en relación con el artículo 91, párrafos 2º y 3º, del Reglamento Hipotecario. De tal modo que, aunque el primer desembolso fuera privativo, al efectuarse posteriormente pagos con cargo a la sociedad de gananciales, el bien será en parte privativo y en parte ganancial, en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Como consecuencia de lo cual, vistos los pagos efectuados por el apelante estando soltero y los abonados con cargo a la sociedad de gananciales, cabe concluir que en el activo del inventario de la sociedad de gananciales debe incluirse sólo el 40% del valor del inmueble en cuestión, y no su totalidad, ya que el 60% restante es privativo del Sr. Felix. Sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.355 del Código Civil, como sostiene la parte apelada en su escrito de impugnación del recurso, puesto que el denominado "pacto de ganancialidad" contenido en dicho precepto presupone que la adquisición se haga ya vigente el régimen de gananciales, lo que no sucedió en el caso de autos, al haberse adquirido el piso antes del matrimonio, como ha quedado expuesto. Razones todas por las que el recurso debe ser estimado en este primer motivo".

F) *Problemática en la determinación de los porcentajes del pro indiviso privativo y ganancial*

El hecho de que se haya acreditado que parte del precio de la compraventa de la vivienda familiar o del préstamo hipotecario que se concertó para su compra se abonó constante la sociedad de gananciales motiva la aplicación de lo establecido en el art. 1354 del CC. Ahora bien, en dicho precepto se establece que el pro indiviso se fijará en "proporción al valor de las aportaciones respectivas", y determinar esta proporción suscita en la práctica diversas cuestiones.

Para comenzar habrá que determinar cuál fue el precio de adquisición de la vivienda y aquí nos encontramos con el primer gran obstáculo, dado que es usual que el precio que se haga constar en la escritura pública de compraventa no coincida con el que realmente se ha pagado por el inmueble. Por tanto, a través de los distintos medios de prueba admitidos en derecho, el cónyuge que adquirió en estado de soltero el inmueble deberá acreditar cuánto costó la vivienda. Tendrá fácil dicha acreditación si se concertó previamente un contrato privado y guarda los recibos de los distintos pagos. La complicación se presentará cuando no se concertó un previo contrato privado, puesto que si no se logra probar cuál fue el precio real habrá que estar al precio de compra que consta en la escritura pública.

Conocido el precio inicial de la compraventa, nos debemos preguntar si habiéndose suscrito un préstamo hipotecario para abonar el resto, el precio final será el que se pactó con el vendedor, o por el contrario deberán también tenerse en cuenta los intereses que han debido abonarse del préstamo hipotecario. Respecto a esta cuestión no existe un criterio unánime en la doctrina dado que si bien es cierto que, por un lado, el precio de la compraventa es el que figura en la escritura pública, también lo es que el precio total que en realidad se paga es la suma del principal más los intereses. Según la sentencia de la AP Álava, Sec. 1.ª de 21 de junio de 2007, la proporción debe calcularse sobre la base de las cantidades netas destinadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales a la amortización del principal del préstamo en relación con el neto del precio de adquisición pagado. No obstante, también existe jurisprudencia (SAP Sevilla, Sec. 2.ª de 17 de septiembre de 2007, SAP de Almería, Sec. 2.ª de 9 de mayo de 2003 y SAP Madrid, Sec. 22, de 1 de junio de 2001) en el sentido que se deberá tener en cuenta tanto el principal del préstamo como los intereses y ello tiene su lógica, puesto que si tenemos en cuenta que en los préstamos bancarios las cuotas comienzan incluyendo más cantidad de intereses que de capital, se penalizaría injustificadamente al cónyuge que comenzó a abonar los vencimientos del préstamo antes de contraer matrimonio, y se favorecería a la sociedad de gananciales, puesto que el importe de los últimos vencimientos corresponde mayoritariamente al capital. Por tanto, aunque se trata de una cuestión que ofrece numerosas dudas, parece más justo que el precio del inmueble consista en lo pactado en el contrato de compraventa incrementado con todos los intereses abonados.

Determinado el precio del inmueble, el siguiente paso será calcular qué cantidad se abonó por uno de los cónyuges —o en su caso por ambos— antes de contraer matrimonio. Respecto a esta cuestión hay que indicar que, a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, sólo nos interesa la cantidad que se abonó antes del matrimonio con independencia de cuál de los cónyuges lo abonase, dado que en el activo de la sociedad solo podrá figurar la parte ganancial del pro indiviso. Precisamente por ello, como sucedió en el caso analizado por la SAP de Valladolid de 12 de septiembre de 1998, para resolver las cuestiones que se presentan respecto al pro indiviso privativo se remite a las partes al procedimiento declarativo para

que en él se determinen las cantidades abonadas por cada uno de los cónyuges, sin que el hecho de que hubiese existido una cuenta conjunta de los cónyuges en estado de solteros permita su inclusión en el inventario de la sociedad de gananciales.

Una vez que conocemos el precio del inmueble y la cantidad que se abonó antes del matrimonio, otra cuestión será precisar los pagos que se han efectuado con posterioridad a celebrarse el matrimonio. Respecto a esta cuestión hay que indicar que desde que se inicia la sociedad de gananciales, los pagos que efectúen los cónyuges del préstamo hipotecario tendrán la condición de gananciales en virtud de la presunción establecida en el art. 1361 del CC, por tanto, en aquellos casos en los que no se pueda acreditar por cuenta de quien se hicieron los pagos del préstamo hipotecario, éstos tendrán la consideración de gananciales.

Conocidos los datos anteriores ¿cómo calculamos los porcentajes que corresponden al cónyuge y a la sociedad de gananciales? Con una simple regla de tres obtendremos los porcentajes del pro indiviso. Veamos un ejemplo, el inmueble costó 100.000 euros, si bien, por intereses y comisiones del préstamo hipotecario se pagaron además 87.000 euros, por lo que el precio final fue de 187.000 euros. Como antes del matrimonio se pagaron 38.000 euros y el resto se abonó constante el matrimonio, la vivienda será privativa del cónyuge en un 20,32% y ganancial en un 79,68%. Sin embargo nos surge una duda, ¿tendrán el mismo valor las aportaciones que se hicieron diez o doce años antes del matrimonio que los últimos pagos que se hicieron dos años antes de liquidarse la sociedad de gananciales? Evidentemente no, pero ello no tendrá trascendencia en el momento de la liquidación ya que el cónyuge que abonó parte del precio antes de contraer matrimonio ha visto como el valor del inmueble se ha incrementado con el paso del tiempo con lo cual el valor de su cuota se habrá actualizado al mismo tiempo.

Con lo que hemos indicado anteriormente no se resuelven todos los problemas que se presentan en la práctica, y así podemos preguntarnos qué pasa cuando la disolución de la sociedad de gananciales tiene lugar antes de que se haya terminado de pagar el préstamo hipotecario. En este caso, el problema será determinar qué carácter tiene la cantidad que aún queda por pagar y quien debe abonarla.

Una primera tesis puede ser la siguiente: aplicando literalmente lo establecido en el art. 1.354 del Código Civil, la vivienda pertenecerá en pro indiviso a la sociedad de gananciales sólo en la parte que se haya pagado mientras la misma estuvo vigente, por tanto, la parte correspondiente al precio de la vivienda que está aún pendiente de pago pertenecerá al cónyuge que inicialmente adquirió la vivienda y que, como es lógico, tendrá que abonar su importe. Analicemos esta tesis con un ejemplo: la vivienda se adquirió por 100.000 euros, de los que un cónyuge abonó 36.000 euros concertándose un préstamo hipotecario para el pago del resto del precio que, con intereses y comisiones, elevó el precio final del inmueble a 187.000 euros. Cuando se disuelve la sociedad de gananciales resta aun por pagar del préstamo hipotecario la cantidad de 30.000 euros. Por tanto si de los 187.000 euros, constante el matrimonio se han abonado 121.000 euros, resulta que del pro indiviso la sociedad de gananciales tendrá un 64,71% y el resto pertenecerá al cónyuge que adquirió la vivienda originariamente, sin que el hecho de que el otro cónyuge abone cuotas del préstamo tras la separación implique un derecho de copropiedad en el inmueble, ya que solo tendría un derecho de crédito frente al mismo.

Una segunda tesis podría ir dirigida a determinar el pro indiviso en el momento de la disolución de la sociedad y que la cantidad pendiente de pago se impute en la misma proporción.

Siguiendo con el ejemplo anterior, si en el momento de la disolución, la sociedad de gananciales había abonado 121.000 euros y uno de los cónyuges 36.000, resulta que el porcentaje será del 77,07% para la sociedad de gananciales y el 22,93% para el cónyuge con carácter privativo, debiendo abonarse las cuotas pendientes en la misma proporción. Si no existen bienes gananciales con los que atender el porcentaje que corresponde a la sociedad en el pago del préstamo hipotecario, todos los pagos que hagan los cónyuges por cuenta de la misma se computarán como un crédito a su favor en el momento de la liquidación, sin perjuicio de que en el activo de la sociedad incluya el 77,07% del inmueble.

La opción por una u otra tesis está en la interpretación que hagamos de lo establecido en el art. 1.347 del Código Civil que recordemos señala que: "*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*". Nosotros optamos por la segunda de las tesis habida cuenta que al disolverse la sociedad de gananciales hay que establecer los porcentajes en el pro indiviso y ese momento será el determinante para atribuir la propiedad, siendo indiferente quien abone posteriormente los vencimientos del préstamo hipotecario, dado que la propiedad permanecerá ya invariable sin perjuicio de los derechos de crédito que surjan por el pago de las cuotas. Ello es así, porque al constituirse la comunidad ordinaria resulta de aplicación lo establecido en el art. 393 del CC según el cual "*El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas*", en consecuencia establecida la cuota en el momento de la disolución de la sociedad, la carga, es decir, lo que queda de préstamo hipotecario, deberá abonarse atendiendo a dichas cuotas.

2. Adquisición de inmuebles constante la sociedad de gananciales

Los inmuebles adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio regido por el sistema de gananciales también plantean numerosas controversias en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, toda vez que la coexistencia del patrimonio común con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges posibilita que se adquieran inmuebles con dinero ganancial, con dinero privativo y empleando en la compra parte de dinero ganancial y privativo.

2.1. Inmuebles que tienen carácter privativo

A) Adquisición de inmuebles a título gratuito

Si la adquisición se hizo a título gratuito el inmueble será privativo del adquirente —donatario, heredero o legatario— salvo que sea donado o dejado en testamento conjuntamente a los cónyuges sin determinación de cuotas, supuesto en el que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1353 del CC, el inmueble tendrá carácter ganancial, siempre, claro está, que la liberalidad hubiese sido aceptada por ambos cónyuges y el donante o testador no hubiera dispuesto en contrario.

Dentro de esta categoría debemos incluir los inmuebles que, aunque en apariencia se adquieren mediante compraventa, la misma es simulada y realmente estamos ante una donación encubierta. Como señala el Magistrado Juan Pablo González del Pozo, a veces la donación se encubre, por motivos fiscales, con una compraventa simulada en la que el vendedor (donante) no percibe precio alguno del comprador (donatario). Así ocurrió, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS, 1S, de 20-7-1993, que consideró privativo de la esposa el piso ven-

dido a ésta, constante matrimonio, por una tía carnal, por entender que la venta fue simulada y encubrió en realidad una donación. El TS llega a dicha conclusión a partir de los siguientes hechos probados: a) En la escritura pública se confiesa recibido el precio con anterioridad al acto del otorgamiento, sin que en el periodo probatorio se acreditara en modo alguno el pago del mismo con dinero ganancial. b) La larga convivencia de vendedora y compradora, tía y sobrina, en el inmueble vendido, hasta el fallecimiento de la vendedora, incluso tras la venta. c) El otorgamiento de la escritura de compraventa a favor tan solo de la esposa.

En el caso resuelto por la SAP de Madrid, Sec. 10.ª, de 5 de noviembre de 2006, el padre donó un piso a su hijo, casado en régimen de gananciales, mediante el recurso a que los antiguos dueños del piso, comprado en documento privado por el padre e íntegramente pagado por él, otorgaran la escritura pública de venta a favor del hijo del verdadero dueño, evitando una transmisión para obtener así un considerable ahorro en impuestos y gastos notariales y registrales. El Tribunal consideró probada la existencia de una donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa y dio validez plena a aquella, pese a no constar en la escritura pública el consentimiento del donante.

La SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2007, también consideró privativo un inmueble aunque el mismo figuraba inscrito a nombre de ambos cónyuges, ya que la donación que hizo el padre al hijo se instrumentó como una compraventa: "la representación de Doña Antonia interpone recurso de apelación, alegando que no puede considerarse como privativo el inmueble, finca urbana, casa en planta baja al sitio del Prado o Carretera s/n de la localidad de Herguñuela, finca registral 1.130, ni el mobiliario existente en su interior, ni los beneficios o rentas del negocio de hostelería, pues con independencia que dicho bien figure en el testamento del padre del demandado, legando a su hijo el inmueble o que en la sentencia dictada por esta Sala en el proceso de separación se diga que dicho inmueble es un bien privativo, es lo cierto que figura inscrito en el Registro de la Propiedad como un bien ganancial a nombre del matrimonio por título de compraventa, y ello por sí solo es suficiente para estimar acreditada su naturaleza ganancial, debiendo formar parte del activo de la sociedad de gananciales. El recurso de la actora no puede prosperar, pues si bien es cierto que formalmente consta en la nota simple del Registro de la Propiedad que la finca registral 1.130 es un bien ganancial, las demás pruebas practicadas ponen de manifiesto que dicho bien fue propiedad del padre de Don Carlos José, y según consta en el testamento abierto otorgado por dicho causante en fecha 16 de enero de 1989, adjudica al demandado dicha finca, por tanto, en aplicación del Art. 1.346 Código Civil, se estima que dicha finca es privativa, y por tanto, debe quedar excluida del activo de la sociedad de gananciales. Además, por si dicha prueba no fuera suficiente, la propia apelante admitió y no discutió en el procedimiento de separación que dicha finca era propiedad privativa de su esposo, y así se hizo constar en las dos sentencias dictadas en el procedimiento de separación. Ciertamente, no era objeto de aquél procedimiento determinar la naturaleza privativa o ganancial del inmueble en cuestión, más sí tiene importancia, a los efectos examinados, que la esposa admitiera y no cuestionara que el inmueble era propiedad privativa de su esposo, como así hizo, por lo que ahora no puede ir en contra de sus propios actos. No existe duda que dicha finca era propiedad del padre del demandado, y aunque hizo constar en el testamento que lo legaba a su hijo Juan, posteriormente y antes de su fallecimiento, transmitió su propiedad por donación, aunque se formalizara como una compraventa y a nombre de ambos cónyuges, de ahí que de conformidad con el Art. 1.346.2 C.C. deba considerarse un bien privativo, como acertadamente se hace en la sentencia recurrida".

B) Adquisición de inmuebles con dinero privativo destruyéndose la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC

La presunción de ganancialidad proclamada en el art. 1.361 del CC afecta de manera muy especial a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, por lo que, para que esos bienes puedan ser considerados e inscritos como privativos de uno de los cónyuges, habrá que destruir aquella presunción.

Señala el art. 1346.3 del CC que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. Del citado precepto resulta la admisión de dos clases de subrogación real:

- Subrogación inmediata, esto es, la sustitución de un bien por otro de manera que no se produzca solución de continuidad entre la enajenación del privativo anterior y la adquisición del privativo subrogado en su lugar.
- Subrogación mediata, que tiene lugar cuando se produce una solución de continuidad entre la enajenación de un bien privativo y la adquisición de otro que ocupe su lugar. En este caso la adquisición se hace a costa de los bienes privativos y no por sustitución inmediata de uno por otro. Este tipo de subrogación tiene su razón de ser en la fungibilidad del dinero de la que se sigue su confundibilidad; esto es, la dificultad de separar o distinguir unas monedas de otras y de sustraer a una suma o masa de dinero confundida en la masa monetaria de los cónyuges de la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 1.361 del Código Civil. Por ello, si la subrogación real sólo se admitiese en su variante "inmediata" se limitaría excesiva e injustamente la posibilidad del resultado subrogatorio que solamente podría obtenerse, o bien simultaneando la enajenación y la adquisición subrogatoria, o bien manteniendo separado e individualizado el dinero obtenido por la enajenación hasta la adquisición en términos tales que impidan que le sea aplicable la presunción de ganancialidad. De ahí que se admita la subrogación real en su variante "mediata"; esto es, mediante prueba del origen de la suma de dinero empleada y de que el empleo del dinero se realiza "a costa de bienes privativos", esto es, a costa de la masa patrimonial de carácter privativo. Esta prueba no es una prueba directa de "identidad" de la moneda o del signo representativo del dinero —como cheques o letras de cambio (sería caso de subrogación inmediata o de sustitución)— sino una prueba circunstanciada de que la suma de dinero empleada es privativa y de que su empleo se realiza a costa de los bienes privativos; o sea, del patrimonio privativo del adquirente.

Pues bien, partimos del dato de que uno de los cónyuges, ya sea porque vendió un bien privativo en un determinado momento o porque recibió dinero por vía de sucesión o donación, pretende adquirir un inmueble constante el matrimonio y que este tenga carácter privativo. En principio, al encontrarse casado, la inscripción se practicará con carácter presuntivamente ganancial si su régimen económico matrimonial era el de ganancial. No obstante ello no va a constituir ningún obstáculo para que el bien pueda calificarse como privativo toda vez que, como señala la STS de 9 de septiembre de 1997 "No vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula, o confesión extrajudicial, de que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que compran para su sociedad conyugal". Para destruir la presunción de ganancialidad deberá acreditar que el dinero que se emplea en la compra tiene carácter privativo, debiendo tenerse en cuenta que el art. 95.2 del Reglamento Hipotecario señala que "el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien

adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública", justificación que deberá realizarse al momento de la adquisición del inmueble.

Veamos de modo casuístico los distintos supuestos que se han presentado en la práctica para justificar que el dinero empleado en la compra tiene carácter privativo y las consecuencias jurídicas que se han derivado del caso concreto:

- Procedencia del dinero de una cuenta bancaria privativa del cónyuge comprador.

Si queda acreditado que el saldo de la cuenta tiene carácter privativo y que la compra se realizó utilizando estos fondos el inmueble se considerará privativo. ¿Cómo queda acreditado que el pago de la compraventa se hizo con dinero procedente de la cuenta privativa? Se ha considerado probado el hecho si el pago se hace mediante cheque o pagaré con cargo a la cuenta privativa, o si el mismo día en el que se paga el precio consta un reintegro de la cuenta por dicho importe. No obstante, en ocasiones se pretende conseguir la calificación privativa del inmueble imputando el pago del precio al saldo existente en una cuenta cuando en la misma se hicieron ingresos indistintamente privativos y gananciales que dio lugar a una confusión de patrimonios, no estimándose por la jurisprudencia que se hayan cumplido los requisitos necesarios para la destrucción de la presunción de ganancialidad cuando no existe una claridad en los ingresos y en las disposiciones de la cuenta.

Como el ingreso se efectúa en una cuenta de un cónyuge constante la sociedad de gananciales en alguna ocasión se ha pretendido probar que estamos en presencia de una donación conjunta a ambos cónyuges. Esta cuestión la abordaremos más adelante en un apartado específico.

Tiene una importante influencia en la calificación privativa de un bien que en el convenio regulador de la separación o del divorcio no se incluyese dentro del inventario de la sociedad quedando al margen de la regulación que hacen los cónyuges de la crisis de pareja.

- Pago del precio por parte de un familiar del cónyuge que sostiene el carácter privativo del inmueble.

También se admite por la jurisprudencia que pueda destruirse la presunción de ganancialidad si se acredita que, aun cuando formalmente el inmueble aparece inscrito a nombre de un cónyuge con carácter presuntivamente ganancial, el pago del precio se hizo por un tercero, concretamente por algún familiar del mismo, si bien, como señala la sentencia de la AP de Cantabria de 20 de septiembre de 2007 "En relación a la pretendida exclusión de los locales inventariados en el nº 3 y 5", señalar únicamente que consta su adquisición por compra para la sociedad legal de gananciales en virtud de las escrituras notariales aportadas a las actuaciones. La parcial declaración de la madre del actor resulta absolutamente insuficiente para deducir la existencia de la simulación alegada. De las manifestaciones libre y voluntariamente emitidas ante el Notario se desprende la entrega de un precio con cargo al patrimonio conyugal que, conforme afirma contundentemente la esposa, fue satisfecho fraccionadamente a los vendedores. Por otra parte, los locales figuran inscritos en el Registro de la Propiedad como de carácter ganancial, estando plenamente vigente la presunción de exactitud del art. 38 de la L.H., sin que se haya instado la rectificación del asiento en el juicio declarativo correspondiente frente a todos los posibles interesados, tal y como resulta preceptivo".

- Manifestación del cónyuge comprador contenida en la escritura pública.

Para intentar destruir la presunción de ganancialidad, en ocasiones se ha incluido una cláusula en la escritura pública en la que, bajo la fe del notario, se hace constar la reinversión del producto de la venta de un bien privativo realizada por el comprador. La resolución de la

DGRN de 21 de mayo de 1998 señaló al respecto lo siguiente: "esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, si bien, en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. La simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien. El que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste haga constar mediante nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia se le acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga a su vez constar mediante diligencia en la escritura de compra implican una serie de precauciones que pueden y deben tener ciertos efectos que no viene al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del precio o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo".

- Pago del precio con el dinero obtenido por la venta de un bien privativo.

En estos casos no basta con acreditar la realidad de la venta de un inmueble privativo, sino que también es necesario probar que el producto de aquella venta se utilizó para la compra del nuevo inmueble.

- Pago del precio con dinero obtenido de una herencia.

Cuando no ha transcurrido mucho tiempo desde que un cónyuge recibió una herencia y la compra del inmueble, puede establecerse una concatenación lógica para considerar que el dinero obtenido para la compra tiene carácter privativo. Contribuye a la acreditación del carácter privativo del bien que en la época de la compra el matrimonio careciese de bienes o que los rendimientos del trabajo personal de cada uno de los cónyuges fuese muy reducido.

Por último, vamos a comentar el caso que se presentó cuando, habiéndose inscrito el bien inmueble como presuntivamente ganancial, aunque el dinero empleado en la compra tenía carácter privativo, el cónyuge que no abonó ninguna cantidad alegó que la vivienda tenía carácter ganancial por operar la prescripción adquisitiva. La Sec. 1.ª de la AP de Valladolid, en su sentencia de 25 de enero de 2008 dio cumplida respuesta a dicha petición en sentido desestimatorio: "Debe asumirse por esta Sala el acertado alegato de la demandada respecto al que entiende es imposible intento de justificar el carácter ganancial del inmueble merced a la prescripción secundum tábulas que se invoca, pues no puede reclamarse tal posibilidad por el mero hecho de la inscripción registral a favor de la sociedad ganancial desde la fecha de la inscripción en el registro de la propiedad de la escritura y compraventa pues en nuestro derecho hipotecario no se admite de forma pura la usucapción secundum tábulas fundada exclusivamente en la in matriculación registral, pues se requiere también la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir, ya que el radio de acción de la presunción contenida en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria se circunscribe a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, y en caso presente resulta que se alega el derecho frente a la actual propietaria y poseedora efectiva de la vivienda, sin que pueda entenderse por ello que concurren cumplidamente los requisitos de justo título y buena fe legalmente exigibles".

C) *Adquisición de inmuebles con dinero privativo mediando confesión de privatividad efectuada por el otro cónyuge*

Conforme a lo establecido en el art. 1324 del CC, "para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges". A pesar de la aparente simplicidad de la norma, dada la importante trascendencia que tiene en relación con la calificación de los bienes y la repercusión en el procedimiento liquidatorio, en la práctica se han suscitado multitud de cuestiones en relación con la misma.

- Naturaleza jurídica de la confesión de privatividad.

Doctrinal y jurisprudencialmente se han desarrollado tres teorías en torno a la naturaleza jurídica de esta confesión. La primera de ellas la asimila con un negocio atributivo o traslativo, si bien suele ser descartada dado el carácter unilateral de la confesión, que no vincula al otro cónyuge, y es que como señala la STS de 25 de septiembre de 2001 "de ser bien común demostrado la confesión no alteraría tal situación, ya que la misma sólo actúa como medio de prueba y no como instrumento apto para negocios traslativos del dominio". En este mismo sentido, se pronuncia con diáfana claridad la STS de 15 de enero de 2001, cuando dispone que el art. 1324 viene a regular una relación entre cónyuges con respecto a su patrimonio privativo para probar del uno al otro la condición privativa de determinados bienes, "sin que esto suponga en modo alguno la transmisión que permite el art. 1323 porque no se refiere, como se puede en el caso de éste, a la creación de una nueva situación sino al reconocimiento de lo que ya era aunque no pareciera como tal".

La segunda tesis considera que el art. 1324 del CC constituye un negocio jurídico de reconocimiento o fijación.

Por último, la tercera y que goza de un respaldo mayoritario la califica como una declaración de conocimiento o de ciencia, como un medio de prueba, ante la no poco frecuente situación que se produce durante la convivencia uxoris derivada de la falta de documentación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o las dificultades para acreditar el dinero de que proviene la adquisición de un bien, máxime dada además la presunción de ganancialidad proclamada por el art. 1361 del CC.

- Régimen transitorio de aplicación.

El art. 1324 del CC fue introducido en la reforma operada en la norma sustantiva por la Ley 11/81 de 13 de mayo, debiendo cuestionarnos que pasa con la confesión de privatividad efectuada antes de 13 de mayo de 1981, dado el carácter irretroactivo de las leyes.

Como comenta Ángel Rebolledo, la eficacia de la confesión de privatividad ha sido una cuestión permanentemente tratada con anterioridad a 1981, si bien hasta fechas relativamente recientes, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo la ineficacia de tales reconocimientos antes de la Ley de 13 de mayo de 1981 y así, la sentencia de 10 de julio de 1995, reiterando la doctrina de la sentencia de 18 de julio de 1994, todavía manifestaba que "con arreglo a la presunción de ganancialidad que establecía el artículo 1407 del Código Civil en su referida redacción anterior, que es la aquí aplicable (por lo demás, coincidente con el ahora vigente artículo 1361 CC) y a la jurisprudencia interpretadora del primero de dichos preceptos, los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, durante el matrimonio (cuando éste, como es obvio, esté sometido al régimen legal de gananciales) tienen presuntivamente naturaleza ganancial, cuya presunción iuris tantum sólo puede ser desvirtuada

mediante una prueba plena y fehaciente del carácter privativo de los bienes, sin que baste para ello el reconocimiento por el otro cónyuge del expresado carácter (sentencias de esta Sala de 7 de julio de 1933, 28 de octubre de 1965, 8 de enero de 1968, 15 de junio de 1982, 10 de noviembre de 1986, entre otras)". Tal doctrina jurisprudencial que todavía es seguida por las sentencias de 8 de marzo de 1996 y 2 de julio de 1996, sin embargo, ha de estimarse modificada expresamente en las sentencias de 26 de septiembre y 30 de octubre de 1996 al afirmar que en cuanto a la confesión de privatividad reconocida en el vigente artículo 1324 CC tal norma no supuso la introducción de ninguna variación en perjuicio de derechos adquiridos con arreglo a la legislación civil anterior, estableciendo, tan sólo, un instrumento probatorio en tomo a la apreciación valorativa sobre determinados bienes existentes en el matrimonio.

- Requisitos para que tenga eficacia la confesión de privatividad.

La STS de 29 de noviembre de 2006 ha precisado los requisitos para que la confesión produzca efectos entre los cónyuges: 1) que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2) que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3) que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4) que la confesión se haya efectuado constante matrimonio. Concurriendo estos requisitos, la confesión por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos es perfectamente válida y eficaz y desvirtúa la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC.

- Momento en el que puede realizarse la confesión de privatividad.

No se establece en el art. 1324 del CC ningún momento determinado para que se efectúe por un cónyuge la confesión de privatividad. Por tanto, habrá que admitir que la misma puede llevarse a efecto tanto en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compra de un inmueble constante la sociedad de gananciales, como en un momento posterior. Así por ejemplo son hábiles para tal finalidad los convenios reguladores de la separación o el divorcio, la escritura de capitulaciones matrimoniales, el convenio de liquidación de la sociedad, el reconocimiento efectuado en una escritura pública de manifestaciones, la confesión efectuada en la prueba de interrogatorio de partes, etc.

La DGRN resolvió con fecha 9 de enero de 2001 un recurso en el que se pretendía por el esposo la inscripción en el Registro de la Propiedad del testimonio del acta de las medidas provisionales donde constaba, al practicarse la prueba de confesión judicial, que la esposa declaró que la finca era privativa del esposo. El Registrador denegó la anotación del documento con los siguientes argumentos: Que la cuestión planteada en este recurso gubernativo consiste en determinar si la confesión prestada por la esposa del recurrente en el procedimiento de medidas provisionales de separación matrimonial promovido por aquélla, tiene eficacia necesaria para que pueda extenderse la nota de privatividad prevista en el artículo 95, apartado 6º del Reglamento Hipotecario, respecto de una finca que consta inscrita a nombre de los referidos esposos para su sociedad conyugal; Que la confesión a que se refiere los artículos 1.324 del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario debe estar formulada de forma absolutamente inequívoca —en este caso la confesión prestada por la esposa del recurrente resulta equívoca a los efectos de determinar un auténtico reconocimiento o fijación acerca del carácter privativo del piso—; Que en una de las preguntas se mezclan, por un lado, la cuestión referente a la procedencia del dinero para la adquisición, y por otro, las causas por las que el matrimonio no llegó a ocupar el piso y a la primera de estas cuestiones la confesante responde "que es cierto, es de él", pero luego en otra pregunta se insiste en lo mismo y la confesante no admite que el precio en que se vendió la parcela privativa del esposo, fuese el

que se dice y mantiene que a ese precio sólo parcialmente se le dio el destino que pretende la posición formulada; Que el Registrador de la Propiedad carece de facultades para integrar lo que realmente se quiso decir y también para interpretar lo que no esté formulado de forma precisa y terminante; Que respecto a la falta de congruencia entre la prueba de confesión practicada en el procedimiento de medidas provisionales de separación matrimonial y la extensión de la nota marginal que se solicita, es evidente que la nota calificadora no se refiere a la congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino a aquella que debe existir entre el procedimiento seguido y la operación registral solicitada y de la que son ejemplo los artículos 99 y 100 del Reglamento Hipotecario; Que no parece que el procedimiento de medidas provisionales con el contenido que determinan los artículos 102 y 103 del Código Civil, sea el adecuado para resolver la cuestión relativa al carácter privativo del bien adquirido e inscrito como ganancial; Que en la sentencia de separación o en ejecución de la misma, conforme establece el artículo 91 del Código Civil, el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, determinará lo procedente en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales y podrá atribuir al piso la condición de privativo del esposo; Que en la escritura de compra del piso comparó únicamente la esposa que compró para su sociedad conyugal; Que no cabe duda de que la confesión realizada, aunque no adoleciese de los defectos apuntados tampoco cabría que fuese eficaz para la consignación de la nota de privatividad, conforme al artículo 95, apartado 6º, inciso 2º, del Reglamento Hipotecario por resultar contraria a lo aseverado por la esposa del adquirente; Que la doctrina estima que la confesión contraria a una aseveración o confesión anterior de la misma persona sólo podrá constar en el Registro demostrando el carácter erróneo de la primeramente formulada. La DGRN confirmó la calificación del Registrador con la siguiente y escueta fundamentación: a) Que la confesión ahora realizada no es clara e inequívoca, por lo que, en su caso, debe ser la misma apreciada por el Juez, sin que pueda el Registrador hacer dicha apreciación. b) Que en este supuesto, y teniendo en cuenta las afirmaciones del recurrente, la confesión realizada es contraria a una aseveración anterior, por lo que no puede consignarse registralmente (cfr. artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario).

– Efectos de la confesión de privatividad.

La eficacia de la confesión entre los cónyuges es, en principio, plena y tendrá el efecto de dotar a un bien de carácter privativo con independencia del régimen jurídico que habría de corresponder por aplicación estricta de la normativa del Código Civil. La STS de 25 de septiembre de 2001 pone de manifiesto la naturaleza probatoria, vinculatoria entre los cónyuges, de las declaraciones de privatividad, so pena de violar el principio que prohíbe actuar contra actos propios: “La sentencia en recurso aplicó el artículo 1324 del Código Civil y tal precepto opera, cuando, como sucede en el caso de autos, el recurrido vino a confesar «con los efectos, consecuencias y limitaciones del artículo 1324 en la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada el 19 de septiembre de 1983, que la finca litigiosa la había comprado la esposa no con dinero del caudal común, pues el precio pagado procedía íntegramente de su caudal privativo», con lo que de modo bien y claramente expresado, preciso y contundente, el recurrente admitió y reconoció que no sólo la titularidad dominical del inmueble pertenecía a la demandada, sino también procedía de su caudal propio el dinero empleado para el pago del bien adquirido. El precepto 1324 atribuye eficacia probatoria «inter partes», es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no

blindar situaciones de posibles fraudes. En el caso que nos ocupa la confesión del recurrente se presenta muy decisiva, y la escritura resulta dotada de plena validez y así lo decidió el Tribunal de Instancia, al reconocer la eficacia en la confesión prestada, que vino a instaurar situación consolidada de acto propio vinculante. El artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privatividad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior”.

La STS de 29 de noviembre de 2006 analizó los efectos que produce la confesión de privatividad señalando lo siguiente: “La doctrina ha venido considerando que la expresión confesión contenida en el artículo 1324 del Código Civil no puede tomarse en el sentido que tenía en la antigua Ley procesal de 1881, ni en los ahora derogados artículos 1231-1239 del Código Civil. Ciertamente, la confesión recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas, como ocurre en el caso presente, en que se confiesa sobre titularidades jurídicas y también puede destruirse por prueba en contrario; pero confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no sólo inter partes, sino erga omnes, con la excepción de los acreedores y los legitimarios. Como afirma la sentencia de 25 septiembre 2001, el precepto 1324 atribuye eficacia probatoria “inter partes”, es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes”.

Ahora bien, la efectividad de esta confesión queda limitada a los conflictos o controversias que puedan suscitarse entre los cónyuges, toda vez que en el art. 1324 del CC claramente se indica que “tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”. Por tanto, surgida controversia entre el cónyuge superviviente y los herederos forzosos del premuerto en la liquidación de sociedad de gananciales, o entre los cónyuges y los acreedores en el ámbito de la liquidación derivada de las previsiones del artículo 541 LEC, la confesión de privatividad para ellos, en cuanto les perjudique, será inexistente. No obstante, la STS de 15 de enero de 2001, matiza en cierto modo esta última afirmación al indicar que “la de confesión de privatividad del inmueble litigioso, no puede entenderse válidamente cuestionada por afectar a un bien presuntamente común en principio ya que, hecha en forma indubitada, esa confesión surte toda su eficacia entre cónyuges y también respecto a terceros siquiera los herederos forzosos del cónyuge confesante pueden impugnar la trascendencia de lo confesado cuando por su falsedad o por su exceso en el contenido económico perjudique sus derechos hereditarios y pueden impugnarla los acreedores en razón de una propiedad que no haya dejado de ser lo que por confesión se dice que ha cambiado y sobre la que, por lo mismo, pueden pretender realizar sus créditos siquiera para ello han de probar la falsedad de aquella confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes pues de otro modo, dado el tiempo posterior del nacimiento de sus créditos, han de pasar por lo que resulte de la confesión hecha de privatividad, al no haber sido desvirtuada como le correspondería hacer a la entidad recurrida y no la probanza de lo contrario a la parte que ya tiene a su favor aquel reconocimiento confesado y cuyo fondo persistirá mientras no sea eficazmente impugnado a través de prueba adecuada”.

- ¿Hace la confesión de privaticidad prueba plena o es necesaria complementarla con otros medios de prueba?

En principio, la confesión de privaticidad será suficiente para excluir un bien del inventario de la sociedad de gananciales, sin embargo, se ha llegado a cuestionar si debe exigirse además de la confesión que el cónyuge que compra con carácter privativo acredite la procedencia del dinero. La STS de 27 de mayo de 2005 pone de manifiesto que con anterioridad a la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/81 de 13 de mayo no existía un precepto similar al art. 1324 del actual CC y en base a ello la doctrina remarcó que para destruir tal presunción, no bastaba la confesión que el marido hiciera en la escritura de compra de haberse realizado la adquisición con dinero de la mujer, pues ha de constar esa procedencia, para que pueda perjudicar a tercero, por medios distintos de la confesión de los cónyuges, habiendo de ser por lo general, la prueba documental y pública la procedente, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces presunciones de signo contrario. Sin embargo, hay que reconocer que la redacción actual del art. 1324 del CC con meridiana claridad indica que "será bastante la confesión del otro".

En la sentencia de 23 de mayo de 2001, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión que estamos analizando. En el caso litigioso los cónyuges incluyeron en el convenio regulador de la separación la siguiente cláusula: "Por lo que respecta al uso de la que fue vivienda conyugal, sita en la calle ..., habitada actualmente por la familia, es y seguirá siendo de la entera propiedad del marido ya que con su dinero fue comprada y pagada... Serán por cuenta del esposo las contribuciones, arbitrios e impuestos que graven dicho inmueble, así como todos los gastos que pudieran ocasionarse con motivo del suministro de electricidad y agua". Sin embargo, la Audiencia provincial señaló que dicho documento era insuficiente para destruir la presunción de titularidad que la inscripción registral proclama y para el triunfo de la acción declarativa contradictoria del dominio que se ejercitaba no existía prueba directa y concluyente del referido pago por el demandante del total precio de la compra de la finca de autos. El Tribunal Supremo estimó el recurso con la siguiente fundamentación: "La Audiencia entiende que el demandante no es el verdadero titular de la vivienda porque no ha probado que pagó el precio, en otras palabras, hace depender lo primero de la prueba de lo segundo. Así las cosas, sus declaraciones no tienen en cuenta que en el convenio regulador se produjeron manifestaciones de voluntad de ciencia o conocimiento, a saber, que la demandada había recibido dinero para la compra de la vivienda y que con él la realizó. No se ve la razón legal por la que el demandante tuviese la carga de probar el pago del precio de adquisición con su dinero, cuando existe aquella manifestación de la parte demandada que le perjudica y a él le favorece, y que la primera está obligada a respetar y a estar y pasar por ella".

Por consiguiente, y a los efectos del tema que estamos estudiando, la confesión de un cónyuge en torno a la privaticidad del dinero empleado para la compra del inmueble constante el matrimonio es motivo suficiente para excluir el bien del inventario de la sociedad de gananciales.

- ¿Admite prueba en contrario la confesión de privaticidad?

No existe ninguna duda que la confesión de privaticidad puede destruirse aportando prueba en contrario. La STS de 25 de septiembre de 2001 indica con meridiana claridad que la prevalencia confesoria que establece el artículo 1324 CC no es absoluta y cabe prueba en contrario, prueba que ha de ser eficaz y contundente como declaró la STS de 18 de julio de 1999.

En relación con la destrucción de la presunción de privaticidad que otorga la confesión de un cónyuge, la STS de 18 de julio de 1994 señaló que "La presunción "iuris tantum" de ganancialidad de los bienes que establecía el antiguo art. 1407, y mantiene el actual 1361 CC, es la que procede a los discutidos en el pleito, pues no se ha cumplido la exigencia de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente, respecto al desplazamiento a la situación de privaticidad, no siendo bastante el mero reconocimiento por el marido, del carácter privativo de los bienes en cuestión y, en los casos, de supuesta adquisición con dinero exclusivo de la esposa, como sucede con el presente (SS 20 noviembre 1991, 22 diciembre 1992 y 8 febrero 1993)". Por su parte, la SAP de Asturias, Se. 5.ª de 20 de mayo de 2004 indicó que "Tampoco ha de entenderse suficiente para romper tal presunción registral la declaración efectuada por Doña Lina en el Juzgado al afirmar que salía del domicilio conyugal por ser la vivienda propiedad de su esposo por herencia, pues tal aserto, realizado dentro del contexto de la separación conyugal, no puede por sí solo tener la eficacia que otorga el artículo 1.324 del Código Civil, máxime cuando al instar el proceso de liquidación le atribuyó a dicha mitad la naturaleza ganancial."

- ¿Puede impugnarse la confesión de privaticidad por vicio en el consentimiento?

Como todo negocio jurídico, la confesión puede ser atacada por la existencia de algún vicio en el consentimiento. El problema es que esta pretendida nulidad casi siempre se argumenta en el momento de la liquidación cuando ha pasado un largo tiempo desde que se hizo la misma y este dato suele ser interpretado por los tribunales de manera negativa para el éxito de tal pretensión. Un ejemplo de ello es la sentencia dictada por la AP de Málaga, Sec. 6.ª de fecha 27 de febrero de 2007: "se alega también que se vio forzada a hacer esa confesión a fin de que la separación consensual llegara a buen puerto, si bien no consta en autos prueba alguna, siquiera indiciaria, de que la hoy apelante se viera forzada a hacer tal declaración, y en cuanto al tiempo transcurrido entre la compraventa (1982) y el reconocimiento de privaticidad (1992), no es dato suficiente para enervar los efectos del artículo 1.324 del Código Civil. Por otro lado, olvida la recurrente que la confesión de privaticidad, respecto del 25% de la vivienda y garaje que nos ocupa, consta en el convenio regulador del procedimiento de separación matrimonial de mutuo acuerdo, en el cual estuvo convenientemente defendida y representada, habiendo ratificado dicho convenio ante el juez, que fue finalmente aprobado. Por ello, no resulta creíble que después de muchos años de haber realizado dicha confesión en el seno de un procedimiento judicial, que ella misma instó, y en el que estuvo convenientemente asesorada, mantenga que lo hizo forzada por las circunstancias de la propia separación, porque si así fue no se explica esta Sala cómo desde la fecha en que hizo la confesión, hasta la fecha de este procedimiento, no haya instado, pese al tiempo transcurrido, la declaración de nulidad de tal reconocimiento, pues nada se lo impedía, lo que lleva a concluir que si confesó en su momento la privaticidad del bien es porque lo prestó libre y voluntariamente y no coaccionada por circunstancia de clase alguna, no pudiendo ir ahora en contra de sus propios actos, más aún cuando al hacer el reconocimiento en el convenio de separación estuvo convenientemente asesorada de letrado y, por tanto, era perfectamente conocedora de las consecuencias jurídicas del mismo y pese a ello, no sólo ratificó el convenio, sino que durante todo este tiempo no ha emprendido acción legal alguna tendente a obtener su declaración de nulidad".

D) Compra de inmuebles a plazos siendo el primer desembolso privativo

En estos casos el legislador no ha previsto ninguna regla especial cuando el inmueble adquirido constante el matrimonio tiene el carácter de vivienda familiar, a diferencia de lo que pasaba cuando la compra se realiza por uno de los cónyuges antes del matrimonio y se terminaba de abonar constante la sociedad de gananciales (art. 1357 del CC en relación con el art. 1354 del mismo cuerpo legal). ¿Podría aplicarse la analogía y equiparar ambos supuestos? En principio, podríamos pensar que debe admitirse esta posibilidad ya que carece de sentido primar el carácter ganancial de una vivienda adquirida antes de contraer matrimonio y no hacerlo cuando la compra se hace después de contraer matrimonio. No obstante también es cierto que es una regla interpretativa que donde el legislador no distingue el intérprete no debe distinguir. Montero Aroca también se alinea con esta postura al indicar que el supuesto de hecho del que se parte es diferente y por tanto a la adquisición del matrimonio no debe aplicarse lo previsto para la adquisición antes del matrimonio.

E) Adquisición de inmuebles con dinero ganancial pero ejerciendo uno de los cónyuges un derecho de retracto de carácter privativo

Tanto en el Código Civil como en otras legislaciones especiales de ámbito nacional como autonómico se regulan una serie de derechos de adquisición preferente en atención a que algunas personas tienen una especial relación con el objeto de la compraventa. Así por ejemplo, el art. 1522 el CC dispone que “el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás conductos o de algunos de ellos, y cuando dos o más copropietarios, quieran usar del retracto sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común”. El fundamento de este retracto de comuneros se encuentra en la conveniencia de que cesen los estados de indivisión que el Código Civil reputa perjudiciales por razón de la mala gestión económica que presenta la pluralidad de administradores y en atención a los conflictos de intereses que ofrece esta forma de propiedad.

Para evitar el efecto dispersivo que supone la entrada de un tercero extraño en la comunidad hereditaria, el art. 1.067 del CC se refiere al retracto de coherederos en los siguientes términos “si alguno de los herederos vendiera a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquier de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsando el precio de la compra, con tal que lo verifique en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber”. Este retracto se rige también, por las reglas de los demás retractos legales, especialmente el de comuneros, del que aparece como una variante por razón del objeto que está en comunidad ya que ningún heredero puede disponer, antes de la partición, de bienes concretos y singulares de la herencia, únicamente puede disponer de su cuota abstracta sobre el patrimonio hereditario, confiando la partición la propiedad exclusiva a cada herederos de los bienes que le hayan adjudicado.

También se regula en el Código Civil el retracto de colindantes y a tal efecto, el art. 1523 indica que “También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea”.

Por lo que respecta a la legislación arrendaticia, en el art. 25 de la LAU, para los arrendamientos de vivienda y en el art. 31 para los usos distintos del de vivienda, se recogen los derechos de adquisición preferente y entre ellos, como no puede ser menos, el derecho de re-

tracto. En su Preámbulo la Ley destaca que se mantiene el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario para el supuesto de enajenación de la vivienda arrendada durante la vigencia del arrendamiento, aunque referido a condiciones de mercado, por entenderse que constituye un instrumento que sin suponer una grave onerosidad para el arrendador incrementa las posibilidades de permanencia del arrendatario en la vivienda. También hay que tener en cuenta que, en virtud de lo previsto en las Disposiciones Transitorias 1ª a 5ª de la LAU, sigue siendo aplicable la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, para los contratos celebrados a su amparo, y que sobre el derecho de retracto son significativos al inquilino de vivienda, y al arrendador y arrendatario del local de negocio. En cuando a la Ley de Arrendamientos Rústicos, en la vigente en la actualidad se ha hecho desaparecer los derechos del arrendatario y del aparcerero al tanteo, retracto o adquisición preferente que venían regulados en la antigua Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, si bien, los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LAR de 2003 se seguirán rigiendo por la normativa aplicable al tiempo de su celebración y por tanto habrá que estar al contenido de los derechos de retracto previstos en la LAR de 1980. En cierta ocasión, habiéndose suscrito un contrato de arrendamiento antes del matrimonio, después de contraerse éste los cónyuges optaron por adquirir en propiedad el inmueble arrendado. En el momento de la liquidación el cónyuge que ocupaba inicialmente la vivienda pretendió que se considerase privativo el inmueble en base a lo establecido en el art. 1346.4 del CC, pero dicha petición fue desestimada al no poderse equiparar el supuesto de hecho con la previsión que se contiene en el citado precepto.

Pues bien, analizados de forma somera los distintos derechos de adquisición preferente habrá que enlazarlos con lo establecido en el art. 1346.4 del CC, según el cual, son privativos de cada uno de los cónyuges lo adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.

F) Adquisición de inmuebles ejercitando una opción de compra

Cuando el contrato de arrendamiento con opción de compra o sencillamente el contrato exclusivo de opción se concierta antes del inicio de la sociedad de gananciales, y ya constante la sociedad, se ejercita el mismo y se lleva a efecto la compra del inmueble, cabe cuestionarse si éste inmueble tendrá carácter ganancial o privativo. El profesor Rivera Fernández señala en este sentido que habrá que atribuir carácter privativo al bien adquirido, pues, como señala la STS 7 marzo 1996 [R.1881], «al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo». Con ello, se da plasmación a la doctrina jurisprudencial que considera que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del pactum de contrahendo, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (SSTS 29 enero 2007 y 18 julio 2006), dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad, y que le sea notificada al op-

tatario, para que sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción (STS 6 abril 1987). Como dice la STS 14 mayo 1991, es característica del contrato de opción de compra la de obligar al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante si éste utiliza la opción (Asimismo, las SSTs 13 noviembre, 1 y 22 diciembre 1992, 17 mayo y 22 septiembre 1993).

G) *Adquisición de inmuebles por usucapión*

Mediante la prescripción adquisitiva regulada en los arts. 1.930 y ss del CC se adquiere de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. Concretamente, en el caso de los inmuebles, señala el art. 1959 del CC que "Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539". Pues bien, si el tiempo necesario para obtener la propiedad se consume constante el matrimonio ¿Qué carácter tendrá el inmueble adquirido por esta vía? Entendemos que se tratará de un bien privativo toda vez que el ejercicio del derecho comenzó antes del inicio de la sociedad de gananciales y en ese momento el cónyuge ya posesión el inmueble ne concepto de dueño. En la STS 18 marzo 1961 se trató el caso de una finca que se encontraba ocupada, roturada y poseída constantemente durante un primer matrimonio y durante el segundo matrimonio se produjo la legitimación de la ocupación conforme al RD de 1 de diciembre de 1923, entendiendo nuestro más alto tribunal que la finca pertenecía a la primera sociedad de gananciales por haber sido ocupada y poseída durante su vigencia, sin que el hecho posterior de la legitimación de la posesión pueda cambiar la condición de dicho bien.

2.2. *Inmuebles que tienen carácter ganancial*

A) *Compra de inmuebles con dinero exclusivamente ganancial*

No encontraremos ningún obstáculo jurídico en el caso de que todas las cantidades invertidas en la adquisición de la vivienda tengan carácter ganancial, ya que en estos casos, el inmueble en su integridad será ganancial, incluida la parte del precio que esté pendiente de abonarse en el momento en que queda disuelta la sociedad de gananciales. En este sentido debe recordarse que tienen carácter ganancial los rendimientos del trabajo de los cónyuges y los rendimientos de los bienes privativos.

B) *Voluntad de los cónyuges de dar carácter ganancial al inmueble*

Conforme a lo establecido en el art. 1355 del CC "Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga". Estamos por tanto ante un supuesto en el que, bien se haya utilizado dinero privativo para la compra, o en parte ganancial o privativo, la voluntad de los cónyuges es que la vivienda tenga en su totalidad carácter ganancial. Estamos en presencia de una manifestación más del principio de libertad de contratación entre los esposos previsto en el art. 1.323 del CC —"Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos"— que les faculta para desplazar bienes desde el patrimonio privativo al común tanto a título gratuito como oneroso.

La problemática que suele presentarse en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales se centra en que el cónyuge que aportó dinero privativo para la compra pretende que se declare que el inmueble tiene carácter privativo.

Es importante tener en cuenta que en muchos casos resulta de aplicación la doctrina de los actos propios, que impide a los cónyuges, después de haber declarado el carácter ganancial de un bien, mantener que tiene carácter privativo.

Una cuestión que no está perfectamente clara en la ley, es si habiéndose aportado dinero privativo para la compra del bien y existe una voluntad de hacerlo ganancial, en el momento de la liquidación de la sociedad habrá que reintegrar al cónyuge el valor actualizado del dinero. En principio, en el art. 1355 del CC nada se indica al respecto, pero lo cierto es que el art.1323 del CC admite la posibilidad tanto de disposición de bienes a título gratuito como oneroso. Si se entiende que la disposición tuvo carácter gratuito (en realidad implicaría una donación debiendo tenerse en cuenta que *ius donandi* no se presume) no aparecerá en el pasivo de la sociedad ningún crédito a favor del cónyuge que aportó dinero privativo para la compra, y en cambio, se incluirá un crédito por el valor actualizado del dinero aportado, si se considera que la disposición de bienes privativos tuvo carácter oneroso.

C) *Compra del inmueble con dinero ganancial y privativo sin haber establecido en la escritura atribución de cuotas*

En el apartado anterior analizamos el supuesto en el que, por expresa voluntad de los cónyuges, a la vivienda se le dotaba de carácter ganancial aún cuando parte del dinero empleado en la compra tenía carácter privativo. En el presente caso, la ganancialidad se atribuye al bien, por expresa disposición legal, cuando en el momento de la compra no se establecen cuotas de pro indiviso. En efecto, señala el párrafo segundo del art. 1355 del CC que "Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes". La consecuencia jurídica de esta situación será que en el momento de liquidar la sociedad de gananciales aparecerá en el inventario una partida de pasivo a favor del cónyuge que aportó dinero privativo por el importe actualizado de la aportación. No obstante, en el caso analizado por la STS de 9 de mayo de 2007 no se incluyó crédito alguno a favor de los cónyuges dado que ambos aportaron para su compra sus propios bienes privativos, es decir, las respectivas mitades del piso originario.

D) *Compra del inmueble constante el matrimonio cuando no se ha destruido la presunción de ganancialidad*

A pesar de que se ha podido cuestionar por uno de los cónyuges que el inmueble se adquirió mediante aportación de dinero privativo, ya sea totalmente o en parte, se califica como ganancial en su totalidad cuando no se logra destruir la presunción de ganancialidad. Tal es el caso, por ejemplo, cuando existe una confusión de ingresos en las cuentas bancarias, pretendiéndose por uno de los cónyuges imputar el pago del precio al dinero privativo que se había ingresado en la cuenta. También estamos ante la misma situación cuando se alega que para la compra del inmueble se utilizó el producto de la venta de un bien privativo y luego ello no queda acreditado suficientemente.

Por otro lado, también ha señalado la jurisprudencia que no puede destruirse la presunción de ganancialidad en base a meras alegaciones en cuanto a que la economía familiar

no permitía ningún tipo de adquisición, dado lo reducido del patrimonio y de los ingresos de los cónyuges, ya que para desplazar la presunción legal son ineficaces las presunciones en contrario. Igualmente no se consideró destruida la presunción de ganancialidad porque los cónyuges otorgasen capitulaciones matrimoniales y no hiciesen referencia en ese momento a la existencia de un bien inmueble, habiendo señalado a estos efectos la STS de 11 de julio de 2006 que "Es cierto que los cónyuges celebraron capitulaciones matrimoniales en fecha 14 de mayo de 1985, que se reflejaron en escritura pública, en la que manifestaron ambos que no existían bienes gananciales, pero ello no puede significar una atribución tácita del carácter privativo de un bien que pertenecía a la sociedad de gananciales al haber sido adquirido a título oneroso por la esposa el día 15 de junio de 1982, constante matrimonio, y pagado con dinero procedente de su trabajo y, por tanto, de carácter ganancial, como puso de manifiesto la propia esposa al suscribir el documento de fecha 9 de octubre de 1985 por el que reconocía que el inmueble pertenecía por mitad a su esposo, como reiteró al formular ante Notario propuesta unilateral de convenio de separación en fecha 13 de mayo de 1986".

E) Compra de inmuebles a plazos siendo el primer desembolso ganancial

Conforme a lo indicado en el art. 1356 "Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza". A estos efectos habrá que tener en cuenta que será de aplicación la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC.

F) Bienes inmuebles de carácter privativo aportados a la sociedad de gananciales

En estos supuestos, aunque los inmuebles tuviesen un origen privativo, la voluntad del cónyuge titular de aportarlos a la sociedad de gananciales tiene la consecuencia de que dicho bien se transforma en ganancial, y por tanto, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales figurarán en el activo de la sociedad.

Respecto a este tipo de negocio jurídico, la doctrina de la DGRN es clara, pudiendo citarse la resolución de 21 de diciembre de 1998 según la cual "el principio rector en la materia es el de la libertad de contratación entre los cónyuges, cuya formulación legal se sitúa en el artículo 1.323 del Código Civil; por otra, la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (artículos 1.255 y 1.323 del Código Civil)" y la de 21 de julio de 2001 "Es doctrina ya reiterada de este centro Directivo que en nuestro derecho son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges —por ende entre sus patrimonios privativos y consorciales— siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente, o de comunicación de bienes como categoría autónoma con sus propios elementos y características, regido por las estipulaciones de los contratantes dentro de los límites legales, siempre que se precisen debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación realizado, lo que se cumple plenamente en este supuesto: Se da el consentimiento de ambas

partes, se delimita el objeto, pleno dominio sobre la finca y la onerosidad de la causa que lo impulsa pues la sociedad de gananciales adquiere contra el reembolso del valor actualizado del bien al tiempo de su disolución, mención suficiente para que pueda cumplir esta última exigencia y para que el negocio pueda ser inscrito".

La aportación privativa de bienes puede ser gratuita u onerosa, en este último caso, en el pasivo de la sociedad deberá figurar el importe actualizado del bien aportado a la sociedad, como crédito del cónyuge frente a la sociedad.

2.3. Inmuebles que tienen carácter mixto (parte ganancial y parte privativa)

No es inusual que constante el matrimonio se adquieran bienes inmuebles empleando dinero ganancial y privativo, dado que, junto al patrimonio ganancial, también coexisten los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges. En estos casos será de aplicación lo dispuesto en el art. 1354 del CC —"Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas"—. Sin embargo, lo que no constituye práctica habitual es que se haga constar en la escritura pública ni por ende en el Registro de la Propiedad que el inmueble se adquiere con parte de dinero privativo. La placidez de la relación de pareja ajena por el momento a la crisis lleva a inscribir el inmueble como ganancial.

A pesar de ello, existen supuestos de pro indiviso respecto a compras de inmuebles efectuadas constante la sociedad de gananciales. Un ejemplo puede ser cuando para adquirir un inmueble se hace una permuta con un bien privativo y el resto se abona con fondos gananciales.

Aunque se trata de un criterio aislado, existe cierta jurisprudencia que considera que el inmueble pertenece en pro indiviso a la sociedad de gananciales y a uno de los cónyuges aún cuando el mismo se adquirió constante el matrimonio, si producida una separación de hecho entre los cónyuges, uno solo de ellos hace frente al préstamo hipotecario que grava la vivienda. En realidad está aplicando literalmente lo dispuesto en el art. 1354 del CC aprovechando que en el citado precepto no se hace ninguna referencia al momento en que tiene lugar el pago con dinero ganancial o privativo. Sin dejar de reconocer que esta tesis puede perseguir la justicia material, no podemos compartirla, dado que a nuestro entender, el momento para determinar el pro indiviso es cuando se adquiere el inmueble, es decir, cuando entra en el patrimonio de los cónyuges. Es en ese instante cuando debe acreditarse qué dinero ganancial y qué dinero privativo se utiliza para la compra. Los pagos posteriores que uno de los cónyuges haya podido realizar para hacer frente al préstamo hipotecario que grava el inmueble no dará derecho al pro indiviso sino a que se cree un crédito a favor del cónyuge por el valor actualizado de los pagos realizados por cuenta de la sociedad de gananciales. La STS de 1 de junio de 2006, deja meridianamente clara esta cuestión: "Parte el recurrente del hecho de que, tras la disolución de la comunidad ganancial y antes de la liquidación de la misma ha estado pagando los plazos del préstamo que recibieron los cónyuges, constante matrimonio, para la adquisición de la vivienda. Alega infracción del artículo 1354 del Código civil (en relación con los artículos 1396, 1398 y 7.2 del mismo código) por entender que su cuota de dominio sobre aquella vivienda debe ser mayor (en el motivo segundo) y del artículo 1358 en relación con el 1398.3º del Código civil (en el motivo tercero) por reclamar la actualización de las cantidades de los plazos que ha estado pagando. El motivo segundo se desestima porque equivoca la

interpretación del artículo 1354: éste se aplica a la adquisición de bienes constante matrimonio, es decir, vigente en el régimen de comunidad de gananciales, por precio en parte ganancial y en parte privativo, cuyo bien adquirido será ganancial y privativo en proporción al dinero aportado. Pero no se aplica al presente caso, en el que el bien es ganancial desde el principio conforme al artículo 1347.3º: se adquirió vigente el régimen, a título oneroso, a costa del caudal común, préstamo ganancial (artículo 1362.2º), y si posteriormente a su disolución, uno de los ex cónyuges abona todos o parte de los plazos del préstamo, sin que tengan, pues, aplicación los artículos 1356 y 1357, tendrá derecho de crédito, contra la comunidad, tal como ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, en su fundamento de derecho tercero".

3. Compra de inmuebles durante la separación de hecho

Bien por acuerdo de los cónyuges o en su caso por imposición unilateral de uno de ellos, la realidad es que muchas parejas dejan de convivir sin que ello tenga trascendencia judicial, ya que ninguno decide presentar una demanda de separación, divorcio o nulidad. La situación en la que se encuentran es anómala ya que por un lado la sociedad de gananciales no está disuelta formalmente pero por otro han dejado de cumplirse algunos de los deberes que impone el contrato matrimonial.

Es cierto que en el art. 1393.3 del CC se prevé esta situación pues el legislador la contempla como una causa de disolución —"Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar"— que permitirá a los cónyuges presentar una demanda con la finalidad de poner fin a la sociedad de gananciales. Sin embargo nada se regula en la norma sustantiva respecto a qué pasa con la sociedad de gananciales en este período. A falta de una normativa específica ha tenido que ser la jurisprudencia la que finalmente resuelva la cuestión, siendo sorprendente que pese al tiempo transcurrido desde que se dictó la primera sentencia en este sentido, el legislador no haya aprovechado ninguna reforma del Código Civil para adaptar la normativa a la realidad social.

Como ya hicimos mención al comienzo de este tema, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones y ha sentado una pacífica y constante jurisprudencia: "La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo como propone la recurrente significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (STS de 13 de junio de 1986)" y "rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer..., no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de treinta años en que se mantuvo esa situación, para obtener más bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio conviviente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del art. 7, ap. 2, del Código Civil (STS de 17 de junio de 1988 que concurda con la STS de 26 de noviembre de 1987)".

No obstante, el Tribunal Supremo se ha encargado de precisar que no puede confundirse en relación con la separación de hecho, lo que es la disolución formal de la sociedad de gananciales, acordada judicialmente y la consiguiente apertura de su liquidación, con la

desaparición de la causa generadora de la sociedad, fundada en la convivencia matrimonial que impide, en las condiciones ya indicadas, el acrecentamiento de los bienes gananciales a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados. Quiere con ello decirse que para liquidar la sociedad de gananciales será necesario que concurra una causa de disolución de las previstas en los arts. 1392 y 1393 del CC.

Una cuestión que nos interesa destacar es si ninguna de las partes ha invocado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la separación de hecho ¿puede aplicarla de oficio el Tribunal? Esta cuestión fue analizada por la SAP de Madrid, Secc. 22.ª de 8 de abril de 2005, siendo ponente Hijas Fernández llegándose a una conclusión afirmativa: " En el caso examinado, conforme se refleja en la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, determinante de la disolución formal de la sociedad ganancial, los cónyuges rompieron definitivamente su convivencia en el año 1983, por lo que, en aplicación de dicha doctrina jurisprudencial, no podrían, en principio, incluirse en las operaciones particionales partidas allegadas al patrimonio de uno u otro con posterioridad a dicho momento. Así lo consideró, si bien de modo general, la sentencia recurrida que, sin embargo, acaba por excluir la posible proyección al caso de tal doctrina jurisprudencial, por no haber sido invocada por ninguna de las partes. Tal criterio, que parece asentarse en el principio de congruencia consagrado por el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supone, por el contrario, la vulneración de tal precepto, pues su apartado 1, párrafo segundo, previene, con diáfana claridad, que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas por los litigantes. Ello, por mor de lo prevenido en el artículo 1-6 del Código Civil, ha de extenderse a la doctrina jurisprudencial que interpreta el ordenamiento jurídico. Y así, el Tribunal Supremo viene declarando que el principio iura novit curia autoriza al juzgador, sin que ello implique incidir en incongruencia, y siempre que se guarde el debido respeto a los componentes fácticos presentados por las partes, a emitir su juicio crítico y valorativo sobre los mismos del modo que entienda más apropiado; incluso aplicando normas no invocadas por las partes, dado que la congruencia no le impide aplicar los preceptos que estime más oportunos al caso controvertido (Sentencias de 29 de diciembre de 1987, 24 de julio de 1989 y 2 de enero de 1991, entre otras)".

Pues bien, una vez que se ha disuelto la sociedad de gananciales formalmente, y se inicia el procedimiento de liquidación ¿Qué es lo que debe acreditar el cónyuge para que no se considere ganancial un inmueble adquirido durante la separación de hecho? La STS de 27 de enero de 1998 le da las pautas a seguir: debe acreditarse que se trata de separación fáctica (no de una interrupción de la convivencia) sería, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. La SAP de Alicante de 9 de febrero de 2006, resume a la perfección lo que debe ser objeto de prueba: a) la seriedad de la separación de hecho, normalmente demostrada por la interposición posterior de la demanda de separación o divorcio; b) la voluntad de disolver el régimen matrimonial, que no existe, por ejemplo, cuando los cónyuges están separados pero compran juntos declarando que lo hacen para la sociedad conyugal, cuando reiteran esta conducta haciendo varias compras en fechas distintas, constituyendo juntos sociedades mercantiles, etc.; c) que la separación de hecho sea consentida por los dos cónyuges, ya que uno de ellos no puede imponer al otro la disolución del régimen y por el contrario es paradigmática de consentimiento la firma de documentos privados regu-

ladores de sus nuevas relaciones económicas en términos materialmente incompatibles con la subsistencia del régimen; d) la procedencia "privativa" del precio, pues es requisito inexcusable que los bienes en cuestión se hayan adquirido con caudales propios o generados con el trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia; e) la relevancia complementaria de factores adicionales, como el hecho de vivir con otra persona, con quien el adquirente ha formado una nueva familia y tiene hijos, etc.

Considerándose por el Tribunal Supremo que, mientras que los cónyuges están separados de hecho de forma efectiva, tienen carácter privativo los ingresos obtenidos por el rendimiento del trabajo personal, para que pueda aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo es necesario que el inmueble adquirido durante la separación de hecho se haya abonado íntegramente con dinero privativo, bien sea al contado o suscribiendo un préstamo hipotecario. Por tanto, si dicho bien se adquirió con dinero ganancial, a pesar de que se haya consolidado una separación de hecho entre los cónyuges, el bien tendrá carácter ganancial.

4. Compra de inmuebles en el periodo en el que la sociedad de gananciales está disuelta pero no liquidada

Una vez disuelta la sociedad de gananciales y hasta que tiene lugar su liquidación, las relaciones económicas patrimoniales de los cónyuges entran en una fase denominada por la jurisprudencia como de sociedad post ganancial. Durante este periodo ya no pueden aplicarse las normas que rigen la sociedad de gananciales, sino la de cualquier comunidad de tipo ordinario, desapareciendo en especial la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC.

Los bienes adquiridos tras la disolución de la sociedad de gananciales ya no podrán tener carácter común, salvo que el dinero empleado en la compra tenga carácter ganancial.

En relación con las compras de inmuebles que se realizan en esta fase y que tienen cierta vinculación con el periodo anterior, es conveniente tener presente, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 10-7-1997 y 13-10-1998, entre otras muchas), que la adquisición, por contrato, del dominio y demás derechos reales sobre los bienes se produce siguiendo la teoría clásica del título y el modo (art. 609 CC.), es decir, en virtud de ciertos contratos (título) seguidos de la tradición o entrega de la cosa (modo). En el caso del contrato de compraventa, al tratarse de un contrato traslativo del dominio, que sólo obliga al comprador a la entrega de la cosa objeto de la venta (art. 1461 CC), únicamente se entenderá transmitida la propiedad cuando, perfeccionado el contrato, se haga entrega de la cosa vendida al comprador, bien mediante traditio real poniéndola materialmente en poder y posesión del mismo, bien mediante traditio ficta o simbólica, ya sea en cualquiera de las formas espiritualizadas de entrega previstas en los artículos 1462 a 1464 CC, ya en cualquier otra forma que revele en el vendedor (tradens) y comprador (accipiens) la evidente intención de ambas partes de entregarla (animus transferendi et accipiendi dominii (SSTS de 18-2-1995, 1-7-1995, 31-5-1996 y 17-9-1996, entre otras).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de noviembre de 2007 analizó un supuesto en el que constante la sociedad de gananciales se suscribió por uno de los cónyuges un contrato de compraventa verificándose la entrega de la posesión después de disolverse el matrimonio, llegando a la conclusión que dicho inmueble tenía carácter privativo dado que el contrato privado no produjo efectos traslativos del dominio de la vivienda que quedaron diferidos al otorgamiento de la escritura pública, hecho que aconteció después de haber fallecido

la esposa: "el contrato celebrado entre la Administración (Patronato de Casas para Funcionarios de la presidencia del Gobierno) y el Sr. Luis Enrique en el año 1979, aun cuando fuera considerado como documento público, no podía producir los efectos traslativos del dominio sobre la vivienda en cuestión, ya que si ello hubiera sido así no habría resultado necesaria la adjudicación formal de dicha vivienda al comprador, que se produjo con fecha 4 de febrero de 1985 —encontrándose éste en estado de viudo de la madre de las demandantes— ni el posterior otorgamiento de escritura pública. La entrega de la cosa vendida comporta la efectiva transferencia de la posesión al comprador, que la propia parte recurrente afirma producida con fecha 19 de septiembre de 1983, fecha en la cual se complementa el título con el modo y se adquiere el derecho real de propiedad por el comprador... la propiedad no se adquiere por el mero hecho de la celebración del contrato, que únicamente despliega efectos obligacionales, sino en virtud de tal celebración seguida de la entrega o "traditio" del objeto sobre el que recayó, entrega que tuvo lugar...".

El magistrado Juan Pablo González del Pozo critica la solución dada por esta sentencia en la medida en que, formalizado el contrato privado de compraventa constante matrimonio y pagado parte del precio durante su vigencia, el mero hecho de que la traditio, material o espiritual de la cosa, tenga lugar tras la extinción del régimen, no puede privar de naturaleza ganancial al bien ya que el derecho a exigir del vendedor la entrega del inmueble al comprador, mediante la cual se consuma la adquisición del dominio para éste, tiene una indudable naturaleza ganancial. Algún sector de la doctrina defiende que esta tesis tiene un sólido soporte en los artículos 1346.4 y 1347.4° del CC, que consagran la regla de que los bienes adquiridos en virtud de derecho de retracto tendrán la naturaleza, privativa o ganancial, que corresponda al derecho de adquisición preferente ejercitado, sustentándose igualmente en la idea de que el derecho del comprador a exigir del vendedor la entrega de la cosa vendida no es un simple derecho personal o de crédito, sino un verdadero ius ad rem. Subyace esta doctrina en la SAP de Sevilla, Sec. 5.ª de 31 de octubre de 1997, que señala: "A los efectos de la consideración de privativo del bien adquirido es indiferente que la tradición, necesaria para la adquisición del derecho real, según la doctrina del título y el modo, se hubiera producido con anterioridad al matrimonio, puesto que nada se establece al respecto en el entonces vigente artículo 1396 ni en el actual artículo 1346 del Código civil, ya que si el derecho real no era privativo antes del matrimonio por no haberse producido la tradición, lo será con posterioridad por el hecho de que en el patrimonio personal de uno de los cónyuges se adquiere después, mediante la efectiva entrega del inmueble a la que sólo uno de los cónyuges tenía derecho."

Otro problema que se presenta en esta materia está en relación con la compraventa de inmuebles sujeta a pacto de reserva de dominio. Este supuesto fue analizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo de 1993. El análisis del caso era el siguiente: Se trataba de calificar jurídicamente dos inmuebles adquiridos en contrato privado de compraventa, con precio aplazado, celebrado el 1 de abril de 1978 y elevado a escritura pública el 24 de febrero de 1983. El piso había sido adquirido constante el matrimonio del marido y su primera esposa, celebrado en 1922 y disuelto el 19 de diciembre de 1978, por muerte de esta última. El marido contrajo nuevo matrimonio el 10 de enero de 1980 y falleció el 27 de noviembre de 1983. En el pleito hereditario entre los herederos del marido y la segunda esposa, aquellos sostenían que el inmueble pertenecía a la sociedad de gananciales del primer matrimonio y ésta que al ser adquirido constante el segundo matrimonio pertenecía al acervo ganancial de éste. La sentencia del Tribunal Supremo distingue dos momentos fundamentales en la

compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor, de un lado, el momento de la perfección del contrato, que se produce cuando concurren los elementos esenciales para la existencia del mismo (consentimiento, objeto y causa, conforme al artículo 1261 del CC) y, de otro, el de consumación del contrato, que en los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, se produce cuando se transmite efectivamente la propiedad, considerando que el pago del precio aplazado supone el cumplimiento de la condición suspensiva a que está sujeta la efectiva transmisión del dominio, que, por eso, conforme lo dispuesto en los artículos 1120 y 1121 del CC, retrotrae sus efectos al día de constitución de la obligación, es decir, el de la perfección del contrato del que nace, para el vendedor, la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador. En consecuencia, aunque parte del precio aplazado se satisfaga constante el segundo matrimonio y durante el mismo se otorgue igualmente la escritura pública de compraventa, los efectos adquisitivos del contrato se retrotraen al momento de perfección del contrato sometido a condición suspensiva, que, al haberse celebrado bajo la vigencia del primer matrimonio, hacían a éste dueño del inmueble a título ganancial.

III. EDIFICACIÓN DE INMUEBLES

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales no solo puede suceder que los cónyuges adquieran un inmueble, sino que también se presentan supuestos en los que se construye una vivienda, bien sobre un terreno que tienen carácter ganancial o privativo. En el primer supuesto, tal construcción aparecerá reflejada en el activo de la sociedad de gananciales, debiendo figurar en el pasivo una deuda a favor de uno de los cónyuges si se utilizó dinero privativo para la edificación.

Ahora bien, la cuestión que nos interesa tratar es qué sucede cuando la construcción se hace, vigente la sociedad de gananciales y con cargo fondos comunes, pero en un terreno que no es propiedad de la sociedad, y que puede pertenecer con carácter privativo a uno sólo de los cónyuges o incluso a un tercero ¿Cómo se contabilizará este supuesto en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales?

1. Construcción realizada en un terreno privativo de uno de los cónyuges

El estudio de esta cuestión debe hacerse distinguiendo la fecha en que se realizó la construcción. En efecto, dependiendo de este dato tendremos que acudir a una norma jurídica distinta, y ello es así porque esta materia fue objeto de modificación por la Ley de 13 de mayo de 1981:

1.1. Construcción de la vivienda antes del 13 de mayo de 1981

En este caso, y dado que la citada ley no tenía efectos retroactivos, se aplicará el antiguo art. 1.404 del CC: "También serán gananciales... los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca". Es decir, que si con dinero ganancial se construye un inmueble en suelo privativo, cuando se proceda a la liquidación de la sociedad en el activo se incluirá tanto el suelo como la construcción y en el pasivo deberá figurar una deuda de la sociedad respecto del cónyuge propietario del terreno equivalente al valor actualizado del terreno donde se edificó.

Teniendo en cuenta la variedad de supuestos que pueden presentarse en la práctica, se plantea el caso en el que la construcción del inmueble comienza antes de 13 de mayo de 1981, pero finaliza después. En estos casos qué legislación aplicaremos. La jurisprudencia ha optado por aplicar la legislación actual para resolver la contienda.

Pueden surgir problemas en el momento de determinar qué dinero se empleó para realizar la construcción, esto es, si fue ganancial o privativo. A tal efecto hay que tener en cuenta que la STS de 30 de octubre de 1996 indicó que el derogado art. 1.404 del CC no suponía una automática calificación de ganancialidad de las construcciones realizadas constante el matrimonio sobre los bienes privativos, sino tan solo una presunción iuris tantum de que la edificación se habría verificado con fondos comunes, por lo que cabía prueba en contra de que el dinero invertido para la construcción era exclusivamente privativo. Lógicamente, la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que pretende que se declare que el bien es totalmente privativo porque el dinero empleado para la construcción también lo era.

Aceptado que el inmueble tenga carácter ganancial, otra cuestión que hay que abordar es si dicho carácter debe atribuirse a la totalidad de la finca o solamente al solar sobre el que se edificó la casa. La solución jurisprudencial (SAP de Asturias, Sec. 4.ª de 22 de enero de 2001 y de 21 de abril de 1998) es que, de acuerdo con la opinión doctrinal predominante, si el terreno se configura en la práctica como formando un todo con el edificio y al servicio de éste, debe entenderse que la finca es ganancial, mientras que si el terreno mantiene su independencia del edificio, de modo que lo producido fue realmente una segregación, el resto de la finca continuará siendo privativa.

Por último, solamente reseñar que la jurisprudencia ha equiparado la construcción de inmuebles con la rehabilitación de un inmueble privativo.

1.2. Construcción de la vivienda después del 13 de mayo de 1981

En este caso, la norma a aplicar será el art. 1.359 del actual CC: "Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los bienes privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho". Este precepto es una manifestación de la regla latina "superficie solo cedit", de manera tal que las incorporaciones o mejoras efectuadas en los bienes privativos o gananciales procedentes tanto de los bienes comunes como particulares de cualquiera de los consortes no hace perder a aquéllos su originaria naturaleza jurídica.

Como podemos comprobar, el planteamiento es radicalmente distinto al de la legislación anterior al 13 de mayo de 1981, ya que la nueva regulación impone la regla de la accesión de lo construido a favor del propietario del suelo, tanto sea ganancial como privativo. Por tanto, si se construyó en terreno ganancial, en el activo figurará tanto el terreno como la construcción, y si se construye en terreno privativo, en el activo solo podrá incluirse un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge propietario del terreno por el aumento del valor que el terreno haya tenido como consecuencia de la edificación.

No obstante, existen resoluciones judiciales que, aplicando la regla de la accesión invertida, cuando es muy desproporcionado el precio de la construcción en relación con el suelo, otorgan la posibilidad de que la sociedad de gananciales abone al cónyuge titular del suelo el valor actualizado del mismo.

También deberá contemplarse la posibilidad de que, aún cuando el suelo tenga carácter privativo, por vía del art. 1355 del CC pueda convertirse en ganancial, por haberlo manifesta-

do expresamente los cónyuges en el momento del otorgamiento de la escritura que contiene la declaración de obra nueva. Estaremos en el mismo supuesto cuando el cónyuge propietario del suelo lo aporta a la sociedad de gananciales. En el caso analizado en la resolución de la DGRN de 12 de junio de 2003, la solución que se adoptó fue considerar ganancial tanto el suelo como lo construido: “ En el supuesto de hecho de este recurso se presenta en el Registro una escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales, declaran que, sobre una finca privativa del marido al haberla adquirido por título de donación, han construido una edificación, con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en suelo, por lo que solicitan la inscripción correspondiente con carácter ganancial”.

2. Construcción realizada en un terreno propiedad de un tercero

Aunque no estamos ante un supuesto muy frecuente, tenemos que analizar el conflicto jurídico que surge cuando la construcción se hace en un terreno propiedad de un tercero, generalmente de los padres de uno de los cónyuges. En estos casos, y con independencia de la fecha en que se realizara la construcción, por aplicación de lo establecido en los arts. 358 y ss del CC, en el activo, y dependiendo de la buena o mala fe en la construcción, solo podrá figurar un crédito de la sociedad frente al propietario del terreno por el importe actualizado de la edificación, salvo que, conforme a lo dispuesto en el art. 361 del CC y a la jurisprudencia que lo interpreta estemos en presencia de una accesión invertida, entendiéndose por tal toda edificación en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio el trozo de terreno invadido, lo que da lugar a que el suelo ceda al edificio a causa de que lo edificado reviste la calidad de cosa principal al exceder, en valor e importancia, al suelo ajeno parcialmente invadido, sin conocimiento del constructor de que ese suelo sobre el que extralimitadamente construye no le pertenece.

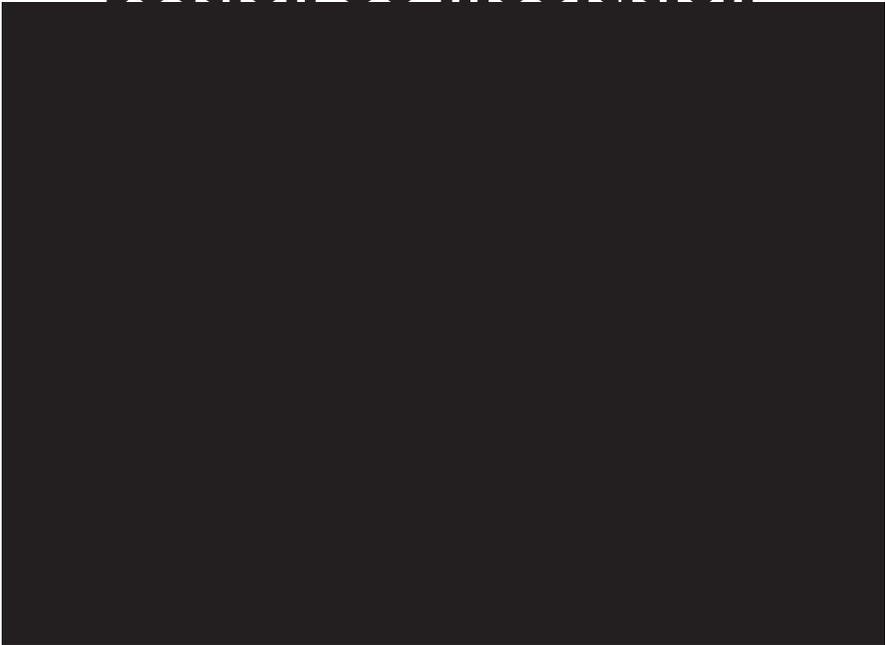
En el caso analizado por la SAP de Huelva Sec. 3.ª de 18 de octubre de 2007 se abordaba un supuesto en el que, constante el matrimonio se había construido una vivienda elevando una planta sobre la vivienda propiedad de los padres del esposo, no llegando a acreditar la esposa que aquellos le cediesen el derecho sobre el vuelo: “es un hecho no discutido que la vivienda se construyó sobre terreno que no era ganancial, esto es, sobre la propiedad de los padres del apelado, y al no acreditar la actora su afirmación de que aquellos les cedieron el vuelo, pues —como dice el Juez a quo— de los distintos testimonios prestados en el juicio se pone de manifiesto que los padres lo que cedieron fue el uso de la vivienda al matrimonio formado por apelante y apelado, es correcta la conclusión alcanzada de que la vivienda construida, independientemente de que lo fuera en todo o en parte a costa del caudal ganancial (pues como también se recoge en la sentencia apelada, de dichos testimonios se desprende igualmente que el coste de las obras se sufragó con dinero aportado por todos los hijos), era de la exclusiva propiedad de los padres del demandado”.

Como se trata de derechos expectantes, ya que su determinación definitiva se tendrá que efectuar en un procedimiento en el que intervenga el propietario del terreno, salvo que haya un expreso reconocimiento de deuda por parte aquél, lo más aconsejable será no incluir partida alguna en el activo sin perjuicio de la posterior adición a la liquidación cuando queden

acreditados los derechos de la sociedad de gananciales. La SAP de Tenerife, Sec. 4.ª, de 9 de junio de 2003, analizó un supuesto similar llegando a esta conclusión: “ El debate hay que centrarlo, no en la propiedad de lo construido o en la existencia y cuantificación de un derecho de crédito de la sociedad por su valor frente al titular del terreno, sino en si ese inmueble (suelo más vuelo) pertenece o ha pertenecido a la sociedad de gananciales (aunque fuera en parte) o a un tercero no interviniente en el proceso, afirmando el actor que el suelo es del padre de la demandada pero la construcción la hizo él con dinero ganancial, cuestión que la demandada niega, manteniendo que todo es de su padre, no estando acreditado que éste cediera el suelo para que el matrimonio construyera la vivienda, sino que la familia habitó temporalmente la vivienda cedida por su padre y de la propiedad de éste, en la que sólo hicieron algunas mejoras. Sobre esta base, procede confirmar el pronunciamiento recurrido, pues las explicaciones dadas en el fundamento jurídico tercero, sólo tienen un efecto disgregador y superfluo, y no correspondía hacerlas en esta resolución sino en aquella que se haya de pronunciar en el procedimiento al que se dirige a las partes, cuya signo, en su caso, podría revertir en una complementación de la liquidación de la sociedad de gananciales”.

Si la construcción se realiza con dinero privativo de uno de los cónyuges o de ambos, ningún reflejo tendrá este hecho en la liquidación de la sociedad de gananciales sin perjuicio de lo que se resuelva en un posterior procedimiento entre el cónyuge y el titular del terreno.

sección de mediación



Adolescentes en conflicto. Andalucía y
País Vasco: dos visiones de una misma
realidad

Javier Alés Sioli

De todos es sabido que la adolescencia es un período que tiene sus antecedentes en la infancia y tiene consecuencias en la vida adulta. Para Erikson, la adolescencia "no constituye una dolencia, sino una crisis normativa, es decir: una fase normal de incrementado conflicto, caracterizada por una aparente fluctuación de la energía del ego y asimismo por un elevado potencial de crecimiento". La tarea más importante del adolescente, según este autor, es construir una identidad coherente y evitar la confusión de papeles. Es en este campo donde los MEDIADORES Y MEDIADORAS, debemos trabajar para poder poner un "nivel de acuerdo" en los conflictos familiares donde se encuentren implicados los ADOLESCENTES

En Andalucía nos encontramos con noticias tales como la de la Oficina del Defensor Andaluz. Que manifiesta:

Adolescentes en conflicto

El Defensor del Pueblo Andaluz hizo especial hincapié en la «preocupante» situación de los adolescentes, por lo que reclamó que esta franja de población «necesita saltar del comentario de estudio a la realidad política».

Chamizo habló de la adolescencia como receptor y creador de problemas al mismo tiempo. «Creo que todavía no ha adquirido el protagonismo político que

debe tener porque se habla de niños, jóvenes y adultos, pero la edad de la adolescencia ha bajado hasta probablemente los 12 años y va hasta los 18, una franja de gente que lo único que hacemos prácticamente con ellos es que estén en los institutos», criticó.

«Eso es poco y es un sector donde los narcotraficantes implantan su mercado, con el cannabis, las drogas sintéticas, sin

olvidar el alcohol o la cocaína. Además, estos chavales crean casos de violencia», lamentó.

Por esta razón, insistió en que la adolescencia necesita una mayor dedicación y consideró por lo tanto adecuado, al igual que existe un Instituto de la Juventud, la creación bien de un órgano autónomo o que se incluya la adolescencia en el departamento de la Infancia y Familia.

La sociedad andaluza ha sufrido cambios grandes y veloces con el fenómeno de la globalización y la migración que aún no ha asimilado. La escuela refleja las tensiones y conflictos que socialmente se están produciendo. En el proceso de construir una nueva realidad plural y compartida, legitimadora de las personas y las culturas, la mediación se erige en la mejor opción de progreso, desde una escuela, con las familias y con fuertes anclajes en su entorno social y con capacidad de repercusión sobre el mismo.

María Carme Boqué, mediadora educativa, lo expresa de manera muy gráfica: *"El proceso mediador supone reencuentro, reconocimiento, reconstrucción, revalorización... y un conjunto de aprendizajes que, curiosamente, suelen fundamentarse en un desaprender los hábitos de confrontación y litigio que emergen constantemente a la superficie de nuestras culturas"*.

Es ahí donde podemos decir que la mediación constituye una poderosa herramienta para una formación humanizadora, promotora de legitimación y que pueda colaborar, junto a otros agentes sociales en la familia, en el barrio, día a día, a la construcción de una sociedad más

justa e inclusiva donde todos/as podamos encontrar un lugar desde el que podamos desarrollarnos y contribuir a un espacio de convivencia plural, enriquecido con todas las distintas aportaciones.

Este es mi mensaje en este FORO DE ABOGACÍA MALAGUEÑA. Este es mi compromiso para que abogados y abogadas, estén también presentes en conflictos donde se encuentren involucrados adolescentes. Porque solo trabajar en la madurez y regimos por el conflicto solo en el ámbito forense. Nuestros DESPACHOS DEBEN ESTAR ABIERTOS AL CIUDADANO, y como no, el adolescente, lo es.

Como muestra vale "un botón". Quien escribe tiene el enorme honor de ser Presidente de la Asociación Andaluza de Mediación Familiar AMEFA. Dentro de la misma surgió el Servicio de mediación de AMEFA, desde el primer momento de creación de la Asociación en el año 2001, dado que era uno de los principales objetivos de la misma en sus Estatutos, siendo la fecha de creación el 1 de mayo de 2002. Se consideró oportuno desde su creación establecer Convenios de colaboración con distintas entidades públicas y privadas e incluso establecer la línea telefónica de "Atención a familias en conflicto", y así atender la necesidad detectada de este servicio por parte de los miembros fundadores quienes eran conscientes de la importancia de su creación. En todo es te periodo la iniciativa se ha puesto en marcha con carácter y experimental, siendo atendido por PROFESIONALES ACREDITADOS DE LA MEDIACIÓN (especialistas universitarios) con distintos perfiles académicos y de formación.

La buena aceptación por parte tanto de instituciones como técnicos de los servicios sociales ha sido una constante en el desarrollo del servicio.

La importancia de los buenos resultados que queríamos obtener radica principalmente en el equipo multidisciplinar, que de forma perfectamente coordinada han trabajado desarrollando los distintos procesos de mediación y manteniendo una serie de reuniones quincenales para la puesta en común de los distintos resultados y procesos iniciados. En un primer momento junto a la atención de casos, el principal objetivo fue LA DIFUSIÓN DEL SERVICIO entre instituciones de todo tipo y la creación de un díptico que pudiera determinar la mayor información posible en el menor espacio y de forma creativa.

De igual forma junto al servicio de mediación se han ofrecido conjuntamente las siguientes actuaciones:

- La sensibilización y difusión de la mediación mediante la participación activa en actos, mesas redondas, conferencias, charlas, debates, etc.
- La formación de futuros mediadores y mediadoras realizando cursos para "la profesionalización de mediadores junto a la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, el Ayuntamiento de Sevilla, mediante el Proyecto Redes o el Instituto Superior de Ciencias de la Familia en Sevilla.
- La investigación de lo que hemos venido en denominar "Observatorios de la conflictividad", como con la Diputación Provincial de Sevilla o el Ayuntamiento de Dos Hermanas.
- El desarrollo de proyectos y programas como el denominado "Adolescentes en conflicto" en los distintos distritos sevillanos y los colegios e institutos de la capital.

Se han elaborado una serie de DOCUMENTOS internos correspondiente a las distintas fases del proceso de mediación, documentos que han sido previamente ratificados por la Junta Directiva de la asociación en sesión extraordinaria, y que son en concreto:

- Una ficha de identificación para la creación de una base de datos
- Una ficha social para recoger los datos fehacientes de las familias mediadas
- Un cuestionario de recepción
- Un documento conteniendo las reglas de la mediación y las principales pautas de actuación ante conflictos
- Un acta de iniciación del proceso donde se refleje la confidencialidad y voluntariedad del inicio del proceso
- Un modelo de acta de sesiones de mediación
- Un modelo de presupuesto de debate económico
- Un modelo de acuerdo general
- Un cuestionario de evaluación y seguimiento del servicio.

Pues bien, la valoración de la implantación del servicio se puede calificar de muy positiva, ya que se han conseguido todos y cada uno de los objetivos que se marcaron tras su creación tales como sensibilización, implantación y atención a un número de familias importante. Durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 se han obtenido datos progresivos y en el año 2008 esperamos tener idénticos resultados. Por determinar un único dato, el número de casos atendidos ha pasado de los 72 del año 2002 a los 293 del año 2008.

Me gustaría terminar ofreciendo los datos relativos al último año 2008 (septiembre 2007 a septiembre 2008) a efectos divulgativos y estadísticos, bajo distintos parámetros de información.

1. ¿CÓMO CONOCEN EL SERVICIO DE MEDIACIÓN LOS USUARIOS?:

- Servicios municipales derivados de UTS: 23%
- Medios de comunicación: 19%
- Juzgados de familia: 11%
- Publicidad estática/folletos: 8%
- Centros de salud: 7%
- Asociaciones conveniadas: 20%
- Otros usuarios: 9%
- Otros: 3%

2. FAMILIAS ATENDIDAS DE 1 DE SEPTIEMBRE 2007 A 1 DE SEPTIEMBRE 2008

- 293 familias entrevistadas (100%)
- No iniciados: 101 casos (36%)
- iniciados procesos de mediación: 192 casos (74%)

3. CAUSAS DE NO ACCESO A LA MEDIACIÓN:

- No es proceso de mediación: 26 %
- Posponen la decisión: 17%
- No acude el cónyuge u otras partes: 42%
- Buscan terapia o asesoramiento: 15%

4. MEDIADORES ASIGNADOS A LOS CASOS

- 83 atendidos por psicólogas/os mediadores
- 81 atendidos por abogados/as mediadores

- 25 atendidos por trabajadores/as sociales mediadores
- 23 atendidos por pedagogos/as mediadores
- 11 atendidos por educadores/as sociales mediadores
- 70 casos atendidos por co-mediación.

5. DISTRIBUCIÓN USUARIOS 1ª VISITA:

- Mujeres 45%
- Hombres 19%
- Parejas 36%

6. TIPOLOGÍAS DE CONFLICTOS:

- Divorcios con hijos: 32
- Divorcios sin hijos: 10
- Separaciones con hijos: 35
- Separaciones sin hijos: 12
- Parejas no casadas con hijos: 17
- Parejas no casadas sin hijos: 2
- Padres-adolescentes: 46
- Negocios familiares: 6
- Herencia familiar: 8
- Relación intergeneracional abuelos/nietos: 7
- Adoptados relación con familia natural: 4
- Acogimiento familiar: 3
- Alcoholismo y adicciones: 11

7. NÚMERO DE SESIONES EN LOS PROCESOS:

- 1 sesión: 9%
- 2 sesiones: 11%
- 3 sesiones: 24%
- 4 sesiones: 36%
- 5 o más sesiones: 20%

8. TERMINACIÓN DEL PROCESO:

- Con acuerdo: 113 casos
- Sin acuerdo: 51 casos
- Anterior al acuerdo de forma voluntaria: 28 casos
- En seguimiento: 45 casos

9. CONFLICTOS QUE AFECTAN A MENORES:

- Si 81 %
- No 19%

10. TIPO DE RELACIÓN MATRIMONIAL:

- Matrimonio canónico: 77%
- Matrimonio Civil: 9%

- Pareja de hecho: 14%

11. SUPUESTO DE ECONOMÍA FAMILIAR:

- Régimen de gananciales: 79%
- Régimen de separación de bienes: 21%
- Régimen de participación: 0%

De todos estos datos evidentemente en este foro me gustaría destacar los relativos a ADOLESCENTES EN CONFLICTO, algo impensable cuando creamos el servicio, ya que nuestra previsión en mi caso como abogado-mediador, era el atender separaciones y divorcios, algo que creo demuestra la importancia del tema a que nos hemos aludido.

Cuestiones procesales ante la mediación familiar intrajudicial

Mercedes Caso Señal
Magistrada y Profesora de la Escuela Judicial del CGPJ

I. INTRODUCCIÓN

Tal como sostienen ORTUÑO, PÉREZ SALAZAR e HINOJAL¹. En El ámbito de la jurisdicción civil y a pesar de la profunda reforma que representó la Lec 1/2000 en cuanto modernización de los instrumentos procesales, no se ha producido una mejora en el servicio público que las nuevas necesidades de la sociedad requieren. La judicialización de la vida social en todos los ámbitos ha hecho que se incremente el número de procesos civiles. Muchos de estos conflictos podrían obtener una mejor respuesta a través de mecanismos distintos.

El proceso de implantación de la metodología de la mediación como sistema alternativo a la resolución de conflictos, frente al sistema de confrontación judicial que representa el proceso judicial clásico va a experimentar en los próximos años un desarrollo importante.

En el ámbito del Derecho civil, desde la Comisión de la Unión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se pretende que la implantación de la mediación sea signo de identidad de la nueva Europa, a la vez que un medio para abordar la crisis de la Administración de Justicia, que no es solo un problema nacional sino que representa un grave problema común en todos los Estados miembros.

En el ámbito del Derecho de Familia, el instrumento que sirve de punto de partida para el ulterior desarrollo legislativo europeo es la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Esencial resulta la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 21 de Mayo de 2008 sobre Ciertos Aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles que da a los Estados dos años para incorporar sus principios a los derechos internos. Destaca la propia fundamentación de la Directiva en su Exposición de Motivos, que la finalidad que pretende es la de mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, entendiendo como tal la asequibilidad de una "resolución justa" en un tiempo razonable. La Directiva es un instrumento de mínimos puesto que pretende respetar al máximo el marco competencial de cada uno de los Estados miembros. El contenido normativo esta sujeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, es decir, que completa lo que han de ser o son las legislaciones estatales, pero únicamente en aquellos extremos que resultan necesarios a los fines que se pretenden. No estamos por tanto ante una Ley europea con vocación de regular minuciosamente y de forma completa todos los aspectos jurídicos relevantes de esta metodología sino que se ciñe a aquellos que resultan necesarios para garantizar que un acuerdo alcanzado en cualquier lugar del ámbito europeo pueda ser eficaz, pueda reconocerse y ejecutarse, en su caso, en otro lugar del espacio europeo.

Ya en el ámbito español debe recordarse que la Ley 1/2000, aunque no incluyó referencias explícitas a la mediación al considerar que era una materia que debía insertarse en la anunciada (y frustrada) Ley de la Jurisdicción Voluntaria, posibilita con el mecanismo de las audiencias previas la derivación a la mediación de tal forma que ya se están utilizando en experiencias puntuales sobre todo en aquellos conflictos en los que las partes han de seguir manteniendo una relación en el futuro.

La Ley 15/2005 al reformar el CC y la Lec introduce de forma expresa la mediación y anuncia una ley general cuyo borrador está redactado pero que todavía no se ha plasmado en

un texto definitivo que de consistencia al proyecto legislativo. Esta ley general habrá de regular aspectos imprescindibles para la inserción de esta metodología en la práctica judicial.

Once comunidades Autónomas han aprobado sus respectivas leyes de Mediación con contenidos diversos. Cataluña ha dado un paso más pues ha derogado ya su Ley de mediación familiar 1/2001 de 15 de Marzo y el reglamento que la desarrollaba de 14 de Mayo de 2002 para publicar la nueva Ley de Mediación en el ámbito de Derecho privado de 15 de Julio de 2009 que amplía su ámbito objetivo no ciñéndola a determinados conflictos del ámbito familiar sino que la extiende a todo tipo de conflicto en este entorno y extendiendo también la mediación sujeta a la ley a los conflictos de carácter privado en el que las partes hayan de mantener relaciones personales en el futuro si, razonablemente, se puede evitar el inicio de un litigio ante los Juzgados o si puede favorecerse una transacción. Además de esta cláusula general hace específica referencia a los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y las fundaciones; los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida diaria de las urbanizaciones, las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social para evitar el inicio de conflictos ante los tribunales y los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad a causa de la coexistencia de diferentes culturas en Cataluña.

Centrándonos ya para acabar en el conflicto familiar la adecuación de la mediación frente al sistema judicial adversarial ha sido descrito ampliamente; la fuerte carga emocional, la necesidad de mantener relaciones personales en el futuro, la presencia de profesionales de otros ámbitos distintos al estrictamente legal en atención a la complejidad del conflicto, la concurrencia de diversos intereses y personas involucrados en la situación distintas a las que aparecen formalmente como partes, el carácter dinámico y cambiante de la situación que exige numerosos ajustes de la regulación, la dificultad de profundizar en un acuerdo y en consecuencia de evitar incidentes en ejecución e incluso la aparición de la violencia, la dificultad en la ejecución de las decisiones impuestas y no consensuadas...

Ante la perspectiva de una ley estatal de mediación hemos de destacar que sus objetivos deberían ser: la concreción del estatuto del mediador especificando no sólo su capacidad y cualificación profesional como mecanismo para dotar de seguridad al sistema, sino también de una regulación clara de su responsabilidad por las actuaciones que realice bajo las exigencias de imparcialidad, objetividad y neutralidad y sujeción de las normas deontológicas que le sean exigibles.

En segundo lugar, la necesidad de garantizar los principios básicos de la metodología, que son la voluntariedad de las partes la confidencialidad del método que no pueden ser garantizadas sin el reconocimiento por el sistema jurídico.

En tercer lugar la clarificación sobre la eficacia de los acuerdos así como la necesidad de su homologación por la autoridad judicial en la medida que afecten derechos denominados de orden público y su ejecutividad.

En cuarto lugar, la regulación procesal clara de elementos esenciales tales como la derivación judicial a la sesión informativa, las consecuencias de su incumplimiento, la suspensión del curso del proceso una vez iniciada la mediación, la referencia expresa a la mediación en fase de ejecución de sentencia.

Otras materias ya estrictamente de derecho civil, sí deben respetar la regulación ya reallizada o por realizar por parte de aquellas Comunidades Autónomas con competencia sobre

¹ ORTUÑO, Pascual, PÉREZ SALAZAR, Mararita e HINOJAL, Silvia en La Mediación familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación. Centro de Estudios Judiciales. Ed. Thomson Aranzadi 2008.

dicha materia. Para aquellas comunidades sin esta competencia, también debe el legislador estatal concretar el resto de materias así como fijar reglas de derecho interregional.

Esta intervención sólo tiene por objetivo reflexionar sobre alguna de estas cuestiones, partiendo de la Ley 1/2009 de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 15/2009 de mediación en el ámbito privado de Cataluña y sobre todo aquellas cuestiones que procesalmente pueden ser dudosas al conectar mediación con proceso judicial. En concreto, nos proponemos abordar las siguientes cuestiones:

- ¿Debe restringirse el ámbito objetivo de la mediación familiar intrajudicial
- En el caso de conflicto derivado del derecho a conocer los datos biológicos tras la adopción ¿cómo se puede desarrollar la mediación sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones?
- Y en el supuesto de conflictos entre familia acogedora y familia biológica ¿debe intervenir en el proceso de mediación la Administración que ostenta la tutela administrativa del niño o niña?
- ¿Tiene encaje la mediación en un procedimiento en aplicación del Reglamento 2201/2003 o el Convenio de la Haya sobre Aspectos civiles en la sustracción internacional de menores de 1980?
- ¿Podría incluirse una cláusula contractual mediante la que las partes se comprometen a someter sus disputas a mediación?
- Y a la inversa ¿puede pactarse la prohibición de acudir a un procedimiento de mediación?
- Si una vez iniciado un procedimiento de mediación, decido desistir ¿los acuerdos parciales pueden ser exigidos judicialmente?
- ¿Puede un abogado que ha intervenido sólo como mediador, posteriormente actuar como letrado de una de las partes? Y de las dos?
- ¿Puede un abogado o abogada del mismo despacho profesional que el mediador asumir la defensa de una de las partes? Y de las dos?
- Si el Juez llama a declarar al mediador ¿qué debe hacer éste?
- Si una de las partes en su interrogatorio o en algunos de sus escritos introduce información obtenida en una mediación frustrada, ¿puede el Juez utilizarla en su resolución?
- El problema es conocer la fuente de la información; es decir, ¿cómo sabrá el Juez que la información se ha obtenido de las sesiones de mediación? ¿Bastará la alegación de haber tenido acceso a la información por la convivencia anterior a la crisis?
- ¿Qué ha de hacer el mediador si delante suyo se reconoce un delito fiscal?
- ¿Pueden las partes excluir voluntariamente la confidencialidad?
- ¿Está sujeta a confidencialidad la mediación privada?
- ¿Podría el mediador ser llamado como testigo o perito para resolver una duda interpretativa del acuerdo?
- ¿Pueden intervenir los abogados de las partes en las sesiones de mediación? Y en la sesión informativa?
- ¿Quién ha de llevar a cabo la sesión informativa?
- ¿Puede el Juez obligar a las partes a ir a la sesión informativa?
- ¿Puede iniciarse la mediación en cualquier momento del procedimiento?

- ¿Podrían modificarse medidas ya establecidas en una sentencia firme?
- El acta inicial de la mediación ¿es un contrato?
- ¿Es necesario que los hijos e hijas menores de edad participen en la mediación?
- ¿Qué duración ha de tener el procedimiento de mediación?
- ¿Son las previsiones autonómicas contradictorias con lo establecido en el art. 19.4 de la Lec?
- El plazo de suspensión. Se refiere a días hábiles o naturales?
- ¿Qué valor tiene el memorándum final de la mediación firmado por las partes pero no homologado por ningún tribunal?
- ¿Puede introducir el letrado modificaciones al acuerdo final?
- Si el Juez no aprueba alguno de los puntos del convenio ¿debe remitir a las partes de nuevo a mediación?
- ¿Puede ir a mediación un asunto que haya pasado por el Juzgado de violencia tras el archivo de la causa penal?

**sección de
consumidores y
usuarios**



La defensa del consumidor en el Tráfico
Mercantil y Financiero

José María López Jiménez
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

Es la época actual una época caracterizada por la publicación masiva de normas jurídicas de toda índole (añadimos que las más de las veces descoordinadas entre sí, a pesar de la unidad de nuestro Ordenamiento Jurídico).

Este fenómeno se agrava por la existencia de normas procedentes de instancias comunitarias, estatal y autonómicas.

Todo cuanto antecede se puede predicar, especialmente, del ámbito del recientemente denominado Derecho de Consumo, como disciplina horizontal que abarca diversas ramas de nuestro Ordenamiento:

- Una disciplina cuya profusión normativa es manifiesta (por ejemplo, antes del 12 de mayo 2010 deberá ser adaptada a nuestro Ordenamiento la nueva Directiva de Crédito al Consumo, de mayo de 2008, con expresa remisión a la resolución extrajudicial de litigios, en una tendencia que se aprecia en otras Directivas como la 2008/52/CE, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a adaptar antes del 21 de mayo de 2011; la Ley de mejora de la protección de consumidores de 2006, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 —en adelante el RD Leg 1/2007—, el Real Decreto 231/2008, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, etc.).
- Pluralidad de instancias que legislan sobre la materia (Unión Europea, Estado, CC.AA.).
- Normas descoordinadas entre sí en numerosas ocasiones (sin ir más lejos, como veremos, el mismo concepto de consumidor según sea el de la normativa estatal o el de la normativa autonómica), a lo que se le debe añadir la existencia de ámbitos sectoriales supervisados administrativamente, que se superponen al objeto de regulación legal.

Fruto de esta pluralidad de fuentes materiales y, a veces, descoordinación, el art. 19 del RD Leg 1/2007 establece que: "Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberían ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación". Y aún habría que añadir las normas que puedan proceder del ámbito local (art. 13.d) RD Leg 1/2007: venta ambulante de bebidas y alimentos) y sectorial.

- Tendencia a la consumerización de las relaciones jurídicas, en general (por ejemplo, Ley 26/2006, de mediación de seguros privados).

Todo ello conduce a un panorama regulatorio muy complejo y, en consecuencia, al desconocimiento de las normas de Consumo por los agentes jurídicos; otras veces a un conocimiento limitado y a una falta de comprensión acerca de los principios inspiradores de esta normativa motivado por la complejidad de la realidad objeto de regulación.

En consecuencia, vamos a procurar explicar, siquiera brevemente:

- Qué es el consumo como realidad económica (incluso sociológica) que sirve de presupuesto y antecede a la realidad jurídica.
- El origen en nuestro Ordenamiento de las normas de Consumo y su desarrollo en el tiempo hasta la situación en la que nos encontramos en la actualidad.

- El reparto de competencias entre las instancias normativas en materia de Consumo.
- Formas de resolución de conflictos en materia de consumo.
- El RD Leg 1/2007.
- Los principales ámbitos sectoriales atendiendo al número de reclamaciones.

II. EL CONSUMO COMO REALIDAD ECONÓMICA.

El concepto de consumo tiene su génesis en la teoría económica.

Es definido como la acción de utilizar bienes y servicios para satisfacer necesidades.

Económicamente, un consumidor es una persona u organización que demanda bienes o servicios proporcionados por el productor o el proveedor de servicios.

Concepto jurídico de consumidor. Según el artículo 2 del RD Leg 1/2007, "Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios", y según su art. 3: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Se supera así concepto contenido en el art. 1 de la hasta ahora vigente Ley 26/1984, que identificaba a consumidor o usuario con destinatario final de bienes y servicios. Es decir, de acuerdo con la Ley 26/1984, no eran consumidores las personas físicas o jurídicas que integraban dichos bienes o servicios en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Hemos de destacar que el concepto de consumidor o usuario que procede de la normativa comunitaria es el de persona física que actúa al margen de su actividad profesional.

Los términos consumidor y usuario han de relacionarse, respectivamente, con la adquisición de bienes o productos y con el disfrute de servicios.

No obstante, hemos de recordar las circunstancias de excepcionalidad en que se promulgó la Ley 26/1984 (caso del aceite de colza), y que dicha promulgación fue anterior a la entrada en la Comunidad Europea junto con Portugal con efectos 1 de enero de 1986. Con posterioridad, algunas de las normas por las que se han adaptado Directivas sí han definido consumidor en el sentido de la normativa comunitaria (por ej., el art. 2 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo), lo que provocaba disfunciones entre la norma de cabecera de la protección de consumidores y las que la desarrollaban.

Además, la protección prestada a personas jurídicas también es propia de nuestro Ordenamiento, aunque es difícil pensar en personas jurídicas que, de acuerdo con el concepto anterior, fueran destinatarias finales de bienes o servicios. Como excepción, podemos considerar a personas jurídicas o entidades sin ánimo de lucro (corporaciones, fundaciones, y otras similares).

Asimismo, el concepto de destinatario final es el de algunas normas protectoras de consumidores y usuarios de carácter autonómico [por ej., el art. 3.a) de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, o el art. 1 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, que aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha], por lo que ahora nos encontramos con dos conceptos para definir una misma realidad.

Tras la Segunda Guerra Mundial, con la extensión del Estado del Bienestar, el consumo se convierte en eje de las economías capitalistas occidentales, con fundamento en los postulados de Keynes.

El lógico punto de llegada consecuencia de todo lo anterior es la aparición de la sociedad de consumo.

El hombre de este tiempo que nos ha tocado vivir, sobre todo en las sociedades industriales, se ve impedido al consumo de productos y servicios (mucho más sutilmente, al de ideas y modos o medios de vida), quedando su voluntad en un segundo plano, por mor principalmente de unos potentes grupos de presión que ejercen una continua e incesante actividad en la promoción de los productos y servicios ofertados por las empresas de toda índole.

En este sentido, el papel desempeñado por la publicidad (Ley 34/1988, General de Publicidad) y los medios de comunicación es inquestionable, y alcanza su más reciente expresión en el correo basura o spam (que se trata de prevenir a través de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico).

En España, la sociedad de consumo se inicia propiamente tras el Plan de Estabilización de 1959, estando en la actualidad entre las diez naciones más grandes del concierto mundial y dentro del grupo de cabeza de los países industrializados.

A todo lo anterior hay que sumar, en la actualidad, la internacionalización de los mercados y la concentración empresarial general, paradójicamente en una época de liberalización de los mercados y de progresiva desmonopolización de las concentraciones empresariales públicas.

Por este motivo, se presta especial atención a la protección de la libre competencia en el mercado.

El 1 de septiembre entró en vigor la Ley 15/2007, de 2 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia, siendo extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

Actualmente, y en estrecha relación con el ejercicio de acciones colectivas en materia de consumo, sobre el que volveremos más adelante, la Comisión Europea aprobó en abril de 2008 el "Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", por el que podrán reclamar estos daños y perjuicios no sólo los consumidores sino también los competidores de la empresa infractora de normas sobre concentración de la competencia.

La proximidad entre lo económico y lo jurídico se aprecia claramente en el artículo 1 del RD Leg 1/2007, cuando se afirma que "En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución, y con sujeción a lo establecido en el artículo 139".

Art. 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Art. 128: Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. [Esta iniciativa ha sido tan fuerte que el Estado ha sido desde los años 40, con la creación del Instituto Nacional de Industria, y hasta fechas recientes —privatizaciones de fines de los años 90— uno de los más importantes "empresarios" del mercado español. Actualmente el INI se ha convertido en la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

Art. 138: Principio de solidaridad territorial.

En pocas materias como la que estamos estudiando se puede apreciar tan claramente la necesidad de analizar concienzudamente las repercusiones económicas de las decisiones jurídicas generales que se adopten, pues con actuaciones imprevisoras o insuficientemente previsoras, pueden ser mayores los daños infligidos al conjunto de la sociedad que los pretendidos beneficios que se desean alcanzar.

En consecuencia, la imperativa protección del consumidor, en general y en el caso concreto, no puede dejar de contemplar el contexto de carácter estructural y económico donde éste desarrolla su actividad, y las mutuas interrelaciones que se tejen entre todos los actores (consumidores-empresas-Estado).

Una prueba más de esta implicación entre lo económico y lo jurídico, la podemos apreciar en los mecanismos previstos para recuperar las situaciones de desbalance entre ingresos y pagos de las empresas a través del procedimiento concursal (Ley 22/2003), con una discusión aún abierta relativa a su aplicación a las familias (especialmente a las sobreendeudadas) y la necesidad de crear una ley específica para éstas, en tiempos de crisis económica como la que padecemos.

III. EL ORIGEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO DE LAS NORMAS DE CONSUMO Y SU DESARROLLO EN EL TIEMPO HASTA LA SITUACIÓN EN LA QUE NOS ENCONTRAMOS EN LA ACTUALIDAD

La categoría de los consumidores y usuarios brilla en los códigos civiles europeos del siglo XIX por su ausencia, pues en virtud de los principios liberales-burgueses predominantes tras las Revoluciones Industrial (en lo económico) y Francesa (en lo político) se tiende a suprimir todos los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado.

La nueva situación cristaliza en el Código Napoleón de 1804, el cual actúa como modelo en los procesos codificadores que se desarrollan en el siglo XIX.

Ello explica de por sí las fuertes resistencias que han debido ser vencidas durante el siglo XX hasta que han comenzado a ser atendidas, inicialmente, las peticiones de sujetos aislados en consideración a su pertenencia a un grupo (sea o no de consumidores) o a su integración en una asociación (de la índole que fuere: sindical, política, religiosa, deportiva, etcétera) y, posteriormente, las propias peticiones de la colectividad, como tendremos ocasión de analizar en más detalle posteriormente.

En el caso español, este contexto de exaltación liberal encontró reflejo, con cierto retraso si lo comparamos con otros países de nuestro entorno, en dos leyes decisivas en lo que ahora nos interesa: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889.

Los postulados liberales a los que nos hemos venido refiriendo en los párrafos precedentes entraron en una crisis que condujo a su quiebra de forma casi inmediata, pues se pudo constatar que la pretendida igualdad de las partes para relacionarse y contratar era pura entelequia, y que la libre oferta de bienes y servicios no era real, pues monopolios y oligopolios imponían, en una incipiente sociedad industrial, hacia los comienzos del siglo XX, condiciones que los consumidores habían de aceptar forzosamente si efectivamente deseaban contratar.

En suma, la reparación del Estado se muestra inevitable para reequilibrar el sistema de intercambio de bienes y servicios, imponiendo, además de su inicial función consistente en el establecimiento de un marco para realizar las transacciones y una función meramente arbitral,

unas condiciones mínimas en la contratación que garanticen los intereses de la parte más débil, con la finalidad de alcanzar un orden social justo.

La autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil) se ve superada por la contratación en masa, a través de contratos de adhesión, impuesta por las grandes empresas a sus clientes, donde la situación de prepotencia de aquéllas sobre éstos queda plasmada en la imposibilidad de negociar caso por caso el contenido del contrato, resultando limitada la libertad del consumidor, simplemente, a contratar o no.

Es interesante, en este sentido, el matiz a que se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 30 de marzo de 2000, entre libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato, que es la que tiene el consumidor, en general) y libertad de contratación (libertad de ambas partes, no sólo del empresario, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente).

Asimismo, estos clausulados, prerredactados e impuestos por el empresario, favorecen por lo habitual la ordenación de los derechos y obligaciones derivados del contrato en la forma que les resulta más favorable, en detrimento de los intereses de los consumidores.

Es decir, las eventuales consecuencias dañosas derivadas de actos de un profesional o empresario, dado este estado de multiplicación y complejidad de las transacciones, habrán de afectar casi necesariamente a una multitud de personas, y creemos que no incurrimos en exageración si cuantificamos a esta multitud en cientos de miles o en millones de personas en los casos más graves. Por ejemplo, los casos Forum-Afinsa: cantidades comprometidas por importe de 4.400 millones de euros aproximadamente y a unos 400.000 clientes en total, que han dado lugar a la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

En estas circunstancias, la tradicional protección de los derechos individuales, caso por caso y con alcance limitado a las partes contratantes es manifiestamente insuficiente.

Anteriormente nos hemos referido a la LEC 1881, en la que no hay referencia alguna al concepto de consumidor, ni como particular, ni como parte de un colectivo, a diferencia de la LEC 2000.

El Código Civil tampoco contiene referencia a los consumidores, al margen de alguna referencia en sede de interpretación de contratos que apunta a una incipiente protección de los adherentes de condiciones generales (art. 1.287) o de quienes contratan con quien origina oscuridad en las cláusulas del contrato (art. 1.288):

Art. 1.287: El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

Art. 1.288: La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese originado la oscuridad.

Ha sido preciso un dilatado proceso de convergencia, desde las fechas de promulgación de aquéllas dos leyes, que permitiera un paralelo desarrollo del Derecho material, de un lado, y del Derecho procesal, de otro. Tan sólo desde el año 2000 podemos afirmar que se ha producido la precisa confluencia que permite la efectiva protección de los derechos colectivos de los consumidores. Sin embargo, este proceso, como se verá, no ha sido paulatino, sino más bien brusco y tosco, ordenado por la rudeza de los hechos.

Al respecto, del texto constitucional merecen ser destacados los artículos 9.2, por su referencia a los grupos en que se integran los individuos, y el art. 51, expresamente dedicado a los consumidores.

El artículo 9.2 dispone que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos de la vida política, económica, cultural y social".

Otros intereses de colectivos o de grupo objeto de interés y tutela constitucional serían, por ejemplo, la protección de la cultura (art. 44), del medioambiente (art. 45), o del patrimonio histórico (art. 46).

Es apreciable una tendencia a otorgar protección a estos grupos e intereses colectivos en general (por ejemplo, en el artículo 7.3. LOPJ; art. 31.2 Ley 30/1992).

Por último, el artículo 51, en lo que ahora nos interesa, preceptúa lo siguiente:

"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca".

El artículo 51 se halla encuadrado en el Capítulo 3º del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica De los principios rectores de la política social y económica, lo cual supone que no son propiamente derechos alegables inmediatamente por los particulares. Estos principios están protegidos por el principio general de rigidez constitucional y la correlativa posibilidad de que la constitucionalidad de una norma legal que los vulnere sea cuestionada. Como el propio artículo 53.3 establece, el reconocimiento, el respeto y la protección reconocida a los consumidores informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Es decir, el artículo 51 en cuanto tal, sin desarrollo legal, no podrá ser alegado ante los tribunales.

A la vista de las necesidades políticas perentorias de la sociedad española de 1978, el artículo 51 de la Constitución no habría de pasar, sin ulterior desarrollo, de principio más que programático. No obstante, los hechos posteriores a los que nos referiremos a continuación motivaron la necesidad de desarrollar profundamente este artículo en un breve lapso de tiempo.

Hacia 1981 se produjo la entrada en la cadena alimentaria de una partida de aceite de colza, con un balance de unos 650 fallecidos y 22.000 personas afectadas.

Esto explica las cautelas adoptadas por la Administración en casos análogos acaecidos con posterioridad (caso del aceite de orujo contaminado en 2001; reciente crisis del aceite de girasol. En el caso de aceite de orujo contamos con diversas sentencias de la Audiencia Nacional que resuelven demandas de responsabilidad patrimonial contra el Estado con fundamento en el art. 106.2 CE por los daños causados a los productores de aceite de orujo, como ocurrirá previsiblemente con los de girasol: por ejemplo, SAN 21-7-04, que desestima la reclamación del productor de 2.000.000 euros aproximadamente por lucro cesante).

En este contexto de agitación (aceite de colza) fue promulgada la LGDCU, una Ley elaborada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, e inicialmente no muy tenida en cuenta por nuestros Tribunales por considerar que se trataba de una norma de carácter administrativo

antes que civil. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de enero de 1995: "Si bien es cierto que una reciente Jurisprudencia aboga por una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales a favor de los consumidores...".

Tras la promulgación de la LGDCU, la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, con efectos a partir del día 1 de enero de 1986, supuso otro avance considerable en el desarrollo de la protección de los consumidores, ya fuera mediante la eficacia directa en España de los Reglamentos comunitarios, ya mediante la necesaria transposición de las Directivas.

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora y protección de los consumidores y usuarios actualizó el régimen de protección de los consumidores a la vista de las prácticas seguidas por las empresas, y en su Disposición Final Quinta habilitó al Gobierno para en el plazo de 12 meses refundir en un único texto la LGDCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictada en materia de protección de consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella.

Así llegamos a la promulgación del vigente texto refundido (RD Leg 1/2007) núcleo básico de la protección de consumidores y usuarios, como se afirma en su Exposición de Motivos.

IV. EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS INSTANCIAS NORMATIVAS EN MATERIA DE CONSUMO

La Política de los Consumidores apoya los objetivos enumerados en los artículos 153 y 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, consistentes en promover los intereses, la salud y la seguridad de los consumidores europeos.

Llama la atención, no obstante, que como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, de transposición de diversas directivas en materia de protección de los consumidores y usuarios, "La construcción efectiva del mercado interior, así como su buen funcionamiento, requiere de normas comunes de protección de los consumidores en un espacio europeo sin fronteras interiores, en el que las personas, las mercancías, los capitales y los servicios circulan libremente".

En definitiva, la protección de los consumidores parece construirse, en ocasiones, como instrumental de la construcción del mercado interior, más que en atención a un fin en sí mismo considerado.

El principio de primacía, que consiste en la aplicación del Derecho comunitario a pesar de que exista una norma nacional que lo contradiga, resolverá por lo general los conflictos entre normas comunitarias e internas.

Los mayores inconvenientes surgen en las relaciones entre CCAA y Estado, a lo que dedicamos alguna referencia.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la defensa de los consumidores y usuarios es una materia de contenido heterogéneo o pluridisciplinar, un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias (STC 15/1989, de 26 de enero): "Conviene recordar que la defensa del consumidor es un concepto de tal amplitud y contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definitorias de competencias".

En la actualidad las CCAA tienen asumidas competencias, generalmente exclusivas, en materia de protección de consumidores y usuarios, aunque estas competencias encuentran un límite en la competencia exclusiva del Estado en legislación civil y mercantil (art. 149.1.6ª y 8ª CE) y administración de justicia y legislación procesal (art. 149.1.6ª), lo que comprendería el establecimiento de un arbitraje de consumo.

Por tanto, el ámbito de actuación de las CCAA es el administrativo.

No obstante, en ocasiones, las CCAA imponen obligaciones a las empresas que afectan a aspectos sustantivos de sus relaciones con los consumidores, si bien, dado el reparto competencial al que nos hemos referido, se tratará de obligaciones carentes de sanción, por ser el Estado el único competente para regular cuestiones civiles y mercantiles y de nulidad de los contratos y de sus cláusulas.

En otras ocasiones se impondrán sanciones administrativas por incluir cláusulas abusivas en los contratos, sobre las que volveremos más adelante, siendo posible que previamente dicha cláusula haya sido reputada válida en un procedimiento civil, o simplemente que no haya sido cuestionada. Esto obligará a la empresa sancionada a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Aquí, el juez de lo contencioso-administrativo podría estimar el carácter vinculante de la sentencia civil que estime la validez de la cláusula, o bien estimar que dicho pronunciamiento supondría una falta de culpabilidad en el sancionado en el procedimiento sancionador administrativo, por lo que la inclusión de dicha cláusula no sería sancionable administrativamente por faltar el dolo o culpa del empresario.

En cualquier caso, las esferas competenciales Estado-CCAA no quedan definidas, como reconoce nuestro Tribunal Constitucional, pudiendo dar lugar a actuaciones administrativas que excedan de dicho ámbito y regulen aspectos de derecho material.

V. FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO

De todo cuanto antecede, resulta que los conflictos en materia de consumo se resolverán por los cauces tradicionales: ejercicio de acciones judiciales singulares o individuales y protección administrativa.

No obstante, la mayoría de las reclamaciones de consumo se caracterizan por su escasa cuantía, por lo que el acceso a la vía judicial podría reputarse antieconómico la más de las veces, o la tutela administrativa insuficiente para evitar la reiteración de conductas perjudiciales para los consumidores.

Por ello, en el ámbito del consumo podemos encontrar otras formas de resolución de conflictos alternativas:

Autorregulación (Códigos de conducta). Limitaciones a las que llegan de forma voluntaria los empresarios. Su infracción suele carecer de sanción, salvo que una norma con rango legal expresamente la imponga (art. 71.5.1ª Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía: Incumplir las obligaciones asumidas voluntariamente a través de los códigos de buenas prácticas cuando se haya manifestado la adhesión a éstos en la oferta, promoción o publicidad).

Arbitraje de consumo. Se regula en los artículos 57 y 58 del RD Leg 1/2007, sobre materias de libre disposición (se excluye intoxicación, lesión o muerte, supuestos donde existan indicios racionales de delito).

El Real Decreto 213/2008, de 15 de febrero, regula el Sistema Arbitral de Consumo, sustituyendo al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo. Se aplicará con carácter supletorio la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y para los aspectos administrativos la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del RJAPPAC.

Como novedades, destacamos la nueva regulación del arbitraje de consumo electrónico, y del arbitraje de consumo colectivo.

Según el artículo 90.1 del RD Leg 1/2007, son abusivas las cláusulas contractuales que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales, para un sector o un sector específico (por ejemplo, en materia de agencias de viaje, o de transportes).

Acciones colectivas. A las acciones de cesación, retractación y declarativa recogidas en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y más adelante en otras normas en virtud de la Ley 39/2002, se añade la posibilidad de ejercitar acciones colectivas en protección de los intereses colectivos, en sentido estricto (cuando los perjudicados por un hecho dañoso sea un grupo de consumidores cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables) o difusos (cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación), en los que se podrá solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

La LEC establece diversos artículos particulares que modifican los cauces ordinarios atendiendo a las especialidades propias de la protección de los intereses de consumidores y usuarios.

- Art. 6.1.7º
- Art. 11
- Art. 13.1
- Art. 15
- Art. 52.1.16º
- Art. 54.2
- Art. 78.4
- Art. 221
- Art. 249.4º
- Art. 250.1.12º
- Art. 256.1.6º
- Art. 519
- Art. 711.2
- Art. 728.3

El RD Leg 1/2007 dedica los artículos 53 a 56, ambos inclusive, a las acciones de cesación de las materias que son propias de su ámbito de aplicación, remitiéndose para las demás a la LEC.

Soluciones sectoriales. Por ejemplo, los Comisionados para la Defensa de los Clientes de Servicios Financieros (RD 303/2004). Las reclamaciones dirigidas a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

VI. EL RD LEG 1/2007

Como adelantamos anteriormente, la Ley 44/2006 autoriza al Gobierno para elaborar un Texto Refundido de la Ley 26/1984 y otras normas de consumo.

El Gobierno da cumplimiento a este mandato mediante el RD Leg 1/2007, de 16 de noviembre, publicado en el BOE el día 30 de noviembre y con entrada en vigor al día siguiente. Es una norma extensa, de 165 artículos.

El texto refundido pretende erigirse en núcleo básico de la protección al consumidor, y está integrado por la derogada Ley 26/1984, GDCU, y las siguientes normas complementarias:

- Contratos a distancia de la Ley 7/1996, de 7 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (derogada Ley 26/1991)
- Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (derogada Ley 22/1994)
- Viajes combinados (derogada Ley 21/1995)
- Garantía en la venta de bienes de consumo (derogada Ley 23/2003)

Quedan al margen del Texto Refundido, por tratarse, según la Exposición de Motivos, de ámbitos sectoriales específicos, alejados del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios, las siguientes normas:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información
- Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores.
- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derecho de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Otra extensa normativa de rango reglamentario: precios, etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios, etcétera.

Son muchas otras las normas que inciden de manera más o menos directa en el derecho del consumo a que no se refiere el RD Leg 1/2007, de las que citamos las más destacables:

- Ley 7/1996, de 7 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
- Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles
- Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Seaseguros Privados
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada normativa tributaria
- Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio
- Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico

- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La enumeración sería inabarcable si añadiéramos la normativa sectorial y autonómica y local.

Dado lo limitado del espacio de que disponemos, no nos detenemos en lo aspectos de contenido administrativo del RD Leg 1/2007 (actuaciones administrativas en casos de urgencia y necesidad, Conferencias Sectoriales de Consumo, Registro de Estatal de Consumidores y Usuarios, potestad sancionadora, infracciones y sanciones), de desarrollo del derecho de asociación en cuanto a las asociaciones de consumidores y usuarios (subvenciones a estas asociaciones, régimen de transparencia e independencia), procedimientos judiciales y extra-judiciales (cesación y arbitraje, a los que nos hemos referido anteriormente), etc.

Nos detendremos, por tanto, en los derechos básicos de los consumidores y usuarios, para centrarnos posteriormente en el régimen de la contratación con consumidores y usuarios.

Derechos básicos de los consumidores y usuarios. Son, según el artículo 8 del RD Leg 1/2007, los siguientes:

- La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

El Libro Segundo del RD Leg 1/2007 regula los contratos con los consumidores y usuarios.

Según el artículo 59.1, son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o usuario y un empresario.

Estos contratos se registrarán por el RD Leg 1/2007, las leyes especiales y demás normas civiles y mercantiles. Las normas sectoriales deberán respetar el nivel mínimo de protección dispensado por el RD Leg 1/2007.

Además, los contratos con consumidores que incorporen condiciones generales de la contratación se habrán de sujetar a la Ley 7/1998.

En este sentido, son abundantes las sentencias que de forma técnicamente correcta no han aplicado la derogada Ley 26/1984 a quienes no son estrictamente destinatarios finales de bienes o servicios (ahora, quienes actúan al margen de su actividad empresarial o profesional), pues el bien o servicio está integrado en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Los contratos entre empresarios, según estas sentencias, quedan excluidos de la aplicación de la Ley 26/1984. Por este motivo la Ley 26/1984 no se aplica cuando el bien adquirido en leasing es destinado por el arrendatario a integrarlo en una

explotación empresarial (SAP Huesca, 30 septiembre 1994), o los contratos de crédito estipulados por las entidades de crédito con empresarios o comerciantes (STC 10 febrero 1992).

El riesgo deriva de una jurisprudencia que se aleja de la anteriormente mencionada. Esta línea jurisprudencial aplica por analogía la protección de la Ley 26/1984 (ahora RD Leg 1/2007) al contratante en general, sea o no consumidor, especialmente cuando se aprecia una predisposición de las cláusulas contractuales por parte del empresario dominante en una relación contractual. Así, la SAP de Lérida de 21 de enero de 2000, que consideró consumidor a una cooperativa agraria, o la STS de 18 de junio de 1999 que hizo lo propio respecto de una sociedad agraria de transformación.

Más recientemente, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 3 de marzo de 2009, que aplica correctamente la normativa protectora de consumidores, en contra del criterio de la empresa que vendió a un particular una vivienda y alegó que se trataba de un contrato entre particulares:

"Dicha resolución ha sido apelada por la entidad actora que, en primer lugar, entiende que se trata de un contrato celebrado entre particulares y "no entre un profesional y un consumidor", en cuyo caso cabe discrepar en cuanto a la validez del pacto de repercusión del tributo.

El carácter de consumidor de la demandada no se pone en duda por la apelante; ésta, por otro lado, ostenta el carácter de sociedad anónima y, según ella misma alega, tiene como objeto social la explotación de actividades turísticas y hosteleras y la adquisición de fincas rústicas y urbanas, para "su urbanización y construcción en ella de hoteles, apartahoteles, residencias, chalets y bungalows, estudios y cualquier clase de edificaciones...".

Dicha entidad tiene la condición de empresario y toda su actividad como tal gira, por esencia, en torno a la explotación de la empresa constituida para el cumplimiento de su objeto social, de modo que se trata de un empresario que, además, se dedica a la construcción y explotación de todo tipo de edificaciones turísticas, de manera que la venta de las mismas se integra dentro de esa actividad empresarial".

Estas sentencias fuerzan en exceso criterios interpretativos razonables, confiando una protección a sujetos a los que el Legislador no ha otorgado tan amplio amparo de sus intereses y que habrían de ser tutelados con fundamento en la Ley 7/1998 y la demás normativa general que resulte aplicable, no en las normas de consumo.

En el artículo 60 se determina el deber de facilitar al consumidor información previa al contrato, la cual se referirá, entre otros aspectos, al precio completo y el procedimiento para poner fin al contrato, todo ello con carácter gratuito. Este deber de información persigue que el consumidor pueda formar una opinión fundada acerca del producto o servicio que desea contratar, pero en la práctica se limita, salvo excepciones, a la firma del correspondiente recibí que el empresario conserva para justificar la entrega. Una vez firmado el contrato, según el artículo 63, se entregará al consumidor un documento que recoja las condiciones esenciales de la operación, y las condiciones generales, si las hubiere.

Especialmente relevante es el artículo 61, el cual determina la integración de la oferta o publicidad en el contrato. Las condiciones ofrecidas serán exigibles por el consumidor, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado. Este precepto tiene su origen en la STS de 27 de enero de 1977 (adquisición de una vivienda en una urbanización residencial, que no contaba con los materiales y "modernidades" anunciadas). Posteriormente, numerosas sentencias del TS han aplicado el antiguo art. 8 de la LGDCU: 7-11-1988; 8-11-1996..., al igual que las Audiencias Provinciales: SAP Alicante 16-6-2000; SAP Lérida, 25-4-2002,... la gran mayoría en asuntos relacionados con la vivienda.

El artículo 62 dispone que el consentimiento del cliente deberá ser inequívoco. Igualmente, se prohíben las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, especialmente el derecho a poner fin al contrato cuando este sea de tracto sucesivo (contratos de suministro, por ejemplo). El consumidor podrá poner fin al contrato en la forma en que lo hubiere celebrado (ej. empresas de telefonía).

El Título II del Libro Segundo lleva la rúbrica Condiciones generales y cláusulas abusivas.

Según el art. 80, en los contratos con consumidores que empleen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los promovidos por las Administraciones Públicas y entidades y empresas de ellas dependientes, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez, sin reenvíos a otros documentos que no se faciliten previa o simultáneamente.
- Legibilidad (no obstante, la Ley 7/1998, admite las incompresibles, cuando estén redactadas de acuerdo con la normativa sectorial que resulte de aplicación: ej. TAE —Ley 7/1995—).
- Buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, lo que excluye las cláusulas abusivas.

Por último, en el art. 81 se impone a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles el deber de que en el ejercicio de sus funciones públicas informen a los consumidores y usuarios en los asuntos de su especialidad y competencia. En el art. 84 se determina que no autorizarán ni inscribirán los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. No obstante, según la Dirección General de los Registros y del Notariado, la extralimitación de los Registradores en este sentido es muy posible (Res. 19-4-06) pues “el procedimiento registral no puede sustituir la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho por contravenir el art. 10 bis de la LGDCU”.

Cláusulas abusivas. Nos hallamos ante un concepto de los más empleados y vulgarizados en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios.

Según el art. 82, “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Se añade sobre la redacción anterior de la LGDCU la referencia a “prácticas no consentidas”, por mucho que entre las sanciones en materia de consumo sólo se cite la introducción de cláusulas abusivas en los contratos [art. 49.1.i) RD Leg 1/2007].

Especialmente relevante es el matiz del “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones”.

El artículo 80.2 establece el principio *pro consumatore* en caso de duda sobre el sentido de una cláusula cuando se ejerciten acciones individuales.

En todo caso se reputarán abusivas las cláusulas que:

- vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- limiten los derechos del consumidor y usuario,
- determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

- impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Bajo estas denominaciones, se citan a modo ejemplificativo, en los artículos siguientes, conductas abusivas particulares.

Conforme al artículo 83, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil (al igual que los casos de omisión de información precontractual relevante: art. 65). El juez que declare la nulidad de las cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

Finalizamos aquí el análisis del RD Leg. Han quedado al margen el régimen general del derecho de desistimiento, los contratos celebrados a distancia, los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, las garantías y servicios postventa, la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y los viajes combinados.

VII. LOS PRINCIPALES ÁMBITOS SECTORIALES. ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR FINANCIERO

Según datos procedentes del INC (Balance de consultas y reclamaciones presentadas en las organizaciones de consumidores y usuarios de ámbito nacional), los ámbitos sectoriales con mayor índice de reclamaciones en 2008 son, por este orden: telefonía, servicios financieros, y vivienda (en propiedad y en alquiler).

Telefonía. Los abusos en las comunicaciones dieron lugar a la Ley 44/2006: tarificación por tiempo o servicio exactamente consumido; libertad de desvinculación del contrato,...

Se trata de un sector supervisado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que dicta circulares al respecto.

La infracción de estas circulares, como la de las emitidas por otros supervisores, no puede ser motivo de casación (SsTS 22-2-93, 20-2-02, 20-12-06).

En este contexto hay que tener en especial consideración:

- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, especialmente el art. 38.
- Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.
- RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones electrónicas, el servicio universal, y la protección de los usuarios.
- Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
- Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores.

Vivienda. En materia de vivienda, a diferencia de en los otros dos sectores con más reclamaciones, no hay supervisor, al margen de las competencias administrativas asumidas por el Ministerio de Vivienda y las Comunidades Autónomas.

Las normas más destacadas en materia de consumo son:

- Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación.
- Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas e la construcción y venta de viviendas.
- Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

En especial, el art. 89.3 RD Leg 1/2007 determina que es una práctica abusiva:

La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

Servicios financieros. El órgano supervisor es el Banco de España.

Destacamos las siguientes normas:

- Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho Vigente en Materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas. Define a las entidades de crédito.
- Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios de las entidades de crédito y supervisión en base consolidada.
- Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria.
- Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y régimen de las entidades de crédito.
- Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.
- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

- Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Las normas más recientes, dictadas en la época de crisis, que afectan a los consumidores de forma directa son las siguientes:

- Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica (posibilidad de ampliar el plazo de amortización de préstamos hipotecarios sin coste para el prestatario).
- Real Decreto 1.642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2.606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores (ampliación desde 20.000 hasta 100.000 euros por titular y entidad de las sumas aseguradas por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Sistema de Indemnización de Inversores).
- Real Decreto 1.975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda (posibilidad de aplazar el pago de parte de las cuotas de amortización de determinados préstamos hipotecarios).
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
- Real Decreto 1299/2009, de 31 de julio, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (acceso a derechos consolidados: se suprime la exigencia de 12 meses continuados en situación legal de desempleo para poder acceder al ahorro acumulado, bajo determinadas circunstancias: hallarse en situación legal de desempleo —cuenta ajena— / haber cesado en su actividad —cuenta propia—; no tener derecho a prestaciones contributivas de desempleo; ser demandante de empleo).

Los Comisionados para la defensa de los clientes de servicios financieros. Su regulación se contiene en la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

Son tres: Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, Comisionado para la Defensa del Inversor y Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Participe en Planes de Pensiones.

Aún no han sido designados, por lo que continúan desarrollando sus funciones el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones (Ministerio de Economía y Hacienda).

Son autónomos e independientes en su desempeño. En su nombramiento será oído el Consejo de Consumidores y Usuarios. Podrán colaborar con instituciones protectoras de consumidores y usuarios.

Resuelven quejas (tardanzas, desatenciones), reclamaciones (incumplimiento de contratos, normativa de transparencia y protección de la clientela o de los buenas prácticas y usos financieros que cause perjuicios en los intereses o derechos de los clientes), y consultas (solicitudes de asesoramiento e información).

No es posible que conozcan de un asunto cuando se encuentre o haya sido sometido a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial.

El procedimiento de reclamación del cliente, esquemáticamente, es el siguiente:

1º Reclamación ante la sucursal o servicio en el que surge la controversia (sin sujeción a forma ni a plazo específicos).

2º Departamento de Atención al Cliente / Defensor del Cliente (resuelven en dos meses desde la presentación de la reclamación; pueden resolver en equidad —art. 2.2 Orden Eco 734/2004, art. 3.2 Código Civil).

3º Resuelta la reclamación insatisfactoriamente para el cliente, de forma total o parcial, o transcurrido el plazo de dos meses sin que el Departamento de Atención al Cliente / Defensor del Cliente se haya pronunciado se podrá presentar reclamación al Comisionado.

En 10 días hábiles se informa al interesado del inicio de actuaciones; dentro de dicho plazo, se da traslado a la entidad reclamada para que en 15 días hábiles formulen alegaciones y aporten documentos.

4º Si no hay acuerdo en el procedimiento, se emitirá informe en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de presentación de la queja o reclamación.

5º El informe se notificará dentro de los 10 días hábiles siguientes a su fecha.

El informe que no es acto administrativo, por lo que no es susceptible de recurso. El informe no se puede pronunciar sobre posibles daños y perjuicios irrogados al cliente, ni facilitar valoración económica alguna. No es vinculante para el reclamante ni para la entidad.

Acerca del alcance del informe emitido por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se pronuncia la SAP Madrid, Sección 11ª, de 21 de febrero de 2006:

"[...] al Servicio de Reclamaciones del Banco de España no le compete analizar los asuntos que se centran fundamentalmente en la interpretación y valoración de la eficacia de pactos, cláusulas y condiciones establecidas en el ámbito de relaciones regidas por normas de Derecho privado, ni, por tanto, fijar las consecuencias que de las mismas pudieran derivarse, ya que ello es competencia de los tribunales de justicia, a quienes corresponde el conocimiento y resolución de todas las discrepancias que resulten de las relaciones mercantiles concertadas entre los interesados. En definitiva, el informe que se emite por mencionado Servicio al resolver las reclamaciones —sobre la existencia de infracciones de normativa de disciplina o quebrantamientos de las buenas prácticas y usos bancarios—, no es más que una mera opinión de autoridad producida desde la perspectiva del Banco de España, con la que se puede estar de acuerdo o discrepar pero que, como tal opinión, no es susceptible de generar derechos u obligaciones entre las partes, ni constituye, por no tener la naturaleza jurídica de resolución administrativa, un acto dotado de ejecutividad propia ni tampoco recurrible".

BIBLIOGRAFÍA:

Banco de España, Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2008.

Comisión Europea, Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

INC, Balance de consultas y reclamaciones presentadas en las organizaciones de consumidores y usuarios de ámbito nacional (2008).

Lasarte Álvarez, C., Manual sobre protección de consumidores y usuarios, Madrid, 2005.

López Jiménez, J.M.:

Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores, Diario La Ley, núm. 6.852, 2 de enero de 2008.

Más crisis, más Estado, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 778, 2009.

sección de derecho laboral



La extinción del contrato de trabajo por
causas objetivas: causas económicas,
técnicas, organizativas y de producción:
concepto y caracteres, procedimiento y
efectos

Francisco Javier Vela Torres
Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 52 ET recoge las causas objetivas legalmente procedentes de extinción del contrato de trabajo, ocupándose a continuación el artículo 53 de regular el procedimiento, requisitos formales, calificación jurídica y efectos de esta modalidad extintiva, denominada también despido objetivo, por cuanto es el empresario quien, unilateralmente, adopta la decisión de poner fin al contrato.

Las diferentes causas de despido objetivo se clasifican en dos grupos: uno relativo a una pérdida de compatibilidad entre el trabajador y el puesto de trabajo que ocupa (ineptitud del trabajador, falta de adaptación a modificaciones técnicas y faltas de asistencia aun justificadas); y el otro a la amortización de puestos de trabajo por necesidades de funcionamiento de la empresa (causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, entre las que se englobaría la nueva causa de insuficiencia de consignación presupuestaria pública, a que se refiere el añadido apartado e) del precepto).

II. CAUSAS DE EXTINCIÓN

– CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O PRODUCTIVAS

Artículo 52.c) ET:

Extinción del contrato por causas objetivas.- "El contrato podrá extinguirse: [...]"

c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado".

La determinación de las causas extintivas que pueden dar lugar a la utilización del despido objetivo, deben ser delimitadas acudiendo en primer lugar, por expreso mandato del artículo 52.c), al artículo 51.1 ET, donde se regula la figura del despido colectivo. En este último precepto se determina que las causas para extinguir contratos de trabajo son "económicas, técnicas, organizativas o de producción".

Tradicionalmente, la doctrina científica y jurisprudencial ha agrupado las causas extintivas del despido objetivo regulado en el artículo 52.c) en tomo a dos grandes grupos: por un lado, las causas económicas, y por el otro, las técnicas, organizativas o de producción. Para delimitar el contenido de cada una de ellas, utilizaremos esta agrupación, que nos parece de utilidad.

Sin embargo, es preciso realizar una delimitación previa que alcanza a ambas figuras. Respecto de todas las causas de extinción reguladas en dicho artículo 52.c), se determina que la necesidad de amortizar los puestos de trabajo deberá estar "objetivamente acreditada", lo cual significa que deberá documentarse y probarse su existencia.

1. Económicas

Ni en el artículo 52.c) ni en el 51.1 se define con claridad cuál es el concepto de causa económica. Sólo se recogen algunas menciones que pueden sernos de utilidad; así, respecto de las causas económicas se establece una presunción *iuris tantum*, al determinarse que se presume la existencia de las causas económicas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa. Asimismo, en el artículo 52.c) también se hace referencia a la situación económica de la empresa, que debe ser "negativa" para dar lugar a la extinción de los contratos.

El Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia consideran que la situación de crisis económica debe ser actual, pero también sostienen que pueden considerarse incluidos dentro de la misma los supuestos de situación económica futura, pero previsible; es decir, cuando la caída de pedidos, la pérdida de clientes o subvenciones o el estado de la empresa da lugar a la previsible situación económica negativa.

El ET determina que las extinciones contractuales deben "contribuir" a solucionar la situación negativa de la empresa, por lo que se plantea la cuestión de si esa "contribución" alcanza no sólo a su solución automática e inmediata sino a un cierto juicio de flexibilidad al respecto. Cuestión que ha sido definida por el Tribunal Supremo, al considerar que debe existir un juicio de razonabilidad entre las medidas adoptadas y la solución de la situación de crisis, pero sin que pueda exigirse, tal como establece la letra del artículo 52.c), una relación directa automática entre una y otra medida. Bastará, por tanto, con que la extinción de los contratos contribuya, de una manera más o menos directa a mejorar la situación de la empresa. Sería un juicio de conexión entre las medidas adoptadas y las causas extintivas alegadas por la empresa. Así, se debe comprobar "la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados y la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquélla", y para comprobar si la contribución de la medida es "directa y adecuada al objetivo que se persigue [...] y no meramente ocasional, tangencial o remota". (STS de 14 de Junio de 1996 y 24 de Abril de 1996).

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido las siguientes precisiones: a) Para que proceda el despido por causas objetivas no es necesario que la situación económica de la empresa sea reversible (STS 24 de Abril de 1996); b) La extinción procede siempre que contribuya a superar situaciones económicas negativas, aunque no se trate de medida absolutamente necesaria (STS de 15 de Octubre de 2003 y 11 de Junio de 2008); c) La existencia de pérdidas relevantes no justifica por sí misma las extinciones, debiendo la empresa aportar indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido, aunque no es exigible que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis para que los despidos resulten justificados, si no que basta con que pueda contribuir a ello (STS 29 de Septiembre de 2008); Para declarar la procedencia del despido objetivo la situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto o globalidad (STS 14 de Mayo de 1998; y e) La presentación de un plan empresarial de viabilidad no es requisito imprescindible para que proceda la extinción contractual por esta causa (STS 30 de Septiembre de 2002).

Como ejemplos determinantes de esta situación de crisis económica, pueden citarse la desaparición de la mayor parte de los clientes, la reducción de la producción, y la situación económica negativa con pérdidas anuales reiteradas y acumuladas a lo largo de cuatro años;

la reducción o pérdida de subvenciones públicas que recibía del Gobierno regional; la pérdida de una contrata que estaba cedida por la empresa principal; una Fundación pública que se encuentra en situación de pérdidas; la caída de la producción en aumento desde el inicio del período económico; la situación de pérdidas económicas; la disminución de clientela en cuantía suficiente para hacer peligrar la actividad empresarial y la anulación de un concierto económico.

La interpretación dada por los tribunales es que las causas económicas deben ser analizadas teniendo en cuenta la empresa en su conjunto; a diferencia de las causas económicas, técnicas u organizativas, que sí pueden tener aplicación a las entidades inferiores a las empresariales, tales como centros de trabajo o unidades productivas autónomas. En este sentido, la STS de 23 de Enero de 2007 ha declarado que las causas económicas se valoran con respecto a la totalidad de la empresa, de manera que cuando se acredita la existencia de un grupo empresarial han de concurrir en dicho ámbito. En cambio, para las causas técnicas, organizativas o de producción, habrá que tener en cuenta el concreto ámbito de la unidad empresarial (centro de trabajo, área funcional, departamento, etc.) en el que se produce el desajuste o desequilibrio entre las necesidades organizativas o productivas y el volumen de mano de obra (STS de 19 de Marzo de 2002 y 21 de Julio de 2003).

2. Técnicas, organizativas y de producción

Tampoco se determinan con claridad cuáles son las causas técnicas, organizativas y de producción. Únicamente se determina en el artículo 52.c) ET que las extinciones realizadas con arreglo a las causas técnicas, organizativas o de producción deberán llevarse a cabo para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Asimismo, en el artículo 51.1 ET se establece una presunción *iuris tantum*, al determinarse que se considerará que concurren dichas causas cuando las medidas propuestas contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Es decir, las causas técnicas, organizativas y de producción hacen referencia a la mejor organización de los recursos, lo que requiere proceder a reestructurar la organización de la empresa, efectuando la amortización de los puestos necesarios. Estas medidas tienen gran relación con los procesos de descentralización productiva, cuando se procede a reestructurar la empresa, extinguiéndose puestos de trabajo al desaparecer departamentos o necesidades de personal que son prestadas por otras entidades.

Al igual que las causas que veíamos en el apartado anterior, la existencia y validez de las causas técnicas, organizativas y de producción es una cuestión de hecho que debe ser analizada y delimitada por el órgano judicial competente para conocer de la cuestión. Sin embargo, la Ley se ha encargado de establecer una serie de cuestiones o presunciones. Así, tal como acabamos de mencionar, se presume, admitiendo prueba en contrario, que las mencionadas causas existen cuando la extinción de los contratos ayude a garantizar la viabilidad de la empresa, mediante una más adecuada organización de los recursos. Presunción que podrá ser destruida por los trabajadores, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que la Ley no exige una relación directa, causa-efecto entre las causas organizativas y las extinciones producidas. Esto es, la extinción de

los contratos deberá “contribuir” a mejorar la organización de los factores productivos en la empresa, pero no supondrá que, por sí solo, mejorará la organización de la empresa. Incluso es posible el uso de esta causa extintiva con finalidades preventivas, al contrario de lo que hemos visto con los supuestos de causas económicas, procediendo a extinguir los contratos que, *ad futurum*, puedan poner en peligro la viabilidad de la empresa.

La presencia y validez de las causas ha sido delimitada por la interpretación jurisdiccional. Incluso se incluyen dentro de la misma los supuestos de fuerza mayor causados por la anulación judicial de la adjudicación de la plaza en la Administración Pública, y la consecuente obligación de extinción de la plaza (STS de 21 de Enero de 2008 y 28 de Mayo de 2008); la extinción de un contrato de interinidad por la amortización de la plaza del trabajador sustituido (STS de 9 de Junio de 1997); la reducción de la actividad prestada en régimen de subcontrata por una empresa de servicios; la reestructuración y mejora de las instalaciones que hace innecesario parte de la plantilla inicialmente empleada; la informatización de las oficinas centrales y sus delegaciones que lleva aparejado la supresión de un puesto administrativo; la cesación en la actividad de un parvulario público gestionado por un Ayuntamiento; la modificación del concierto existente entre un hospital privado y el Servicio Público de Salud; la supresión de servicio de portería en una comunidad de propietarios; la inversión en maquinaria que aumenta el rendimiento y disminuye la necesidad de mano de obra; la introducción de nuevas técnicas; la adquisición de maquinaria que sustituye el trabajo manual; la rescisión de una contrata de servicios de asistencia técnica no existiendo un puesto de trabajo donde reubicar al trabajador, y el descenso de matrículas en una escuela universitaria. Por el contrario, la STS de 23 de Enero de 2008 ha declarado que no es procedente la extinción basada en la necesidad de reunificar redes comerciales tras la fusión de dos empresas, pues no se acredita la existencia de una real necesidad de adoptar la medida que impida el buen funcionamiento de la empresa.

Como supuesto específico que puede dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debemos citar aquel en que alguna actividad que era prestada inicialmente por la empresa que extingue los contratos, deja de ser prestada por la misma. Las situaciones que pueden darse son diversas. Así, la actividad que era prestada inicialmente por los trabajadores de la empresa pasa a no ejercerse más; o puede darse el caso en que la actividad no sea ejecutada por los trabajadores porque sea realizada por el propio empresario; finalmente, como supuesto central de esta cuestión, se determina que la actividad realizada por el trabajador pase a ser ejercida por una empresa externa y ajena a la entidad que extingue los contratos. Toda descentralización productiva no será causa, no llevará aparejada la extinción automática de los puestos de trabajo que ejercían dicha actividad, sino que serán necesarios una serie de requisitos.

Así, la legalidad de la decisión extintiva tendría su base en la existencia de la externalización de las funciones, y existiendo el necesario nexo causal entre la medida y la decisión, pues ello contribuye a la competitividad de la empresa, siendo razonable y lógico, ya que lo contrario sería una dualidad de prestación de unos servicios innecesarios, que es contraria a la “adecuada organización de los recursos”, que justifica el despido objetivo conforme al artículo 52.c) en relación con el artículo 51.1, ambos del ET.

Concretamente, la solución se encuentra en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo

decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Por tanto, un mero ahorro económico parece que no habilitaría la extinción de los contratos, pero sí lo sería una mejor organización de los recursos de la empresa. La solución se encontraría, por tanto, en la determinación del supuesto concreto, cuestión que plantea necesariamente el análisis del mismo y que supondrá, casi necesariamente la interpretación jurisdiccional de la actuación realizada. Recientemente, la jurisprudencia ha señalado que para que la amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales justifique una extinción por causas objetivas, la empresa debe acreditar que atraviesa dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia; no bastando la mera conveniencia del empleador (STS de 11 de Octubre de 2006).

– DELIMITACIÓN CON EL DESPIDO COLECTIVO

La distinción principal entre el despido colectivo, regulado en el extenso artículo 51 ET con un complejo sistema de negociación colectiva e intervención administrativa, y el procedimiento más automático e inmediato del artículo 52.c) ET no se encuentra, como se desprende de una lectura de ambos artículos, en las causas que dan lugar a la extinción, ya que el artículo 52.c) remite literalmente al artículo 51.

La clave se encuentra en el número de trabajadores afectados, y no en las causas alegadas para la extinción.

Así, el artículo 51.1 ET delimita que se está ante un despido colectivo cuando se extinguen los contratos a:

- Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.
- La extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las causas que ya hemos analizado.

Además, junto al cuadro proporcional que hemos expuesto, el propio artículo 51.1 ET se encarga de establecer una serie de normas antifraude. Así, para el cómputo del número de extinciones de contratos, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.e), siempre que su número sea, al menos, de cinco. Asimismo, cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.e) ET en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

Es decir, toda extinción de contratos fundada en la causa objetiva del artículo 52.e), que afecte, en su conjunto, a un número de trabajadores igual al que acabamos de exponer, dejará de ser un despido objetivo regulado en el artículo 52.e) para pasar a ser un despido colectivo regulado en el artículo 51.1 ET. La jurisprudencia ha declarado que no puede califi-

carse como un despido colectivo la extinción en la que no aparecen ni se invocan las causas del artículo 51 del ET, por más que el número de trabajadores supere los correspondientes umbrales numéricos, pues el despido colectivo exige que los ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción (STS de 22 de Febrero de 2008 y 29 de Mayo de 2008).

III. REQUISITOS FORMALES DEL DESPIDO OBJETIVO

Hasta tal punto se ha puesto énfasis en los aspectos rituales que la reforma del año 1994 introdujo, como es sobradamente conocido y ha sido comentado hasta la saciedad, un trato diferenciado para tales incumplimientos respecto al despido disciplinario que, hasta aquel momento, había actuado como "modelo". Si allí asistimos, como se ha dicho reiteradamente, a una reducción del ámbito de la nulidad y una ampliación de la improcedencia al pasar la transgresión de los requisitos de forma de uno a otro extremo, en el despido objetivo la ausencia de tales exigencias (en concreto, la comunicación escrita y la puesta a disposición de la indemnización) sigue acarreado la nulidad del acto extintivo decidido por el empresario. Medida legislativa contestada inmediatamente por la doctrina por injustificada e incomprensible.

Podemos considerar que son tres las exigencias formales para el despido objetivo a tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 53. Ahora bien, sin perjuicio de ulteriores matizaciones, únicamente la ausencia de comunicación escrita y la puesta a disposición de la indemnización acarrearán la calificación de nulidad, mientras que la falta de preaviso y/o licencia puede suplirse por una compensación económica.

1. La comunicación escrita al trabajador

Artículo 53.1.a) ET:

1. "La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador, expresando la causa".

Uno de los temas que más interés ha suscitado en sede doctrinal y judicial es el relativo al contenido de la comunicación escrita, puesto que, de entrada, existe cierta dificultad a la hora de concretarlo y de determinar su grado de detalle, habida cuenta que el precepto legal hace referencia a la causa del despido y no a los hechos que lo motivan.

De esta forma, en un intento de hallar un ajustado término medio se ha descartado por su insuficiencia una mención genérica de la causa o una alusión, sin más, a la letra del precepto en la que se ampara el empresario para despedir, pero sin llegar al extremo de exigir una enumeración absolutamente exhaustiva de los hechos que motivan la necesidad de amortizar el puesto de trabajo que, no obstante, deben constar con cierto detalle. El TS en la Sentencia de 22 de febrero de 1993 vino a sentar tres premisas básicas en este tema: 1) se trata de una calificación jurídica que debe tener en cuenta una gran variedad de circunstancias concretas dejando, por tanto, un amplio margen de apreciación al juez; 2) no obstante lo anterior, cabe la revisión en aplicación si la valoración se ha apartado manifiestamente del criterio de la suficiencia marcado por la doctrina jurisprudencial; y 3) no exige exhaustividad en la consignación de las conductas imputadas.

Por tanto, en consolidada doctrina del TS cabe entender que “[...] aunque no impone una pormenorizada descripción de aquellos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa [...] y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la sala [...] cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de las partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador...” (STS de 9 de Diciembre de 1998 y 18 de Enero de 2000).

Es lógico que el contenido “suficiente” sea diverso en relación a cada una de las causas legales, si bien en todos ellos el mínimo exigible se reconduce a enumerar con cierto detalle los hechos en los que se basa la decisión para permitir al trabajador un adecuado conocimiento de la causa utilizada para despedir a fin de poder preparar su defensa. Ahora bien, también se han encargado la doctrina y la jurisprudencia de resaltar, en especial con la causa económica incluida entre las contenidas en la letra c) del artículo 52 ET que, si bien deben constar los datos esenciales sobre la situación económica de la empresa y su conexión con la medida adoptada, en este momento el empresario no tiene por qué acreditar la realidad ni la suficiencia de tales razones ni adjuntar documento alguno, dado que esto queda para un momento ulterior que sería, lógicamente, el del posible control judicial.

Es lugar común en la doctrina *iustlaboralista* y en la propia jurisprudencia el poner de manifiesto que, en esencia, lo que se pretende con la exigencia de notificación por escrito de los hechos motivadores del despido es facilitar al trabajador la preparación de su defensa ante los tribunales de justicia. Como se ha señalado, con ello se busca “evitar la decisión precipitada, conseguir una declaración de voluntad meditada, clara y completa, concretar el momento de perfección del acto voluntario, facilitar la prueba de dicho actor y contribuir a una mayor seguridad en el tráfico jurídico” (STS de 30 de Abril de 1990 y 13 de Diciembre de 1990).

La jurisprudencia, habida cuenta esta incontestable finalidad, ha puesto, si cabe, más énfasis en el contenido de la carta en este tipo de despido y ello porque, en especial en relación a las causas empresariales el trabajador puede no tener noticia alguna de los hechos alegados por el empleador puesto que estamos lejos de un comportamiento imputable al mismo (propio del despido disciplinario) y que, por eso mismo, se supone que al menos conoce vagamente.

2. Puesta a disposición de la indemnización

Artículo 53.1. b) ET:

1. “La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

[...]

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c) de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquellos abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”.

Este segundo requisito “formal” es uno de los aspectos diferenciales más señalado respecto al despido disciplinario. La finalidad de la puesta a disposición de la indemnización en el momento mismo de notificar la decisión extintiva responde seguramente a la necesidad de garantizar que nadie sea despedido sin ser indemnizado o, como se ha señalado, estamos ante una especie de adelanto de los efectos del despido mismo.

No han sido pocas las interrogantes que han surgido del empleo por el legislador de la formulación “puesta a disposición” que, a todas luces, parece tener un significado distinto al de entrega efectiva pero también mucho más incisivo que ofrecimiento. Los tribunales de justicia se han enfrentado en numerosas ocasiones a esta cuestión. Así, el primer requisito que impone la formulación legal es el de la “efectividad”, de forma que el propio TS en Unificación de Doctrina ha señalado reiteradamente que “el mandato legal sólo puede entenderse cumplido si, en el mismo acto en que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley le confiere” (STS de 29 de Abril de 1998 y 17 de Junio de 1998).

Ahora bien, caben distintas fórmulas para entender cumplida la exigencia legal; entre otras, se ha considerado admisible la entrega de un cheque, de un pagaré, una transferencia bancaria o también cuantificar la indemnización y señalar el lugar y momento (sin solución de continuidad) en que el trabajador puede hacer efectivo el pago, tales como los locales de la empresa, el despacho del letrado de la misma y otros análogos.

El trabajador, por tanto, debe poder hacer efectiva la suma dineraria sin sujeción a condición alguna, a salvo la firma de un recibo de la cantidad. Lo anterior viene a suponer que la negativa del trabajador no obsta el cumplimiento por parte del empresario de su obligación legal.

El legislador hace referencia, como es sobradamente conocido, a una indemnización mínima y tasada. Si bien no nos corresponde abordar el tema del cálculo de la misma, sí queremos hacer somera mención a una temática que se ha demostrado bastante polémica en relación a la responsabilidad del FOGASA, en concreto la relativa a si en aquellos supuestos en que la responsabilidad de aquél es principal y directo por el importe correspondiente al 40 por 100 de la indemnización (empresas de menos de 25 trabajadores ex arto 33.8 ET) el empresario cumple si pone a disposición del trabajador exclusivamente el 60 por 100 restante. En este sentido, el TS en su Sentencia de 31 Octubre 1996 vino a considerar que “[...] lo que procede no es calcular en primer lugar el 60 por 100 de tal indemnización legal e imputar el 40 por 100 sin limitación alguna al FOGASA; sino calcular en primer lugar dicho 40 por 100 pero con las limitaciones previstas en la ley, que es de lo que queda liberada la empresa, que debe satisfacer la diferencia resultante de restar la cuantía de dicho limitado porcentaje del total de la indemnización, pues en caso contrario el trabajador no percibiría la totalidad de la indemnización a que tiene derecho”.

La puesta a disposición viene sometida también a una exigencia temporal pues no es suficiente la que se produce en cualquier momento sino que ha de ser “simultánea” a la

comunicación por escrito. Simultaneidad de la que se han ocupado los tribunales que han vetado cualquier tipo de retraso por parte del empresario, entendiéndose que el tenor literal del precepto implica que “en el mismo acto, sin precisión de otro trámite o quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley le confiere”. Ello no admite más que una interpretación consistente en que tanto la falta de puesta a disposición como el simple retraso llevan aparejado el mismo efecto jurídico que no es otro que la nulidad del propio acto extintivo (STS de 13 de Octubre de 2005 y 2 de Noviembre de 2005).

La Ley 42/1994, 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en consonancia con otras medidas que integran lo que se ha dado en llamar la “flexibilidad de salida”, introdujo una excepción a la obligación legal enunciada que viene referida a la posibilidad de no poner a disposición la indemnización en supuestos de la letra c) del artículo 52, aunque sometida a determinadas exigencias en cuanto a la causa y la forma; esto es, que la excepción no juega de forma automática.

– Requisitos para que opere la excepción:

1. Tiene que tratarse de un despido fundado en la letra c) del artículo 52 ET y, más en concreto, que responda a causas económicas.

2. Van a ser las propias razones que motivan el despido las que impidan al empresario poner a disposición del trabajador, en dicho momento, la indemnización correspondiente. Esto es, para que entre en juego la excepción debe existir un motivo justificado, dimanante de la propia situación económica esgrimida, que haga imposible la puesta a disposición.

3. Viene sometida a un requisito formal consistente en hacer constar en la comunicación escrita al trabajador la imposibilidad de hacer frente a la puesta a disposición de la correspondiente indemnización, con consignación de las causas que determinan dicha imposibilidad y el montante de la indemnización. La jurisprudencia ha declarado que los problemas de liquidez que impiden a la empresa poner a disposición del trabajador la indemnización junto con la comunicación de cese deben ser probados por aquella y no le basta con acreditar la causa económica invocada para despedir, sino que debe probar que en la fecha de la carta —y no después— la empresa se encontraba en estado de falta de liquidez y no podía pagar la indemnización (STS de 17 de Julio de 2008).

3. El requisito del preaviso

Artículo 53.1.c) ET:

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

[...]

c) “Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.e), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”.

El despido que ahora nos ocupa viene condicionado a la existencia de un preaviso de treinta días (naturales), con una pretendida finalidad de que el despido no sea súbito, inopinado, intentando evitar efectos perjudiciales para el trabajador y, asimismo que éste pueda en ese lapso temporal buscar otro empleo. Además, hay que tener en cuenta que viene a supo-

ner que el trabajador desde este momento previo puede anticipar la acción contra el despido, como expresamente prevé el apartado 2 del artículo 121 LPL.

El plazo de preaviso vino unificado a la baja tras la reforma del texto del ET por la Ley 11/1994 que elimina todo género de diferencia de trato anterior basada en la antigüedad del trabajador, medida que supuso, de camino, un abaratamiento en los costes del despido objetivo. Ahora bien, como ya pusimos de manifiesto, el incumplimiento de este requisito no viene sancionado con la nulidad del correspondiente despido sino que es “intercambiable” con el abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos.

4. La entrega a los representantes de la copia del escrito de preaviso

El segundo párrafo de la letra e) del artículo 53.1 que viene a establecer que “en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”, causa cierta perplejidad. El problema deriva de la misma referencia a un supuesto “escrito de preaviso” del que no se ha hablado con anterioridad. Teniendo en cuenta que el único escrito que menciona el precepto legal es la comunicación de la causa al trabajador recogida en la letra a) del mismo artículo, ésta sería la ubicación más correcta también para la regla que ahora nos ocupa. Así lo ha entendido la jurisprudencia al considerar que en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no hay que comunicar a la representación de los trabajadores el escrito de preaviso, sino la propia carta de despido, pues el preaviso no extingue el contrato e incluso la no concesión del mismo no anulará la extinción (STS de 18 de Abril de 2007).

IV. CALIFICACIÓN Y EFECTOS DEL DESPIDO OBJETIVO

Artículo 53.3 a 5 ET:

3. “Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario.

4. Cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado uno de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiera la letra i) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo

37 de esta ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

5. La declaración por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador deberá reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización".

1. Despido procedente

La declaración de la procedencia del despido objetivo implica el cumplimiento de los requisitos formales y la concurrencia de la causa alegada por el empresario, y en consecuencia,

- confirma la extinción del contrato;
- genera el derecho en el despedido de retener en firme o consolidar la indemnización puesta a su disposición por el empresario al notificarle el despido;
- determina el derecho a percibir la diferencia que pudiera existir entre la cantidad recibida en concepto de indemnización y la que proceda legalmente (la STS de 4 de Octubre de 2007 indica que la Sentencia de suplicación condenará, de oficio, al pago de las diferencias que puedan existir entre la indemnización satisfecha al trabajador y la que le corresponda, en caso de revisar al alza el salario regulador de la misma, liberando al trabajador de la necesidad de acudir a un procedimiento en reclamación de cantidad);
- condena a la empresa al abono del salario correspondiente al periodo de preaviso, cuando éste no se hubiera cumplido, o de las diferencias que pudieran existir entre la cantidad abonada y las que legalmente correspondan por tal concepto (artículo 123.1 ET).

La indemnización que corresponde es la legal y no la superior que pudiera haberse establecido mediante cláusula prevista en contrato en aquellos supuestos de extinción de la relación por voluntad de la empresa que invoca ante la autoridad administrativa la concurrencia de causas, generalmente económicas, que habilitan para la adopción de la decisión extintiva. Tal limitación no opera en el caso de una rescisión unilateral del contrato. La opción de la indemnización legal sobre la pactada no procede en aquellos supuestos en que tal cláusula se hubiere pactado en un momento en que ya concurriera la causa de despido alegada.

2. Despido improcedente

La falta de acreditación de la causa alegada en la comunicación escrita de despido determina la declaración de improcedencia de despido por causas objetivas, generando las mismas consecuencias que la declaración de improcedencia de los despidos disciplinarios.

Tal consecuencia no se deriva del incumplimiento de determinados requisitos formales, que determinan la declaración de la nulidad de la decisión extintiva referida a los despidos por causas objetivas.

En consecuencia procederá el ejercicio de la opción legal entre:

- La readmisión del trabajador, con el consiguiente reintegro al empresario del importe de la indemnización que le hubiera hecho efectiva [art. 53.5.b) y art. 122.3 LPL].

El trabajador habrá de reintegrar la indemnización percibida, pero no la cantidad que en su caso hubiere recibido en concepto de falta de preaviso.

- La confirmación del despido, sustituyendo la readmisión por una indemnización igual a la que le correspondería en caso de despido disciplinario improcedente, es decir, cuarenta y cinco días por año de servicio, con el límite de cuarenta y dos mensualidades, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año.

Para los nuevos contratos de fomento del empleo indefinido esta indemnización se reduce a treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de veinticuatro mensualidades en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera Apartado 4 de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

Para evitar supuestos de enriquecimiento sin causa, de la indemnización prevista por la Ley se ha deducir el importe de la indemnización que el empresario hubiera puesto a disposición del trabajador, artículo 53.5.b). Se ha de proceder pues a recalcular la indemnización y compensar 8 las cantidades derivadas de la indemnización ya recibida y la correspondiente al despido improcedente. Esta operación de compensación no afecta en modo alguno a las cantidades en concepto de incumplimiento de preaviso. La razón es que el preaviso, y su fórmula alternativa, constituyen una obligación empresarial que nace, produce sus efectos y culmina, con anterioridad a los efectos del despido.

La declaración de improcedencia del despido por causas objetivas, al igual que para el despido disciplinario da derecho en todo caso al trabajador despedido a la percepción de los salarios de tramitación correspondientes al período comprendido entre la fecha del despido y la readmisión o la notificación de la sentencia (art. 123.2 LPL). La cuantía correspondiente al período de preaviso, tanto si la empresa abonó el salario correspondiente a dicho período de preaviso, como si procedió al abono de la indemnización sustitutoria, plantea dudas interpretativas acerca de la inclusión en tal concepto de las cuantías correspondientes a salarios de tramitación. La jurisprudencia ha resuelto dichas dudas al señalar taxativamente que no cabe descontar del importe de los salarios de tramitación la cuantía correspondiente al plazo de preaviso inobservado por la empresa, puesto que ambos son retribuciones correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que ya está extinguido (STS de 21 de Septiembre de 2006 y 15 de Enero de 2008).

La opción referida entre readmisión o indemnización, al igual que en el despido disciplinario, corresponde a la empresa salvo que se trate de representante legal o sindical de los trabajadores, en cuyo caso corresponderá al trabajador afectado. Así mismo, la opción corresponderá al trabajador cuando así se haya pactado expresamente en el convenio colectivo o en el contrato individual de trabajo (STS de 26 de Julio de 2005).

En los supuestos de despidos objetivos por necesidad de amortización de puestos de trabajo, si el empresario no respeta la prioridad de permanencia en la empresa de representantes de los trabajadores, la calificación adecuada para los ceses de dichos representantes

será la de improcedencia, puesto que gozan de una protección con un marcado carácter instrumental como garantía del desempeño de funciones representativas.

3. Despido nulo

Procederá la declaración de nulidad del despido, declaración que ha de realizarse de oficio por el juez, cuando la decisión extintiva incurra en:

1) Defectos de forma: "cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo" (art. 53.4 ET), defectos que consisten en:

- Omitir la comunicación escrita de despido.
- Omitir expresamente en la comunicación la causa o causas del despido.
- No poner a disposición del trabajador la indemnización legal, a que se refiere el artículo 53.1.b) ET 15, salvo en los supuestos en que no sea legalmente exigible. El incumplimiento de tal obligación concurre tanto si existe un incumplimiento total, como si se realiza de forma extemporánea, o en cuantía insuficiente, salvo que se trate de un error excusable en el cálculo de la indemnización. La jurisprudencia ha declarado como error excusable el haber tomado como salario regulador de la indemnización el percibido por trabajadora con jornada reducida por cuidado de hijo (STS de 24 de Octubre de 2006). Por el contrario, será considerado error inexcusable no computar en la antigüedad del trabajador para el cálculo de la indemnización, los servicios prestados al amparo de un contrato de trabajo en prácticas (STS de 25 de Octubre de 2006). En cualquier caso habrá que estar a las concretas circunstancias de cada supuesto para determinar si el error es excusable o inexcusable.
- Recientemente la jurisprudencia ha considerado nulo el despido objetivo por causas económicas sino se ha entregado copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, pues este requisito forma parte de la propia formalidad del despido objetivo y su quebrantamiento implica la nulidad por razones formales (STS de 18 de Abril de 2007).

2) Defectos de fondo, cuya casuística se ha ido ampliando en sucesivas reformas legales, pudiendo sistematizarse en la siguiente enumeración:

- Si la decisión extintiva tuviese como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley (art. 53.4 ET).
- Si la decisión extintiva se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 53.4 ET) 17.
- Por acogerse a la modalidad de despido objetivo, en la modalidad de causa económica, "en períodos sucesivos de noventa días", y "con el objeto de eludir" la regulación del artículo 51.1 sobre despidos económicos colectivos. Se trata de un despido nulo por efectuarse en fraude de ley [art. 122.2.d) L.P.L.]. Este último supuesto hace referencia a la conversión en individuales de despidos colectivos por dejar transcurrir el tiempo con el objetivo de eludir la aplicación del régimen jurídico específico de dichos despidos colectivos, produciéndose en consecuencia un resultado prohibido por el ordenamiento, y pretender eludir así los mecanismos de consulta y control sindicales y públicos.
- Cuando el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes situaciones, salvo que el despido se fundamente en motivos ajenos a los mismos:

- contrato suspendido por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción, acogimiento, o si la decisión se notifica en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período;
- en situación de embarazo, desde su inicio hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad;
- disfrutando el permiso por lactancia, así como las situaciones de reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años o un minusválido; o lo hayan solicitado.
- hayan solicitado la excedencia para el cuidado de un hijo o para el cuidado de un familiar (art. 53.4 ET).

El empresario podrá destruir la presunción legal de fraude de ley probando la concurrencia de causas nuevas que justifiquen la decisión extintiva adoptada.

No procede, pues, la declaración de nulidad por omitirse el plazo de preaviso o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización.

La declaración de nulidad del despido por causas objetivas surte los mismos efectos que la nulidad del despido disciplinario. En consecuencia, se ha de producir la readmisión inmediata del trabajador a su puesto de trabajo —la llamada *restitutio in integrum*— y el abono de los salarios de tramitación. No obstante esta regla de equiparación de los efectos jurídicos de la declaración de nulidad del despido objetivo respecto al disciplinario, se matiza por la concurrencia de las siguientes peculiaridades:

1. Si el trabajador es readmitido ha de reintegrar al empresario el importe de la indemnización recibida, pero no la indemnización por falta de preaviso.
2. Los salarios de tramitación no pueden deducirse de los correspondientes al período de preaviso.

**sección de
extranjería**



La problemática de la representación
en la UCA en particular, en materia de
extranjería

Lorenzo Pérez Conejo
Magistrado-Juez Decano de Melilla
Profesor Titular de DA de la UMA

Suele ser relativamente frecuente que en sede jurisdiccional contencioso-administrativa se impugnen resoluciones administrativas dictadas por las Subdelegaciones del Gobierno y, en ocasiones, Delegaciones del Gobierno como es el caso de Ceuta y Melilla por las que se acuerdan la denegación de entrada, expulsión o devolución del territorio nacional de determinados ciudadanos extranjeros con prohibición de entrada en España por un periodo de un mínimo de tres años y un máximo de 10 años, como responsables de la comisión de la infracción prevista en el art. 53.a) en relación con el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, tras ser detenidos en diversas circunstancias determinantes de estancia irregular, al carecer de pasaporte y visado de su nacionalidad para la entrada en territorio nacional o autorización administrativa para residir, sin que en principio la denegación de entrada, expulsión o devolución lesione ningún vínculo familiar al carecer de arraigo y de medios lícitos de vida en España, constituyéndose tales ciudadanos extranjeros como recurrentes a los oportunos efectos impugnatorios tanto en la vía administrativa como en la judicial, para lo que se les suele designar de oficio el correspondiente Abogado en aplicación de la vigente legislación sobre justicia gratuita.

La pretensión que se ejercita normalmente por la parte actora es el dictado de sentencia por la que declare la nulidad de la resolución impugnada y que no ha lugar a la expulsión del territorio nacional, acordando en el peor de los casos que no procede dicha medida sino que la misma se sustituya por la de multa.

Por la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta de la Administración demandada, se solicita habitualmente una sentencia por la que se inadmita el recurso y, en su defecto, se desestime la demanda, confirmando el acto impugnado por ser ajustado a Derecho.

Pues bien, ante la causa de inadmisibilidad por falta de representación procesal de la parte actora que se suele aducir por la Administración estatal demandada en cualquier momento procesal incluso en el Acto de la Vista, con base en el art. 78.7 en relación con el art. 69.b) de la LJCA (recurso interpuesto por persona no debidamente representada), se trata de una cuestión formal que se ha de dilucidar como tratamiento prioritario en cuanto al orden de pronunciamientos de la concreta resolución que se haya de dictar, ya sea un Auto de inadmisión a trámite del recurso o una Sentencia en la que antes de entrar en el fondo se haya de dirimir previamente si procede admitir o rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración del Estado.

A los efectos de una correcta resolución de la mencionada cuestión de naturaleza formal, a la que se suele oponer la parte actora sobre la base de que su Letrado ha aportado la designación de oficio, debe partirse de los referentes constitucionales.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/03, de 20 de octubre de 2003, señala que dicho Tribunal ha declarado reiteradamente, desde la temprana Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1981, de 8 de junio, que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el artículo 24.1 de la Constitución, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la

tutela judicial efectiva (por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1999, de 14 de junio, F. J. núm. 2).

Ahora bien, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su efectivo ejercicio se encuentra supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan el acceso al proceso, vulnerando la tutela judicial garantizada constitucionalmente (Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1987, de 18 de noviembre).

Por esta razón, también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial (entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 108/2000, de 5 de mayo; y, 201/2001, de 15 de octubre).

Pero también los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impositivos de acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24.1 CE, lo que, sin embargo, no puede conducir a que se prescindan de los requisitos establecidos por las Leyes que ordenan el proceso y los recursos, en garantía de los derechos de todas las partes Sentencias del Tribunal Constitucional 17/1985, de 9 de febrero, y 64/1992, de 29 de abril.

No en vano, ha postulado el Alto Tribunal que el principio hermenéutico "pro actione" opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, de manera que, si bien tal principio no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (Sentencia del Tribunal Constitucional 238/2002, de 9 de diciembre).

En este sentido se señala, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2002, de 25 de febrero, que los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad, favoreciendo de este modo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial.

Y en dicha ponderación es preciso que se tomen en consideración, tanto la entidad del defecto y su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, como su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte, en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado.

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1996, de 30 de septiembre, se dice que si el órgano judicial no hace lo posible para la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable, o impone un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial ya que, como

se señaló en la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/1990, de 20 de diciembre, los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que, si aquella finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto.

En la misma línea argumental nos recuerda la doctrina puesta de manifiesto en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999, que recoge la establecida en Sentencias de 27 de enero de 1990, 17 y 23 de octubre de 1991, 5 de junio de 1993, 26 de marzo de 1994, 18 de junio de 1994, 19 de julio de 1997 y 26 de julio de 1997, según la cual el principio "pro actione", ínsito en el artículo 24.1 de la vigente Constitución y desarrollado en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, obliga a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sin que pueda declararse inadmisibles las acciones por defectos formales a no ser en aplicación de la ley y mediante resolución convenientemente motivada, entendiéndose por tal la que no es irrazonable por inidónea para la consecución del fin del proceso, ni es innecesaria por ser posible la subsanación de defectos formales, ni resulta desproporcionada o excesiva.

A este respecto, debe partirse de la base de que el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que en sus actuaciones ante Órganos Unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones.

Se deduce del citado precepto que, como excepción a la regla general, los Letrados pueden asumir la representación de los interesados en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre que se trate de procedimientos seguidos ante Órganos Unipersonales.

Pues bien, establecida la habilitación legal de los Letrados para asumir la representación y no sólo la defensa de los interesados, hay que determinar cuál es el mecanismo de atribución de dicha representación.

Por lo que se refiere a los Procuradores, el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que el poder en que la parte otorgue su representación al Procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del Tribunal que haya de conocer del asunto; añadiendo que la escritura de poder se acompañará al primer escrito que el Procurador presente o, en su caso, al realizar la primera actuación; y el otorgamiento "apud acta" deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación.

Ahora bien, el poder notarial y la designación de causídico mediante comparecencia ante el Secretario Judicial no son los únicos medios que habilitan la válida postulación del representante procesal (Procurador, o excepcionalmente como permite la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Letrado en ejercicio), pues el propio artículo 23 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil indica que fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del Procurador y del Abogado que les hayan de representar y defender en juicio.

De dicho precepto de la LEC, así como de lo prevenido en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se desprende que el Procurador puede personarse en Juicio

sin necesidad de poder notarial ni comparecencia "apud acta", cuando el mismo es designado de oficio. La razón de dicha distinción no es otra que la que se deriva de la imposibilidad de selección de profesional cuando se es beneficiario del derecho de Justicia Gratuita por lo que en ningún caso puede acudir ante el Notario o el Secretario Judicial para manifestar que otorga su representación ante un determinado profesional, pues en los supuestos del beneficio de Justicia Gratuita, el profesional no es elegido sino designado por el Colegio de Procuradores, y esa designación sirve ante el Juzgado para demostrar quien es el profesional que va a representar a la parte beneficiaria de tal derecho. No obstante, en los procedimientos seguidos ante los Juzgados Unipersonales no resulta obligada la personación del Procurador por lo que el beneficio de justicia gratuita no alcanza a tal prestación.

Así pues, cuando del propio escrito de demanda se deduce que el interesado al menos ha solicitado el beneficio de Justicia Gratuita, razón por la cual el Letrado manifiesta que actúa en virtud de la designación del turno de oficio, omitiendo además el Juzgado cualquier actuación con el beneficiario, hay que reconocer entonces la posibilidad de acreditar la representación mediante la designación de oficio.

Por lo tanto, no es necesario demostrar la representación mediante poder o comparecencia "apud acta", cuando de los datos que se ofrecen en la demanda se desprende que ninguno de estos medios van a ser los idóneos puesto que el interesado es presuntamente titular del beneficio de Justicia Gratuita, y por lo tanto la representación debe acreditarse mediante la "designación" emitida por el Colegio Profesional correspondiente, ya que la parte dada su si procesal.

Por ello ni siquiera puede otorgar poder o representación "apud acta" en favor del Letrado designado por turno, pues él interesado no le selecciona, sino que es la Ley la que establece el mecanismo de designación atribuyendo la competencia para cada caso al Colegio respectivo.

El Abogado o el Procurador del turno de oficio no actúa en virtud del contrato de mandato a que se refiere el artículo 27 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (a falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el Procurador, regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable, arts. 1709 y siguientes del Código Civil) o de un contrato de arrendamiento de servicios, pues falta la voluntad, el consentimiento que conforman dichos contratos, la fuente de la obligación en estos casos no es la autonomía de la voluntad, el negocio jurídico, sino la Ley, y ello de tal manera que si una resolución de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo privase de esta posibilidad no satisfaría el derecho público subjetivo de acceso a los Tribunales, que en cuanto materialización del principio "pro actione" conforma en parte el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

Sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002, siguiendo la jurisprudencia constitucional, ha llegado a manifestar que si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable, o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cierre la vía del proceso, e impida el acceso al mismo, será incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial ya que los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que, si aquella finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la

subsanación del defecto (STC 92/1990, de 23 de mayo; STC 213/1990, de 20 de diciembre, F. 2; STC 172/1995, de 21 de noviembre, F. 2; STC 285/2000, de 27 de noviembre, F. 4; STC 79/2001, de 26 de marzo, F. 6; y, STC 205/2001, de 15 de octubre, F. 4).

De esta manera, pues, la necesidad de dar ocasión a la subsanación del defecto advertido, cuando éste, atendida la ratio de su exigencia procesal, sea susceptible aún de reparación sin menoscabo de la regularidad del procedimiento y sin daño de la posición de la parte adversa, y siempre que, en definitiva, no sea de apreciar una posición negligente o contumaz en el recurrente, depende, pues, no de la existencia de previsiones legislativas específicas en cada procedimiento, sino del contenido normativo del mismo art. 24.1 CE, regla ésta que impone al Juzgador un deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame, sin denegar dicha protección mediante la aplicación desproporcionada de las normas procesales que prevén una resolución de inadmisión o de eficacia equiparable (STC 285/2000, de 27 de noviembre).

Y por lo que se refiere en concreto a los defectos advertidos en el *requisito de postulación o representación procesal de las partes*, en cuanto tema planteado en sede de recurso de amparo, el *Tribunal Constitucional* ha mantenido siempre de forma indubitada que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esta mera formalidad, y siempre que tal subsanación sea posible, de modo que en tales supuestos debe conferirse a las partes la posibilidad de subsanación antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto (STC 123/1983, de 16 de diciembre; 163/1985, de 2 de diciembre; 132/1987, de 21 de julio; 174/1988, de 3 de octubre; 92/1990, de 23 de mayo; 213/1990, de 20 de diciembre; 133/1991, de 17 de junio; 104/1997, de 2 de junio; 67/1999, de 26 de abril, F. 5; 195/1999, de 25 de octubre, F. 2; 285/2000, de 27 de noviembre, F. 4; y 205/2001, de 15 de octubre, F. 4).

A ello debe sumarse que el artículo 119 de la Constitución establece que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Este precepto es instrumental respecto del derecho de acceso a los Tribunales, y por tanto ha de ser interpretado en el sentido menos restrictivo del derecho, es decir "pro actione".

La interpretación de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que no admita la representación procesal del ciudadano extranjero recurrente que designa Letrado por el Turno de Oficio pero después no formaliza el apoderamiento, no es "pro" sino "contra" el ejercicio de tal derecho y en todo caso desproporcionada: en primer lugar, porque entiende que existe falta de "interés" en el titular del derecho para el ejercicio de la acción ante los Tribunales, cuando dicha presunción ha de ser contraria pues el interesado demostró que quería ejercitar acciones desde el mismo momento en que solicitó la designación de Letrado del Turno de Oficio y consecuentemente también el Beneficio de Justicia Gratuita; y, en segundo lugar, porque para constatar si efectivamente se mantiene el "interés" en el ejercicio de la acción, en lugar de requerir personalmente al "interesado", formula el requerimiento al "Letrado".

Se produce pues la *paradoja* de que no reconociendo la representación del "Abogado" es a él a quien se le dirige el acto de comunicación procesal cuando a quien debe dirigir el Juzgado el oportuno requerimiento de subsanación es al "interesado", tal y como previene el artículo 23 de la LJCA, y no al Letrado al que no reconoce la calidad de representante del litigante y por lo tanto al que no debe entender habilitado tampoco para recepcionar el requerimiento,

imponiéndose una labor, la de búsqueda de su cliente en un plazo perentorio, que excede de las obligaciones asumidas por dicho profesional.

A todo lo cual hay que añadir que una decisión por parte del Juzgado como la antedicha provoca la *caducidad del ejercicio del derecho* dado el plazo improrrogable que establece la Ley para la interposición del recurso contencioso-administrativo, por lo que la inadmisión implicaría la firmeza, inmutabilidad e invariabilidad de la decisión administrativa, determinándose así la desproporcionalidad de la medida pues el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* ha recordado, en la Sentencia 61/03, de 28 de octubre de 2003, Caso Stone Court Shipping Company, SA contra España, que la regulación de las formalidades y plazos a cumplir para presentar un recurso trata de garantizar la buena administración de la justicia y, concretamente, el respeto del principio de seguridad jurídica; que, sin embargo, las limitaciones que tal regulación comporta no pueden restringir el acceso abierto a un justiciable de forma o hasta un punto tales que su derecho a un Tribunal se vea vulnerado en su propia sustancia; y, en fin, que solamente se concilian con el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales si tienden a un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Pues bien, como quiera que la inicial solicitud de designación de Letrado del Turno de oficio comporta y así ha de ser interpretado la encomienda en el mismo de las gestiones necesarias para el triunfo de la pretensión y entre las actuaciones del Abogado no resulta desmesurado entender que las mismas incluyen la posibilidad de ejercicio de acciones ante los Tribunales, que es la función fundamental de los Letrados, pues en la vía administrativa previa, esta intervención es excepcional y la Ley solo la concibe cuando los intereses en juego afectan a derechos fundamentales o de especial trascendencia.

Y las normas deben ser interpretadas en sentido favorable al ejercicio de los derechos, de tal manera que cabe preguntarse si ante un acto administrativo que impone una sanción, o una privación de derechos al interesado y que además es notificada a su Letrado a quien la Administración si considera representante es más favorable para los intereses de la parte entender que no quiere discutir dicha sanción ante los Tribunales o que quiere que estos examinen la legalidad de dicha actuación.

La respuesta no puede ser sino esta última pero además la falta de recursos económicos supone que la parte no puede encomendar la gestión sino al profesional que le ha sido designado y que además la desestimación de la pretensión no va a tener efectos económicos desfavorables pues como establece el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en el caso expresamente señalado en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 36.2), según el cual cuando en la Sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido, éste quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna, de donde se infiere también que la tutela de los derechos deben hacer presumir que la parte está interesada en el ejercicio de las acciones ante los Tribunales.

Y a este respecto ha de señalarse que el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sólo permite comparecer por sí mismos a los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, de tal manera que fuera

de este supuesto la representación ha de conferirse como regla general a un Procurador, si bien dicho precepto también permite que la representación sea conferida a un Abogado.

Pudiera entenderse que el Letrado no puede asumir la representación de la parte, en cuyo caso sería de aplicación el artículo *el artículo 21 de la Ley 1/1996*, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando establece que si conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté conociendo del proceso estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el nombramiento provisional de Abogado y de Procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad. En tal caso, pudiera utilizarse dicha prerrogativa pero lo que no se puede optar es por archivar las actuaciones tras un requerimiento innecesario pues lo que no puede exigirse en estos supuestos es el otorgamiento de la representación mediante poder o comparecencia "apud acta".

Por su parte, el *artículo 27 de la Ley 1/1996*, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, establece que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de Abogado y, cuando sea preciso, de Procurador de oficio.

En el caso que nos ocupa no resulta precisa la designación de Procurador, no existiendo inconveniente para que el Letrado asuma la representación de la parte pues la designación de oficio no limita la misma a la defensa y el propio *artículo 8* del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, establece que el Abogado podrá ostentar la representación del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones.

Por otro lado, el *artículo 22 de la Ley 1/1996*, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, prescribe que los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios territoriales regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición, por lo que se debe garantizar el ejercicio de los derechos, siendo los principios rectores el de funcionalidad y eficiencia en la aplicación de los fondos públicos, los cuales propugnan que si no es imprescindible la representación por un Procurador se pueda asumir la misma por un Letrado, lo que evidentemente es menos gravoso para el erario público pues no se han de abonar los honorarios de dos profesionales y más operativo pues no se precisan múltiples designaciones, por todo lo cual acreditada la designación del Abogado por el turno de oficio se hallaría habilitado para asumir la representación de su cliente ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo que corresponda, sin necesidad de tener que procederse por el beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita a formalizar el apoderamiento mediante poder notarial o comparecencia "apud acta".

En definitiva, los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales, pero todos ellos son, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal (SSTC 107/84, 99/85 y 115/87), por lo que en orden a la representación procesal en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo hay que estar al binomio art. 24 CE - art. 23 LJCA.

Para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del

instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 octubre), sin perjuicio del mecanismo del poder "apud acta" (art. 24 LEC).

Ahora bien, en virtud de la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tamiada en su exégesis por la STC Pleno núm. 95/2003, de 22 mayo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/1996, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todo extranjero que quiera litigar ante los Tribunales españoles, ya se encuentre en España o en el extranjero, resultando constitucional el término "residan", cuando se entiende referido a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a tal expresión un significado técnicamente acuñado de "residencia autorizada administrativamente".

El *art. 7 de la Ley 1/1996* preceptúa que la asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución, pero no se puede aplicar a un proceso distinto.

Por otro lado, si bien las dudas que aquí se suscitan, se reflejan en el ámbito de un proceso jurisdiccional, previamente al mismo habrá de haberse seguido un procedimiento administrativo, en cuyo seno se habrán reflejado asimismo dudas en torno a la representación del extranjero.

A este respecto, hay que tener presente que el extranjero no se halla en territorio español por su voluntad, y que la intención del mismo es entrar o permanecer en España, siendo por y para ello asistido de un Letrado de Oficio, reconociéndosele el derecho de asistencia gratuita siempre que carezca de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y el Reglamento que la desarrolla aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio.

Sobre esta cuestión, la *Sala Tercera del Tribunal Supremo* interpretando el art. 7 de la mencionada Ley de 1/1996, ha mantenido de manera reiterada (ATS de 17 de noviembre de 1998, ATS de 16 de marzo de 1999 y ATS de 17 de enero de 2000, entre otros) que el citado precepto "no sólo mantiene el derecho a la asistencia jurídica gratuita para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la instancia (apdo. 2), sino que también establece el *deber de los profesionales designados* de continuar prestando su asistencia a quien tiene reconocido tal derecho, cuando el órgano jurisdiccional que ha de conocer del recurso tiene su sede en la misma localidad en que radica el que ha dictado la resolución recurrida o que se intenta recurrir".

Por otra parte, hay que tener en cuenta que los extranjeros son también titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20 de la LO 4/2000 modificada por la Ley 8/2000), cuya regulación ha de ser igual para los españoles y para los extranjeros (STC 107/1984, de 23 de noviembre y STC 99/1985, de 30 septiembre, entre otras), por lo que conjugando el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de asistencia que tiene el Letrado designado de oficio respecto al extranjero, no resulta necesario que el extranjero tenga que manifestar su propósito expreso de recurrir la denegación de entrada, la orden de expulsión o devolución, siendo además casi imposible de obtener dicha intención o voluntad, por lo que quedaría en una situación de indefensión, no siendo necesaria tampoco ninguna formalidad al respecto para que el Letrado designado de Oficio continúe representando y defendiendo al extranjero en vía jurisdiccional, para evitar de nuevo quedar en situación de indefensión.

De otro lado, interpretando el *art. 12 de la Ley 1/1996*, de 10 enero, a la luz del art. 24.1 CE, el Letrado designado de Oficio puede solicitar el beneficio de justicia gratuita, incluso la

designación de un Procurador de Oficio si fuese necesario para el recurso de apelación que se pueda formular ante la Sala.

Cuestión distinta es que se conceda o no el derecho al beneficio de justicia gratuita por parte de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita si se estima que el extranjero no reúne los requisitos legales para ello, pero una vez concedida, como suele acontecer en los supuestos de autos, *el Abogado designado legalmente no necesita ningún tipo de apoderamiento notarial o "apud acta" para poder interponer el pertinente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al que por turno corresponda.*

A mayor abundamiento, cabe decir que el Letrado designado inicialmente, en la frontera o en la Comisaría, para asistir al extranjero es su *representante* a los efectos del art. 32.3 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, pues todavía no existe vía jurisdiccional contencioso-administrativa sino mera vía procedimental administrativa.

Y si bien es cierto que sólo por esta representación ante la Administración no puede deducirse que el Letrado tenga un encargo más allá de la actuación administrativa que se esté realizando respecto del extranjero, no lo es menos que como en todo negocio jurídico, se debe estar a otros posibles criterios hermenéuticos, además del teleológico, de manera tal que si en el documento donde el Abogado es designado para la asistencia existen términos que se puedan asimilar a las cláusulas de los contratos a los efectos de su interpretación y que permitan entender que la asistencia continúa con la interposición del recurso administrativo, y la Administración, en su caso lo resuelve, la *doctrina de los actos propios de la Administración*, en primer lugar, y la *interpretación de la representación conforme al criterio contractual de la mayor eficacia del contrato* ("ex" arts. 1284 y 1289 del vigente Código Civil de 24 de julio de 1889) actuarían a favor de considerar que el Letrado ostenta la representación procesal del ciudadano extranjero recurrente en sede jurisdiccional, ya que no existe basamento para inferir que el extranjero renuncia a su derecho a ejercer la tutela judicial efectiva, máxime cuando la renuncia de derecho no se presume (art. 6.2 del Código Civil vigente de 24 de julio de 1889).

Por otra parte, si la Administración resuelve el recurso administrativo interpuesto por el Abogado en nombre y representación del extranjero, aun cuando los actos propios de la Administración no incidan en las leyes procesales, lo cierto es que también se considera que los recursos administrativos son presupuestos del proceso jurisdiccional, por lo que sería un contrasentido negar la representación a un Letrado para ejercer la acción jurisdiccional si posee la misma representación para realizar el presupuesto del proceso.

A todo lo cual hay que añadir, como se ha puesto de manifiesto "supra", que el Tribunal Constitucional ha estimado que el extranjero, aunque no resida legalmente en España pero si de facto estuviera en ella, tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, siempre, y esto es esencial, que se *vincule la asistencia gratuita a la tutela judicial efectiva* (STC Pleno de 22 de mayo de 2003).

De todo lo anterior, y especialmente de los pronunciamientos del sentir mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional, se puede concluir que si en el documento de designación de naturaleza legal ("ope legis" o "ex lege"), o de cualquier actuación realizada por el Letrado designado con consentimiento del extranjero, se deduce que éste no renuncia a interponer el recurso jurisdiccional, no puede limitarse la representación del Abogado sólo a las actuaciones administrativas de asistencia de cara a la devolución, expulsión o denegación de la entrada, siendo la interpretación expansiva del derecho fundamental a la tutela judicial un

formidable escollo para negar la representación de cara al proceso ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como ha tenido ocasión de poner de relieve el Presidente de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga D Joaquín García-Bernaldo de Quirós (en la Revista de Jurisprudencia "El Derecho" de junio de 2005, publicado en la obra colectiva coordinada por D. Diego Córdoba Castroverde, "La asistencia jurídica de los extranjeros devueltos en frontera y la continuación de la vía administrativa judicial", EDB 2005/40813).

Por lo tanto, *la vinculación del reconocimiento del derecho de asistencia gratuita con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva determina una suerte de "designación legal"* ("ex" Ley 1/1996) del Letrado que no necesita de posterior apoderamiento para actuar como representante procesal del extranjero además de desempeñar su cometido profesional de defensa o dirección técnica (art. 23.1 de la LJCA en concordancia con el art. 24 de la LEC).

A este respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, en Pleno, ante los numerosos recursos de apelación interpuestos contra Autos de los Juzgados que *inadmitían a trámite el recurso contencioso-administrativo por falta de representación procesal*, al no acreditar el correspondiente Letrado el oportuno apoderamiento notarial o comparecencia "apud acta" tras el pertinente requerimiento por plazo de 10 días para subsanar el presunto defecto formal cometido, dictó la Sentencia de 10 de septiembre de 2004, recaída en el recurso de apelación 253/04, en la que viene a concluir que la designación de oficio de Letrado le confiere la representación en aquellos procesos en los que no es preceptiva la intervención de Procurador y el Letrado puede asumir la representación.

Así, concretamente se asevera en la citada Sentencia de 2004 que: "Hay que tener en cuenta que, conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, artículo 27, 'El reconocimiento del derecho de asistencia jurídica llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio'. Siendo claro que no es precisa la designación preceptiva de Procurador (art. 23.1 de la LJCA) para las actuaciones ante los órganos unipersonales, hemos de concluir que el letrado designado por el interesado y cuya designación comprende, según el Colegio de Abogados, la representación y defensa, puede actuar así ante el órgano judicial sin que le sea exigible al recurrente el apoderamiento 'apud acta' o el otorgamiento de otro poder".

Sobre la base de dicha Sentencia de 2004 se dictaron cientos de Sentencias por la Sala de Sevilla, entre otras las siguientes: Sentencia de 23 de diciembre de 2005, recurso 399/05, Sección 2ª, Pte.: D. Ángel Salas Gallego; Sentencia de 20 de enero de 2006, rec. 220/05, Sec. 4ª, Pte.: D. Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque; Sentencia de 10 de noviembre de 2006, rec. 263/06, Sec. 2ª, Pte.: D. Antonio Moreno Andrade; Sentencia de 14 de noviembre de 2006, rec. 382/06, Sec. 2ª, D. José Antonio Montero Fernández; Sentencia de 20 de junio de 2007, rec. 607/06, Sec. 4ª, Pte.: D. Heriberto Asencio Cantisán; y, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, rec. 417/07, Sec. 2ª, Pte.: D. José Santos Gómez.

Ahora bien, el criterio de la Sentencia de 2004 fue cambiado por la Sentencia del Pleno de la misma Sala de Sevilla de 5 de octubre de 2007, Pte.: D. Rafael Sánchez Jiménez, dictada en el recurso de apelación nº 409/07 de la Sección Tercera, interpuesto contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba recaído en el Procedimiento Abreviado nº 323/07, por el que se acuerda el archivo de las actuaciones al no haberse subsanado el defecto formal relativo a la falta de acreditación de la representación que dice ostentar el Letrado, todo lo cual significa que la Sala de Sevilla se incardina en la misma línea

jurisprudencial mantenida por el Pleno de la Sala de Madrid, en la Sentencia 3/07, de 18 de mayo de 2007, dictada en el recurso de apelación 240/07 de la Sección 2ª interpuesto contra Auto del Juzgado de lo C-A núm. 22 de los de Madrid en el P. A. n.º 776/06, por el que se declara no haber lugar a admitir a trámite el correspondiente recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, ordena el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 128.1 de la Ley 29/1998, cambiando de criterio respecto del posicionamiento anterior con base en la doctrina unitaria surgida del Pleno Jurisdiccional de la Sala madrileña que tuvo lugar el día 18 de abril de 2007, en el que se acordó por mayoría entender que “el nombramiento de Letrado del turno de oficio, confiere a éste la facultad de asistir y defender al justiciable, pero no la capacidad de representación, habiendo formulado Voto Particular los magistrados D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez y D. Francisco Javier Canabal Conejos.

No obstante, en ejercicio del principio de libre investigación del derecho aplicable al caso, la Sección Cuarta de la sede de Sevilla de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla ha entendido que el criterio ajustado a Derecho era el de la Sentencia de 10 de septiembre de 2004 y no el de la Sentencia de 5 de octubre de 2007, en la que ya algunos de sus magistrados formularon Voto Particular como es el caso de D. Guillermo Sanchís Fernández-Mensaque y D. José Ángel Vázquez García junto con D. Julián Moreno Retamino, habiéndose dictado Sentencias por dicha Sección posteriores a la última de Pleno mencionada, como las Sentencias de 16 de noviembre de 2007, dictadas en los recursos 280/06, 220/07 y 222/07, de las que ha sido Ponente D. Guillermo Sanchís Fernández-Mensaque y la dictada en el recurso 1156/07 de la que es Ponente D. Javier Rodríguez Moral, si bien las tres primeras con el Voto Particular de D. Heriverto Asencio Cantisán, al considerar que la Sentencias de las que disiente, pero no en cuanto al fondo, no siguen la postura adoptada por el Pleno de dicha Sala.

Desde un punto de vista científico-jurídico, la Sentencia de Pleno de la Sala Contencioso-Administrativa de Sevilla del TSJACM de 5 de octubre de 2007 (que es la seguida por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia) incurre, como lo reputan los magistrados disidentes, en una confusión conceptual en torno a las ideas de asistencia jurídica gratuita, representación y poder.

Así, desde el punto de vista de la asistencia jurídica gratuita, lo que la Ley pretende es facilitar al justiciable los requisitos de postulación que en cada caso sean precisos, de tal manera que si son necesarios profesionales distintos para asumir la representación y defensa, la designación se hace de ambos profesionales, mientras que si basta con un único profesional, la designación sólo a él se referirá, tal como resulta del artículo 27 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996 y de acuerdo con una idea adecuada de mínimo coste para el erario público.

Por su parte, el artículo 6.3 de la citada Ley supone un nuevo argumento a favor del indicado criterio anterior, de forma tal que si como en el mismo se prescribe el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende el derecho a la defensa y representación por Abogado y Procurador cuando la intervención de estos profesionales sea preceptiva, cuando como en el caso de los Juzgados Unipersonales la intervención de Procurador no es preceptiva se ha de limitar a la del Letrado, quien asumirá la representación de la parte cuando no se encuentre en el lugar del proceso.

En cuanto al término “podrán” del art. 23 de la LJCA, como siempre que se emplea tal verbo en una norma jurídica, no tiene una significación inequívoca, antes al contrario es un

vocablo de gran ambigüedad, lo que supone que la solución sólo puede darla el contexto y la finalidad. Así, si se están definiendo los requisitos de postulación en el proceso contencioso administrativo, es claro que no puede dejarse a la voluntad de la parte el cumplimiento de estos requisitos y tampoco puede dejarse a la voluntad de la parte el definir las facultades de una profesión regulada.

Por tanto, lo que dicho precepto viene a hacer, dentro de una idea tradicional de disminución de costes en el proceso contencioso-administrativo, es ampliar las facultades de postulación de los Abogados, resultando que cuando la parte litiga con sus medios, puede optar por designar sólo Letrado o Letrado y Procurador, quedando claro que las facultades del Letrado de representar en el proceso no derivan de la voluntad de la parte, sino de la Ley.

Cuestión distinta es la del apoderamiento en cada caso del profesional designado que quiere exigirsele al ciudadano extranjero recurrente, lo que puede plantearse tanto respecto al Procurador como respecto al Abogado, ya que, en los dos casos, podría pensarse que la designación de oficio supone eximir de la obligación de pagar honorarios, pero no dispensa del otorgamiento del poder, pero esta cuestión, que no es nueva en relación con el beneficio de justicia gratuita, debe ser respondida en el sentido de la innecesariedad de otorgar poder en esa relación que “no surge de un previo contrato” celebrado con el profesional.

A este respecto, ya en el siglo XIX, los Colegios Notariales de Barcelona y Zaragoza elevaron consulta al Ministerio de Gracia y Justicia sobre tal cuestión, lo que de acuerdo con el Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, dio lugar a la Real Orden de 12 de noviembre de 1878 (Gaceta de Madrid de 13 de noviembre de 1878), que resolvió la consulta en el sentido de que la *designación de oficio excusa la presentación del poder*, lo que desde entonces se viene aceptando pacíficamente en la práctica de los Tribunales, como acontece en el caso concreto del orden jurisdiccional civil, resultando insólito que, en una interpretación tan poco piadosa con la idea de tutela judicial efectiva, se siga insistiendo en el argumento en pleno siglo XXI.

Y es que la Sentencia que concibe el poder como un mero requisito formal olvidan el sentido mismo y la finalidad del poder, habiéndose elaborado la distinción más clara entre mandato, poder y representación en la doctrina civil teutónica, conforme a la cual la representación puede derivar de una relación legal, institucional o de un acto voluntario, tratándose en este último caso de un negocio más o menos abstracto, que tiene un carácter instrumental para un negocio fundado en la confianza (mandato, contrato de servicios o cualquier otro), y su finalidad, como la de cualquier otro negocio abstracto (por ejemplo, la letra), es la de mantener al tercero a salvo de las excepciones que pudieran derivar del negocio de confianza al que sirve de instrumento, dando seguridad al tráfico jurídico.

De esta manera, pues, resulta claramente meridiano que el apoderamiento no cumple ni puede cumplir función alguna respecto a una relación, como la que liga al Letrado con el solicitante de justicia gratuita, constituida por Ministerio de la Ley, “ope legis”, “ex lege” y regulada completamente por la norma, sin que de ella pueda derivar excepción alguna que pueda hacerse valer frente a tercero e ignorada por éste.

Con lo que tendríamos que volver sobre la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en numerosas Sentencias y no en meras Providencias, en el sentido de que los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad propia, y en el caso

del otorgamiento de un poder por parte de quien ha solicitado el nombramiento de un profesional de oficio carece de la más mínima finalidad.

Respecto al argumento según el cual sin la firma del escrito inicial o sin el otorgamiento del poder, no consta la voluntad del recurrente de interponer el recurso, hay que rechazarlo, ya que la voluntad de recurrir queda puesta de manifiesto por el mero hecho de solicitar asistencia jurídica gratuita. Y es que, si la mera solicitud es capaz de interrumpir la prescripción y suspender plazos de caducidad, anticipando los efectos del ejercicio de la acción, no se puede afirmar que no consta la voluntad de pleitear. La voluntad de litigar se muestra con la solicitud de la asistencia jurídica en los mismos términos que el otorgamiento de poder, incluso se puede afirmar que esa voluntad es más clara en una solicitud que se refiere a un litigio concreto que en el otorgamiento de un poder general para pleitos, que puede haber sido otorgado hace años, cuando ni se imaginaba la existencia de ese pleito.

Es más, tampoco se entiende la razón por la que, si la designación se hace a favor de Procurador, sí consta la voluntad de pleitear, mientras que, si sólo se designa Letrado, no cabe apreciar la existencia de esa voluntad.

Además se produce una nueva confusión, cuando parece exigirse que el asistido dé instrucciones concretas al Letrado, olvidando que los requisitos de postulación se exigen precisamente para que haya técnicos que adopten las decisiones más convenientes.

Por lo demás, con relación a la asistencia jurídica gratuita, sí que existe doctrina del Tribunal Constitucional, concretamente, en la Sentencia 18/1995, de 28 de febrero, se dice:

“Es necesario recordar al respecto, que este Tribunal ha seguido y desarrollado, en relación con el art. 24.2 CE, la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.3 del Convenio Europeo (SSTEDH 9 octubre 1979 —caso Airey—, 13 marzo 1980 —caso Artico— y 25 abril 1983 —caso Pakelli—), según la cual la obligación que corresponde a los poderes públicos de proveer al justiciable en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface con el simple nombramiento o designación de un Abogado del turno de oficio, pues el art. 6.3 del Convenio Europeo, como subraya el TEDH, no habla de “nombramiento”, sino de “asistencia”. En suma, el derecho fundamental de carácter prestacional a la asistencia letrada no puede desembocar en una mera designación ritual que redunde en una ausencia de asistencia efectiva, debiendo los órganos judiciales extremar las cautelas para que el derecho de defensa no sea meramente formal o ilusorio, sino en orden a que la asistencia letrada resulte real y efectiva (STC 178/91, F. J. núm. 3; STC 132/92, F. J. núm. 3; STC 162/93, F. J. núm. 4; STC 91/94, F. J. núm. 4)”.

De esta manera, pues, nos encontramos con que la cuestión no es pacífica en la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, desconociéndose la existencia de pronunciamiento judicial sobre este particular de manera sustancial o sustantiva por parte de la sede de Málaga de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Ahora bien, puede ser significativa sobre el tema que nos ocupa la Sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) nº 444/06, de 27 de febrero de 2006, Pte. D. Joaquín García-Bernaldo de Quiros, dictada en el recurso de apelación nº 14/06, interpuesto contra Auto nº 115/05, de 11 de noviembre de 2005, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla, en el que a pesar de tratarse de un supuesto diferente al presente ya que no se había otorgado el derecho de asistencia jurídica gratuita, se mantiene que la inadmisión es una decisión grave que debe ser adoptada con prudencia y estricta necesidad, reiterando la obligatoriedad de

que los actores estén asistidos por Letrado y representados por Procurador, si bien ante el Juzgado es posible que las notificaciones se realicen al Abogado.

Más recientemente, se ha dictado por la Sección Funcional 1ª de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla la Sentencia nº 280/09, de 16 de febrero de 2009, en el recurso de apelación nº 653/08, de la que ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel López Agulló, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo literalmente se dice que “del examen de lo actuado, la Sala ha de concluir en la forma que interesa la apelante, toda vez que consta acreditada la designación en turno de oficio, en fecha 7 de septiembre de 2007, siendo así que al dictarse providencia de subsanación —15 de octubre de 2007—, ya constaba cumplimentado tal requisito de personación”.

A fortiori, cabe citar también la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2008, Sala 3ª, Sección 5ª (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil), dictada en el recurso de casación 270/2004, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto postula:

“No hay inconveniente en aceptar que lo que el viajero Sr. José Antonio hizo en dependencias policiales, y ante funcionario público, fue otorgar un mandato representativo a favor del Letrado Sr. Sánchez Bernal, mandato válido según el artículo 1710 del Código Civil, que admite libertad de forma”, siendo por ello por lo que el Alto Tribunal continúa diciendo que “...el Sr. Sánchez Bernal, como mandatario, estaba facultado para presentar los posibles recursos...”. El Alto Tribunal desestima el recurso a pesar de que reconoce al Letrado el carácter de representante procesal, puesto que ante la Sala del TSJ de Madrid debió otorgar apoderamiento válido (“apud acta” o poder notarial) a favor del Procurador, lo que no llevó a cabo, resultando relevante el reconocimiento del mandato representativo en favor de Letrado realizado con ocasión de la designación por el turno de oficio, señalando al respecto que “... el Abogado Sr. Vernal, ante el requerimiento de la Sala, pudo hacer uso de sus facultades como mandatario y otorgar ante Notario y en nombre de su mandante poder para pleitos a favor del Procurador, o nombrarlo mediante comparecencia ‘apud acta’...”.

Por todo lo cual, a modo de corolario cabe concluir que la representación se puede otorgar mediante poder notarial o comparecencia “apud acta”, como regla general, pero en el caso de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita no es necesario el apoderamiento para el Letrado del Turno de Oficio, pues el interesado no lo elige, sino que su designación opera por Ministerio de la Ley, “ope legis” o “ex lege”, tratándose por tanto de una auténtica y genuina “designación legal”, que ha de ser conjugada con los principios antiformalista y “pro actione” para que no se produzca vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acceso a los Tribunales (art. 24.1 CE), lo que se aplica pacíficamente en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, a lo que hay que añadir la doctrina de los actos propios en el doble sentido de que no suele ser hasta el momento del Acto de la Vista, y en otras ocasiones una vez decretada la admisión a trámite del recurso, cuando la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Administración estatal recurrida cuestiona la representación procesal del actor, habiéndola consentido hasta esa concreta fase procesal y en otros muchos recursos cuya tramitación ha finalizado con sentencia sobre el fondo, por lo que en consecuencia en tales supuestos procedería rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada y entrar a conocer el fondo de los asuntos planteados o en cuestión respecto al conformidad a Derecho de las resoluciones administrativas que acuerdan la denegación de entrada o con relación a las correspondientes

órdenes de expulsión o devolución y, con base en el principio de proporcionalidad y a la jurisprudencia del Supremo Tribunal (doctrina de Yagüe Gil, SSTS de 31 de enero de 2006, 30 de junio de 2006 y 18 de enero de 2007, entre otras) si procede, alternativamente, la imposición de multa en su lugar.

sección de procesal



La reforma de la ley de enjuiciamiento civil

Antonio Torrecillas Cabrera

Magistrado en excedencia abogado Despacho Martínez Echeverría-Pérez Ferrero

I. INTRODUCCIÓN

El nombre de la ponencia sugiere que debemos hacernos una primera pregunta, consistente en saber si recientemente se ha promulgado una nueva LECrim, o una reforma en profundidad de la misma; y ante mi desconocimiento (que confieso que no fue exclusivo), me asaltó una primera duda cuando desde el Colegio se me confirió el encargo de ésta ponencia.

Evidentemente, ante dicho desconocimiento, lo primero que hice fue acudir a mi base de datos de legislación para comprobar si se había promulgado alguna nueva LECrim sin haberme enterado; como en el CD no encontré nada al respecto, acudí de inmediato a la misma base de datos, pero a través de internet que siempre está más actualizada, para constatar si ello era así, pues no es la primera vez que en verano te suelen sorprender con una gran reforma legislativa; para mi consuelo, y para la tranquilidad de la audiencia, tampoco allí aparecía ninguna nueva LECrim ni reforma promulgada últimamente.

Dado que no se había promulgado ninguna reforma legislativa, y puesto que la más reciente fue la de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, y siendo por lo tanto incompatible el título de la ponencia con dicha ley que ya lleva casi 7 años promulgada, mis esfuerzos se centraron en constatar si, por lo menos, existía algún proyecto de reforma o de nueva LECrim, pues no en vano en los años 90 se promulgaron las nuevas leyes procesales de los órdenes jurisdiccionales laborales y contencioso administrativo, y como todos sabemos en el año 2000 la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; luego no sería extraño que existiera algún proyecto de reforma integral del proceso penal, con una nueva ley que regule el proceso del orden jurisdiccional penal, pues todos desde la Facultad (y en mi caso hace 30 años que la terminé) hemos oído hablar de la necesidad de una nueva LECrim adaptada a las nuevas necesidades, sobre todo desde la promulgación de la Constitución y desde que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están cambiando con su doctrina algunas concepciones del proceso penal, por poner un ejemplo la imposibilidad de que el Juez de instrucción fuera quien juzgara los delitos menos graves, dolosos y flagrantes de los que venía conociendo hasta que por el TEDE se condenó a final de los años 80 a España al considerar que el Juez de instrucción estaba contaminado para juzgar los procesos que él mismo instruya y que motivó la creación de los Juzgados de lo Penal.

Sin embargo, como en el caso de las consultas a las bases de datos, efectuadas las correspondientes averiguaciones a través de las distintas instituciones desde las que de una u otra forma se ha tenido que ver con anterioridad el Proyecto de nueva Ley, como son la Universidad, la Comisión General de Codificación, el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial o el Congreso de los Diputados, la conclusión es que tampoco existe, de una forma definitiva y medianamente decidida, un encargo de proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Evidentemente dicha nueva LECrim no se descarta, desde el momento en el que la Exposición de Motivos de la última reforma de la LECrim llevada a cabo por la Ley 38/2002 se confirma que "La presente Ley es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Entre los muchos objetivos de dicho Pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos

graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas'. Este objetivo no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal....".

Por lo tanto, a éstas alturas, parece ser que nadie duda de la necesidad de promulgar una nueva LECrim que no se quede en un parcheo "urgente" por necesidades coyunturales, pues el propio legislador así lo reconoce y, evidentemente, tanto desde la doctrina como desde la práctica jurídica penal tampoco parece existir dudas de la necesidad de esa nueva LECrim.; opinión que yo comparto, pues no puede mantenerse que lo que es el procedimiento ordinario regulado en la ley (el contenido en el LIBRO II, titulado "DEL SUMARIO") se haya transformado en procedimiento excepcional, puesto que lo que es abrumadoramente seguido son las normas contenidas en los TÍTULO II (DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO) y TÍTULO III (DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS) incluidos dentro del LIBRO IV, titulado "DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES".

En éste LIBRO IV en el que se regulan los procedimientos especiales nos encontramos, además de los títulos anteriormente mencionados con el TÍTULO PRIMERO, está dedicado al "MODO DE PROCEDER CUANDO FUERE PROCESADO UN SENADOR O DIPUTADO A CORTES", disposiciones completadas con los Reglamentos del Congreso y del Senado en donde se regula el Suplicatorio; el TÍTULO II, destinado al derogado "ANTEJUICIO NECESARIO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL A LOS JUECES Y MAGISTRADOS"; el TÍTULO IV, destinado al "PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA CONTRA PARTICULARES"; el TÍTULO V destinado a las particularidades DEL PROCEDIMIENTO POR DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA IMPRENTA, EL GRABADO U OTRO MEDIO MECANICO DE PUBLICACION, del que por cierto existen otras normas en la ley de 28/12/1978 de protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la persona; TÍTULO VI, destinado a la regulación del "PROCEDIMIENTO PARA LA EXTRADICION"; el TÍTULO VII, destinado a regular el "PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES".

Dado el panorama, solamente es preciso responder a la siguiente pregunta, ¿Cuántos Procedimientos han principiado en los Juzgados de Instrucción de Málaga en los últimos 5 años por Sumario?, yo me temo que ninguno, pese a que la L. E. Crim. en su art. 300 prevé que "Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso.", hoy por hoy al Sumario se llega tan sólo para los escasos delitos a los que, por su gravedad, se reserva éste tipo de procedimientos; y desde luego, una vez que previamente ha pasado por las Diligencias Previas, se ha agotado la investigación, no es procedente seguir por los trámites del Procedimiento Abreviado y se llega a tal estado que es preciso dictar el auto de procesamiento ante la existencia de indicios racionales de criminalidad; puesto que lo utilizado son las Diligencias Previas a las que se refiere el art. 774 al disponer que "Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas y les será de aplicación lo dispuesto en los arts. 301 y 302", es decir las normas dedicadas a la regulación del sumario. Por lo tanto vemos que lo especial se ha convertido en lo habitual, y por el contrario, lo que debería de ser el proceso ordinario se ha convertido no en lo especial, sino en lo excepcional.

Ni que decir tiene que esa reforma integral del Proceso Penal, no debe de ser, como lo ha venido siendo hasta ahora, un mero parcheo de la actual Ley, sino una nueva Ley como lo han sido las que han regulado el proceso civil, el Laboral o el Contencioso-Administrativo, puesto

que es absolutamente necesario, y creo que ello es algo en lo que coincidimos todos los que de una forma u otra nos dedicamos a esto, bien en la Universidad, bien desde la Judicatura, bien desde la Fiscalía y por supuesto desde la Abogacía, contar con una nueva ley procesal penal adaptada a la realidad y necesidades actuales.

Tenemos en éstos momentos una larga experiencia de una Ley Procesal Penal que tiene nada menos que 127 años, tenemos una doctrina consolidada de nuestro Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional desde su creación, y desde que España admitió su jurisdicción tenemos también una experiencia de con qué desajustes contamos tras la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, no en vano el art. 10-2 de la C.E exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la misma reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España; y por supuesto con magníficos trabajos provenientes generalmente de la Universidad; con todos éstos precedentes se podría contar con los mimbres precisos para elaborar una magnífica y actual Ley de Enjuiciamiento Criminal que durara otros 127 años.

Por lo tanto, si todos coincidimos en la necesidad de la promulgación de una nueva L. E. Crim., ¿porqué desde hace tiempo no se ha llevado a cabo tal reforma?; evidentemente la respuesta solamente tiene una explicación, y es porque la reforma de ésta nueva Ley Procesal Penal debe de hacerse con consenso de todas las fuerzas políticas y de todos los implicados en el tema, puesto que en definitiva una ley procesal debe de hacerse con el concierto unánime de todos los sectores implicados y de todas las fuerzas políticas, para evitar que cada vez que cambie la mayoría parlamentaria se cambie la concepción sobre lo que debería de ser, y esa mayoría imponga su concepción de la vida, con un perjuicio evidente; en definitiva no debe de ocurrir lo que por ejemplo está ocurriendo en Educación, en donde parece que cada vez que cambia el color del gobierno, o incluso el ministro dentro de un gobierno, cambia la idea de qué y cómo deben de aprender los escolares.

Evidentemente hay cuestiones técnicas que no deberían de ser objeto de discusión, entre otras cosas porque ya están resueltas en otras leyes, tanto la LOPJ, como por la LEC, que sirve de supletoria al resto de los procesos, según el art. 4 de la misma; o por doctrina de los Tribunales Europeo de Derechos Humanos, por el Tribunal Constitucional o por el Tribunal Supremo; pero sin embargo existen otras cuestiones en las que la ideología política, o incluso la doctrinal, enfrentan a todos los que de una u otra forma nos encontramos inmersos en éstas cuestiones, de tal forma que éstas son las que impiden la promulgación de una nueva LECrim a gusto de todos y adaptada a los tiempos actuales.

Dicha ley habrá de elaborarse siguiendo los principios que sirvieron para la redacción de la vigente ley, cuando en el art. 1 de la Ley de 11-II-1.881 autorizaba al Gobierno de S.M. para que redacte y publique una Ley de Enjuiciamiento Criminal... con base en las siguientes exigencias, Primera: Reforma y ampliar los preceptos que se reputen necesarios para que la sustanciación de las causas criminales de la jurisdicción ordinaria sea uniforme y todo lo breve posible, sin perjuicio del esclarecimiento de la verdad y del sagrado derecho de defensa... Quinta: Establecer un procedimiento breve, a la vez que con las suficientes garantías, tanto a la investigación como a la defensa, para los responsables de los delitos que merezcan penas correccionales, aprehendidos in fraganti... Sexto: Y por último, introducir en la nueva ley las demás modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen".

Como indicaba Alonso Martínez en la exposición de motivos de la ley cuando explica las reformas introducidas, en donde después de poner de manifiesto los criterios tenidos en cuenta para la redacción de la nueva ley añade que "Las de verdadera importancia y trascendencia son aquéllas.... destinadas a corregir los vicios crónicos de nuestro sistema de enjuiciar tradicional y a rodear al ciudadano de las garantías necesarias para que en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado".

Pero dicha exposición de motivos también añade que "el sumario 'era [es] después de todo, la piedra angular del juicio y de la sentencia...', pero que, no obstante, pretendía rechazar '... un sistema en el que el sumario era el alma de todo el organismo procesal, por no decir el proceso entero' y sustituirlo '... en la hora presente por [de] un método en el cual el sumario es una mera preparación del juicio, siendo en este orden donde deben esclarecerse todos los hechos y discutirse todas las cuestiones que jueguen en la causa', por lo que 'no es posible sostener aquella antigua regulación, tan inflexible y rigurosa que (...) pugnaría hoy abiertamente con la índole del sistema acusatorio y con la esencia y altos fines del juicio público y oral... todas estas concesiones al principio de libertad que, en una parte de nuestros Jueces y Magistrados, parecerán sin duda exorbitantes, no contentarán aún probablemente a ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el proyecto de Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme. No niega el infrascripto que insignes escritores mantienen estos temas con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un "ideal" de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. ¿Se realizará algún día por completo? El Ministro que suscribe lo duda mucho".

Es evidente que dichas palabras tenían sentido hace 127 años, pero las circunstancias han cambiado radicalmente en el tema referente a los derechos de los imputados o del reo y las garantías constitucionales recogidas en nuestra constitución y la lectura que de ellas se han hecho por el TC. y por el T.S. desmienten al insigne jurista; precisamente por ello es necesaria una nueva LECrim, que si es posible sea tan avanzada y tan buena como la vigente y nos sirva durante otro periodo similar.

Antes de nada es preciso poner de manifiesto que cualquier reforma del proceso penal debe de partir, ineludiblemente, de un doble condicionante, por un lado el Derecho Penal, a cuyo servicio está el proceso todo, y por otro nuestra Constitución y los Tratados Internacionales suscritos por España (art.10-2 y 96 de la C.E.); teniendo en cuenta que el fin de todo proceso penal es la búsqueda de la verdad y la verificación de la justicia imponiendo en su caso una pena, y que la forma que este proceso adquiera varía según la concepción que se tenga del Derecho penal sustantivo y de los factores políticos y sociales dominantes en cada época. En efecto, aunque en su origen la justicia penal adoptó una forma que correspondía a una concepción privada del Derecho penal y por ende el primer sistema procesal penal tuvo una concepción privada y se regía por el principio acusatorio en sentido estricto, el Derecho penal en su configuración actual viene determinado por la necesidad de un proceso como única forma de imponer una pena, lo que a su vez implica que no exista una relación jurídica material penal, ni un derecho subjetivo a la citada imposición por quienes ejercitan la acción penal, puesto que en definitiva ello es una facultad del Estado.

II. PRINCIPIOS QUE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL HA DE RESPETAR

Es indudable que al encontramos en un Estado Social y Democrático de Derecho, con una Constitución normativa y por lo tanto directamente aplicable, habremos de tener en cuenta a la hora de promulgar una nueva LECrim los valores superiores que propugna la misma y que se mencionan en el art. 1 (Libertad, Justicia, igualdad y Pluralismo Político), pero además el resto de principios constitucionales, consagrados en un caso como Derechos Fundamentales: La tutela judicial efectiva que consagra el art. 24, en sus distintas vertientes; y en otras como exigencia que ha de respetar la ley ordinaria: Exigencia de ejecución de las resoluciones judiciales (art. 118); Exigencia de colaboración con la Administración de Justicia (art. 118); Exigencia de gratuidad de la justicia (art. 119); la Exigencia de que las actuaciones judiciales sean públicas, con un procedimiento basado en la oralidad, así como que las sentencias sean siempre motivadas (art. 120)....

Por ello, al encontramos ante mandatos constitucionales toda ley, y en éste caso, con mayor razón, la LECrim, pues puede conducir a la privación de libertad de una persona, no sólo tiene obligación de no conculcarla, sino que es obligatorio que esas exigencias constitucionales se fomenten y se expandan en la medida de lo posible; exigencias que, además, no sólo vendrían impuestas por nuestro propio Derecho Constitucional, sino también las que nos vengan impuestas a través del Derecho Internacional, puesto que no puede olvidarse por un lado la remisión que el art. 10-2 de la C.E. realiza a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también a "los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"; así como en el art. 96 de la C.E. en donde se declara que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte de su ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

Esto implica que la suscripción por España de un Tratado internacional que contenga normas sobre materia procesal penal, exige que nuestra nación adapte su legislación procesal a tal tratado; de ahí la trascendencia que en el proceso penal ha tenido, y sin duda seguirá teniendo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la que pueda tener el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Tales principios, siguiendo sustancialmente a la Catedrática de Derecho Procesal D^a Teresa Amenta Deu serían los siguientes:

1. Sistema acusatorio

Este principio procesal responde a la máxima latina "Nemo iudex sine actore"; en definitiva, para que pueda iniciarse un proceso penal y abrirse el juicio oral, tiene que existir una parte acusadora que sostenga la acción penal, de tal forma que el órgano jurisdiccional no puede abrir un procedimiento sin que la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o cualquier acusación lo solicite; en definitiva el tribunal no puede suplir la falta de iniciativa de ésta acción y volver al sistema inquisitivo en el que el propio tribunal era el que acusaba.

Este principio, a su vez, está informado por los principios de igualdad, de contradicción y del derecho de defensa, y en definitiva exige que exista y se tenga conocimiento de la acusación formulada, así como que el pronunciamiento judicial sea congruente con la misma y, que

caso de existir recurso, vuelva a formularse una acusación ante el órgano ad quem. A partir de ahí, los principios y derechos mencionados se configuran así:

A) Principio de igualdad: Este principio, pese a que no está expresamente mencionado en el artículo 24 CE sino en el art. 14, y ha conectado por el Tribunal Constitucional con el derecho a la tutela efectiva, el derecho de defensa, e incluso con el derecho a un proceso con todas las garantías. Es preciso reconocer que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las sucesivas reformas y en la interpretación que de ella se ha venido realizando, ha ido evolucionando hacia una creciente ampliación del derecho de defensa y de la existencia de contradicción en esta fase, acrecentando la igualdad de las partes acusadora y acusada, a partir del momento en que ésta última adquiere dicha condición de parte.

Diversas reformas han ido ampliando los derechos del imputado, pues desde que se tienen indicios suficientes de que se le pueden imputar a una persona la comisión de un delito, es cuando se despliega su eficacia el derecho de defensa en diversas manifestaciones: obligatoriedad de la defensa técnica a partir del auto de procesamiento (art. 118 LECrim); derecho del detenido y preso provisional a comunicarse con su abogado (art. 523 LECrim) posibilidad de instar diligencias de investigación de su interés (art. 302 LECrim) y asistencia a la práctica de determinados actos de investigación (arts. 333, 569 y 584 LECrim), o incluso los derechos del imputado no detenido que reconoce el art. 771-2^a, en su remisión al art.520-2 en el supuesto de imputados no detenidos. En la fase intermedia y de juicio oral, la igualdad debe respetarse escrupulosamente, tanto entre parte acusadora y acusada, cuanto entre las diferentes partes acusadoras.

La nueva LEC debería de incidir, si cabe aún con mayor énfasis en procurar que esa igualdad sea efectiva y que el Juez sea el fiel de la balanza, no sólo en la fase intermedia y en la fase del juicio oral, sino también en la fase instructora, para lo cual, cada vez soy más partidario de que la instrucción la debe de llevar el fiscal y que el juez, en dicha fase, tan sólo intervenga para resolver los posibles recursos y para decidir en todas las cuestiones que afecten a los Derechos Fundamentales de las partes, no sólo del imputado.

B) Principio de audiencia o contradicción: Significa, como es sabido que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y su influencia es distinta según la fase del juicio en la que nos encontremos, puesto que es evidente que en la fase de Sumario o de Diligencias Previas se pueden llevar a cabo investigaciones sin la presencia ni conocimiento del inculpado, puesto que puede encontrarse en paradero desconocido o incluso las investigaciones pueden hallarse en una fase en la que para el mejor esclarecimiento de los hechos sea conveniente que las Diligencias de investigación se mantengan secretas e incluso que el imputado las desconozca, puesto que es evidente que si una intervención telefónica se le tuviera que notificar al intervenido difícilmente esa intervención podría tener alguna utilidad; de ahí que la propia Constitución permita en el art. 120-1 excepciones al principio de publicidad, o que se reconozcan limitaciones a algunos derechos fundamentales, como el de la libertad de comunicaciones (art. 18-3), la libertad (art. 17-1) o la inviolabilidad del domicilio (art. 18-2); no obstante es evidente que una vez levantado el secreto sumarial, éste principio debe de regir con toda vigencia, pues a partir de ese momento no hay excusa alguna para mantener una restricción al mismo.

Evidentemente éste principio de Audiencia ha de regir en toda su plenitud en la fase de enjuiciamiento o de juicio oral, y así rige con toda plenitud en la vigente LECrim.

C) El derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24-2): El principio de audiencia guarda una estrecha relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, tanto con el derecho de defensa (faceta positiva), cuanto con la prohibición de indefensión (faceta negativa), lo que no debe llevar a la conclusión de que son términos equivalentes. El derecho de defensa debe de contar con una serie de garantías que son las siguientes:

1) Derechos del detenido (art. 17-2 y 3): Aquí estarían incluidos desde el derecho a ser informado inmediatamente y de forma comprensible del motivo de su detención, de la asistencia de un abogado desde el momento de su detención, a presentar el Hábeas Corpus, que el detenido no permanezca más tiempo del imprescindible sin pasar a disposición judicial, y como máximo 72 horas, así como que el Juez sea quien decida sobre su situación personal, pudiendo decretar la prisión provisional, mediante resolución motivada.

2) Derecho a ser informado de la acusación formulada (Art. 24 de la C.E.): Su contenido es diverso en la fase instructora en donde dentro de los derechos que se le han de leer del delito por el que se le detiene, y si es en el Juzgado del delito por el que está imputado, de en la de juicio, en donde se formula la acusación formal y ya previamente se le ha de haber dado traslado del escrito de acusación.

3) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (Art. 24-1 de la C.E.)

4) Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado (Art. 24-1 de la C.E.)

5) Derecho al reconocimiento de la justicia gratuita en aquéllos casos en los que la ley lo establezca, y en todo caso en los supuestos de insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 C.E.)

6) Derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa (Art. 24-1 de la C.E.) Sobre éste particular existe abundante doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional, éste derecho tiene tres vertientes: a) derecho a proponer la práctica de medios de prueba; b) derecho a obtener un pronunciamiento motivado sobre la inadmisión de alguno o todos los medios de prueba propuestos; y c) derecho a la práctica de la prueba propuesta; el ejercicio de cualquiera de ellos, como "derecho de configuración legal" que es, se encuentra sometido al cumplimiento de las normas procesales que regulan la prueba en el proceso correspondiente, en este caso el proceso penal.

La importante y numerosa doctrina constitucional se puede resumir en torno a los siguientes puntos: 1) la inadmisión motivada y razonada de un medio de prueba no vulnera este derecho fundamental; 2) el concepto de "pertinencia" es más amplio que el utilizado generalmente en la técnica procesal, abarcando no sólo la pertinencia en sentido estricto, sino la utilidad/necesidad de la prueba y la licitud de la misma; 3) para que la falta de práctica de una prueba ya admitida vulnere este derecho fundamental, no es suficiente el hecho en sí, se exige, además, que el mismo no sea imputable al justiciable y que su inejecución no derive de la aplicación motivada y razonable de una causa legal que lo permita; finalmente, 4) la inadmisión o falta de práctica del medio de que se trate debe haber provocado efectiva indefensión.

7) Derecho a no ser obligado a declarar sobre determinados hechos presuntamente delictivos (art. 24-2 de la C.E.): El referido precepto prevé que la ley regulará los casos en los que por razones de parentesco o de secreto profesional, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos; actualmente la LEC regula en el art. 416 la dispensa de la obligación de declarar tanto a determinados parientes cercanos del imputado como al

abogado, a los que habría que añadir al periodista en el ejercicio de su función, puesto que el art. 20 de la C.E. garantiza el secreto profesional de los mismos.

D) Principio Acusatorio: Este principio se resume con la afirmación de que no hay proceso sin acusación, ello implica, a su vez, que quien acusa no puede juzgar y se inserta en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 de la C.E.

El principio acusatorio, como tal, comprende:

1) La necesidad de la existencia de una acción que sea el presupuesto del juicio y de la condena, lo que en primer término exige el previo conocimiento de la acusación formulada, proyectándose así sobre el derecho de defensa, en tanto, en segundo lugar, abarca un doble ámbito: de contenido, en cuanto la acusación es el objeto del proceso y de ahí que sus límites marcan la existencia y amplitud de la misma (correlación entre acusación y sentencia); y de forma, ya que la acusación deberá ser comunicada al sujeto pasivo.

2) La correlación entre acusación y sentencia, por cuanto que no se puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente de aquél a quien se imputó y posteriormente se acusó.

3) La prohibición de "reformatio in peius".

2. La presunción de inocencia (art. 24 C.E.):

En virtud de éste principio se impone en primer lugar que en tanto que no exista una sentencia condenatoria, nadie puede ser considerado culpable, y a su vez, que nadie puede ser condenado sin pruebas que, practicadas legítimamente le incriminen demostrando su culpabilidad; no obstante lo cual, éste principio es compatible con la adopción de medidas cautelares que aseguren la presencia del inculcado en el acto del juicio, como es la prisión provisional o la prisión provisional eludible mediante fianza, o con la obligación de comparecencia apud acta, posibilidades de restricción que como hemos visto se contienen en el art.17 de la C.E.; por lo tanto, para que esa condena se produzca, se establecen una serie de requisitos que deberán cumplirse para alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal, y en definitiva supone que:

a) Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad; si no se produce tal convencimiento debe operar la presunción de inocencia.

b) Dicha "mínima actividad probatoria de cargo" significa la existencia de una actuación probatoria, objetivamente incriminatoria, que sometida posteriormente a valoración judicial consigue la íntima convicción de la culpabilidad, la referida presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, operan de manera que este último sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

c) la prueba debe haber cumplido todas las garantías, es decir haberse practicado en el seno del juicio oral con inmediación, oralidad, concentración y publicidad sometiéndola a contradicción y habiéndose obtenido sin vulneración de derechos fundamentales.

3. La llamada doble instancia

Este es uno de los principales déficit con los que cuenta, en el sistema ordinario, nuestro proceso penal, puesto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles exige ésta doble instancia; efectivamente, el sistema normal es el de la única instancia, de tal forma que contra la

sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Provincial tan sólo cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que precisamente por su carácter de extraordinario implica que tan sólo puede admitirse por unos motivos concretos y tasados; es cierto que las sucesivas reformas legislativas de la LECrim han ido dando entrada a ésta doble instancia, como es el caso de la reforma del Proceso Abreviado a partir del año 1988 o de la Ley del Jurado; y que por lo tanto en la inmensa mayoría de los procesos penales que se celebran en España, ante los Juzgados de lo Penal, existe la doble instancia; sin embargo, cuando quien dicta la sentencia en primera instancia es la Audiencia Provincial, no cabe tal recurso ni hay doble instancia; y recordemos que como he indicado anteriormente ese es el procedimiento “Ordinario” en el proceso penal.

Hasta ahora el Tribunal Constitucional no ha encontrado tacha de inconstitucionalidad a éste sistema, reconocido la posibilidad de que la segunda instancia se articule a través de un recurso diferente a la apelación, concretamente del recurso de casación —a pesar de su carácter extraordinario— interpretando que la normativa internacional no impone un recurso determinado, sino el que otro tribunal pueda fiscalizar la decisión penal condenatoria, aunque sea limitadamente, ya que el artículo 14.5 del Pacto no configura de hecho un derecho a la doble instancia en sentido propio.

No obstante lo cual, lo cierto es que el Informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 28 de julio de 2000 llega a la conclusión de que el Estado Español vulnera aquella exigencia contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 18 de diciembre de 1979; en dicho informe se analizó la protesta de un reo al que la Audiencia de Toledo le había condenado como autor de un delito de asesinato en grado de frustración, e interpuesto el correspondiente recurso de casación el Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial; el procedimiento seguido era ordinario, consistente en una instancia única ante la Audiencia.

Alegaba en su ‘comunicación’ como agravio fundamental, el de haber sido juzgado en un procedimiento que carecía de una segunda instancia en la que se ‘reexaminase’ su prueba, no siendo el de casación el adecuado, por limitarse al derecho. Violación del artículo 14-5 del Pacto citado. La principal queja del actor es la de que no ha tenido derecho a un recurso útil contra la condena y la sentencia: sostiene que el código de procedimiento penal español (Ley de Enjuiciamiento Criminal) viola el parágrafo 5 del artículo 14 y el artículo 26 del Pacto, en el sentido de que cuando las personas son acusadas de las infracciones más graves, su caso no es examinado, sino por un solo magistrado (Juzgado de Instrucción) el cual, una vez que ha terminado la instrucción del asunto y estimado que se halla en estado de ser juzgado, transmite los autos al tribunal provincial (Audiencia Provincial) en la que tres magistrados juzgan el asunto y lo resuelven. La decisión así adoptada no puede ser objeto de un recurso de casación sino por motivos jurídicos muy precisos. La Corte de casación no tiene ninguna posibilidad de reevaluar los elementos de prueba ya que todas las conclusiones sobre los hechos de la causa a las que llega un tribunal inferior, no tienen apelación.

Como agravio, formulaba asimismo el de que en España existían dos modelos de procedimiento penal, de los cuales, el previsto para delitos menos graves, sí tenía doble instancia; pero no así aquel al que fue sometido. Por ello alegaba discriminación. “A la inversa (‘en revancha’) —sigue la exposición del Comité, 3.1.— cuando hay personas que son reconocidas culpables de infracciones menos graves, susceptibles de una pena de menos de seis años de prisión, su caso es examinado por un solo magistrado (Juzgado de Instrucción), el cual,

una vez el asunto en estado de ser juzgado, transmite los autos a un juez único (Juzgado de lo Penal) cuya decisión es susceptible de apelación ante la corte provincial (Audiencia Provincial), lo que garantiza un examen efectivo, no solamente con respecto a la aplicación de la ley, sino también de los hechos”.

El Comité aceptó la tesis de Gómez Vázquez de que el procedimiento por el que fue condenado no se ajustaba a lo previsto en el artículo 14-5 del Pacto —falta de un segundo examen del asunto por un tribunal superior, rechazando la discriminación alegada. El Consejo afirma que habida cuenta que la Corte Suprema (el Tribunal Supremo) no procede a un reexamen de los elementos de prueba, el mencionado procedimiento constituye una violación del hecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad y la condena pronunciada en virtud de la ley...”; añadiendo que “El Estado-parte” está obligado a “adoptar las disposiciones que se imponen para que en el porvenir no se produzcan semejantes violaciones”. Y estas disposiciones, consistentes en un recurso en el que el tribunal ad quem entre plenamente a examinar la materia probatoria, sin límites casacionales deben ser las de una Ley de reforma de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. El principio de oralidad

Recordemos que el art.120-2 de la C.E. exige que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Evidentemente el mandato constitucional no exige que todo el proceso sea oral y se está refiriendo al acto del juicio, de tal forma que dicho precepto no impone que se extienda a todas las fases del proceso penal, puesto que es evidente que en la fase de instrucción o de determinados actos de la fase intermedia, e incluso por excepción del acto del juicio, deban seguirse por el principio antagónico, que es el de la escritura; y así tenemos, entre otros actos que necesariamente deberán constar por escrito los escritos de calificaciones (arts. 650 y 732.2 LECrim) o los artículos de previo pronunciamiento (art. 668 LECrim) o el régimen de la prueba documental diseñado por el artículo 726 LECrim. En términos generales, sin embargo, es de reconocer que el sistema existente en nuestro proceso penal se informa por el principio de oralidad en sus aspectos más esenciales: la práctica de la prueba (arts. 701 a 730 LECrim), los informes de acusación y defensa (arts. 734 a 737 LECrim); la última palabra al acusado (art. 739 LECrim); y especialmente, que el juez dicte sentencia con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio (art. 741 LECrim).

5. El principio de inmediación

Es evidente que éste principio, como el oralidad y el de publicidad han impregnado desde un principio a la LECrim, siendo interdependientes uno del otro; de tal forma que allá donde falla uno fallan los otros, y allá donde se encuentra presente uno están presentes los otros dos, y precisamente por ello, como el principio de oralidad, se encuentra presente sobre todo en su fase oral (arts. 701 y 734 a 739 LECrim). La actividad probatoria e informes han de realizarse ante el tribunal (arts. 688, 2 ss.; 683 LECrim). La sentencia ha de discutirse inmediatamente después de celebrado el juicio (art. 149 LECrim), en tres días si se trata de delito y el mismo día si fuera una falta (art.741-203 LECrim). Además, en caso de suspensión dilatada del juicio (art. 746.4 y 5) se declara la nulidad del juicio, iniciándose otra vez el juicio oral (art. 749 LECrim).

6. El principio de publicidad

Este principio se encuentra recogido por partida doble en nuestra Constitución, puesto que se encuentra proclamado tanto en el art. 24.2 como derecho fundamental, como en el art. 120-1. Este principio cumple con una doble función; por un lado asegura la plenitud de las posibilidades de defensa del acusado, que puede verse así protegido de una justicia sustraía al público conocimiento y, por lo tanto, a su control; y por otro lado la confianza de la comunidad en los tribunales se renueva y mantiene precisamente con la publicidad del proceso.

Evidentemente éste principio no puede aplicarse con la misma fuerza en la fase sumarial o de investigación que en el acto del juicio en el que no debe de tener, en principio, ninguna limitación salvo las excepcionales en defensa del honor de la víctima o de defensa de derechos fundamentales (art. 232 LOPJ), o por razones de seguridad nacional, tal y como permite el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dos cuestiones merecen una atención especial, aunque breve, antes de finalizar este apartado: el secreto del sumario y la intervención de los medios de publicidad y aparatos de reproducción en los juicios.

1) Secreto del sumario. Entendiendo por “secreto externo del sumario” aquél que conforme al artículo 301 LECrim rige frente al público en general, el TC ha elaborado una doctrina que a la par que lo legitima (resulta procedente prohibir llevar a cabo una revelación indebida (transmitiendo datos de los que se ha conocido a través del sumario), su contenido y extensión deben interpretarse restrictivamente, de forma que si el hecho se conoce por otra vía que no sea la revelación indebida, el secreto no afecta a los hechos, pudiendo revelarse en uso de la libertad de información. Lo contrario, se aduce, sería crear una atípica e ilegítima materia reservada (STC 13/1985). En cuanto al conocido como “secreto interno del sumario”, aquél que excepcionalmente puede imponerse a las partes, el TC ha recordado que no debe ponerse en relación con el principio de publicidad interna sino con el derecho de defensa.

2) Intervención de los medios de comunicación. El TC ha entendido comprendido en el artículo 14.1 PIDCP y en el artículo 6 CEDH la posibilidad de que los medios de comunicación proyecten al exterior los juicios, más allá del círculo de los presentes en los mismos.

7. Derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24-1 de la C.E.)

Esta exigencias constitucional está íntimamente relacionada con el principio de unidad jurisdiccional que consagra el art. 117-5 de la C.E.; es el juez cierto establecido previamente por la ley y por lo tanto imparcial, lo que va en contra, precisamente, del juez ad hoc, para el caso concreto.

Este principio implica tres exigencias: 1º) Que se trate de un órgano judicial ordinario, esto es que se encuentre integrado dentro del Poder Judicial, y que por lo tanto no se trate de un Órgano especial o excepcional (Según el T.C. la Audiencia Nacional no lo es). 2º) La preexistencia de unas reglas, con carácter de generalidad, de atribución de competencia cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita conocer cuál es el órgano jurisdiccional llamado a conocer del caso y 3º) Que tal predeterminación tiene que efectuarse por ley en sentido estricto, sin que sea posible hacerlo mediante otra disposición legal, como pudiera ser el Decreto-Ley.

En éste caso con independencia de que la LOPJ (art. 122 de la C.E.) fija la existencia de los Juzgados y Tribunales de cada orden jurisdiccional y las normas de competencia de los

distintos Órganos Jurisdiccionales, es evidente que también la LECrim debe de fijar claramente las normas de competencia y la forma de dirimir los conflictos de competencia entre los distintos Órganos.

8. La participación ciudadana en la administración de justicia mediante la institución del jurado (art. 125 de la C.E.)

Con independencia del debate que en su momento levantó la reinstauración de la institución del jurado es evidente que nos hallamos ante un mandato constitucional y por ende que ha de cumplirse y de ahí que la nueva LECrim ha de incluir la regulación de ésta institución que no requiere que se implante para todos los juicios penales, sino tan sólo “en aquéllos procedimientos penales que la ley determine”, lo que implica que es el legislador ordinario el que, por cuestiones de política criminal, debe determinar no sólo el tipo de jurado, sino también los delitos que deben de ser enjuiciados por un jurado popular; hoy por hoy es la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado la que fija tales cuestiones, siendo evidente que en la futura LECrim dicha institución ha de estar regulada dentro de su texto.

9. Reconocimiento de la acción popular (art. 125 C.E.)

La LECrim, no instauró un sistema de monopolio del Ministerio Fiscal, sino que junto a él reconoció que tanto el perjudicado por el delito como cualquier persona, incluso no perjudicada por el delito podía mostrarse parte en el procedimiento penal y ejercitar la acción penal; ésta posibilidad está consagrada por nuestra Constitución que aunque tan sólo hace referencia a la acción popular, hay que reconocerla también al particular ofendido, porque no tendría sentido reconocer esa acción a un tercero y negársela a la víctima o a sus familiares.

Al igual que respecto de la institución del Jurado, y en el mismo precepto, la C.E. exige que en nuestro sistema procesal se reconozca y se regule la Acción Popular remitiéndose al legislador ordinario para regular pormenorizadamente ésta institución jurídica, se trata, en definitiva de reconocer a los ciudadanos la facultad de mostrarse parte y ejercitar la acción penal en cualquier procedimiento penal sin necesidad de ser perjudicado por el delito, para el cual también se le reconoce la acusación privada. Por lo tanto la futura ley, al igual que con el jurado, es la que debe determinar el alcance de tal reconocimiento, pero es evidente que salvo discusiones doctrinales más de salón que de realidad el sistema actual está perfectamente, si acaso algunas precisiones que se indicarán más adelante.

El artículo 125 CE y el artículo 101 LECrim atribuyen el ejercicio de la acción penal no sólo al ministerio fiscal y al particular ofendido por el delito, sino a todo ciudadano español que la ejercite conforme a las prescripciones de la ley. Este tipo de acción ha sido objeto de acerbas críticas y encendidas defensas. Unos autores, en atención fundamentalmente a una cierta desconfianza hacia el uso exclusivo de la acción oficial, defienden una concepción más amplia del derecho al acceso a la acción popular como instrumento democratizador que acerca la administración de justicia a los ciudadanos y fomenta su participación en la misma. Otros, y especialmente la Fiscalía General del Estado, le achacan que su uso indiscriminado desnaturaliza las finalidades propias del proceso penal al obedecer a intereses particulares de venganza, política o personal. Desde el punto de vista de su utilización en la práctica, ha pasado de un uso casi anecdótico a otro ciertamente no frecuente pero de enorme trascendencia pública por su utilización en casos de corrupción política o por parte de algunas minorías.

Que el Ministerio Fiscal no cuente con el monopolio de la acción penal, y puesto que el Juez no puede iniciar un procedimiento penal sin ejercicio previo de la acción penal, es sin duda un gran acierto, puesto que en definitiva permite perseguir los delitos sin la sospecha de que, al final por componendas políticas y debido a los principios de Unidad de Actuación y Dependencia Jerárquica por el que se rige el Ministerio Fiscal y puesto que el superior es el Fiscal General del Estado, designado por el Gobierno, dejen de perseguirse determinados delitos, que serían los que en situaciones extremas más interesaría perseguir y esclarecer, aunque ciertamente éste principio está corregido por los principios de legalidad e imparcialidad (art. 124 de la C.E.).

La concreta configuración legal de la acción popular hoy por hoy tiene las siguientes características que podrían mantenerse en el futuro: a) su ámbito objetivo de aplicación es el ordinario, esto es, delitos públicos y semipúblicos, quedando excluida en los delitos privados o en los procedimientos especiales, b) puede ser utilizada tanto por personas físicas como jurídicas, merced a una amplia interpretación del término “ciudadano” contenido en el artículo 125 CE; c) el acceso a la condición de parte del acusador popular se condiciona a la interposición de querrela (art. 270 LECrim) salvo que el proceso ya esté iniciado; d) su ejercicio está sujeto a la prestación de fianza; y e) no puede solicitar cosa distinta de lo que es la pura acción penal, esto es, ni le cabe instar simultáneamente el ejercicio de la acción civil acumulada —como sí podría hacerlo tanto el ministerio fiscal como la víctima (acusador particular)— ni pedir la condena en costas.

III. ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEAN. DEBATE

Como ya se ha indicado anteriormente si a éstas alturas no existe una nueva LECrim es sencillamente porque en alguna de las cuestiones que son propias del proceso penal existen posturas tan encontradas que es difícil llegar a una postura de consenso, se lanzan al debate las siguientes, sin duda existen más, pero basta con unas cuantas muestras:

1. Única instancia o doble instancia

Este es un tema que se ha tratado anteriormente, actualmente se reduce dicha discusión exclusivamente a los procesos en los que el acto del juicio ha tenido lugar ante la Audiencia Provincial y como hemos visto se trata de una exigencia impuesta por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 18 de diciembre de 1979, evidentemente debe de dársele una solución satisfactoria y acorde con aquella exigencia; por lo tanto, bien por la vía de la verdadera introducción de una apelación, que podría ser ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, bien por la vía de la reforma del Recurso de Casación para admitir con más facilidad la posibilidad de analizar los hechos que han conducido a la sentencia condenatoria o absolutoria, esa garantía de que un tribunal superior al que ha conocido del procedimiento pueda examinar nuevamente las pruebas practicadas por el tribunal sentenciador, pueda ser satisfactoria.

2. Monopolio del Ministerio Fiscal

Al igual que en la duda anterior la solución nos viene impuesta por el art. 125 de la C.E., que reconoce que los ciudadanos podemos ejercitar la acción popular, luego es evidente que

aquellas posiciones doctrinales que reclaman ese monopolio en aras a razones de una mayor eficacia en la consecución de una determinada política criminal, aun corregida, ya sea con mecanismos de control a través de la sujeción al principio de legalidad y la posibilidad de recurrir la decisión ante un órgano jurisdiccional, ya con el sometimiento a controles electorales, so pena de que converjan en un único sujeto excesivos ámbitos de poder, no pueden tener éxito, salvo que exista una reforma constitucional que, hoy por hoy desde luego respecto de éste tema, no se tiene ninguna preocupación.

Entiendo que la regulación actual y la interpretación que de las normas de la LECrim se está dando por los tribunales es adecuada, pues junto a la legitimación innegable del perjudicado para ejercitar la acción penal junto con la civil en el proceso penal se reconoce la posibilidad de que cualquier ciudadano ejercite la acción penal; ahora bien, ésta última posibilidad, tiene sus riesgos, y de ahí que el control jurisdiccional de la solidez de la acusación se hace más preciso en éstos supuestos que en aquéllos en los que la acción penal está ejercitada por el Ministerio Fiscal que al fin y al cabo se rige por el principio de legalidad.

El ejercicio de la acción popular puede comportar riesgos evidentes, como demuestra el hecho de que el artículo 280 LECrim exija la prestación de una fianza para garantizar su seriedad, o en caso contrario, “para responder de los resultados del juicio”, precepto matizado hoy por el artículo 20.3 de la LOPJ respecto a la proporcionalidad exigible a dicha caución (STC 50/1998), y es que es innegable que no es difícil encontramos con acusaciones temerarias, o realizadas por animadversión, o con la finalidad de conseguir a través del ejercicio de ésta acción una coacción para conseguir por la vía penal lo que es más lento conseguir por la vía civil; en definitiva, todos conocemos de las llamadas querrelas catalanas, o de aquéllos otros supuestos en los que se busca un desprestigio del adversario político, dándole publicidad a una querrela o denuncia que luego, al cabo del tiempo, se revela como absolutamente infundada.

En definitiva se debe de evitar que el proceso penal sea empleado con finalidades distintas de las que le son propias y que se utilice la acción popular con fines espúreos o simplemente atentatorios a los derechos fundamentales; de ahí que en la nueva LEC deba de preverse que la fianza que se exige para permitir el ejercicio de la acción penal a quien no es perjudicado directamente por el delito y por lo tanto no le mueve el deseo personal de restablecer la situación quebrantada por el delito, deba de ser exigida teniendo en cuenta el daño que esa falsa imputación pueda producir a la dignidad y honor del acusado; y, sobre todo, para evitar abusos que se prevea un mecanismo de indemnización automática a ese acusado, con cargo a la fianza, cuando el ejercicio de la acción penal se revele absolutamente injustificado, exigiéndose siempre en éste caso una resolución motivada en el auto de archivo de la causa, de tal forma que la propia víctima del proceso injusto no se vea en la necesidad de entablar una nueva acción para obtener la satisfacción del quebranto a su honor; algo así como el auto del seguro obligatorio al que se refiere el art. 517-8 de la LEC.

3. Restricciones de derechos del imputado

No me voy a referir a las posibles limitaciones de derechos fundamentales como es la libertad, las restricciones a los derechos de secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio o cualesquiera otras que necesariamente siempre tendrán que ser adoptadas por el juez, puesto que así viene impuesto por los arts. 17 y 18 de la C.E., sino a otras restricciones que puede sufrir el imputado y que precisamente no son adoptadas por el juez, sino por la

sociedad, pues pese a que constitucionalmente se tiene el derecho a la presunción de inocencia en tanto que no sea quebrantada por una sentencia condenatoria, pero que le afecta inevitablemente a toda persona que es el destinataria de un proceso penal durante la fase de instrucción, no en la fase de acusación o del juicio, que tendría mayor justificación.

Es evidente que la apariencia de la existencia de un delito obliga a investigar la posible autoría del mismo, puesto que por un lado el delincuente hace todo lo posible por no ser descubierto y por ocultar su acción delictiva, y por otro lado no queda más remedio que investigar pues en otro caso se podría incurrir en un delito de prevaricación o de un delito de omisión del deber de perseguir los delitos; sin embargo, aunque dicha investigación es precisa, y como el proceso es el instrumento necesario para poder juzgar unos hechos que revisten los caracteres del delito, y reconociendo con Alonso Martínez que "el proceso se convierte en una inmensa desgracia para el que lo deba sufrir", procuremos que en aras de esos derechos de dignidad y honor del que lo debe sufrir, sean lo más livianos posibles y desde luego con el sistema que tenemos de Juez inquisidor es difícil que este tema tenga solución, de ahí que como ya he adelantado anteriormente y como explicaré más adelante sea partidario de que la investigación que conduzca a la acusación la dirija el Ministerio Fiscal, bien solo o con las Acusaciones (pública o privada) cuando las haya, y el Juez sea simplemente Juez y se coloque donde le corresponde, en medio y decidiendo entre dos partes.

Reconociendo, como no podría ser menos, esa necesidad de investigación cuando se denuncia un hecho que reviste la apariencia de delito, sin embargo hay una cuestión que realmente me produce una especial preocupación, que es la de los derechos de aquéllos que en ocasiones se ven sometidos injustamente a un proceso penal, qué ocurre con su derecho a la dignidad (art. 10-1) y al honor, así como a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18-1 de la C.E.); es evidente que el simple hecho de que la detención aparezca en los medios de comunicación ya le está causando un gran perjuicio que muchas veces es irreparable; pero si además esa persona se ve sometida a un proceso penal indefinido en el tiempo, con continuos goteos de información periodística, ello le va a generar no sólo un coste económico sino también, y sobre todo, un coste personal que se agrava si se mantiene durante largo espacio de tiempo.

El problema es que el sistema procesal penal previsto originariamente se ha desvirtuado, porque estaba previsto que el sumario fuera una fase corta, como máximo de un mes, puesto que según el art. 324 de la LECrim al superarse ese plazo se tendría que dar parte al Presidente de la Audiencia dándose explicaciones del motivo de dicha tardanza (¡si esa exigencia se cumpliera!) y con la mínima investigación posible; y sin embargo se ha transformado en un proceso largo, que no sólo tiene la finalidad de preparar el acto del juicio, sino que se ha convertido en una fase con un gran valor intrínseco que adquiere gran relevancia en el resultado del proceso, desde el momento en el que produce plena eficacia probatoria en el juicio las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción, al tomarse en consideración que han sido realizadas con la garantía de la presencia judicial y en muchos casos con la presencia del propio imputado, respetando la garantía de la contradicción, y esto inevitablemente afecta a la presunción de inocencia.

Por ello, dadas las consecuencias afectivas que el proceso penal tiene para el imputado y las exigencias de la presunción de inocencia, la investigación del delito debe de ser lo más rápida posible, sin que sea admisible mantener indefinidamente abierta la investigación una vez realizadas las diligencias de investigación que se hayan acordado, y en ese momento se

debe pasar a la siguiente fase cuando los indicios que llevaron a la apertura del proceso penal y la imputación se confirme con las investigaciones llevadas a cabo, pero también cuando se desvanezcan esos indicios que llevaron a imputar a una persona, debe de dictarse de forma inmediata una expresa resolución en tal sentido, de tal forma que en la medida de lo posible y de forma expresa se reponga el honor y dignidad de esa persona; por ello es preciso que:

- En primer lugar el Juez de Instrucción solamente debe de abrir el procedimiento cuando verdaderamente los hechos denunciados o que sean objeto de la querrela tengan una apariencia de delito, rechazando cualquier imputación que se realice sin sustento probatorio alguno; evidentemente si quien es el responsable de la investigación criminal y del éxito de la misma es el Juez de Instrucción, lo más probable es que admita una imputación con mayor facilidad que si quien tuviera que realizar tal imputación y aportar datos suficientes sobre la imputación de una persona es el Fiscal o una parte legitimada para realizarla.
- Cuando exista una persona imputada en las actuaciones, la instrucción debe concluirse en el preciso instante en el que finalicen las diligencias de investigación, sin dilatar más la instrucción con diligencias inútiles, nuevas piezas o investigaciones que aunque tengan que ver con los hechos objeto de investigación puedan y deban ser objeto de investigación en otro procedimiento distinto, no debemos olvidar que existe el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.
- En contraposición con lo anterior, desde el momento en el que resulte desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción, sin perjuicio, claro está de que si más adelante aparecieran nuevos indicios se reabra el procedimiento contra ese imputado; y en la medida de lo posible el Juez y el Ministerio Fiscal deben de reaccionar frente a la utilización torticera del proceso penal, no consintiendo ni tolerando que el desarrollo del proceso suponga un menoscabo a los derechos fundamentales de quien no merece ese trato; y precisamente por ello, la imputación realizada debe levantarse expresamente en cuanto que aparezcan indicios suficientes que apunten a la falta de responsabilidad del imputado, sin que sea admisible que se mantenga de forma gratuita una imputación aunque aquéllos indicios se hayan desvanecido; es evidente que mientras la instrucción continúe en manos del Juez, en vez de en el fiscal, el mantenimiento de dicha situación es más fácil porque al fin y al cabo quien lleva a cabo la investigación y es responsable de que la misma llegue a buen puerto, es el propio juez que ha abierto un procedimiento contra esa persona; sin embargo, si la investigación se atribuye al fiscal, es evidente que cuando se desvanezcan tales indicios podría el propio imputado solicitar del juez el levantamiento de tal imputación, y será más fácil que éste adopte dicha decisión y, en definitiva, reponga a esa persona en su dignidad y en su honor.
- Deberían de adoptarse medidas que eviten la publicidad de los procesos penales, pues reconociendo que la constitución garantiza el derecho fundamental de la información, sin embargo, el quebranto que se produce a la dignidad y el honor de una persona cuando, además de sufrir la imputación, sufre la publicidad de su proceso, deben de llevar a la convicción de que es preciso remediar dicho enjuiciamiento público; en tal sentido es preciso recordar que aunque el art. 301 de la LECrim impone que "Las diligencias del sumario serán secretas (hacia terceros ajenos al proceso) hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley", sin

embargo en determinados procedimientos criminales, a veces el juez puede llegar a tener conocimiento antes por la prensa que por su propia investigación; dado que la sanción para los abogados o los funcionarios del juzgado que revelen las diligencias es de hasta 2.500 ptas., entiendo que tales revelaciones dado que afectan a derechos fundamentales de la persona y que disturban el proceso con una opinión pública paralela que muchas veces ven incomprensible la actuación judicial, deben de ser constitutivas de delito, por lo que el actual tipo penal debería de reformarse para hacerlo tan claro como en los casos de alcoholemia y por supuesto no quedarse en una mera sanción administrativa que nunca se va a realizar.

4. Atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción de las causas penales

Evidentemente éste es el tema que mayores pasiones despierta y que más enfrenta a juristas prácticos y teóricos; y en éste caso, a diferencia de las dos primeras cuestiones que acabamos de examinar, no hay un mandato constitucional que imponga que la fase de instrucción o de investigación hasta llegar a la fase intermedia, en que se concretan las acusaciones, deba de atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales, puesto que a éstos le reserva el art. 117 de la C.E. "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado...", lo cual implica que irremediamente desde que se decide abrir la fase intermedia y existe una acusación son los órganos jurisdiccionales los que deben de hacerse cargo de la dirección del proceso, pero no exige que esa fase que da lugar a la apertura del juicio deba de continuar en manos de los órganos jurisdiccionales.

Evidentemente existen diversos sistemas porque cada país tiene sus antecedentes en la regulación de los procesos penales y de la institución del Ministerio Fiscal, como sus propias características que han desembocado en el régimen con el que cuentan en la actualidad, y, evidentemente cada uno de ellos tiene sus propias características:

- En Italia se atribuye la exclusividad al fiscal, donde este órgano es independiente, rige la obligatoriedad de la acción penal, y se precisa la intervención del Juez para las indagaciones de investigación y para adoptar medidas que afecten derechos fundamentales, controlar los "tiempos" de las investigaciones preliminares y el mismo ejercicio de la acción penal, y decidir sobre los resultados de las investigaciones preliminares del fiscal o la imputación.
- En Alemania la fiscalía depende del Ministro de Justicia del Land correspondiente y ejercita facultades discrecionales sobre la acción penal en delitos castigados con penas de hasta un año.
- En Portugal se ha trasladado la investigación al fiscal, no obstante dicha atribución se ha equilibrado con tres elementos: el control del juez de instrucción tras la investigación del fiscal, pudiendo completar aquélla si así lo estima necesario y otro acusador lo solicita; la necesaria intervención jurisdiccional para la adopción de toda medida que afecte derechos fundamentales, y la sumisión del fiscal al principio de legalidad.
- En Holanda las llamadas actuaciones de averiguación preliminares se encomiendan directamente a la policía que a su vez envía las actuaciones al fiscal, órgano encargado finalmente del control de la investigación, la acción se ejercita en régimen de monopolio y rige muy ampliamente el principio de oportunidad, frente a cuyo uso sólo puede reclamar la víctima ante un tribunal equivalente a nuestra Audiencia Provincial.

- En Noruega instruye la policía a instancias de los propios ciudadanos y el Fiscal es el que termina acusando.
- En Suiza conviven hasta tres de estos sistemas.
- En Francia la instrucción sigue en manos del juez, no sólo por motivos tradicionales, sino también por las concretas experiencias históricas relacionadas con la falta de independencia del fiscal frente al ejecutivo y sus competencias respecto a la llamada oportunidad des poursuites (recuérdese que en Francia no hay Fiscal General del Estado y la autoridad última corresponde al Ministro de Justicia) y al práctico monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal, no obstante existe el Juez de garantías que revisa las actuaciones del Juez de Instrucción.

Respecto a qué debe de ocurrir en España con una posible reforma del sistema tras la promulgación de una nueva LECrim, hay que partir de la base de que el juez, por definición, ha de encontrarse en el fiel de la balanza, puesto que la función jurisdiccional así lo exige, siendo evidente que cuando adopta decisiones inculpativas que nadie le ha pedido, está perdiendo esa situación de equilibrio, y tales decisiones le contaminan para adoptar la decisión final del juicio de acusación; es decir para tomar la decisión de seguir para adelante con el procedimiento y entrar en la fase de juicio oral, o para adoptar la medida de sobreseer o archivar la causa respecto del imputado al que ha estado acusando de existir frente a él indicios racionales de criminalidad, e incluso respecto del que se han adoptado medidas restrictivas de derechos fundamentales; el instructor no puede ser imparcial en la medida en que no sólo tiene como función la búsqueda y formación de la prueba, sino que decide a la vista de todo lo practicado probáticamente por él. Por ello pienso que la investigación de los delitos ha de atribuirse al Ministerio Fiscal, y que el juez debe de ser un Juez de Garantías Constitucionales que supervise el proceso de investigación y que a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier acusador privado decida, tras el juicio de culpabilidad, sobre el destino final de dicha investigación previa.

Pero como pone de manifiesto Moreno Catena, el Juez de Instrucción Español no es idóneo para responsabilizarlo de la instrucción penal, por ello la atribución de la investigación criminal debe de atribuirse al fiscal, lo cual no implica sustituir el actual juez de instrucción por el Fiscal instructor, pues no se trata de sustituir los esquemas vigentes, cambiando a uno por el otro, sino de superar el sistema que ha venido rigiendo hasta ahora, sin que tal atribución implique que pudiera adoptar todas las medidas que en la actualidad puede adoptar el Juez de instrucción, por cuanto que por lo menos aquéllas que supongan restricción a los derechos fundamentales han de ser adoptadas por un Órgano Jurisdiccional, pues así está previsto constitucionalmente para por ejemplo intervenir comunicaciones, registros domiciliarios, secuestro de publicaciones, etc., a su vez para la adopción de cualesquiera de éstas limitaciones no solamente es precisa que la decisión la adopte un Juez, sino que lo haga en una resolución motivada y que sea proporcionada al fin lícito perseguido.

Siendo evidente que a lo largo de la fase de investigación criminal es precisa la adopción de una serie de medidas que requieran la intervención judicial, aunque la investigación sea dirigida por el fiscal, éste tendría la necesidad de acudir al Órgano Jurisdiccional para que adopte determinadas medidas o se practiquen algunas diligencias cuando supongan limitación o injerencia en los derechos fundamentales, o se pretenda dispensar una especial garantía. En ese caso el Juez sería verdaderamente imparcial y se implicaría, en la investigación sin la posibilidad de poder ordenar de oficio diligencias de investigación, medidas cautelares, por lo

tanto, su función es la de tutelar los derechos fundamentales de todos los implicados en un proceso penal, tanto del imputado como de los diversos acusadores.

Para justificar esa asunción por parte del Fiscal de la investigación criminal Lorca Navarrete sostiene que tal Órgano ha de poseer una autonomía funcional instructoria plena. El fiscal ha de ser la parte adversarial instructora imprescindible. Pero en todo caso una parte. No un sujeto privilegiado por el "poder instructorio" que goza el instructor de la vigente LECrim. Otra cosa es la proyección orgánica que implica un fiscal vinculado por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. ¿La perversidad orgánica puede neutralizar la actuación del fiscal como parte adversarial? La respuesta, en todo momento, ha de ser negativa. La unidad y dependencia jerárquica se enquista en el órgano, no en la función en la que, en todo caso, el fiscal ha de gozar de plena autonomía. Con esa finalidad se ha de proceder a cambiar la instrucción con el objetivo de que, desde el punto de vista funcional, deje de ser inquisitiva para pasar a ser adversarial y para que desde la vertiente orgánica se encuentre abocada a que el instructor, al tiempo que permanece, ya no sea un inquisidor sino el elemento orgánico decisor y de garantía en función del modelo adversarial que se propugna. No es un mero espectador. Técnicamente su cometido funcional ha de ser determinante.

Añade el citado autor que en la instrucción no ha de inquirir e investigar inquisitivamente el instructor. Por tanto, no se trata de realizar reubicaciones funcionales no justificadas. Se trata simplemente de un nuevo modelo de instrucción en el que la "inquisición" o la "investigación" se encuentre a remolque de un modelo adversarial de instrucción. Y en ese nuevo desarrollo funcional es preciso advertir, con la contundencia que sea precisa, que el cometido funcional del instructor es troncal. El fiscal es quien inquiriere e investiga. En la instrucción adversarial se inquiriere y se investiga. Y se instruye en función del ámbito adversarial que dispositivamente plantean las partes personadas respecto del cual el cometido funcional de garantía que asume el órgano jurisdiccional, salvaguardando las garantías de la instrucción, es troncal. Pero sobre todo, el fiscal instructor no es el instructor inquisitivo alonsoniano. El modelo procesal penal español al admitir, conjuntamente con la acusación particular, la popular, permite afirmar que, técnicamente y mientras subsistan tales acusaciones, el fiscal va a poder instruir porque, si no se le permitiera instruir al fiscal, al resto de las acusaciones se les vedaría actuar adversarialmente.

En éste sistema, se insiste que correspondería al juez, en primer lugar la adopción de todas las medidas cautelares, tanto personales como reales, en segundo lugar todas las medidas de prevención e interrupción de acciones delictivas, y medidas de protección en cuanto suponen privación o limitación de un derecho o una facultad de una persona y le correspondería también, el control de las medidas de obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba cuando para ello haya de limitarse o restringirse derechos fundamentales.

5. El llamado juicio de acusación

Nos hallamos ya en una fase en la que tras la investigación llevada a cabo en la fase sumarial se revelan indicios suficientes de criminalidad contra una persona; es verdaderamente chocante que en el sistema actual sea el juez de instrucción quien, en contra de lo que debe de ser la figura del juez de encontrarse en el fiel de la balanza, sea el que de oficio pueda realizar esa imputación, ésta situación trata de resolverse mediante el llamado Juicio de acusación.

En primer lugar es preciso concretar qué es lo que la doctrina viene llamando como juicio de acusación, y siguiendo al profesor Ortego Pérez, podemos indicar que es la decisión jurisdiccional que sobre la acción penal tiene lugar en el proceso, con carácter previo al juicio sobre el hecho. Es una exigencia del proceso acusatorio que antes de entrar a determinar la culpabilidad o la inocencia del imputado, se decida previamente si la acusación que se ejercita tiene una consistencia mínima que la haga viable, o si por el contrario, no tiene visos de prosperar; luego, se trata de una resolución sobre el derecho de acusar o ius persequendi, que tiene lugar en el denominado período intermedio, y que concluye con la decisión alternativa del sobreseimiento de la causa o la apertura del juicio oral; y ello es así por cuanto que en el proceso penal por delitos, para que pueda iniciarse, proseguir y abrirse el juicio oral, no basta con que se den una serie de requisitos procesales, sino que es preciso que concurran, al menos en grado de posibilidad o probabilidad, determinadas condiciones de Derecho sustantivo (tipicidad, culpabilidad, creencia aparentemente fundada de la comisión delictiva...), por lo que "el juicio" sobre la misma, no es un enjuiciamiento anticipado sobre la culpabilidad o la inocencia del imputado, sino tan sólo sobre la acción penal o ius persequendi, como demuestran las causas legales de sobreseimiento.

Como sostiene el T.C. se trata de un juicio de relevancia acerca de la apertura que el juicio oral exige, que no es sino un juicio negativo en virtud del cual se cumplen funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación.

El Juicio de acusación no es propia, ni exclusivamente la actual fase intermedia del juicio, aunque sí se asemeja a ella puesto que el período intermedio es una etapa procesal situada estratégicamente entre la instrucción y el plenario, cuya finalidad consiste en determinar si concurren los presupuestos necesarios para abrir o no el juicio oral; tal como establece una amplia y consolidada jurisprudencia constitucional, "la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral" aludiendo a que la función más específica del período intermedio, suele identificarse genéricamente con el "juicio de acusación", dado que ése es el momento procesal oportuno para determinar la viabilidad de la misma.

En un Estado de Derecho la función del proceso penal no tiene como única finalidad la actuación del ius puniendi, sino también la declaración y el restablecimiento, cuando proceda, del derecho fundamental a la libertad de las personas en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico; de ahí la importancia de que el proceso penal ofrezca tanto al acusado, a la víctima como a la sociedad, un adecuado sistema de garantías, siendo una de las más importantes "la construcción de un verdadero y eficaz filtro judicial que separe perfectamente la fase de las acusaciones provisionales de la llamada apertura del juicio oral; y de ahí también que como ha indicado el T.S. en S. de 2-XII-2007 cuando el Juez o Tribunal dictan el auto de apertura del juicio oral, están "valorando la seriedad de la pretensión punitiva", o lo que es lo mismo, realizando "el juicio de razonabilidad, en cuanto supone una estimación de que hay motivos suficientes para entrar en el juicio; por ello, apreciar "la oportunidad de la acusación", requiere "una muy cuidadosa y exhaustiva ponderación de la consistencia fáctica y jurídica" de la misma.

Precisamente por ello, tanto la apertura del juicio oral como el sobreseimiento deben estar perfectamente fundados; y su atribución, como reconoce Ortego Pérez, debe de atribuirse a un Órgano Jurisdiccional que no sea ni el instructor ni el Órgano jurisdiccional que vaya a celebrar el juicio, pues en definitiva tanto en uno como en otro caso existirá una contamina-

ción, bien originaria desde el momento en el que el instructor lo está y precisamente por ello sigue el procedimiento, pero es evidente que tampoco puede hacerse recaer éste juicio de acusación sobre el órgano decisor, aunque tendría sentido crear otro órgano jurisdiccional con esa tarea exclusiva; precisamente por ello la solución pasaría por atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción, de tal forma que cuando el citado Órgano o las acusaciones llegaran a un momento concreto en el que se ha agotado la investigación y parecen deducirse, o bien serios indicios de criminalidad, o bien se han desvanecido los mismos, la atribución de dicha competencia se encomendaría a un juez distinto de aquél que va a ser el competente para enjuiciar en un futuro el indicado delito; en definitiva, sería el que es llamado en otros sistemas el Juez de Garantías Constitucionales.

IV. ESQUEMA DE UN NUEVO PROCESO PENAL

En el seno de los cursos de formación del Consejo General del Poder Judicial, se reunió en el mes de noviembre de 2005 un Grupo de Investigación sobre el proceso penal, presidido por D. Miguel Carmona Ruano, Presidente en aquél momento de la Audiencia Provincial de Sevilla y formado por Magistrados de Audiencia Jueces Penales, un Catedrático de Procesal y un Fiscal, llegaron a las conclusiones de que la Futura LECrim podría tener el siguiente esquema:

1. Fase de Investigación

1. Investigación del delito a cargo de la policía judicial, con las notas de:
 - Especialización profesional
 - Información
 - Cooperación internacional
 - Neutralidad y objetividad
 - Tratamiento especial de las formas más graves de delincuencia:
 - Criminalidad organizada
 - Terrorismo
 - Tráfico de personas humanas
 - Delincuencia financiera
2. Papel director del Fiscal:
 - El Fiscal es el destinatario de la investigación llevada a cabo por la policía.
 - Le corresponde su dirección, en el sentido de emisión de directrices o instrucciones y decisión sobre una investigación específica. Para ello sería conveniente una especialización funcional en la organización del Ministerio Fiscal, ya que el mayor o menor contenido de esta función de dirección dependerá de la complejidad de la investigación de que se trate y de la especialización, tanto del órgano policial como de la Fiscalía.
 - Para que ello sea efectivo, ha de hacerse real y no sólo nominal, el principio constitucional de dependencia de la policía judicial establecido en el art. 126 de la Constitución.
 - Asume igualmente la iniciativa de actuaciones procesales concretas que considere necesarias o que le soliciten las partes.

- El Fiscal es quien se comunicará con el juez cuando la intervención de éste resulte necesaria.
- Será igualmente quien se comunicará con el imputado y la víctima, recibirá sus peticiones y resolverá sobre sus propuestas de investigación.
- El Fiscal será igualmente el órgano encargado de la cooperación internacional en esta fase de investigación.

3. Garantía judicial de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho de defensa. Como consecuencia, la función del Juez (llámese de Garantías o con cualquier otra denominación) durante la investigación comprenderá:

- El control jurisdiccional de cualquier posible restricción de derechos fundamentales.
 - Dentro de este control, la garantía de la libertad personal, que incluye:
 - El habeas corpus
 - La decisión sobre la prisión provisional o cualquier otra restricción de la libertad personal
 - La garantía de la objetividad en la investigación, a través de:
 - Decisión respecto de quejas por denegación de diligencias de investigación solicitadas
 - Recurso contra el cierre de la investigación sin ejercicio de la acción penal
 - Recurso frente a la prolongación indebida, con posibilidad de fijación de un plazo.
 - La adopción de medidas cautelares, tanto personales como reales, sin perjuicio del aseguramiento inmediato que haya podido (y debido) llevar a cabo la policía.
 - La adopción de medidas de protección que impliquen una mayor injerencia en derechos individuales.
 - La práctica de la prueba anticipada.
- Dada la índole de cada una de estas intervenciones, de carácter urgente en su mayor parte, su adopción requerirá la organización de turnos de guardia, sin perjuicio del seguimiento y control efectivo de las medidas restrictivas de derechos fundamentales por el juez que las adopte.

4. El investigado tendrá entrada en esta fase desde que se concrete la imputación contra él, momento a partir del cual ha de hacerse saber. A partir de este momento, el investigado podrá:

- Llevar a cabo una investigación propia, para aportar los elementos probatorios que considere oportunos para su defensa.
- Solicitar que se realicen, con recursos públicos, aquellas actuaciones que no pueda realizar por sí. Estas actuaciones las solicitará al Fiscal y, si le son denegadas, podrá acudir al juez.

5. La víctima tendrá igualmente entrada en esta fase y podrá, a su vez:

- Llevar a cabo una investigación propia, en condiciones similares.

- Solicitar que se lleven a cabo con recursos públicos aquellas actuaciones que no pueda realizar por sí, que solicitará al Fiscal, con posibilidad de acudir al juez si le son denegadas.

6. *El reconocimiento constitucional del ejercicio de la acción popular, reconocida en el art. 125 de la Constitución, puede legítimamente condicionarse a la presencia de un interés legítimo*, para evitar una utilización abusiva y espuria.

Se reconocerá en todo caso la condición de interesado a las corporaciones, asociaciones y grupos afectados o habilitados para la defensa y promoción de los valores colectivos lesionados por el delito.

Entendemos, sin embargo, que la defensa del interés público como tal ha de corresponder exclusivamente al Ministerio Fiscal.

7. *El objeto de la investigación será:*

- Adquirir el conocimiento del delito y de sus circunstancias, bajo los ya señalados principios de objetividad y neutralidad.
- La identificación y puesta a disposición de las partes de las posibles fuentes de prueba
- El aseguramiento del supuesto delincuente y de la efectividad de la sentencia, incluyendo los posibles pronunciamientos reparadores.

8. La investigación ha de poner en marcha todas las finalidades del proceso penal, incluyendo:

- Asistencia y reparación de la víctima
- Conocimiento de la personalidad del imputado y atención a los problemas que pueda presentar.
- Posibilidad, en los supuestos legales, de mediación o de alternativas al enjuiciamiento.

9. La investigación así concebida finalizará por:

- Archivo, equivalente al sobreseimiento libre.
- Sobreseimiento provisional
- Acusación, abriendo la fase del juicio de acusación.
- Alternativas, como:
 - Mediación
 - Suspensión del proceso
 - Decisión de no persecución

Las decisiones que impliquen la terminación de la investigación sin acusación serán recurribles ante el juez.

2. El juicio de acusación

Su finalidad es la de determinar, por parte de un órgano jurisdiccional, si existe una base razonable suficiente para el enjuiciamiento de una determinada persona bajo una acusación penal.

El esquema de este juicio de acusación será:

- Formulación de una acusación.
- Posible oposición (renunciable)
- Alegación y justificación (no prueba) de la acusación
- Decisión:
 - Apertura del juicio oral
 - Sobreseimiento libre.

Para que sea posible este juicio de acusación por parte de un juez no implicado en las actuaciones que hayan podido requerir intervención judicial durante la investigación, será preciso adecuar la planta judicial.

3. Enjuiciamiento

Llegados al juicio, éste se desarrollaría bajo las siguientes notas:

1. *Objetividad*, posibilitando a todas las partes el acceso a las fuentes de conocimiento.
2. *Publicidad*, con la nueva dimensión ya señalada. A este respecto, el espacio escénico de la audiencia pública ha de hacer visible la presunción de inocencia y la igualdad de partes y posibilitar el contacto directo del acusado con su defensor.
3. *Posible introducción de una audiencia previa*, con funciones de sanación o exclusión de medios de prueba o de otras causas de nulidad, así como de ordenación de los debates y del desarrollo del juicio.
4. Los *medios de prueba* han de ser los más amplios posibles, si bien sometidos a:
 - un juicio de pertinencia,
 - un principio de proporcionalidad, y
 - con el límite del respeto a los derechos fundamentales:
 - del acusado,
 - de los demás intervinientes en el proceso, tanto la víctima como los testigos.
5. La introducción de medios de prueba ha de tener un *momento preclusivo*, tanto para la acusación como para la defensa, que permita siempre la articulación de otras pruebas contradictorias sobre el mismo objeto. De este modo, la aportación posterior de pruebas ha de estar estrictamente limitada y sometida al principio de buena fe.
6. *Fijación definitiva de la acusación*, estableciendo de modo preciso los límites de las modificaciones.
7. *Fijación definitiva de la posición de la defensa*, con exigencia al menos en este momento, si no se ha hecho con antelación, de alegación de los hechos que sirvan de base a grados de participación o ejecución diferentes o a la apreciación de circunstancias eximentes o atenuantes alegadas, tanto genéricas como específicas.
8. Necesidad ya ineludible de un sistema de *registro literal, preferiblemente a través de la grabación de imagen y sonido*.
9. Necesidad de encontrar un momento específico de *debate, incluso con prueba, sobre las consecuencias jurídicas del delito y sus bases de hecho*. Cuando este debate no sea posible establecerlo en el mismo juicio, se llevará a cabo en un debate concentrado e inmediatamente posterior a la declaración de culpabilidad, con presencia del ya declarado culpable.

10. Necesidad de regular el *régimen económico del proceso y los mecanismos de repercusión de los gastos procesales*.

4. Apelación

La segunda instancia penal ha de basarse en las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, teniendo en cuenta las modulaciones introducidas por el art. 2 del Protocolo Adicional 7.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (aún no ratificado por España).

La regulación de la apelación penal tendrá, por tanto, en cuenta los derechos reconocidos en estos textos internacionales, así como la doctrina elaborada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional español, en especial a partir de la S.a TC 167/2002.

Esto significa:

1. La necesidad de generalizar la segunda instancia penal, en la línea ya emprendida por los proyectos legislativos en tramitación.
2. No hay, sin embargo, una exigencia constitucional de que el tipo de apelación que se establezca sea el de apelación plena, concebida como un segundo juicio, con repetición de la prueba.
3. El Tribunal Constitucional lo que ha dicho, como *ratio decidendi* es que el órgano de apelación no puede condenar, revocando la absolución, sobre la base de pruebas de cargo personales que no se hayan practicado ante él bajo los principios de inmediación y contradicción.
4. No ha dicho, sin embargo, que exista una exigencia constitucional de dar a la acusación una segunda oportunidad de obtener la condena no conseguida en primera instancia, repitiendo la prueba de cargo ante órgano distinto.
5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido sin excepción sistemas de apelación restringida, de modo que cuando ha planteado exigencias en materia probatoria lo ha sido siempre tomando en consideración el sistema legal del país en cuestión.
6. La prueba repetida no sería nunca, por su propia naturaleza, la misma prueba practicada en primera instancia, sino una prueba distinta, que no necesariamente habría de tener mayores garantías de credibilidad que la antes practicada.
7. Se ha de posibilitar en todo caso una revisión completa de la condena, tanto en sus aspectos de hecho como de derecho, de modo que la presunción de inocencia despliegue toda su potencialidad.
8. El gravamen que legítima al apelante tendría que extenderse también a los hechos probados o al contenido de la sentencia que, pese a no tener reflejo en el fallo, puede tener otros efectos perjudiciales para la esfera de derechos del interesado.
9. Sobre la base de estos principios, es admisible la apelación escrita en todos aquellos casos en que la oralidad no sea necesaria, si bien la regulación que se establezca habrá de:
 - Posibilitar e incluso favorecer la oralidad, con presencia del imputado cuando la solicite, garantizando su derecho a la autodefensa ante el órgano de apelación en

especial cuando impugne globalmente su culpabilidad o su participación en los hechos.

- Posibilitar la intervención directa del Tribunal requiriendo precisiones o aclaraciones a las partes sobre puntos concretos del debate.

10. En este esquema de apelación, tendrían que regularse por el legislador de modo específico los supuestos en que sería posible una apelación supeditada a la principal, con pretensiones diferentes e incluso opuestas a las de éste, así como su regulación procesal y efectos.

Esta apelación supeditada (Adhesión a la apelación en el proceso civil) debería ser admisible en todo caso cuando la eventual estimación de la apelación principal representaría un gravamen para el no recurrente que pudiera haber hecho valer frente a la sentencia inicial. Ejemplos típicos serían la impugnación por el apelante principal de la absolución fundada en la prescripción u otra causa legal acompañada de declaración como probados de hechos delictivos, o la pretensión por el apelante principal de la admisibilidad de medios probatorios excluidos. En estos casos no había razón válida para la inadmisibilidad de una apelación supeditada.

5. Casación

Generalizada la apelación, la casación habrá de recobrar su función originaria, centrada en la infracción de ley.

6. Ejecución

Se habrá de prestar una atención especial a la ejecución de la sentencia, como momento de efectividad de los pronunciamientos de la sentencia y, con ellos, del conjunto del proceso, que se desarrollará en el vacío si la sentencia no se ejecuta.

Para ello será necesario diseñar una ejecución en la que:

- La ejecución se llevará a cabo de oficio y de modo inmediato, con impulso del Ministerio Fiscal
- Se habrán de regular procedimientos ágiles y contradictorios para la adopción de las decisiones jurisdiccionales necesarias sobre suspensión de la ejecución de penas, sustitución, imposición o sustitución de normas de conducta o de medidas de seguridad, liquidación o concreción de pronunciamientos reparadores y demás incidentes procesales.
- Tales procedimientos estarán basados en los principios de concentración y oralidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Algunas propuestas para una necesaria reforma de la ley de enjuiciamiento criminal: Antonio María Lorca Navarrete.
- Algunas consideraciones sobre la reforma del recurso de apelación penal: Mercedes Fernández López.
- La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal: Mercedes Pérez Manzano.

Apresurado comentario al "informe" o "exposición" del comité de derechos humanos de la organización de las naciones unidas en el caso "Gómez Vázquez v. España" (10-28 julio 2000): Víctor Fairén Guillén.

El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal: Francisco Ortego Pérez.

¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un enorme inconveniente: José Garberí Llobregat.

La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional: Juan Luis Gómez Colomer.

La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?: Juan Carlos López Coig.

La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal: Teresa Armenta Feu.

Hacia un nuevo proceso penal: manual de formación continuada del consejo general del poder judicial, nº 32 de 2005.

Hacia un nuevo proceso penal: Miguel Carmona Ruano.

El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito: Víctor Moreno Catena.

Un estudio sobre la organización y funciones en la oficina judicial, y los procesos judiciales tras la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 13/2009

Amaya Arnaiz Serrano
Doctora en Derecho
José Juan Tomás Porter
Secretario Judicial

I. INTRODUCCIÓN

La modificación de la LOPJ acometida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, supuso la introducción de un nuevo modelo de organización de los tribunales, al incorporar en nuestro Derecho por vez primera el concepto de oficina judicial¹, que se define como la organización de carácter instrumental que, de forma exclusiva, presta soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional (art. 435.1 LOPJ). El objetivo último de aquella reforma no era otro que el diseño de un nuevo modelo de organización del principal instrumento de colaboración del Poder Judicial, la oficina judicial, que superando la tradicional estructura de las secretarías de los juzgados y tribunales, posibilitase la actividad del órgano judicial tuviera lugar con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones.

Luego la LO 19/2003 puso los cimientos de un ambicioso proyecto de transformación de la Administración de Justicia en nuestro país, que tras no pocas vicisitudes parece que comienza a tomar forma con la reciente reforma acometida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que, entre otras normas, se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Y es que, pese a lo que pudiera parecer, pues mucho se lleva hablando de esta "nueva oficina judicial", aún queda bastante camino por recorrer. De ahí que, al hablar en este momento de la nueva oficina judicial debamos distinguir tres hitos o momentos que determinan su conformación. La primera de estas etapas sería la integrada por aquellas reformas que hicieron posible pergeñar el diseño legal de su estructura y organización. A continuación, y también mediante las oportunas reformas en nuestro ordenamiento jurídico, se ha procedido a la necesaria adaptación de la legislación procesal al nuevo diseño de la oficina, con otra ordenación del proceso y otros responsables directos de su gestión. Y, por último, un tercer hito, todavía hoy por llegar, lo constituye la efectiva creación de las nuevas unidades, proceso

que precisará de la toma de decisiones por parte del Ministerio de Justicia y de las CCAA con competencias transferidas en esta materia, y que exigirá adaptaciones en materia de personal (constitución de las relaciones de puestos de trabajo) y de las infraestructuras judiciales. Sin duda, esta última tarea no resultará nada sencilla, y precisará de una adecuada programación del cambio por parte de las distintas Administraciones implicadas, fundamentalmente el Ministerio, las CCAA y el CGPJ.

Apuntado ya el primero de estos hitos, a través de la reforma de la LOPJ mediante la LO 19/2003—sobre la que mucho se ha dicho y escrito—, resta ahora por hablar de los otros dos: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, aprobada por Ley 13/2009, que entrará en vigor el próximo mes de mayo de 2010, y que se complementa con la LO 1/2009; y las decisiones que, en materia de creación de los servicios comunes y de reorganización del personal y adaptación de las infraestructuras judiciales, se dicten por las Administraciones implicadas. No obstante, previamente trataremos de exponer esa nueva organización de los tribunales que va a constituir la implantación de la oficina judicial.

II. LA NUEVA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES: LA OFICINA JUDICIAL

Este nuevo modelo de organización en el seno de la Administración de Justicia implica la superación, como decíamos, de las secretarías del juzgado o tribunal tal y como las hemos conocido hasta ahora, abandonando un diseño de funcionamiento horizontal, que con el tiempo ha devenido poco funcional, y que ha hecho de cada oficina una isla en medio del océano de una administración que precisaba de una reforma así desde hace tiempo.

Históricamente se han sucedido diversas respuestas a las necesidades surgidas del incremento de la litigiosidad y de la falta de una respuesta eficaz por parte de los tribunales. Una de estas respuestas fue, durante largo tiempo, el incremento en la plantilla del personal al servicio de la Administración de Justicia, y así fue hasta que se comprendió que, lejos de mejorar la cantidad de asuntos resueltos y aún menos de la calidad de las resoluciones, convertía al juez o tribunal en el "cuello de botella" del sistema, incapaz de atender el volumen de procesos que tal número de funcionarios era capaz de prepararle.

De un tiempo a esta parte, el recorte de plantilla en cada órgano judicial ha obedecido no sólo a razones presupuestarias, sino a otras de índole funcional y de operatividad. A partir de ese momento, se ha venido desarrollando, como única medida para paliar los efectos de esas necesidades derivadas del aumento de litigiosidad, el incremento de órganos judiciales, sin otra política que la de generar "clones" de los anteriores, que exigen dotación de nuevas infraestructuras y de personal: juez, secretario judicial, varios gestores, tramitadores y funcionarios del cuerpo de auxilio judicial. En definitiva con un coste económico importante que, por lo general, tiene escaso reflejo en resultados tangibles, y sin considerar otras soluciones más eficaces y con un coste económico menor para las arcas públicas, las que podrían tener origen simplemente en una reordenación de la organización y funcionamiento de las hasta ahora secretarías judiciales (oficinas judiciales) de modo que las haga más eficaces, que las convierta en un instrumento (la oficina judicial) útil para los objetivos que se exigen a una Administración moderna.

¹ Denominación que, según MARTÍN CONTRERAS, «Cuestiones específicas sobre la Secretaría Judicial», en *El Libro blanco de la Justicia. Proyecto alternativo de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales*, Granada, 1997, pág. 143, «es la consecuencia de las nuevas corrientes de pensamiento que colman el Ministerio de Justicia en los años ochenta [...] y que tratan de introducir las reformas que en este país (Italia) se han producido en los últimos años bajo la concepción del "ufizzio", lo que supone, al menos en teoría, la delimitación de lo que se considera jurisdiccional de aquello otro que califica de administrativo y que da soporte laboral a la actividad jurisdiccional».

Asimismo, debe precisarse que la oficina judicial ya fue citada, en primer lugar, en el Libro Blanco de la Justicia, como consecuencia de la preocupación del Consejo General del Poder Judicial elegido en 1996, en particular en relación con los problemas estructurales, funcionales y organizativos de la Administración de Justicia. Sobre el mismo, vid. *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997, en el mismo se podrán encontrar cuestiones a las que vamos a hacer referencia en este trabajo. Y en segundo término en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, suscrito por el entonces Gobierno de la nación y los Partidos Popular y Socialista, en el que se alude a su necesaria modernización, de modo que a través de ella se "ofrezca una atención de calidad a los ciudadanos". Sobre el mismo, y su contenido, ARNALDO ALCUBILLA e IGLESIAS MACHADO (coord.), *El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*, Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

A esa necesidad responde la organización de la nueva oficina, que se estructura sobre la base de lo que se han denominado “unidades”, que serán de dos tipos según las funciones que tengan encomendadas²:

- a) Unidades procesales de apoyo directo y,
- b) Servicios comunes procesales.

En ambos casos su actividad principal irá encaminada a la aplicación de normas procesales (art. 436 LOPJ). Esta estructuración en “unidades” es precisamente la que permitirá racionalizar el trabajo de los empleados públicos y mejorar el rendimiento y la calidad del servicio y, con ello, favorecerá la mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva³.

1. La composición de la oficina judicial

La oficina judicial es, en realidad, un concepto que comprende distintas formas de organización, que en su conjunto y de forma separada hacen realidad la misma. Por ello, pasaremos en primer lugar a analizar cada una de estas unidades para a continuación estudiar el modo en que las mismas se organizarán y funcionarán en su conjunto.

1.1. Las unidades procesales de apoyo directo

Las unidades procesales de apoyo directo (en adelante, UPAD), que asumen la tramitación procesal y llevan de todos aquellos asuntos cuyo conocimiento tengan legalmente atribuidos los jueces y tribunales, asistiéndoles para el eficaz cumplimiento de la función jurisdiccional, serán las unidades que vengán a suplir a lo que hasta ahora hemos conocido como secretarías judiciales (art. 437 LOPJ). De ahí, que constituyan la estructura básica de la nueva oficina judicial, pues se encuentran vinculadas directamente al titular de cada órgano jurisdiccional y cuentan con la asignación del personal mínimo indispensable para llevar a cabo sus funciones.

Existirán tantas UPAD como juzgados o, en su caso, salas o secciones de tribunales estén creados y en funcionamiento, integrando junto a sus titulares el respectivo órgano judicial. Contarán con un secretario judicial, si bien, por motivos de racionalización del servicio, un mismo secretario judicial podrá actuar en más de una de estas unidades⁴. En todo caso, se procurará que su estructura básica sea homogénea en todo el territorio (art. 437.5 LOPJ),

² El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia también preveía ya la necesidad de proyectar una “nueva estructura, que modifica el modelo tradicional de Oficina Judicial [en el que] se diferenciarán los servicios de apoyo directo y atención especializada a cada Órgano judicial de los servicios comunes o compartidos por distintos Jueces y Tribunales de un mismo territorio”.

³ Y es que como afirmara CARNELUTTI, «quien considere el desenvolvimiento de un proceso advertirá que la actividad de que resulta el ejercicio de la función judicial no proviene de un solo hombre, junto al juez están otros hombres que hacen otras cosas, los cuales forman parte de la propia función... las exigencias de la Administración de Justicia no podrían ser satisfechas si la función judicial fuese confiada a una sola persona. El órgano u oficio judicial es, pues, un conjunto o reunión de personas a quienes se encomienda el ejercicio de la función judicial», citado por GARRIDO CARRILLO, *La oficina judicial. Análisis de su nuevo diseño*, Valencia, 2008, pág. 1.

⁴ Estas unidades de organización a las cuales se ha hecho referencia en ocasiones como microsecretarías por contraposición a lo que serían las macrosecretarías, hoy SCP, como ponía de relieve MARTÍN CONTRERAS, «Cuestiones específicas sobre la Secretaría Judicial», op. cit., pág. 147, «tendrían como prototipo la secretaría actual pero con un número más reducido de funcionarios, el adecuado para que su trabajo

para lo cual ha sido dictada Orden JUS/3244/2005, de 18 de octubre, en la que se establecen las dotaciones básicas de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales. Una vez establecida esta estructura básica corresponderá al Ministerio de Justicia, previo informe del CGPJ y negociación con las organizaciones sindicales más representativas, elaborar y preparar las relaciones de puestos de trabajo (art. 522.1 LOPJ); si bien en el caso de las CCAA con competencias asumidas —también previo informe del CGPJ y negociación con las organizaciones sindicales—, serán las que procederán a la aprobación inicial de las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales de sus respectivos ámbitos territoriales, cuya aprobación definitiva corresponderá al Ministerio de Justicia, que sólo podrá denegarla por razones de legalidad (art. 522.2 LOPJ).

1.2. Los servicios comunes procesales

Los servicios comunes procesales (SCP), según se indicaba en el la exposición de motivos de la LO 19/2003, “son objeto de especial regulación, llenando el vacío legal existente hasta el momento, fomentando su desarrollo y especialización, y estableciendo un sistema que garantice un mejor gobierno especialmente en aquellos casos en los que, por su complejidad o tamaño, resulta imprescindible la existencia de mandos intermedios”.

Los SCP no estarán integrados en un órgano judicial concreto y asumirán, bajo la dirección de los secretarios judiciales, labores centralizadas de gestión y apoyo a todos o alguno de los órganos judiciales de su ámbito territorial, en las actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales. Para ello, se prevé que los SCP puedan estructurarse en secciones y dentro de cada una de ellas en equipos⁵.

El Ministerio de Justicia y las CCAA con competencias transferidas serán las Administraciones competentes para el diseño, creación y organización de los SCP. Si bien, la LOPJ prevé como funciones propias de los SCP las de (art. 438.3):

- a) Registro y reparto.
- b) Actos de comunicación.
- c) Auxilio judicial.
- d) Ejecución de resoluciones judiciales.
- e) Jurisdicción voluntaria.
- f) Ordenación del procedimiento.
- g) Otros SCP con funciones distintas (a propuesta de las Salas de Gobierno y Juntas de

Jueces, y con el informe favorable del CGPJ).

Sobre aquella base se prevén, cuanto menos, tres tipos de SCP:

- a) El Servicio Común General, que se encargará de realizar las labores de registro y reparto de los asuntos ingresados, actos de comunicación y auxilio judicial, y otras funciones

podría ser absorbido por un juez y un secretario» y además, a diferencia de las macrosecretarías, éstas «han de procurar ser iguales en todos los lugares...».

⁵ Los define GARRIDO CARRILLO, *La oficina judicial. Análisis de su nuevo diseño*, cit., pág. 40, como «macro oficinas que ejercerán funciones para distintos órganos judiciales. Con ello se intenta conseguir un abaratamiento de costes, una especialización en el servicio común de que se trate y evitar los colapsos de tramitación procesal que se podrían provocar cuando en un Juzgado clásico se producen vacantes de largo tiempo».

acesorias de la labor judicial como gestión del depósito de piezas de convicción y del archivo de los procedimientos⁶.

b) El Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, en el que se llevará a efecto la tramitación de los procedimientos en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención del Juez.

c) El Servicio Común de Ejecución, en el que se recibirán las sentencias y demás actos a los que la ley reconoce carácter ejecutivo para asegurar su cumplimiento en los términos que establezcan.

Paralelamente, las labores preparatorias y de ejecución de los procedimientos serán centralizadas, bajo la dirección de los Secretarios Judiciales, en Servicios Comunes diseñados para realizar funciones específicas, lo que repercutirá en un incremento de la eficacia de las actuaciones judiciales.

En todo caso, como ya apuntara GARBERI LLOBREGAT, el buen funcionamiento de esta nueva organización al servicio del correcto y eficaz funcionamiento de la potestad jurisdiccional dependerá en gran medida del establecimiento y delimitación de los «mecanismos de coordinación y comunicación que de forma ineludible han de existir entre las distintas UPAD con el SCP en el que aquéllas se inscriba»⁷.

2. Principios de organización y funcionamiento de la oficina judicial⁸

Dispone el art. 435 LOPJ que la estructura básica de la oficina judicial, en tanto que organización de carácter instrumental que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional debe ser homogénea en todo el territorio nacional⁹. Ello es consecuencia lógica del carácter único del Poder al que sirve.

Partiendo de esta premisa, los principios sobre los que se basa la organización y funcionamiento de la oficina judicial son los de:

a) Jerarquía: La oficina judicial responde a una estructura interna de tipo piramidal, en cuyo vértice o nivel superior se sitúa el secretario judicial responsable, y del que parten (o pueden partir) distintas secciones y/o servicios, al frente de los cuales podrán situarse otros secretarios, que funcionalmente dependerán de aquél, o bien gestores procesales.

A este respecto es preciso señalar que parte de la doctrina¹⁰ ha considerado que precisamente el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica del cuerpo de secretarios judiciales (art. 452.1 LOPJ) pone en riesgo la dirección de los aspectos técnico-procesales, si bien entendemos como lo hace PALOMAR OLMEDA, y como se desprende del art. 436.6 LOPJ que en relación con la función jurisdiccional «la eficacia del principio de jerarquía opera aquí con carácter absoluto y con un doble alcance; en primer lugar, ante quien en primera instancia dirige la oficina—los secretarios—; y en segundo lugar ante el órgano jurisdiccional respecto del cual la oficina en su conjunto, y quienes la componen, en particular, están sometidos en función de la instrumentalización de ésta respecto de aquéllos. Se trata, por tanto, de vincular el recurso como elemento central del control jerárquico. El recurso en este ámbito no es únicamente una decisión legal sino también y, sobre todo, la forma de articular el ejercicio constitucional de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»¹¹.

b) División de funciones: La asunción de funciones concretas de los distintos componentes de un equipo de trabajo, en atención a criterios de capacitación y especialización de sus miembros, es también una regla básica de ordenación de sus tareas. Las relaciones de puestos de trabajo determinarán estas funciones para cada oficina judicial, así como no podía ser de otra manera su responsabilidad.

c) Coordinación: Obviamente, como toda organización, su funcionamiento debe responder a un orden que permita garantizar el rendimiento óptimo de cada uno de sus elementos y el de la propia institución. Serán necesarias directrices de funcionamiento, ya sean a través de instrucciones o protocolos de actuación que optimicen los resultados mediante el aprovechamiento, no sólo del trabajo personal de cada individuo o grupo de trabajo, sino del modo en que éste pueda revertir en beneficio de toda la Administración y de la calidad del servicio público que presta¹².

Asimismo, según este mismo art. 435 LOPJ, la oficina judicial ha de funcionar con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo y responsabilidad por la gestión. También deberá actuar en coordinación y cooperación con el conjunto de las Administraciones, de manera que los ciudadanos obtengan un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia¹³.

⁶ En este sentido, es preciso señalar que tal como se pone de relieve en el Plan de Transparencia Judicial «el buen funcionamiento del Servicio Común de Registro y Reparto de la Oficina judicial es pieza o instrumento esencial del Plan de Transparencia. Deberá, por tanto, procederse a la aprobación de normas estandarizadas sobre conceptos, definiciones, clasificaciones, nomenclaturas y códigos que permitan la obtención y clasificación homogénea de los datos, asegurando la compatibilidad de los distintos sistemas informáticos de las Administraciones implicadas en el Plan».

⁷ «Consideraciones sobre la proyectada reforma de la oficina judicial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 584, BIB 2003/875, pág. 4.

⁸ En relación con los principios informadores de la organización y funcionamiento de la oficina judicial, véase el detallado estudio llevado a cabo por PALOMAR OLMEDA; DE MIGUEL PAJUELO Y DURO VENTURA, «La nueva oficina judicial», en *El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia y Nueva Oficina Judicial*, Navarra, 2007, págs. 81 a 110.

⁹ Con independencia de a quién se atribuya la organización funcional y dirección de la oficina judicial no se puede olvidar su carácter instrumental, de apoyo a la actividad jurisdiccional desarrollada por los jueces y magistrados en las causas cuyo conocimiento tengan atribuido, quienes, como se establece en el art. 436.6 LOPJ, «podrán requerir en todo momento al funcionario responsable cuanta información considere necesaria», sin que sea necesaria la mediación del secretario judicial director de la misma.

¹⁰ En este sentido se ha pronunciado DE LA OLIVA SANTOS, «El "acabóse" de nuestra justicia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, marzo, 2009, pág. 16.

¹¹ (con DE MIGUEL PAJUELO Y DURO VENTURA), «La nueva oficina judicial», cit., pág. 86. En este mismo sentido afirma GÓMEZ DE LUJARO, («Estructura y organización de la nueva oficina judicial», *Diario la Ley*, núm. 7016, 2008, Ref. D-264, pág. 7), que «en el ámbito organizativo y funcional, el Secretario que está al frente del servicio deberá hacer cumplir las órdenes y circulares que recibe de sus superiores jerárquicos. En el ámbito jurisdiccional, responde del estricto cumplimiento de las actuaciones o decisiones adoptadas por Jueces o Tribunales en el ejercicio de sus competencias».

¹² Sobre la coordinación y cooperación entre Administraciones en relación con la oficina judicial, señalan PALOMAR OLMEDA; DE MIGUEL PAJUELO Y DURO VENTURA, «La nueva oficina judicial», cit., pág. 96, «en el desarrollo específico del ámbito sectorial en el que nos situamos es, además, un reto de indudable calado e importancia ya que se trata de un ámbito en el que apenas existe tradición de compartir la competencia sobre un mismo ámbito en el que apenas existe tradición de compartir la competencia sobre un mismo ámbito de gestión (aunque sea con funciones diferentes) ya que como venimos indicando el servicio público de la justicia se ubica en una concepción fuertemente centralizada y de gestión unitaria».

¹³ Así se reconoce en el Preámbulo de la Carta de Derechos, al indicar que: «En los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a

Los puestos de trabajo de la oficina judicial sólo podrán ser cubiertos por personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y se ordenarán de acuerdo con lo establecido en las relaciones de puestos de trabajo (RPTs).

En cuanto a la estructura de la oficina, dispone el art. 436 LOPJ que el elemento organizativo básico de la oficina judicial será la unidad, que comprenderá los puestos de trabajo de la misma, y que estarán vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos, conforme a ese principio de jerarquía en que se basa su organización.

Como ya se ha apuntado antes, se distinguen dos tipos de unidades, a saber, las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales, cuya actividad principal ha de venir determinada por la aplicación de normas procesales.

Sin embargo, pese a que en su estructura básica la oficina judicial debe ser homogénea en todo el Estado, su diseño ha de ser flexible, permitiendo que tanto su dimensión como su organización interna se concreten por la Administración pública competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle¹⁴.

La LOPJ dispone también que la oficina judicial podrá prestar su apoyo a órganos de diverso ámbito territorial, ya sean de carácter nacional, de comunidad autónoma, de provincia, de partido judicial o municipio, e incluso comarcal. Por ello, su ámbito competencial territorial se extenderá, precisamente, al de los órganos a los que presta su apoyo.

Luego, las unidades que componen la oficina judicial podrán desempeñar sus funciones tanto al servicio de órganos de una misma jurisdicción, como al de varias jurisdicciones o a órganos especializados, sin que, en ningún caso, su ámbito pueda modificar el número y composición de los órganos judiciales que constituyen la planta judicial ni la circunscripción territorial de los mismos establecida por la ley.

3. Las unidades administrativas

En este momento se crean también las denominadas unidades administrativas que, pese a no encontrarse integradas en la oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la Administración de Justicia para dirigir, ordenar y gestionar los recursos humanos, así como para administrar los medios informáticos, las nuevas tecnologías y otros medios materiales (art. 439.1 LOPJ). Por ello, son también pieza esencial en el desarrollo de este nuevo modelo de organización y funcionamiento.

Se prevé también que, dentro de dichas unidades, el Ministerio de Justicia y las CCAA en sus respectivos ámbitos, puedan establecer oficinas comunes de apoyo a una o varias oficinas judiciales, para la prestación de servicios, cuya naturaleza no exija la realización de funciones encomendadas como propias por esta ley orgánica a los funcionarios de los Cuerpos de la Administración de Justicia y que se consideren necesarios o convenientes para el buen funcionamiento de las mismas.

Corresponde a cada Administración —Ministerio de Justicia o CCAA— en su propio ámbito territorial, el diseño, la creación y organización de las unidades administrativas necesarias y

los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados”.

¹⁴ Como ya advirtiera DAMIÁN MORENO, («Aspectos procesales de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ», en *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, 2006, pág. 49), la implantación de la oficina judicial será un proceso “flexible, gradual y progresivo”.

de las oficinas comunes de apoyo. También les corresponde la determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate, su ámbito de actuación, dependencia jerárquica, establecimiento de los puestos de trabajo, así como la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

Los puestos de trabajo de estas unidades Administrativas podrán ser cubiertos con personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en la respectiva relación de puestos de trabajo.

Por todo ello, las UA además de no estar integradas en la estructura de la oficina judicial, se diferencian de las UPAD y de los SCP en que la actividad encomendada a las mismas no se rige por normas procesales, sino administrativas y en que no existe en las mismas reserva de función, luego su personal adscrito puede ser de funcionarios de la Administración de Justicia y también de funcionarios de la Administración del Estado y de las CCAA.

III. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL: UN NUEVO MODELO PROCESAL

Para poder completar el diseño trazado por la citada reforma de la LOPJ era necesaria la adecuación de las leyes procesales a aquellas disposiciones, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el art. 436.2, «la actividad principal de estas unidades viene determinada por la aplicación de normas procesales».

Ese era el principal propósito perseguido por la reforma, y así se expresa ya en el título de la misma “... para la implantación de la Nueva Oficina Judicial”. Pero además habían otros objetivos, que también parten de la LO 19/2003, como el de regular la distribución de competencias entre jueces y tribunales por un lado, y los secretarios judiciales por otro, pues como se decía en la exposición de motivos de la citada ley, «la confluencia en la oficina judicial de varios ámbitos de decisión que recaen sobre una única realidad ha demostrado ser fuente de conflictos sin que las normas que ahora se sustituyen establecieran mecanismos oportunos de colaboración, coordinación y de garantía que aseguraran la autonomía funcional y orgánica de unos y otros».

Así, para corregir algunas disfunciones del actual sistema, la Ley 13/2009 se ha servido de ciertos instrumentos, que en la propia exposición de motivos se definen como objetivos concretos de la reforma:

- La *distribución de competencias entre jueces y tribunales y los secretarios judiciales*. Objetivo que responde a dos necesidades concretas:
 - La primera es la de dotar de seguridad jurídica al sistema, ya que la asignación concreta de funciones va unida a la inequívoca asunción de responsabilidades para quienes las ejercen.
 - La segunda necesidad tiene su origen en las Recomendaciones del Consejo de Europa que instan a descargar a los jueces del ejercicio de tareas no estrictamente jurisdiccionales¹⁵.

¹⁵ La Recomendación nº R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986, en la que se expone la necesidad de adoptar ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, entre otros fines, pretende evitar el incremento del volumen de

- Otros objetivos de la reforma:
 - Mejoras técnicas (homogeneidad).
 - Fomento de las buenas prácticas procesales¹⁶:
 - Grabación de las vistas de modo generalizado (en todos los órdenes jurisdiccionales).
 - Documentación de las actuaciones ("el documento electrónico que contenga la grabación, siempre que incorpore la firma electrónica reconocida del secretario judicial, constituirá el acta a todos los efectos"). Erradicación de las "actas manuscritas".
 - Ejercicio de la fe pública judicial (en el supuesto citado "no será necesaria la presencia del secretario judicial en la sala").
 - Señalamiento de las vistas.
 - Tratamiento del proceso monitorio.
 - Potenciación de las garantías del justiciable.

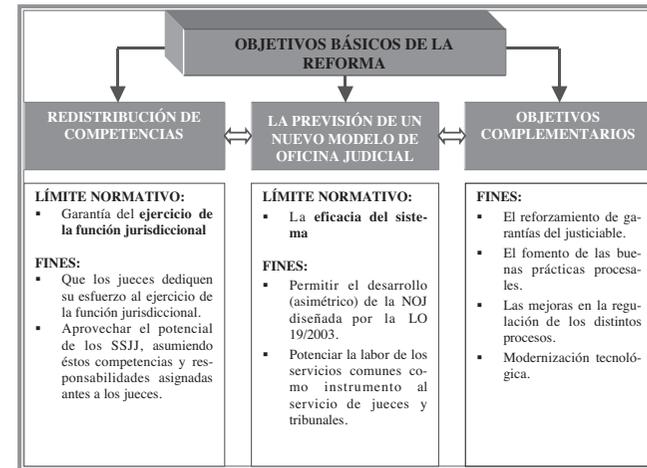
La reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial no se concibe como introductora en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo proceso judicial. Antes al contrario, pretende el mantenimiento de los distintos procesos ya existentes, acomodando su tramitación a la organización de la futura oficina y a la redistribución de competencias entre quienes, a partir de su entrada en vigor, van a asumir en exclusiva decisiones y responsabilidades hasta el momento poco definidas.

Sin embargo, y pese a que no es objeto de la reforma la introducción de un nuevo proceso judicial es innegable que el resultado de tales cambios normativos va a significar una modificación sustancial en la ordenación y resolución de los asuntos de que va a conocer una Administración de Justicia que pretende ser más eficaz y rentable a los ciudadanos, de modo que asegure los niveles de calidad exigibles en un servicio público esencial propio del siglo XXI.

Por último señalar que, con todo, no era fácil elaborar un texto que respondiese a las necesidades previstas en un modelo de desarrollo que completase la organización descrita por la LO 19/2003, pero que conjugase con la situación actual, incluso con la previsible transformación de la organización de un modo asimétrico. Piénsese que tanto el Ministerio de Justicia como las CCAA con competencias asumidas en esta materia son quienes han de crear, diseñar y organizar sus respectivos servicios comunes. En este sentido, decir que el texto de la reforma permite tanto el funcionamiento de los tribunales, según la estructura y dotación actuales, como el de las futuras UPAD y SCP, a medida se vayan creando, sin que la efectiva puesta en funcionamiento de éstos obligue a nuevas reformas procesales, y permitiendo una situación transitoria que tampoco debería generar mayores problemas.

las tareas no jurisdiccionales confiadas a los jueces y su progresiva disminución, confiando éstas a otras personas u órganos.

¹⁶ El fomento de las buenas prácticas procesales constituye uno de los instrumentos del Plan de Transparencia Judicial aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005 y hecho público por Resolución de 28 de octubre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia.



1. La distribución de competencias entre jueces y tribunales y los secretarios judiciales

A través de la reforma de la legislación procesal se ha pretendido la implantación de un nuevo modelo de organización y funcionamiento de nuestros tribunales, cuyo propósito no es otro que el de hacer de la Administración de Justicia un servicio público de calidad, que es tanto como garantizar la eficacia del sistema que, finalmente, se imponga. En este sentido, la reforma ha tratado de propiciar un cambio que favoreciese la distinción de tres tipos de actividad que se realizan en el ámbito de la Administración de Justicia y en el seno del Poder Judicial:

- a) La actividad jurisdiccional,
- b) La actividad procesal no jurisdiccional y la estrictamente procedimental y,
- c) La actividad administrativa o de gestión.

Pues bien, aunque como se ha advertido estamos ante una "temática ciertamente compleja, fundamentalmente porque en ella se entremezclan elementos puramente administrativos con mimbres puramente jurisdiccionales, sin que exista, al menos que sepamos, un criterio dogmático delimitador diáfano e indiscutido para diferenciar uno y otro ámbito"¹⁷, las diversas reformas han buscado el que el ejercicio del potestad jurisdiccional recayese exclusivamente en jueces y magistrados; mientras que la actividad estrictamente procedimental fuese asumida por el cuerpo de secretarios judiciales; y, finalmente, que toda la actividad puramente

¹⁷ GARBERI LLOBREGAT, «Consideraciones sobre la proyectada reforma de la oficina judicial», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 584, BIB 2003/875, pág. 1.

administrativa quedase radicada en el Ministerio de Justicia o, en su caso, en las CCAA con competencias transferidas la tercera.

En este sentido, la redistribución de competencias entre los miembros del poder judicial, de un lado, y los secretarios judiciales, por otro, no ha sido en sí mismo el objetivo de la reforma en su conjunto, sino que más bien esta asignación de competencias es uno de los instrumentos para favorecer el cambio, si bien no se le escapa a nadie se trata de un instrumento fundamental.

En esta distribución de competencias sólo se ha tenido un límite: el respeto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y tribunales¹⁸, entendiéndose que como pone de relieve ANDRÉS IBÁÑEZ, «la jurisdicción es un poder, pero un poder de *de decir el derecho*, como forma constitucionalmente asumida de mediar situaciones conflictivas. Y se traduce en una actividad intelectual de doble vertiente, que consiste, por una parte, en adquirir conocimiento sobre las circunstancias de la situación litigiosa, mediante la prueba; y, por otra, en hacer, sobre esa base, una lectura del texto legal respetuosa con sus connotaciones propiamente jurídicas y con el sentido usual de los términos, a tenor de las convenciones en la materia y del contexto normativo»¹⁹. Hasta llegar a este margen, sin rebasarlo, se ha pretendido descargar a éstos de toda tarea que, no siendo de naturaleza jurisdiccional, pueden asumir perfectamente los secretarios judiciales. Por supuesto, todo el sistema se basa en la confianza que merece la capacitación profesional de este Cuerpo Superior Jurídico del Estado y en sus conocimientos teóricos y prácticos del Derecho, muy especialmente del Derecho Procesal, así como en el convencimiento de que la asunción de estas nuevas competencias no va a afectar a los derechos de los ciudadanos, sino que redundará en la agilización de la Administración de Justicia y, por lo tanto, en la calidad del servicio público que presta.

Así, podemos hacer las siguientes precisiones en relación al tratamiento concreto que se ha dado a algunos aspectos del proceso, en concreto sobre la admisión a trámite de la demanda y de los recursos, sobre las decisiones de terminación anticipada del proceso por causas objetivas y, por último, las relevantes competencias asumidas en el proceso de ejecución del que, como se verá, quedan como competencia de los jueces y tribunales la orden general de ejecución y la resolución de los recursos de revisión que se interpongan contra determinadas decisiones del secretario judicial encargado de la ejecución.

1.1. Admisión a trámite de la demanda

La admisión a trámite de la demanda (que no de la denuncia o querrela) constituye prácticamente un acto reglado que, cumplidos los requisitos establecidos en la ley, el secretario judicial está en condiciones de poder resolver por su cualificación profesional y ejercicio de funciones de ordenación del proceso. En contra de opiniones vertidas por algunos operadores jurídicos y de cierto sector de la doctrina, no constituye un acto de naturaleza jurisdiccional,

¹⁸ Y es que como se ponía ya de relieve en el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, «el nuevo modelo de Oficina judicial arranca con el propósito claro de que su funcionamiento garantice la independencia del poder al que sirve, conjugando al tiempo y sin merma alguna de lo anterior, una adecuada racionalización de los medios que utiliza».

¹⁹ «El juez», en *El oficio de jurista*, L.M.³. Díez Picazo (coord.), Madrid, 2006, pág. 156. Idea que proviene de FERRAJOLI y que puede leerse también en TARUFFO, «Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción», *Revista Doxa*, núm. 31, 2008, pág. 387.

porque en sí no supone una decisión sobre la realidad de los hechos que se alegan ni sobre la fundamentación jurídica en que se sustenta la pretensión. Como se ha dicho es, prácticamente, un acto reglado en tanto se cumplan las formalidades que la propia ley procesal prevé.

Si, como se ha apuntado, la admisión a trámite constituye un acto que sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales y de procedibilidad, y es obvio que el análisis de cada uno de estos requisitos, entre ellos el de la legitimación de las partes o la necesidad de postulación, constituye, en sí mismo, un acto también reglado. Por ello, aspectos como las decisiones sobre acumulación de acciones o el examen y valoración de la cuantía fijada en la demanda, que deben ser atendidos en el momento de admitir la demanda, forman parte del acervo de competencias que deben ser asumidas también por los Secretarios Judiciales²⁰.

Por lo que respecta, en particular, a la decisión sobre acumulación de acciones basta con detenerse en la redacción de los preceptos de la LECiv que la regulan para identificar cuáles han de ser los criterios que, indefectiblemente, han de servir al Secretario Judicial para aceptar o rechazar tal acumulación²¹. Así, los arts. 71, 72, 73, 438, vienen a tasar los supuestos y las condiciones que deben reunir las distintas acciones que puedan ejercitarse en demanda de un derecho para que éstas sean acumulables en un mismo pleito.

Además de que un pronunciamiento favorable a la acumulación de acciones en el momento de admitir a trámite la demanda no constituye ejercicio de la función jurisdiccional, hay otra razón fundamental para considerar que todas estas cuestiones han de ser resueltas por el Secretario Judicial: de otro modo, no encaja el diseño de una nueva oficina judicial, en particular de los servicios comunes, desde donde debe darse una solución ágil a la tramitación de los asuntos y a la preparación de los juicios, ya con la admisión de la demanda.

Deben tenerse en cuenta, empero, algunas decisiones que el secretario judicial puede tomar al inicio del procedimiento y que, de algún modo, pueden condicionar el cauce procesal, como en lo concerniente a la determinación de la cuantía del proceso, ya que «si a la vista de las alegaciones de la demanda el Secretario judicial advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda» (art. 254.1 LECiv).

De cualquier modo, ni que decir tiene que queda siempre a salvo el derecho de la parte afectada de ejercitar ante el Juez o Tribunal, en el momento procesal oportuno, cualquier pretensión relacionada con la indebida admisión a trámite de la demanda porque adolezca

²⁰ No obstante, hay quien se ha mostrado contrario a esta atribución, y no precisamente por entenderla parte de la función jurisdiccional, así ASENCIO MELLADO («Los secretarios judiciales y la nueva oficina judicial», *Práctica de Tribunales*, núm. 61, junio, 2009, La Ley 11849/2009, págs. 1-2.), afirma refiriéndose a la admisión de la demanda que «carecería de sentido esta atribución, pues significaría la concesión de una competencia vacía que no sirve a los fines de dar mayor sentido real a una figura, como la del secretario judicial, que puede asumir otras de mayor calado y profundidad. Y bien mirado, las funciones que el proyecto asigna a los secretarios no tienen entidad suficiente para dotar a dicho funcionario de un régimen apropiado a su capacidad...». Y es que, estando prácticamente todos de acuerdo en la necesidad de potenciación de la capacidad del cuerpo superior de secretarios judiciales, los modelos difieren sustancialmente y así para este autor, el verdadero cambio pasaría por la conversión de los secretarios judiciales en «jueces de tramitación cuya función, en el proceso civil, sería la de dirigir el proceso, dejando a salvo el enjuiciamiento y la sentencia, que podría encomendarse a otro juez».

²¹ En este último caso, conforme al art. 73.3 LECiv, según el Proyecto de Reforma, se somete al Juez o Tribunal la cuestión.

de cualquier requisito, o la apreciación de excepciones relativas a la falta de legitimación de las partes, la indebida acumulación de acciones o la incorrecta valoración de la cuantía del pleito.

Otros aspectos relacionados con el momento de la admisión a trámite de la demanda no van a ser resueltos por el secretario judicial, como es el caso de la petición de medidas cautelares que, tanto si son previas como coetáneas a la formulación de la demanda, no corresponde decidir a éste. De hecho, conforme a lo previsto en el art. 733 LECiv (redacción no modificada), si el solicitante lo pide y acredita *razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal* [a quien el secretario judicial habrá trasladado la petición] *podrá acordarla sin más trámites*. En otro caso, es decir, cuando no se pida la medida *in audita parte*, el art. 734.1 prevé que, recibida la solicitud, el Secretario judicial convoque a las partes a una vista que se celebrará ante el referido tribunal que será quien resuelva la medida.

Una vez admitida la demanda, se atribuye al secretario judicial del SCOP (servicio común de ordenación del procedimiento) las decisiones que deriven de esta decisión, que contará con el auxilio del SCAC (servicio común de actos de comunicación) para hacer efectivas todas las actuaciones. Finalmente, concluida la fase de alegaciones, se remitirá lo actuado al juez o tribunal (a la UPAD) al que se hubiere turnado el asunto para celebración de la vista que proceda y resolver sobre la prueba que se hubiere podido interesar.

Pese a todo, si se ha considerado oportuno que en los supuestos en que se estima procedente la inadmisión de la demanda ésta se acuerde por decisión del juez o tribunal. Así, el secretario judicial remitirá la demanda al juez a quien se hubiere turnado para que sea éste quien resuelva si procede la inadmisión o, en otro caso, la demanda debe ser admitida²². Con ello se salvaguarda el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, de otro modo, podría verse afectado si alguien no investido de la función jurisdiccional impidiese a cualquier ciudadano el ejercicio de aquel derecho²³.

En coherencia con el tratamiento que se da a la regulación general de la admisión a trámite de la demanda, el art. 58 LECiv dispone que cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas, el secretario judicial examinará la competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda

Sólo en el caso de que estime que el tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto oír al Ministerio fiscal y a las partes personadas. Si persiste en mantener la supuesta incompetencia dará cuenta al Juez para que sea éste quien resuelva lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos.

²² El art. 404 LECiv dispone que el secretario judicial dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión en los siguientes casos: 1) cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o, 2) cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Secretario judicial.

²³ Véanse los párrafos sexto y séptimo del apartado III del Preámbulo de la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

1.2. Admisión solicitud de monitorio y sustanciación del procedimiento

Respecto al proceso monitorio, se atribuye su conocimiento y terminación al Secretario judicial y se eleva su cuantía de 30.000 a 250.000 euros.

Con ello se ha pretendido dar mayor cobertura a un proceso que se ha mostrado rápido y eficaz para el cobro de deudas dinerarias, vencidas, exigibles y documentadas. La sencillez del procedimiento y su utilidad como forma de protección del crédito ha provocado una utilización masiva del mismo que, por sí sola, justificaba ampliar su ámbito de aplicación; es el proceso más utilizado para la reclamación de cantidades. Por otro lado, se ha mostrado como una vía para evitar juicios declarativos contradictorios, con la consiguiente descarga de trabajo para los órganos jurisdiccionales; más del 80% de los procesos monitorios evita el consiguiente declarativo, al finalizar el procedimiento bien mediante el pago voluntario por el deudor, bien por ejecución del título base de la petición inicial.

Con la reforma se ha pretendido también dar uniformidad a las formas de terminación de este procedimiento, y así se ha establecido la terminación del procedimiento por decreto cuando se acuerde el archivo por pago, por quedar expedito el proceso de ejecución, por conversión en juicio verbal, por sobreseimiento al no formular demanda de juicio ordinario dentro del plazo y por la transformación en juicio ordinario y por auto cuando sea el tribunal quien resuelva el archivo por inadmisión a trámite del juicio ordinario²⁴.

1.3. La admisión a trámite de los recursos

Otro tanto que decir, y con mayor razón si cabe, de la admisión a trámite de los recursos, que constituyen también actos reglados que el secretario judicial puede y debe resolver. Por el contrario, cuando éste considera improcedente tal admisión, la norma establece que ha de disponer el traslado al titular del órgano para que sea él quien determine si procede o no la misma.

1.4. Resoluciones del secretario judicial declarando la terminación anticipada del proceso

El decreto judicial introducido como nueva forma de resolución atribuida al secretario judicial tras la reforma LO 19/2003, pretendía convertirse en la resolución a través de la cual pudiesen ser resueltas esas nuevas competencias que la misma le atribuía siempre que a través de la misma se pusiese término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión, de ahí que sea siempre motivado (art. 456.4 LOPJ).

Pues bien, en la reforma acometida por la Ley 13/2009, las resoluciones del secretario judicial declarando la terminación anticipada del proceso constituyen también una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el art. 20.3 LECiv prevé la posibilidad de que

²⁴ En relación con la atribución de este procedimiento a los secretarios judiciales afirma HERNANZ ROMERA, («El monitorio que viene», *Sejin*, SP/DOCT/4209, www.sejin.es, pág. 5), que «para los que defienden esta distinción en aquellos supuestos en los que se exige la valoración del principio de prueba del derecho del peticionario, atribuir tal decisión al secretario puede parecer excesivo e invasivo de la función jurisdiccional, pero, por otro lado, separar la competencia para decidir sobre la admisión/inadmisión en función del tipo de documento no lo vemos sostenible».

el secretario judicial acuerde por decreto el sobreseimiento en los casos en que el actor desista de su demanda, siempre que el demandado no se oponga a ello en el plazo legal.

Del mismo modo, el art. 22 LECiv contempla el supuesto en que por circunstancias sobreenvenidas desaparezca el interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida en juicio, ya sea por la satisfacción extraprocésal de las pretensiones del actor u otra causa, situación en la que, de existir acuerdo entre las partes, también se decretará por el secretario judicial la terminación del proceso.

1.5. El proceso de ejecución

Dictada sentencia, y una vez firme ésta, corresponde también al juez (en sede de la UPAD) dictar la orden general de ejecución, a instancias del actor. Hecho esto, la ejecución será llevada por el SCE (servicio común de ejecuciones), sin perjuicio de los recursos que procedan contra las decisiones del secretario judicial del mismo, que serán resueltos por el mismo juez que dictó aquella orden general de ejecución.

También aquí, los límites de la reforma no han sido otros que, de un lado, el compromiso de alcanzar los objetivos de distribución de competencias entre los jueces y tribunales, y los secretarios judiciales, además de descargar a aquéllos de tareas no jurisdiccionales; y de otro lado, el límite externo, la línea roja, vienen marcados de nuevo por la Constitución y en el respeto a la función de hacer ejecutar lo juzgado que la misma atribuye de forma exclusiva a juzgados y tribunales. Y es que como pone de relieve ORTELLS RAMOS en relación con la ejecución como parte del contenido de la potestad jurisdiccional, «esta exclusividad puede plantear, o ha planteado, problemas en dos materias relacionadas con la ordenación de la ejecución. Primero, respecto de las potestades que la Ley le puede atribuir al secretario judicial en el desarrollo de la actividad ejecutiva. En el artículo 545.4 LECiv el legislador realiza una opción en esta materia consistente en reservar para el Juez las decisiones básicas de la ejecución y en atribuir al Secretario las demás funciones con una regla general residual, aunque con sujeción al control jurisdiccional. Una duda de inconstitucionalidad no está justificada»²⁵.

Es obvio que “hacer ejecutar lo juzgado” no supone, necesariamente, ser el ejecutor material, sino velar porque la ejecución se lleve a cabo y que se haga en los estrictos términos en que así se dispuso en la resolución de la que trae causa. Siendo así, y teniendo en cuenta la perspectiva abierta con la promulgación de la LO 19/2003, donde se prevé la creación de servicios comunes, y entre ellos el servicio común de ejecución de resoluciones judiciales (art. 438.3), y considerando que al frente de cada servicio común procesal habrá un secretario judicial (art. 438.5), el proceso de ejecución no sólo puede, sino que debe encomendarse a éste. No obstante, como antes se apuntaba, la Ley 13/2009 establecía también los límites que deben regir en esta materia, y que no son otros que, por un parte, atribuir al Poder Judicial la decisión inicial de “hacer ejecutar lo juzgado” a través de la orden general de ejecución y despacho de la misma; y por otra, garantizar el control jurisdiccional de la ejecución llevada a cabo por el secretario judicial, lo que se consigue a través de los recursos frente a las resoluciones que éste dicte y no se ajusten a la legalidad o a los límites marcados por la orden general de ejecución.

²⁵ *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), 7ª Edición, 2007, pág. 678.

Así, de la redacción dada al apartado 5 del art. 545 de la LECiv se desprende que necesariamente en los procesos de ejecución adoptarán la forma de auto, y por consiguiente corresponderán a jueces y magistrados, las resoluciones que:

- 1º. Contengan la orden general de ejecución por la que se autoriza y despacha la misma,
- 2º. Decidan sobre oposición a la ejecución definitiva basada en motivos procesales o de fondo y
- 3º. Resuelvan las tercerías de dominio.

Luego, el procedimiento de ejecución civil comenzará con una demanda ejecutiva, que en el caso de ser admitida, una vez apreciada su regularidad, dará lugar a que el juez dicte un auto despachando la ejecución del título y dando curso a las actuaciones ejecutivas. Esta orden general de ejecución habrá de contener (art. 551.2 LECiv):

- 1º. La persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha la misma.
- 2º. Si la ejecución se despacha en forma mancomunada o, en su caso, solidaria.
- 3º. La cantidad por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos.
- 4º. Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución, según lo establecido en el artículo 538 de esta ley.

A continuación, corresponderá al secretario judicial llevar a cabo las actuaciones que posibiliten la ejecución de la orden general dictada por el juez (art. 456.1 LOPJ), para lo cual dictará decreto ordenando las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes, las medidas de localización y averiguación del patrimonio del ejecutado y el contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, cuando sea preciso (arts. 545.6 y 551.3 LECiv).

Si bien contra el auto autorizando y despachando la ejecución no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pudiese formularse por el ejecutado; los decretos dictados por el secretario judicial se prevé que podrán ser recurridos en revisión ante el órgano que hubiere dictado la orden general de ejecución sin que su interposición produzca efectos suspensivos, de modo que las actuaciones de ejecución seguirán sus trámites (art. 551.4 LECiv).

A partir de este momento, corresponderá al secretario judicial el impulso del proceso en los términos previstos en las leyes procesales (art. 456.1 LOPJ), y en este sentido, la Ley 13/2009, atribuye al secretario judicial la decisión sobre la acumulación de procesos de ejecución (art. 555 LECiv); la suspensión y alzamiento del proceso de la ejecución (arts. 557.2 y 556.2 y 3 LECiv); la designación de perito (art. 558 LECiv); el embargo y su mejora (arts. 587.1, 598.3 y 612.2 LECiv) y la investigación del patrimonio del ejecutado (art. 590 LECiv).

Por tanto, una vez dictado por el juez o tribunal el auto que contiene la orden general de ejecución, será el secretario judicial quien asuma, a instancia en todo caso del ejecutante, el impulso del procedimiento que haga efectivo el mandato judicial de ejecución²⁶.

²⁶ A este respecto, afirma LACUEVA BERTOLACCI, («Los secretarios judiciales y la ejecución civil: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial», *Diario la Ley*, núm. 7191, junio, 2009, Ref. D-208, pág. 4), en relación con el mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo

2. Resoluciones de los secretarios y su régimen de recursos

Con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del Secretario judicial, se utiliza la expresión "resoluciones procesales", para englobar tanto las resoluciones judiciales —providencias, autos y sentencias— como las del Secretario judicial.

Con la nueva redacción se distinguen como resoluciones posibles del secretario judicial las siguientes:

Diligencias de ordenación, cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca;

Decretos, cuando con la resolución se admita la demanda o se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva, o cuando fuera preciso o conveniente razonar lo resuelto;

Además de tales resoluciones, se mantienen las diligencias de constancia, comunicación o ejecución a los efectos de reflejar en autos hechos o actos con trascendencia procesal.

Nada dice la ley sobre la forma que han de revestir las diligencias de ordenación, si bien, y en relación a los decretos, el art. 208 LECiv dispone que serán siempre motivados y que contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva.

Conforme a lo dispuesto en el art. 451 LECiv, contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el propio secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea el recurso directo de revisión. Y contra el decreto resolutorio de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

Por su parte, el art. 454 bis LECiv dispone que son susceptibles de recurso directo de revisión (sin efecto suspensivo) los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación y aquellos otros en que expresamente se prevea en la Ley.

3. Otros objetivos de la reforma

3.1. El fomento de las buenas prácticas procesales

Entre ellas pueden citarse algunas como la designación de ponentes por parte del secretario judicial, que en modo alguno implica una decisión sobre quién ha de ser ponente en un tribunal²⁷, sino sólo la indicación y constancia en el proceso del magistrado al que, según el turno previamente establecido, corresponde esta función.

juzgado que "el proyecto de Ley de reforma de la LEC no sustrae a los jueces dicha prerrogativa, sino que se contempla un mandato que adopta la forma de auto. Esta resolución judicial ordena que se lleven a cabo las actuaciones necesarias para que se satisfaga el contenido del título ejecutivo. [...] el secretario judicial no ostenta la dirección procesal, con carácter de exclusividad, de la ejecución civil; actúa por mandato o delegación del juez, adoptando todas aquellas decisiones necesarias para que la tutela jurisdiccional demandada sea efectiva".

²⁷ Prevista en el art. 180 LECiv, que dispone que en el secretario judicial, en la primera resolución que dicte en el proceso "determinará, para cada asunto, el Magistrado ponente, según el turno establecido para la Sala o Sección al principio de cada año judicial exclusivamente sobre la base de criterios objetivos"

a) La fe pública

Otro de los aspectos de la reforma que provocó el recelo en algún sector ha sido la regulación del ejercicio de la fe pública judicial, haciéndola posible mediante el auxilio de los medios tecnológicos. En contra de lo que se ha dicho, ello no supone una merma sino el reforzamiento de aquélla, ya que la incorporación de la firma electrónica, al documento grabado para que goce de los principios de autenticidad, integridad, seguridad y garantía de identidad (recogidos en la Ley 59/2003 de firma electrónica) posibilita la ausencia del secretario judicial en la vista sin que el documento grabado (que en cada caso constituye el acta) deje de constituir la prueba fehaciente del hecho acaecido.

Si antes se hablaba de los beneficios que supone el descargar a jueces y magistrados de funciones procesales no estrictamente jurisdiccionales que pueden desarrollar los secretarios judiciales, bien pueden extenderse esos mismos beneficios al mitigar en éstos los efectos de su dedicación a ciertas tareas carentes de contenido técnico y/o jurídico que pueden ejecutar con el auxilio de las nuevas tecnologías, y que les permitirán una mayor dedicación a aquellas nuevas funciones. De este modo, tal y como pone de relieve MAGRO SERVET, «es importante el cambio porque vamos a pasar de ver a los secretarios judiciales limitarse a desarrollar una tarea de meros escribanos a convertirse en auténtico gestor-jefe de la oficina judicial y llevar el peso del trámite procesal en lugar de limitarse a una tarea de mero escribiente de lo que ocurre en un juicio, lo que producía que hasta la fecha estuvieran desaprovechados los secretarios judiciales»²⁸.

b) El señalamiento de vistas y juicios

La gestión de una agenda programada de señalamientos, a través de un servicio centralizado que establezca el momento de celebración de los mismos era otro de los objetivos pretendidos por la reforma. La finalidad perseguida no era otra que la de conciliar y racionalizar la utilización de la sala de vistas, evitando desplazamientos innecesarios de los ciudadanos y profesionales a las sedes judiciales.

Así pues, el criterio para asignación de esta función no ha sido, en puridad, el de "reparto de competencias" entre los jueces y magistrados, de una parte, y los secretarios judiciales de otra. Por el contrario, siguiendo la línea de razonamiento trazada por la LO 19/2003, y como quiera que la organización de los señalamientos, sobre todo en los grandes núcleos donde la insuficiencia de salas de vistas y la coordinación con las distintas administraciones y servicios (entiéndase también con el Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado, Colegios profesionales, etc.) ha de hacer necesaria la mediación de los servicios comunes, en tanto que asuman aquellas labores centralizadas de gestión y apoyo a todos o alguno de los órganos judiciales, y que al frente de éstos se hallará un secretario judicial, se ha optado ya por atribuir a éstos la decisión sobre los señalamientos.

De cualquier modo, ya en el texto del proyecto para el art. 182.1 LECiv, atribuía al secretario judicial esa función, si bien éste debía tener en cuenta "...el número de señalamientos y las indicaciones y criterios de carácter general y, en particular, sobre la duración estimada de los actos a señalar que le hayan sido proporcionados por el titular del correspondiente órgano ju-

²⁸ «Hacia un cambio en la organización judicial española: "los juzgados bicéfalos"», *Diario la Ley*, núm. 7275, noviembre, 2009, Ref. D-341, pág. 4.

dicial...” Es decir que, como no podía ser de otro modo, se confirmaba que la Oficina judicial, en este caso el servicio común correspondiente, no tomará nunca decisiones al libre albedrío, sino siguiendo las indicaciones del juez o magistrado a quien hubiere sido turnado el asunto, cumpliendo con ello su papel de organismo de soporte y apoyo para el ejercicio de la función jurisdiccional, y descargando a éstos de tareas de naturaleza puramente administrativa como las ya descritas (localización de salas de vistas disponibles; coordinación con determinados profesionales; disposición de las necesidades de medios tecnológicos o materiales, como equipos de reproducción).

En sede parlamentaria y sin duda por la presión ejercida por las asociaciones de la judicatura, se varió la redacción del precepto para, finalmente, mantener el mismo propósito ya indicado en el Proyecto, ya que si bien se dice que corresponde “al Juez o Presidente el señalamiento cuando la decisión... se adopta en el transcurso de cualquier acto procesal ya iniciado y que presidan...”, son los secretarios judiciales quienes “establecerán la fecha y hora de las vistas...” sujetándose a los criterios e instrucciones fijadas por aquellos.

En definitiva, prácticamente la misma solución ya prevista, aunque con alguna intermediación confusa, como la prevista en el apartado 5 del citado art. 182, que prevé que “a medida que se incluyan los señalamientos en la agenda programada y, en todo caso, antes de su notificación a las partes, se dará cuenta al Juez o Presidente”. Añade a continuación que “en el caso de que no se ajusten a los criterios e instrucciones establecidos, el Juez o Presidente decidirá sobre señalamiento”. Con ello se dificulta notablemente la gestión de aquella agenda, ya que el secretario judicial del servicio común correspondiente deberá recibir la conformidad del Juez o Presidente de la fecha y hora antes de incluir definitivamente el señalamiento y de notificarlo a las partes; sólo cuando de algún modo quede confirmado por aquellos podrá continuar con las actuaciones y hasta entonces no podrá disponer de ese mismo espacio para otras vistas. Todo ello supondrá, sin lugar a dudas, retrasos en la tramitación y complica la gestión de la agenda, sin obviar que, además el señalamiento será susceptible de sufrir modificaciones (suspensiones) si el secretario judicial no se ha ajustado estrictamente a los criterios e instrucciones establecidos por el juzgador.

c) Las nuevas tecnologías en actos de comunicación e intervención en juicios²⁹

La modernización de la Administración de justicia se emprendió hace ya años, y prueba de ello la encontramos en la Exposición de Motivos de la reforma acometida por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reformaba la LOPJ, y en la que podía leerse que «constituye una necesaria novedad de la reforma que se acomete, el tratamiento de la utilización de los

²⁹ Otra de las medidas previstas en el Pacto para la Reforma de la Justicia de 25 de mayo de 2001 es la de modernización de los métodos de trabajo. Así, se dispone que “la modernización, informatización y ofimaticación de la oficina Judicial responderá a criterios de flexibilidad y realismo. Los servicios comunes aprovecharán mejor los recursos, uniformarán tareas y optimizarán las bases de datos. Se introducirán técnicas de gestión de personal y de tareas. Se implantará de manera generalizada el uso de las nuevas tecnologías y se mejorarán los medios materiales dispuestos a tal fin”. También apuntaba la necesidad de modificar el art. 230 de la LOPJ para pasar de la “posibilidad” de uso de los medios informáticos y telemáticos a la “obligatoriedad” de la implantación y uso de estos sistemas en todos los órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia.

medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en la Administración de justicia»³⁰. De hecho, también en la LECiv se prevé que la documentación de las actuaciones pueda llevarse a cabo, no sólo mediante actas, notas y diligencias, sino también con los medios técnicos que reúnan las garantías de integridad y autenticidad; que las vistas y comparecencias orales puedan ser registradas o grabadas en soportes aptos para su reproducción; y que la presentación de escritos y documentos y los actos de notificación puedan efectuarse por medios electrónicos o telemáticos (arts. 135.5, 146.3, 162.1, 359 y 370.4 LECiv).

No obstante, siguen siendo muchos los aspectos de la Administración y del procedimiento judicial que precisan de la incorporación y adaptación a las nuevas tecnologías, y es precisamente en este sentido en el que pretende seguir avanzando esta reforma³¹.

De este modo, y precisamente para alcanzar otro de los objetivos a abordar en la reforma de las leyes procesales, como es el reforzamiento de las garantías del justiciable, se establece la grabación de vistas de modo general en cualquier orden jurisdiccional, y no sólo en el ámbito civil como sucedía hasta ahora.

Además, se pretende incorporar la firma electrónica al documento grabado para que goce de los principios de autenticidad, integridad, seguridad, y garantía de identidad que se encuentran recogidos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de la firma electrónica. De esta manera, el documento grabado en cada vista constituirá el acta a todos los efectos y no será necesaria la presencia del secretario judicial en la sala. Esto no supone una merma de la fe pública sino un reforzamiento de la misma ya que la firma electrónica, ofrece un mecanismo más seguro y más rápido de prestarla. De otra parte con esta modificación se pretenderá aumentar la capacidad del secretario judicial para dedicarse al ejercicio de las nuevas competencias que tendrá que asumir, especialmente cuando queden definitivamente configurados los nuevos servicios comunes procesales.

También en la regulación de las subastas judiciales se introduce una importante reforma para permitir, siempre bajo la dirección del secretario judicial, la realización de pujas electrónicas, con la participación a través de Internet. De esta manera se pretende evitar situaciones discriminatorias, y conseguir una mayor participación y mejores precios, paliando las prácticas de ocultación, es decir la existencia de un pacto entre dos personas para perjudicar a terceros.

3.2. La agilización de los procesos

Al socaire de la tramitación de las reformas normativas necesarias para la implantación de la nueva oficina judicial se han incorporado también una serie de medidas que se encaminan

³⁰ En esta reforma se dio nueva redacción al art. 230 LOPJ, permitiendo de un lado que los órganos judiciales puedan utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones; al tiempo que otorga validez a los documentos generados mediante aquellos procedimientos y el que los procesos que se tramiten con soporte informático garanticen la identificación y confidencialidad. Asimismo, en el art. 271 LOPJ se prevé la posibilidad de que las notificaciones también se realicen mediante estos medios tecnológicos.

³¹ Sobre este concreto aspecto de la reforma pueden consultarse dos trabajos de GÓMEZ DE LIAÑO, R, «Incorporación de las tecnologías de la información al nuevo modelo de oficina judicial», *Diario la Ley*, núm. 7028, 2008 y «Lexnet y otros medios informáticos en la nueva organización de la administración de justicia», *Diario la Ley*, núm. 7039, 2008.

de modo directo a favorecer la agilización de la Justicia. El objetivo es la optimización de los recursos y, con ello, la mejora de la prestación del servicio público.

Con ese fin, se ha promulgado también la LO 1/2009, que reforma diversos preceptos de la LOPJ e introduce otros. Así:

a) Se ha reformado el artículo 82 para la tramitación de los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en procesos seguidos por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía, que serán resueltos por un solo magistrado, designado por turno de reparto. Con ello se logrará reducir el tiempo de respuesta en la segunda instancia en conflictos que, por tratarse de asuntos que no revisten especial complejidad, no precisan ser resueltos por un órgano colegiado.

b) Se crea la figura del juez de adscripción territorial que, por designación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, ha de ejercer sus funciones jurisdiccionales en las plazas que se encuentren vacantes, como refuerzo de órganos judiciales o en aquellas otras cuyo titular se prevea que estará ausente por tiempo superior a un mes. Con ello se pretende evitar en lo posible la interinidad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y potenciar su desempeño por miembros de la Carrera Judicial, lo que sin duda redundará en una ostensible mejora en la calidad del servicio público.

c) Otra de las medidas que, sin lugar a dudas puede favorecer a una mayor agilización de la Justicia es la figura del depósito para recurrir, cuyo fin principal es, a decir de la exposición de motivos de la citada norma, el de «disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno, para que no prolonguen indebidamente el tiempo de resolución del proceso en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes personadas en el proceso».

IV. LA IMPLANTACIÓN DE LA OFICINA JUDICIAL

Es un hecho incontestable que la definitiva implantación del nuevo modelo de oficina judicial será un proceso largo y que no estará exento de problemas que, a buen seguro, tendrán un componente económico decisivo. El actual mapa de la organización y gestión de medios personales y materiales muestra una situación asimétrica en todo el territorio nacional, con CCAA que han asumido casi totalmente las competencias en tales materias y otras que, sin embargo, parecen haber relegado cualquier intento de asunción de las mismas, quedando como territorios bajo la gestión del propio Ministerio de Justicia.

El hecho de que la LO 19/2003 previese que habían de ser las CCAA con competencias en materia de Justicia, o el Ministerio en los restantes territorios, quienes acordasen la creación y diseño de los servicios comunes asegura, indefectiblemente, ese mapa asimétrico de organización.

Sólo algunas CCAA, como el País Vasco, han hecho público ya su diseño de organización de los servicios comunes en su territorio.

Comunidades como la Valenciana apenas han comenzado ahora el trámite de audiencia a sindicatos y otras corporaciones en la redacción de sendos Decretos, todavía en fase de borrador, de creación del Servicio Común Procesal de Ejecución (del que poco más añade a las previsiones de la LOPJ) y de los llamados Servicios Comunes Procesales de Asuntos Generales (que, prácticamente, refunde las oficinas de Registro Único de Entrada y Servicio Común de Actos de Comunicación ya existentes y dependientes de los Decanatos).

Serán, sin lugar a dudas, procesos largos y laboriosos, porque en ellos se habrán de prever las adecuadas reformas en las infraestructuras judiciales y de adaptación tecnológica. Además deberá gestarse la elaboración del Decreto de Puestos Tipo para los secretaríos judiciales y las Relaciones de Puestos de Trabajo que afectarán a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia.

El Ministerio de Justicia, por su parte, ya ha iniciado este proceso y cuenta ya con un diseño de oficina (servicios comunes) tanto en la zona del llamado "territorio Ministerio" como en los órganos centrales de la Administración de Justicia. En concreto, se ha propuesto que el proceso de implantación sea progresivo, coordinado y planificado, puesto que se trata de un amplio conjunto de medidas estructurales.

Las previsiones ministeriales son que el despliegue tenga lugar, en una primera fase, en la Audiencia Nacional y en las ciudades de Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Murcia, Palma de Mallorca, Ceuta y Melilla.

Para hacer posible este despliegue se crearán grupos técnicos de implantación y responsables de seguimiento que informarán de los resultados.

Por su parte, el CGPJ se encuentra elaborando un Reglamento sobre criterios generales de homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes procesales generales en todo el territorio nacional. Una actuación que el citado Consejo justifica en la previsión del art. 110.2 LOPJ, que le habilita para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar y por el propio artículo 438.7 que establece claramente la competencia para fijar criterios generales que permitan la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes procesales de la misma clase en todo el territorio nacional.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL NUEVO MODELO

No obstante convendría recordar un par de ideas que la reforma recién aprobada ayuda a consolidar. Por un lado, se ha puesto de manifiesto que la Administración de Justicia es un servicio público, sin embargo ello no debe hacernos olvidar que nos encontramos ante el tercer poder del Estado, y que por tanto la reforma del aparato de la Administración persigue, en realidad, que la actividad de ese poder, que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se haga de una manera más eficaz. Por otro lado, con esta reforma se quiere conseguir que, como ha puesto de manifiesto TARUFFO³², las normas procesales, desde el plano de la razón, sean más coherentes e instrumentalmente válidas. Con la reforma se ha perseguido dotar de orden, unidad, plenitud y simplicidad al sistema procesal, para conseguir con ello que la jurisdicción, que es independiente e imparcial, además de resolver conflictos, cumpla valores públicos, porque, a fin de cuentas, lo que en todos los casos demanda la ciudadanía es una decisión justa³³.

³² TARUFFO, «Racionalidad y crisis de la Ley Procesal», *Revista Doxa*, núm. 22, 1999, págs. 310 a 320.

³³ Como ha puesto de relieve COLMENERO GUERRA, «la doctrina, ha fijado tres criterios, que necesariamente deben concurrir (puesto que ninguno por sí solo es suficiente), y que de la combinación de los mismos se puede obtener una decisión que puede ser valorada como justa. Dichos criterios son la corrección de la elección e interpretación de la norma jurídica aplicable al caso; la determinación y comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; y el empleo de un proceso válido y justo para enjuiciar la decisión.», ya que «...la justicia de una decisión no es un valor unitario derivado de la suma algebraica de los valores obtenidos en cada criterio, sino que, es un algoritmo, es decir, un conjunto ordenado y finito de operaciones para resolver un problema. En dicha operación cada criterio mantiene su autonomía y opera

BIBLIOGRAFÍA

- ARNALDO ÁLCUBILLA, E. con IGLESIAS MACHADO, S. (coords.), *El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*, Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ASENCIO MELLADO, J.M.^º, «Los secretaríos judiciales y la nueva oficina judicial», *Práctica de Tribunales*, núm. 61, junio, 2009, La Ley 11849/2009.
- COLMENERO GUERRA, J.A., «Ciudadanía y Justicia. Eficacia y legitimidad de la Administración de Justicia», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Consejería de Justicia y Administración Pública, Junta de Andalucía, núm. 5, 2009.
- DAMASKA, *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Santiago, 2000.
- DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos procesales de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ», en *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, 2006.
- DE LA OLIVA SANTOS, «El "acabóse" de nuestra justicia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, marzo, 2009.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «El necesario debate sobre el nuevo modelo de oficina judicial», *Diario la Ley*, núm. 7191, junio, 2009, Ref. D-209.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Consideraciones sobre la proyectada reforma de la oficina judicial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 584, BIB 2003\875.
- GARRIDO CARRILLO, F.J., *La oficina judicial. Análisis de su nuevo diseño*, Valencia, 2008.
- GÓMEZ DE LIAÑO, R., «Incorporación de las tecnologías de la información al nuevo modelo de oficina judicial», *Diario la Ley*, núm. 7028, 2008.
- «Lexnet y otros medios informáticos en la nueva organización de la administración de justicia», *Diario la Ley*, núm. 7039, 2008.
 - «Estructura y organización de la nueva oficina judicial», *Diario la Ley*, núm. 7016, Ref. D-264, 2008.
- HÉRNANZ ROMERA, O., «El monitorio que viene», *Sepin*, SP/DOCT/4209, www.sepin.es.
- Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997.
- MAGRO SERVET, V., «Hacia un cambio en la organización judicial española: "los juzgados bicéfalos"», *Diario la Ley*, núm. 7275, noviembre, 2009, Ref. D-341.
- MARTÍN CONTRERAS, L., «Cuestiones específicas sobre la Secretaría Judicial» en *El Libro blanco de la Justicia. Proyecto alternativo de la Unión Progresista de Secretaríos Judiciales*, AAVV, Granada, 1997.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), 7ª Edición, 2007.

individualizando valores singulares que deben ser tenidos en cuenta para poder hablar de una decisión justa», en «Ciudadanía y Justicia. Eficacia y legitimidad de la Administración de Justicia», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Consejería de Justicia y Administración Pública, Junta de Andalucía, núm. 5, 2009, págs. 21 y 22 (manejamos la versión original por gentileza de su autor, pues se encuentra en prensa). No obstante, para una versión más detallada de la teoría de la "decisión justa", se puede ver TARUFFO, «Ideas para una teoría de la decisión justa», en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, 2006, págs. 199 a 212. Sobre la idea de que el proceso se oriente al cumplimiento de valores públicos, TARUFFO, «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», en *La Prueba*, Madrid, 2008, pág. 177, y DAMASKA, *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Santiago, 2000, págs. 253 a 309.

- PALOMAR OLMEDA, A.; DE MIGUEL PAJUELO, F. y DURO VENTURA, C., «La nueva oficina judicial», en *El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia y Nueva Oficina Judicial*, Navarra, 2007.
- PERFECTO IBÁÑEZ, A., «El juez», en *El oficio de jurista*, L.M.^º. Díez Picazo (coord.), Madrid, 2006.
- TARUFFO, M., «Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción», *Revista Doxa*, núm. 31, 2008.
- «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», en *La Prueba*, Madrid, 2008.
 - «Ideas para una teoría de la decisión justa», en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, 2006.
 - «Racionalidad y crisis de la Ley Procesal», *Revista Doxa*, núm. 22, 1999.

**sección de gestión
de despachos**



Los abogados ante la crisis. *Métodos de supervivencia*

Miguel Ángel Pérez de la Manga Falcón
Abogado y Consultor de despachos

I. PANORAMA ACTUAL. DE LA CRISIS AL DESAFÍO

Llevamos un año hablando de crisis. Prensa, radio, televisión y medios digitales no paran de hablar de la crisis financiera global y de la crisis inmobiliaria *made in Spain*. Los despachos de abogados somos proveedores de servicios jurídicos a empresas y particulares que forman parte del día a día de la actividad de un país.

Si la actividad económica se ralentiza y disminuye, más tarde o más temprano la demanda de servicios jurídicos adopta el mismo ritmo y disminuye. Posiblemente no se perciba de inmediato (efecto *ventilador*), pero llega. Y mientras tanto nos enfrentamos al peor de los movimientos que se generan en la gestión y dirección: la inercia.

En la sesión se pretende trabajar un cambio de mentalidad: pasar de la crisis al desafío que supone enfrentarse a un entorno económico que forma parte de nuestra actividad diaria.

II. EL ENTORNO ECONÓMICO ACTUAL

El entorno económico actual requiere dar más por menos. Los clientes sufren las consecuencias del entorno económico y siguen demandando servicios jurídicos, pero la sensibilidad al precio y los plazos de pago aumentan.

Debemos mentalizarnos de la existencia del nuevo entorno, que provocará cambios definitivos, y nos debemos adaptar al cambio. Tenemos que dejar de quejarnos y librarnos del esquema de negocio del pasado.

Uno de los primeros cambios será asumir la necesidad de establecer en nuestros despachos métodos efectivos de búsqueda de clientes. Lo que durante mucho tiempo fue una ventaja competitiva, hoy es una cuestión de supervivencia. La oferta de servicios jurídicos en España es inmensa y atraer a los clientes es fundamental. Para ser atractivos, debemos ofrecer a los clientes un beneficio claro.

Si segmentamos y nos dedicamos a aquello que mejor sabemos hacer podremos obtener una ventaja competitiva.

III. MISMOS INGRESOS, MENOS GASTOS

Reducir los costes operativos se convierte en una tarea estratégica. Antes de *“apagar luces y dejar de hacer fotocopias para ahorrar”* deberemos reflexionar sobre uno de los principios fundamentales estratégicos en los despachos de abogados: son empresas intensivas en capital humano, no son empresas intensivas de capital.

En consecuencia, deberemos optimizar los costes internos de producción de los servicios jurídicos, haciendo lo que mejor sabemos hacer en práctica legal para aprovechar al máximo nuestros recursos.

La flexibilidad en los métodos de gestión y dirección puede ayudarnos a sobrevivir.

La gestión flexible, vista como la capacidad del sistema de dirección para adaptarse al entorno y a las diferentes coyunturas económicas, puede articularse sobre tres tipos de cambios:

- Cambios tecnológicos.
- Cambios en las personas.
- Cambios empresariales.

Es momento de pensar, innovar y trabajar. No es momento de lamentaciones.

IV. LA RENTABILIDAD Y LA EFICIENCIA

Ha llegado el momento de asumir los errores cometidos en la época en que nos podíamos permitir prescindir de la gestión empresarial de nuestros despachos.

La rentabilidad y la eficiencia sólo se manifiestan cuando conseguimos ajustar correctamente los inductores de beneficio en nuestra estrategia y posicionamiento.

V. PEZ GRANDE VS PECES PEQUEÑOS

Llegado el momento de elegir clientes, debemos optar por asuntos grandes o medianos, o bien asuntos pequeños. Los costes derivados de la gestión de los asuntos nos harán decidimos por un tipo u otro de expedientes.

Durante la sesión, cada abogado descubrirá qué tipo le conviene más de cara a obtener una rentabilidad y eficiencia adecuadas, y así conseguir llegar al objetivo de la sesión: sobrevivir al desafío que nos ha tocado vivir como responsables de nuestros despachos.

**novedades
jurisprudenciales**



documentos seleccionados

1. Delito de corrupción de menores. Los tipos penales de pornografía infantil. Distribución de archivos pornográficos a través del sistema Emule. Restricción en la aplicación del subtipo agravado de uso de menores de 13 años, previsto en el art. 189.3 a) del C. Penal, a los distintos supuestos del tipo básico del art. 189.1 b). Inaplicación de las atenuantes de confesión y de anomalía psíquica.
2. VECINDAD CIVIL. DEROGACIÓN DE UNA NORMA PRECONSTITUCIONAL POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA: derogación del art. 14.4 CC, por la entrada en vigor de la CE, al contener una norma discriminatoria, contraria al principio de igualdad de los cónyuges, consagrado en los arts. 14 y 32 CE. A partir de la entrada en vigor de la CE la mujer casada gozó de autonomía para adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia. La DT de la ley 11/1990 debe interpretarse según lo establecido en la Constitución y por ello, sentado el principio de autonomía de la mujer, pueden funcionar los sistemas de adquisición de la vecindad civil establecidos en el art. 14 CC. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA VECINDAD CIVIL. FRAUDE DE LEY en el cambio de la vecindad civil: debe probarse.
3. STC 195/2009. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: apreciación sobre la prescripción del delito que no ofrece una tutela reforzada de la libertad personal del acusado al interpretar la ley vigente (STC 63/2005); doctrina constitucional vinculante. Voto particular.

1. Delito de corrupción de menores. Los tipos penales de pornografía infantil. Distribución de archivos pornográficos a través del sistema Emule. Restricción en la aplicación del subtipo agravado de uso de menores de 13 años, previsto en el art. 189.3 a) del C. Penal, a los distintos supuestos del tipo básico del art. 189.1 b). Inaplicación de las atenuantes de confesión y de anomalía psíquica

■ **Fecha:** 23/07/2009 - **Jurisdicción:** Penal - **Origen:** Tribunal Supremo - **Tipo Resolución:** Sentencia - **Ponente:** ABERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha catorce de noviembre de dos mil ocho. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, el acusado Jose Ramón, representado por el procurador Sra. Colina Sánchez. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción número 33 de Barcelona, instruyó diligencias previas nº 4581/05, por delito de distribución de pornografía infantil contra Jose Ramón, lo remitió a la Audiencia Provincial de BARCELONA, cuya Sección Séptima dictó sentencia en fecha catorce de noviembre de dos mil ocho, con los siguientes hechos probados: "De una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral con todas las garantías han resultado probados y así se declaran los siguientes hechos:

Como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo por el Cuerpo de la Guardia Civil, Grupo de Delitos Informáticos, se detectó que un usuario —en concreto— el usuario de la cuenta de correo electrónico DIRECCION000 había participado en diferentes foros de contenido pedófilo. Usando para ello varias IPs (en concreto NUM003, NUM004, NUM005, y NUM006), durante el período que comprende los meses de julio y agosto de 2005.

Concluyéndose finalmente que tales direcciones IP estaban asignadas a las líneas telefónicas de la empresa "Pacmeer S.A.", sita en la calle Alcolea 106-108 de Barcelona,

en las que trabajaba el ahora acusado; y en el domicilio particular del mismo, sito en la CALLE000 NUM000, NUM001, NUM002 de Barcelona.

En dicho domicilio del acusado, Jose Ramón, mayor de edad y sin antecedentes penales, en situación de libertad por esta causa con fianza de 3.000 euros, se practicó la oportuna diligencia de entrada y registro el día 23 de marzo de 2006, incautándose su ordenador particular sobre el que fue realizado el correspondiente peritaje técnico de los dos discos duros que el mismo contenía.

El citado acusado, desde ambos ordenadores se descargaba numerosísimos archivos de contenido pedófilo, llegando a contener en los discos duros de ordenador particular hasta un total de 3.065 archivos guardados y perfectamente organizados por edades de los menores y las menores que en los mismos aparecen. Archivos que el acusado poseía con la clara finalidad de distribuir a terceros consumidores por vía de la Red; y hasta un total de 72 archivos en el ordenador de la empresa. Archivos que eran tanto de imágenes fotográficas, como de videos, como de textos. Y en los que se veían a menores de edad, y desde luego menores de 13 años, desnudos, semidesnudos, practicando sexo explícito, felaciones, penetraciones, entre ellos mismos, o con adultos.

El acusado en el momento de los hechos presentaba una personalidad normal y con ausencia de cualquier sintomatología psíquica activa".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO:

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jose Ramón como autor responsable criminalmente del delito de distribución de material pornográfico infantil -ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años de prisión, e

inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas que se imponen, declaramos de abono todo el tiempo que haya estado el acusado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado a otra.

Dése a los objetos intervenidos el destino legal y en concreto, se declara el comiso definitivo de los ordenadores incautados".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Jose Ramón que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de Ley del art. 849.1º de la LECr. con relación al nº 4 del art. 5 de la LOPJ al haber vulnerado el Principio Constitucional de presunción de inocencia recogido en el art. 24.1º de la CE por haberse infringido normas sustanciales de imperativa aplicación. Segundo.- Por infracción de Ley del art. 849.1º de la LECr. por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que han de ser observadas por aplicación de la Ley Penal, atendidos los hechos que se declaran probados en Sentencia. Tercero.- Por infracción de Ley del art. 849.2 de la LECr, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos. Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1º de la LECr, por consignar en los hechos probados conceptos que predeterminan el fallo, y no expresar de forma clara y terminante cuales con los hechos que se consideran probados. Quinto.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.3º de la LECr por no haberse resuelto sobre todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 14 de julio de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurrente ha sido condenado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 14 de noviembre de 2008, como autor de un delito de distribución de material pornográfico infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión.

La condena es impugnada en casación por el acusado, quien formula cinco motivos, alguno de los cuales contienen otros submotivos. Se deben, pues, examinar con arreglo a una sistemática jurídica razonable en orden a la resolución del recurso.

SEGUNDO. 1. Bajo el ordinal cuarto del recurso alega la defensa el quebrantamiento de forma, con cita del art. 851.1º de la LECr., por haberse consignado en los hechos probados conceptos que predeterminan el fallo y por no expresarse de forma clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados. En concreto, se queja de la inclusión en el relato fáctico de la frase "con la clara finalidad de distribuir a terceros consumidores".

2. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECr. es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4; 1121/2003, de 10-9; 401/2006, de 10-4; 755/2008, de 26-11; 131/2009, de 12-2; y 381/2009, de 14-4, entre otras muchas).

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3; 249/204, de 26-2; 280/2004, de 8-3; 409/2004, de 24-3; 893/2005, de 6-7; 755/2008, de 26-11).

Además, también afirma este Tribunal que dentro del espacio de los hechos probados deben integrarse tanto los hechos externos atribuibles a la actuación de sus protagonistas como la intención que animara a los mismos, es decir, el conocimiento y voluntad que concurrieron en sus autores; esta conciencia y voluntad son hechos psíquicos, pero esta naturaleza subjetiva o psíquica no les priva de su condición de hechos que deben estar incluidos en el "factum". Por lo tanto, las expresiones tales como "...intención de acabar con la vida...", "...ánimo de lucro...", u otras semejantes, deben estar situadas en los propios hechos probados como se ha dicho con reiteración por la Sala (SSTS 1245/2006, de 17-11; 547/2006, de 18-5; 528/2007, de 28-5; 253/2007 de 26-3; 755/2008, de 26-11; y 89/2009, de 5-2).

3. En el caso que ahora se dirime no se puede afirmar que la frase que cita la parte recurrente predetermine de forma ilícita el fallo. Afirmar que el material pornográfico que se le intervino al acusado lo poseía con la intención de distribuirlo a terceros, además de al propio uso o consumo, no supone una predeterminación ilegal del fallo, pues se trata de una expresión que carece de un significado técnico jurídico y que tiene un sentido diáfano y fácilmente asequible en el lenguaje ordinario o común. No se está supliendo u omitiendo con esa frase la descripción de la conducta que

se le imputa al acusado, ni tampoco se están aplicando conceptos técnicos del mundo del derecho que reemplacen la descripción natural de la acción del acusado. Simplemente se utilizan unas expresiones que, aunque aparezcan algunas de ellas recogidas en la norma penal, tienen un significado coloquial y no merman el derecho de defensa ni generan lagunas en la premisa fáctica de la sentencia. Y si bien se trata de una expresión que ha contribuido a fundamentar la decisión que se plasma en el fallo, ello resulta inevitable, ya que de no ser así la sentencia condenatoria habría de basarse en un vacío fáctico que impediría aplicar cualquier precepto penal.

Debe, por tanto, desestimarse el primer motivo de impugnación.

TERCERO. 1. El motivo que enumera con el ordinal primero la parte recurrente integra el grueso argumental del recurso. Se fundamenta en los arts. 5.4 de la LOPJ, 24.2 de la Constitución y en el 849.1º de la LECr., y lo que alega el acusado es que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, al no constar indicios ni prueba directa que permita inferir que el destino de los archivos que se le intervinieron fuera su distribución a terceros.

2. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción

de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, intermediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el iter discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

3. Los hechos que en la sentencia se le atribuyen al acusado se sintetizan en que tenía almacenados en el ordenador de su domicilio más de 3.000 archivos (3.065 en escenas de pornografía infantil, en algunos de los casos con imágenes de actos pornográficos protagonizadas por menores de 13 años de edad. A este material ha de sumarse el que se le ocupó en el ordenador que utilizaba en su lugar de trabajo: otros 72 archivos de las mismas características.

El acusado no ha negado que poseyera ese material pornográfico, pero sí ha cuestionado que lo distribuyera a terceras personas, pues siempre ha sostenido que lo destinaba únicamente a su propio uso o consumo. Sobre este interrogante se ha centrado el debate probatorio dada la relevante repercusión que tiene en la tipificación de la conducta.

El argumento nuclear que utiliza el Tribunal de instancia para inferir que los archivos pornográficos estaban también destinados a ser distribuidos a terceros es el del número o cantidad de archivos intervenidos. Parte, pues, del hecho base de un número elevado de archivos para colegir el fin de la distribución, juicio de inferencia que refuerza con la asimilación a lo que sucede en la constatación del delito contra la salud pública del tráfico de sustancias estupefacientes.

La fuerza determinante o concluyente que se le atribuye en la sentencia al indicio del número de archivos parece excesiva, ya que el supuesto de almacenamiento de archivos digitales pornográficos no es equiparable como indicio cuantitativo probatorio a lo que sucede en el ámbito del tráfico de drogas. Pues en éste, a partir de una cantidad relevante de almacenamiento de sustancia estupefaciente, se considera razonable inferir que no se halla destinada al propio consumo, inferencia que no cabe extrapolar sin notables matizaciones y reservas al mundo de la pornografía infantil. Y ello porque en este último es hasta cierto punto habitual que el consumidor de esa clase de imágenes pornográficas sea un asiduo coleccionista de archivos de esa naturaleza, sin que el importante número de material acopiado signifique necesariamente de por sí que dedique una parte a la distribución a terceros.

Mucho más consistente se considera el argumento de que el acusado tenía instalado

en su ordenador el programa informático Emule, a través del cual se le permite al usuario del ordenador descargar archivos procedentes de la Red en su ordenador, al mismo tiempo que otros internautas que tienen el mismo programa pueden “subir” a su ordenador los archivos almacenados por el acusado, concurriendo así un sistema de archivos compartidos. De hecho, los guardias civiles que realizaron el registro en la vivienda del acusado manifestaron que el ordenador de éste estaba descargando archivos procedentes de la Red mediante el programa Emule cuando entraron en el domicilio investigado. Explicaron los agentes que el ordenador del acusado se hallaba a pleno rendimiento recibiendo archivos en la carpeta de entrada (“incoming”), según pudieron comprobar los propios testigos, que hallaron archivos con pornografía infantil en la referida carpeta.

Sobre este particular tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, en diferentes resoluciones (SSTS 921/2007, de 6-11; 292/2008, de 28-5; 696/2008, de 29-10; 739/2008, de 12-11; 797/2008, de 27-11; y 307/2009, de 18-2), que al ser Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismo, el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta “incoming”; de suerte que cuanto más material comparta, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés “peer-to-peer”, que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P). En la carpeta de descarga por defecto (“incoming”) se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas a compartir con los demás usuarios, pero hay algo común en todos, la carpeta de descarga siempre es compartida.

Ante unos elementos probatorios de una evidente carga incriminatoria como el número de archivos, el uso del programa de intercambio de archivos (Emule) y la activación de la

carpeta de entrada en el momento en que los guardias civiles accedieron al domicilio del acusado, éste replica de forma reiterada en el recurso de casación con el argumento de que mediante el programa Emule descargaba o “bajaba” archivos, pero no los distribuía o “subía” a terceros ya que la velocidad de subida o de distribución “la tenía en cero”, precisamente con el fin de impedir e imposibilitar el reenvío o la difusión.

Esta alegación exculpatoria no convenció al Tribunal de instancia y tampoco la considera esta Sala como argumento sólido para desvirtuar la prueba de cargo. Y ello es así porque, en primer lugar, si el sistema Emule de que se valía para descargar los archivos de internet y acopiar en su ordenador el material pornográfico se basa en el intercambio de archivos, de modo que cuantos más compartía más puede almacenar, lo cierto es que el acusado poseía más de tres mil archivos. Esto constituye un importante indicio de que compartía sus archivos con otros internautas de la Red, ya que es la única forma de conciliar razonablemente la reciprocidad del programa con la importante cifra de material pornográfico almacenado por el acusado.

En segundo lugar, cuando operaba con la carpeta de entrada (“incoming”) su ordenador compartía sus archivos con otros internautas, pues para poder descargar en su carpeta de entrada precisa tener accionada la velocidad de salida, aunque sea al mínimo. De ahí que, aunque redujera el número de archivos que subía o reenviaba a otros internautas, es claro que siempre existía un número mínimo de archivos reenviados cuando operaba con la referida carpeta.

En tercer lugar, en su declaración de la fase de instrucción (folio 75 de la causa) no se refirió en absoluto el encausado a que la causa de no distribuir material pornográfico a terceros fuera que la velocidad de salida de su ordenador la hubiera puesto a cero con ese fin. Se trata de un dato que por su singularidad y por su significación no podía fácilmente haberlo omitido. Todo apunta por tanto a que incluso como tal hecho exculpatorio no parece veraz, máxime si se pondera que un olvido de esa índole no es propio de un experto en informática, condición de lo que dio muestras con sus respuestas en el curso del proceso.

Frente a estos indicios concomitantes, unidireccionales y unívocos, carece de relevancia que los agentes no hallaran correos electrónicos ni conversaciones en chats que revelaran un intercambio de material con otros internautas. Se insiste, pues, en el dato de que el programa que utilizaba para descargar material de internet y el número de archivos que tenía almacenados entrañaban, en mayor o menor medida, la distribución de material pornográfico de menores de edad a terceras personas que compartían el programa Emule.

Se desestima, pues, el motivo de impugnación al considerar enervado el derecho a la presunción de inocencia.

CUARTO. 1. En el ordinal tercero denuncia el recurrente la existencia de error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.2º de la LECr., por evidenciarse a través de documentos que obran en la causa.

Para constatar el error con respecto al hecho de la distribución de los archivos pornográficos a terceros señala los siguientes documentos: informes técnicos de la Guardia Civil, de los folios 202 y ss. y 263 y ss.; el atestado que figura en los folios 31 y ss.; la diligencia de entrada y registro, en los folios 28 y ss. y 111 y ss.; y el atestado ampliatorio de los folios 152 y ss.

Y para corroborar el error sobre el presupuesto fáctico de la eximente completa o incompleta de anomalía psíquica, cita el informe de psiquiatría del Doctor Primitivo, el informe de la médica forense Tarsila, y el informe de Angélica.

2. Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba

ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. En el caso objeto de juicio, es claro que no se cumplimentan los requisitos que se acaban de reseñar, pues los atestados policiales es claro que no tienen el carácter de documentos autosuficientes que evidencien de por sí el hecho que se pretende constatar, y presentan desde luego en este supuesto un contenido mucho más incriminatorio que exculpatorio. Y lo mismo puede afirmarse de las pericias aportadas por la Guardia Civil sobre los archivos que se le ocuparon al acusado y el programa de descarga que utilizaba; y también con respecto a la diligencia de entrada y registro, tanto por su contenido incriminatorio como por su falta del carácter de documento autosuficiente que pretende otorgársele.

Y en la misma dirección hemos de pronunciamos sobre los informes periciales psiquiátricos que reseña en el escrito de recurso. Esos informes coinciden en que el acusado padece una pedofilia con atracción sexual por niñas, pero también se habla de personalidad normalizada y de un sentimiento de culpa acerca de su conducta, datos que difícilmente se compaginan con la acreditación palmaria del presupuesto fáctico de las eximentes alegadas.

No se está, por tanto, ante el supuesto de error probatorio que prevé el art. 849.2º de la LECr., motivo que resulta así invariable.

QUINTO. En el ordinal segundo del escrito de recurso se impugna la sentencia por infracción de ley al estimar, con base en el art. 849.1º de LECr., que no concurre el tipo penal aplicado por la Sala de instancia, es decir, el previsto en el art. 189 apartado 1 b) y apartado 3 a) del C. Penal.

Con respecto al apartado 1 b) del referido precepto, ya se ha incidido en que el acusado no sólo poseía los archivos de pornografía de menores para su propio uso, lo cual nos situaría en el apartado 2 de la norma, sino que también los almacenaba con la consecuencia inherente de su distribución a terceras personas, por lo que no cabe duda de que procede subsumir su conducta en la acción de distribuir que prevé el art. 189.1 b) del C. Penal.

Muchos más problemas suscita la incardinación de la conducta del acusado en el subtipo agravado del apartado 3 a) del art. 189. Y no porque no se haya probado que algunos de los archivos contuvieran material pornográfico relativo a menores de 13 años, circunstancia que, en contra de lo que alega la defensa, resulta obvia una vez visionadas las fotografías que obran en la causa. La objeción proviene de la interpretación que en cuanto a la extensión del subtipo agravado viene haciendo esta Sala en las últimas resoluciones dictadas sobre la materia.

En efecto, este Tribunal se ha planteado en las últimas sentencias dictadas sobre el subtipo del art. 189.3 a) del C. Penal (SSTS 674/2009, de 20-5; 795/2009, de 28-5; y 592/2009, de 5-6) si la norma agravatoria, consistente en haber utilizado a menores de 13 años, era aplicable a todos los casos comprendidos en el apartado 1 b) del art. 189, o si sólo operaba en relación con aquellas actividades en las que a los menores se les haya hecho intervenir personalmente, es decir, sirviéndose directamente de personas comprendidas en esa franja de edad (personas de carne y hueso). Y el dilema interpretativo lo ha resuelto esta Sala de Casación en el sentido de que cuando el legislador se refiere a “utilizar” menores de 13 años está aplicando el verbo “utilizar” como sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores, sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1, si ha concurrido o no esta utilización.

Por otra parte, acaba diciendo la reciente doctrina jurisprudencial, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de diez meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico (SSTS 674/2009, de 20-5; y 795/2009, de 28-5).

La proyección de las pautas precedentes al caso que ahora se enjuicia determina necesariamente la inaplicación del subtipo agravado de la utilización de menores de 13 años, puesto que el acusado se le limitó a poseer archivos pornográficos de menores de 13 años a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas. Pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material ni tampoco consta que haya intervenido en su producción. Es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concretas.

Así las cosas, ha de estimarse parcialmente el motivo de casación por infracción de ley y excluir en la nueva sentencia la aplicación del subtipo agravado relativo a la utilización de menores de 13 años.

SEXTO. El recurrente plantea como motivo quinto de casación el quebrantamiento de forma del art. 851.3º por no haber resuelto la Sala de instancia sobre la alegación relativa al error en que dice haber incurrido, tanto en lo que respecta a la edad de las menores como en lo que concierne a que la conducta de descargar los archivos pornográficos conllevaba la distribución a otros internautas.

Pues bien, con respecto al error relativo a la edad de los menores, además de haberse ya descartado la aplicación del subtipo agravado, también se ha dicho que el conocimiento de ese dato resulta obvio con la simple visión de las fotos que figuran unidas a la causa.

Y en lo referente a la distribución a terceros, la parte viene a alegar un error de tipo, pues afirma que no conocía cómo operaba realmente el programa de descarga de los archivos en su ordenador, incidiendo en que ignoraba que la descarga entrañaba la

puesta a disposición de otros internautas del material pornográfico que iba almacenando en su ordenador.

Los argumentos que ha venido exponiendo en su defensa el acusado durante todo el discurrir del proceso evidencian que era un perfecto conocedor del programa Emule y de sus posibilidades y derivaciones. De modo que, tratándose además de un sistema implantado a nivel general para “bajar” de la red archivos de extenso contenido y teniendo una difusión prácticamente universal, se considera inverosímil que no supiera el acusado, que es un asiduo consumidor del programa y un experto en su manejo, cuáles eran las bases de intercambio sobre que operaba y cuáles eran las contraprestaciones a que se veía comprometido con respecto a los restantes internautas de cuyos archivos se beneficiaba.

Se rechaza por tanto la concurrencia de un posible error, desestimándose así este motivo de impugnación.

SÉPTIMO. 1. Bajo el ordinal segundo denuncia la parte recurrente la existencia de error de derecho, con base en el art. 849.1º de la LECr., debido a que no se han apreciado las atenuantes de confesión y de anomalía psíquica a pesar de que concurrían los requisitos para ello.

La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1076/2002, de 6-VI; 615/2003, de 3-V; 542/2004, de 23-IV; 1109/2005, de 28-IX; 1400/2005, de 23-XI; 1594/2005, de 23-XII; 683/2007, de 17-7; 755/2008, de 26-12; y 508/2009, de 13-5, entre otras) viene exigiendo como requisitos de la atenuante de confesión los siguientes: en primer lugar, que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión sea veraz, quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revela totalmente falsa; y en tercer lugar, que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendiendo por tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión. De modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar

la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad.

En el supuesto que ahora se contempla, según se desprende del examen de la causa, no cabe la aplicación de la atenuante que postula la defensa, puesto que el acusado sólo reconoció parcialmente los hechos después de que fue sorprendido en su domicilio descargando en su ordenador los archivos con las imágenes pornográficas de las menores. Y como a continuación le fueron intervenidos los dos discos duros del ordenador y todo el material en que figuraban los archivos, es claro que carecen de eficacia atenuadora sus manifestaciones posteriores a esos indicios incriminatorios. Y más patente se muestra todavía la falta de fundamento de la atenuante del art. 21.4º del C. Penal, si sopesamos que el acusado no admitió la distribución a terceros de los archivos pornográficos a través del programa Emule, a pesar de los caracteres de reciprocidad que presenta este sistema a la hora de compartir archivos.

Se desestima por tanto la aplicación de la atenuante de confesión.

2. En el mismo motivo segundo de casación alega la parte recurrente la infracción de ley, en aplicación del art. 849.1º de la LECr., por no haberse aplicado la eximente incompleta del art. 21.1º o la del art. 21.6º del C. Penal por la anomalía psíquica que —a su entender— padece el acusado debido a su pedofilia.

En la sentencia de instancia se argumenta correctamente con base en el informe de la médico forense la inaplicación de las referidas circunstancias de inimputabilidad. La perito oficial afirma, ciertamente, que el acusado ha sido diagnosticado de pedofilia con atracción sexual por niñas. Sin embargo, una vez que lo exploró, comprobó que no presentaba una sintomatología psiquiátrica activa productiva, apreciando una personalidad normalizada con adecuada crítica de su conducta anómala en el plano afectivo-sexual (folio 22 del rollo de Sala). Y si bien parece ser que sufrió una depresión con motivo de una enfermedad mental de su mujer, tal padecimiento lo sufrió años antes de la ejecución de los hechos que se enjuician.

No padece, pues, ninguna enfermedad mental el acusado que aminore la comprensión de la ilicitud de la conducta que se le atribuye,

sino que es plenamente consciente de ella a tenor del sentimiento de culpa que alberga sobre su comportamiento.

Y en cuanto a la limitación de sus facultades volitivas y a la posibilidad de autocontrolar su conducta para adecuarla a las exigencias de la norma, la pedofilia es considerada por la psiquiatría como un trastorno o perversión sexual, como pueden serlo el exhibicionismo, el fetichismo, el sadismo y otros, estimándose que, en líneas generales, los sujetos afectados por estos trastornos tienen capacidad de querer, de entender y obrar plenas (STS 768/2004, de 18-6).

La jurisprudencia viene considerando que la pedofilia afecta a la dirección del instinto sexual por se y no supone la ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los correspondientes frenos inhibitorios. Por sí sola, tal inclinación no determina ni exención ni atenuación alguna; para ello debe ir acreditadamente acompañada de trastornos psíquicos relevantes, como el alcoholismo, la toxicomanía o una neurosis depresiva, entre otros (SSTS 1433/2000, de 25-9; 285/2003, de 28-2; y 696/2008, de 29-10).

En nuestro caso no se ha acreditado que el acusado tuviera especialmente disminuidas sus facultades de autodominio, ni tampoco que padeciera otros trastornos psíquicos que justifiquen la aplicación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad por tener afectada su imputabilidad. Por consiguiente, se desestima el motivo de impugnación y se rechaza la aplicación de la atenuante de anomalía psíquica postulada por la defensa.

OCTAVO. Los razonamientos expuestos en los apartados precedentes nos llevan a la estimación parcial del recurso, en concreto en el extremo relativo a que no procede estimar el subtipo agravado del art. 189. 3 a) del C. Penal, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

ESTIMAMOS en parte el motivo de casación segundo, por infracción de ley, formulado por la representación de Jose Ramón contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 14 de noviembre de 2008, que condenó al

recurrente como autor de un delito de distribución de material pornográfico infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andrés Martínez Arrieta Jose Manuel Maza Martín Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil nueve.

En las diligencias previas nº 4581/05, del Juzgado de Instrucción número 33 de Barcelona, seguidas por delito de distribución de pornografía infantil contra Jose Ramón, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, dictó sentencia en fecha catorce de noviembre de dos mil ocho, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES SEGUNDA SENTENCIA

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS SEGUNDA SENTENCIA:

Tal como se ha expuesto en la sentencia rescisoria, procede dejar sin efecto la aplicación del subtipo agravado del art. 189.3.a) del C. Penal, relativo a la utilización de niños menores de 13 años en el tipo de distribución de pornografía infantil. Siendo así, el marco legal punitivo queda fijado entre uno y cuatro años de prisión.

Para la individualización judicial de la pena deben sopesarse dos factores relacionados con la gravedad de la ilicitud del hecho: el elevado número de archivos pornográficos que se le intervinieron al acusado (más de tres mil), y el dato de que parte de ellos se refiriera a niñas de escasa edad. Ambos datos determinan que no se aplique la pena en su cuantía mínima, fijándose en dos años de prisión, con la accesoria ya impuesta por el Tribunal de instancia; sin que se aprecien datos personales relevantes que justifiquen por razones de prevención especial la reducción de la pena asignable por la gravedad del hecho.

FALLO SEGUNDA SENTENCIA:

Condenamos a Jose Ramón como autor del tipo penal básico de distribución de pornografía infantil, previsto en el art. 189.1.b) del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias

modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, declarándose de oficio las costas del recurso. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

— Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2. **VECINDAD CIVIL. DEROGACIÓN DE UNA NORMA PRECONSTITUCIONAL POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA:** derogación del art. 14.4 CC, por la entrada en vigor de la CE, al contener una norma discriminatoria, contraria al principio de igualdad de los cónyuges, consagrado en los arts. 14 y 32 CE. A partir de la entrada en vigor de la CE la mujer casada gozó de autonomía para adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia. La DT de la ley 11/1990 debe interpretarse según lo establecido en la Constitución y por ello, sentado el principio de autonomía de la mujer, pueden funcionar los sistemas de adquisición de la vecindad civil establecidos en el art. 14 CC. **IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA VECINDAD CIVIL. FRAUDE DE LEY** en el cambio de la vecindad civil: debe probarse.

■ **Fecha: 14/09/2009 - Jurisdicción: Civil - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Ponente: ENCARNACIÓN ROCA TRIAS**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Septiembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, por D. Leonardo, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Feixo Bergada contra la Sentencia dictada, el día 4 de no-

viembre de 2003, en el rollo de apelación nº 83/2003, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía nº 348/1999. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª. Marta Ruiz Roldan en nombre y representación de D. Leonardo en concepto de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, en representación de D. Victorio, y en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía, D. Victorio contra D. Leonardo, en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...dicte sentencia en la que:

1º.- Se declare la nulidad de los testamentos otorgados por Doña Milagrosa en 32 agosto 1967, 29 enero 1970, 28 noviembre 1970, 12 enero 1976, 10 abril 1981, 14 noviembre 1986, 15 junio 1987,

2º.- Se declare que el último testamento válido de Doña Milagrosa fue otorgado en Barcelona, ante el Notario Don Federico Trias de Bes, en 22 agosto 1947, en el que designó como herederos por parte iguales a sus dos hijos, Don Victorio y Don Leonardo.

3º.- Se declare indigno a Don Leonardo para suceder a su madre Doña Milagrosa, por haber incurrido en maniobras dolosas y engañosas para forzar a su madre a otorgar los testamentos declarados nulos.

4º.- Se declare que Don Leonardo posea como fiduciario de Doña Milagrosa los siguientes bienes:

a) El 9,64% de las acciones de COMPLEJO INMOBILIARIO, S.A.; el 55,56% de las acciones de INMOBILIARIA SOL Y MAR, S.A.; el 45,64% de las acciones de INMOBILIARIA POMARET, S.A., EL 50% de las acciones de INMOBILIARIA MATEU, S.A. EL 50% DE MATEU, S.A., el 40,21% de las acciones de FURQUET, S.A.; el 50% de las acciones de BAALBECK, S.A., así como la parte residual deduciendo las que fueran propiedad de Don Jose Pablo de las acciones de las sociedades constituidas para ostentar el patrimonio de dichas sociedades o de las que les hubieran sucedido.

b) Las acciones cotizadas en Bolsa de BANCO CENTRAL HISPANO, S.A.; de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A., de UNION ELECTRICA FENOSA, S.A.; de SEVILLANA DE ELECTRICIDAD, S.A.; de FUERZAS HIDROELECTRICAS DE ANDORRA, S.A.; SOCIEDAD ANONIMA CROS, S.A.; ALTOS HORNOS DE VIZCAYA, S.A.; UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A., y de GENERAL AZUCARERA DE ESPAÑA, S.A., que figuren a nombre de Don Leonardo, sin

haber sido incluidas en la herencia de Don Jose Pablo.

c) El 40,21% de la finca sita en Barcelona, DIRECCIÓN000, NUM000 - NUM001.

d) Todas las obras de arte, mobiliario y objetos decorativos que se encuentren en poder de Don Leonardo, y muy especialmente en la AVENIDA000, NUM002, en la CALLE000, NUM003 - NUM004 y en la finca DIRECCIÓN001, que hubieran pertenecido a Doña Milagrosa, y que no figuren reseñadas en el dictamen emitido en el proceso seguido en Navarra por el perito Don Bernardo.

e) Todas las joyas poseídas por Doña Milagrosa, y singularmente las relacionadas con el hecho 2º, apartado f) de esta demanda.

f) Las cantidades que hubieran figurado depositadas en bancos extranjeros de las que hubiera podido disponer Doña Milagrosa.

g) Cualesquiera otros bienes figuraran a su nombre en Cajas, Bancos o Entidades financieras, conjuntamente con su madre Doña Milagrosa, o de los que ésta tuviera facultades de disposición.

5º.- Se condene a Don Leonardo a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el pedimento anterior.

6º.- Subsidiariamente, de no darse lugar a los pedimentos anteriores, se condene a Don Leonardo a abonar a Don Victorio la legítima que a éste le corresponde en la herencia de su madre Doña Milagrosa, más los intereses legales de dicha legítima desde el fallecimiento de Doña Milagrosa en 11 enero 1998.

7º.- Se condene a Don Leonardo al pago de las costas".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Leonardo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte Sentencia en la se absuelva a mi mandante de todas las pretensiones, principales y subsidiarias, formuladas contra él en la demandada, con expresa imposición de las costas al actor".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona dictó Sentencia, con fecha 22 de noviembre de 2002 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Montero Brusell, en nombre y representación de D. Victorio, contra D. Leonardo:

1º.- No ha lugar a declarar la nulidad de los testamentos otorgados por Doña Milagrosa en fecha 31/08/1967, 29/01/1970, 29/11/1970, 12/01/1976, 10/04/1981, 14/11/1986 y 15/06/1987.

2º.- No ha lugar a declarar que el único testamento válido de Doña Milagrosa fue el otorgado en Barcelona, ante el Notario don Federico Trias de Bes, en fecha 22/08/1947.

3º.- No ha lugar a declarar indigno a don Leonardo para suceder a su madre Doña Milagrosa.

4º.- Declaro que don Leonardo poseía como fiduciario de Doña Milagrosa los siguientes bienes:

a) el 9,64% de las acciones de COMPLEJO INMOBILIARIO, S.A.

b) el 55,56% de las acciones de INMOBILIARIA SOL Y MAR, S.A.

c) el 45,64% de las acciones de INMOBILIARIA MATEU, S.A.

d) el 45,64% de las acciones de INMOBILIARIA POMARET, S.A.

e) el 50% de las acciones de BAALBECK, S.A.

f) el 40,21% de la finca sita en Barcelona, DIRECCIÓN000, NUM000 - NUM001

5º.- Condono a Don Leonardo a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el apartado anterior.

6º.- Declaro que Don Victorio, en su condición de hijo de Doña Milagrosa, tiene la cualidad de legitimario en la herencia de su difunta madre, y por tanto, tiene derecho a percibir en concepto de legítima la cantidad de 522.620.916 pesetas, esto es, TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y UNA MIL CATORCE EUROS CON NOVENTA Y SIETE CÉNTIMOS (3.141.014,97 Euros), más la octava parte del valor de los siguientes bienes que se determinará en ejecución de sentencia:

a) Obras de arte, mobiliario y objetos decorativos que se encuentren en poder de Don

Leonardo, y muy especialmente en las fincas sitas en AVENIDA000 nº NUM002 de Barcelona, CALLE000 nº NUM000 - NUM004 de Barcelona y en la DIRECCIÓN001 de Campins, que hubieran pertenecido a la causante, y que no figuren reseñadas en el dictamen emitido en el proceso seguido en Navarra por el perito Don Bernardo.

b) Joyas donadas por Doña Milagrosa que fueron reseñadas en el Hecho 2º.f de la demanda.

c) Acciones, depósitos y saldos bancarios existentes a nombre de la causante en el extranjero.

7º.- Condono a Don Leonardo a abonar a Don Victorio la total cantidad que resulte en virtud de la anterior declaración más el interés legal de dicha suma a contar desde la fecha de fallecimiento de la causante (11 enero 1998).

8º.- No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas en autos.

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Leonardo. Sustanciada la apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia, con fecha 4 de noviembre de 2003, con el siguiente fallo: "Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Leonardo contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, en autos de Juicio de Mayor Cuantía número 348/1999, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución, imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Leonardo contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Ramón Feixó Bregada lo interpuso, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de los artículos 2.1a), 27, 28 y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional.

Segundo: Incumplimiento de la Disposición Transitoria de la Ley 11/90.

Tercero: Infracción del artículo 14 de la Constitución Española e inaplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre

la aplicación del punto 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española.

Cuarto: Infracción de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución y su interpretación por el Tribunal Constitucional en relación con los artículos 10 y 416.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinto: Infracción del artículo 2.3 del Código Civil en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Sexto: Infracción de lo dispuesto en el artículo 327 del Código Civil, y en los artículos 2,3 y 92 de la Ley del Registro Civil.

Séptimo: Infracción del artículo 6.4 del Código Civil, por inexistencia de fraude de Ley en la manifestación de D.ª Milagrosa de mantener la vecindad Navarra.

Octavo: Infracción del artículo 6.4 del Código Civil, por existencia de fraude de Ley en la actuación procesal de D. Victorio.

Noveno: Infracción del artículo 14.5 del Código Civil por exigir la reiteración de la voluntad de mantener la vecindad adquirida.

Décimo: Infracción de los artículos 658, 668, 675 y 739 del Código Civil, Leyes 149, 267 y 270 de la Ley 1/1973, de 1 de Marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, y artículos 101, 110 y 370.2 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora D.ª Marta Ruiz Roldán en nombre y representación de D. Leonardo en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, en nombre y representación de D. Victorio, en concepto de parte recurrida.

La Procuradora Sra. Ruiz Roldán, en representación del recurrente, presentó escrito desistiendo del sostenimiento del motivo décimo de casación; asimismo el Procurador Sr. Murga Florido, en representación del recurrido presentó escrito solicitando la remisión de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por entender que corresponde a este órgano la competencia para su conocimiento. Por Auto de 30 de noviembre de 2004 se acordó tener por desistido al recurrente del motivo décimo formulado en el escrito de interposición del recurso y declarar la competencia de esta Sala

para su conocimiento, pronunciamiento éste último que fue confirmado por Auto de 15 de febrero de 2005, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 28 de octubre de 2008 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, en nombre y representación de D. Victorio, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el cinco de marzo de dos mil nueve, siendo suspendido dicho señalamiento acordándose que la sentencia se dicte por el Pleno de los Magistrados de la Sala, señalándose para dicha votación y fallo el día veinte de julio de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Triás,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de hechos probados:

1º D. Jose Pablo, de vecindad civil catalana de origen, compareció junto con su esposa el 8 de enero de 1965, ante el Juzgado de Paz de Betelu, Navarra. Declaró que estaba residiendo en dicha localidad desde 1962 y que deseaba adquirir la vecindad civil de Navarra; esta declaración hubo de ser reiterada por D. Jose Pablo ante el Registro civil de Pamplona el 21 de noviembre de 1968 y causó inscripción marginal en la de nacimiento de ambos cónyuges, al ser adquirida dicha vecindad civil por la esposa, D.ª Milagrosa, en virtud del principio de unidad familiar, establecido en el Art. 15.3 CC, vigente en aquel momento.

2º D. Jose Pablo falleció en Barcelona en 1986, donde siempre habían residido los cónyuges.

3º El 20 de febrero de 1996, D.ª Milagrosa declaró ante el encargado del Registro civil su voluntad de conservar la vecindad civil de Navarra.

4º D.ª Milagrosa falleció el 11 de enero de 1998 en Barcelona.

5º D. Victorio demandó a su hermano D. Leonardo, heredero de D.ª Milagrosa, donde

pedía que: a) se declarase la nulidad de los testamentos otorgados por la causante desde 1967 hasta junio de 1987 y que su sucesión debía regirse por el otorgado en Barcelona en 1947; b) se declarase la indignidad del heredero D. Leonardo; c) se declarase que D. Leonardo era titular fiduciario de una serie de bienes que describía en la demanda, que debía restituir a la herencia, y, subsidiariamente, que se condenase a D. Leonardo a abonar al demandante D. Victorio la legítima que le correspondiera en la herencia de su madre D.ª Milagrosa, con sus correspondientes intereses, todo ello de acuerdo con el Derecho civil catalán, aplicable según el demandante, a la sucesión de su madre. El demandado se opuso a la demanda negando que la sucesión de D.ª Milagrosa debiera regirse por el Derecho catalán, ya que en virtud de lo dispuesto en el Art. 9. 8 CC, al tener D.ª Milagrosa la vecindad civil navarra en el momento de su fallecimiento, debía aplicarse lo establecido en el Fuero Nuevo, que debía regir su sucesión.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 30 de Barcelona de 27 de noviembre de 2002 estimó en parte la demanda. Con relación a lo planteado en el recurso de casación, que es lo relativo a la fijación de la vecindad civil que ostentaba D.ª Milagrosa en el momento de su fallecimiento a los efectos de determinar la ley que rige su sucesión, los argumentos de la sentencia son los siguientes: a) que declarada la vecindad civil navarra del esposo de la causante D.ª Milagrosa, resulta obligado concluir que ésta la adquirió por razón de matrimonio y ella misma lo declaró así; b) respecto a la residencia de D.ª Milagrosa durante más de diez años en Cataluña sin declaración en contrario, debe partirse de la base de que al no ganar la vecindad civil navarra por declaración de voluntad, no puede aplicarse el vigente Art. 15 CC, de modo que la adquisición se produjo ex lege y ciertamente D.ª Milagrosa no realizó ninguna declaración de querer conservar la vecindad civil de Navarra; c) las declaraciones de que mantenía la vecindad civil efectuadas en los testamentos otorgados ante Notario en Navarra carecen de virtualidad al no haberse efectuado ante el Juez encargado del Registro civil y respecto de la realizada ante dicho funcionario del Registro civil en 1996 carece de valor por entender que en el momento en

que la realizó, ya había adquirido la vecindad civil catalana por residencia continuada en Cataluña. De ahí que al tener D.ª Milagrosa la vecindad civil catalana en el momento de fallecer, su sucesión se rige por el Código de sucesiones de Cataluña y no por el derecho navarro.

7º El demandado D. Leonardo apeló dicha sentencia. La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4ª, en sentencia de 4 noviembre 2003, desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. Por la importancia que tiene en el presente recurso de casación, se reproduce a continuación el Fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida. "Centrado el primer motivo del recurso en la determinación de la vecindad civil de la causante en el momento de su fallecimiento, entendemos que esta Sala debe partir, en todo caso, del respeto a los hechos declarados probados en la Sentencia del TSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994, relativa a la sucesión del esposo de doña Milagrosa y padre de los ahora litigantes, don Jose Pablo, por constituir cosa juzgada.

Sentado lo anterior, como es sabido, debe indicarse que el art. 14.5 del Código Civil, precepto aplicable a todo el territorio nacional, dispone claramente:

"La vecindad civil se adquiere:

1º. Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.

2º. Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no precisan ser reiteradas". y, por su parte, el art. 14.6 agrega:

"En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento".

De la redacción de este artículo, se entiende que la declaración de adquisición de vecindad civil debe efectuarse ante el Registro Civil o, en su caso, ante el Registro Consular u otro órgano competente, sin que puedan tener consideración de declaración de adquisición de la vecindad civil las manifestaciones contenidas en una escritura pública u otro documento público u oficial, dado que no se trata simplemente de la exteriorización de la declaración de voluntad, sino que es precisa

su constancia expresa en el Registro Civil, momento a partir del cual despliega eficacia la manifestación y se produce la adquisición de la vecindad civil.

En similares términos, el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil establece que el cambio de vecindad civil se produce "ipso iure" por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario.

Así, el elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de "residencia habitual" con el de domicilio civil, según el art. 40 del CC, siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal (SSTS 30-10-1901, 30-4-1909, 18-5-1932, 3-6-1934, 11-10-1960, 10-11-1961), y así lo confirma la STS de 15-11-1991 señalando que "según constante doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del TS, el domicilio no debe confundirse con la vecindad, según la Ley municipal, y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes"; y se reitera en la STS 30-1-93, con cita, a su vez, de la de (8-3-1983 C-Ad), que "las vecindades administrativas no siempre coinciden con el efectivo domicilio, teniendo escasa influencia las certificaciones administrativas que derivan de los datos del padrón municipal de habitantes, siendo el lugar de residencia habitual aquel que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar debiendo tenerse en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas".

Así pues, en este sentido, es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que los simples datos del padrón de habitantes no hacen prueba plena de la residencia a efectos civiles, dado que lo único que prueba dicho Padrón por sí solo es la realidad de haberse hecho por el declarante y funcionario en su caso en el interviniente las manifestaciones que contiene, pero no que las mismas sean exactas.

Partiendo de las anteriores consideraciones, examinada de nuevo la prueba aportada por cada parte y valorando en conjunto su

resultado, obtiene la Sala idénticas conclusiones que el juzgador a quo en orden a la vecindad civil catalana de doña Milagrosa al tiempo de su fallecimiento.

Así, en primer término, doña Milagrosa, junto con su esposo, su hijo y demandado don Leonardo y la esposa de éste, doña Esperanza, comparecieron ante el Juzgado de Paz de Betelu el día 8 de enero de 1965 y manifestó que "desde el año sesenta y dos tiene su residencia en Betelu y haciendo uso de la facultad que le concede el art. 15 del Código Civil desea ganar la vecindad navarra y para ello formula la presente declaración" (folio 1569).

Conforme a la doctrina expuesta, tal comparecencia no supuso la adquisición de la vecindad foral navarra por parte de doña Milagrosa pues dicha declaración no fue realizada ante el Encargado del Registro Civil.

Posteriormente, su esposo don Jose Pablo, mediante mandatario con poder especial, reiteró ante el señor Juez Municipal, Encargado del Registro Civil de Pamplona—oficina número 2—el 21 de noviembre de 1968, acto en el que presentó certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Betelu, en la que se hacía constar que dicho señor residía en Betelu desde hacía más de dos años, declaración ésta que sí causó la correspondiente inscripción marginal en la de nacimiento de don Jose Pablo, así como en la de su esposa y causante doña Milagrosa.

Por tanto, debemos partir del hecho declarado probado por la sentencia del TSJ de Navarra de fecha 3 de marzo de 1994, de la adquisición de la vecindad navarra por parte del esposo de la causante, en virtud, no ya de su declaración ante el Juzgado de Paz de Betelu, de fecha 8 de enero de 1965, sino de la que efectuó el 21 de noviembre de 1968 ante el señor Juez Municipal Encargado del Registro Civil de Pamplona.

En consecuencia, como acertadamente señala el Magistrado Juez a quo, no consta en las actuaciones que doña Milagrosa emitiera declaración expresa ante el Juez Encargado del Registro Civil de Pamplona en 1968, tras los dos supuestos años de residencia en Navarra, sino que fue su esposo don Jose Pablo, mediante mandatario con poder especial quien efectuó tal declaración.

Y, consecuentemente, doña Milagrosa no adquirió la vecindad foral navarra por manifestación expresa y residencia continuada de dos años sino de conformidad con el derogado artículo 14.4 del Código Civil que imponía a la mujer casada la vecindad del marido, y dicha declaración fue suficiente para causar nota marginal en la inscripción de nacimiento de la causante.

Por tanto, si bien las sentencias del TSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994, y la sentencia del TSJ de CATALUÑA de 13 de mayo de 1999, siguiendo a la anterior, han señalado que la nueva vecindad adquirida por declaración expresa ante el Registro Civil, no se pierde por residencia continuada en otro territorio, sin declaración en contrario, ello debe entenderse en el supuesto de declaración expresa, lo que, como hemos dicho, no ocurre en el presente caso, en el que doña Milagrosa no adquirió la vecindad civil navarra por declaración expresa ante el Encargado del Registro Civil sino por seguir la vecindad adquirida por su esposo.

Consecuentemente, por entender, como lo hace el Magistrado Juez a quo que dicha vinculación de la mujer casada a la vecindad civil de su esposo dejó de surtir efecto en 1978 con la entrada en vigor de la Constitución, en la fecha de su publicación, el 29 de diciembre de 1978, al quedar derogado dicho precepto por ser claramente inconstitucional, y a tenor de la Disposición Derogatoria, apartado 3, a tenor del cual, quedaban derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo establecido en la Constitución, doña Milagrosa, por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, recuperó la vecindad civil catalana, en fecha 29 de diciembre 1988.

De igual modo, aun cuando entenderíamos que dicha vinculación a la vecindad civil del esposo finalizó en fecha 20 de abril de 1986, con el fallecimiento de don Jose Pablo, en consecuencia, doña Milagrosa, recuperó la vecindad civil catalana por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, en fecha 20 de abril de 1996, sin que tenga efecto la declaración prestada en fecha 20 de febrero de 1996, obrante al folio 3212, tomo IV, por su evidente carácter fraudulento.

Y en este sentido, llegamos a dicha conclusión del fraude de ley, pues las pruebas practicadas en el procedimiento y, concretamente, las testificales [...], la declaración prestada ante la Policía en fecha 3 de septiembre de 1987, en la que hace constar como domicilio el de la AVENIDA000 número NUM NUM002 de Barcelona, y, finalmente, el fallecimiento de la causante en fecha 11 de enero de 1998 en la Clínica del Pilar de Barcelona, acreditan todas ellas que doña Milagrosa tenía su residencia habitual y permanente en la AVENIDA000 número NUM NUM002 de Barcelona, excepto tres meses al año en los que residía en el PASEO Marítimo de Sitges, por lo que la declaración prestada en fecha 20 de febrero de 1996, cuando faltaban dos meses para que se cumplieran los diez años del fallecimiento de su esposo don Jose Pablo, ha de concluirse, sin género de dudas, que la misma no tuvo otra finalidad que la de acogerse a una aparente vecindad foral navarra (ley de cobertura) para eludir la aplicación de la ley sucesoria del Derecho Civil Catalán (Codi de Successions) y, de esta forma, privar a su hijo y demandante don Alejandro, de su derecho a percibir el importe de la legítima que le corresponde por aplicación del artículo 355 del Codi de Successions, lo que evidentemente integra un claro supuesto de fraude de ley.

En definitiva, acreditada la recuperación de la vecindad civil catalana de la causante, su sucesión se rige por el derecho civil catalán siendo por ello de aplicación el Codi de successions por causa de mort en el dret civil de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre.

En consecuencia, este primer motivo de recurso debe ser desestimado, confirmandose íntegramente la resolución que es objeto del mismo.

7º. Contra esta sentencia presenta el demandado D. Leonardo recurso de casación, al amparo de lo establecido en el Art. 477 LEC. El auto de esta Sala de 28 octubre 2008 admitió el recurso, que se formula dividido en diez motivos, desistiéndose del último.

SEGUNDO. Los problemas que se plantean a esta Sala en el enjuiciamiento de la cuestión suscitada sobre la ley reguladora de la sucesión de Dª Milagrosa y que han sido recogidos de forma amplia y pormenorizada en los motivos del recurso de casación

presentado por el demandado D. Leonardo, pueden agruparse en torno a tres grupos de cuestiones, que a su vez presentan distintos problemas: 1º La principal viene referida a la determinación de la vecindad civil de la causante en el momento de su fallecimiento. 2º La segunda, se refiere a la concurrencia o no de fraude de ley en la declaración de Dª Milagrosa de querer mantener o conservar la vecindad civil navarra, y la 3ª viene a referirse a las otras cuestiones planteadas en otros motivos del recurso. De acuerdo con esta sistemática, se van a examinar los distintos motivos de casación.

TERCERO. Preveio: la competencia del juez ordinario para declarar la derogación de una norma por inconstitucionalidad sobrevenida.

Previamente al examen de las cuestiones relacionadas con la vecindad civil, esta Sala debe examinar el contenido del primer motivo del recurso de casación, que se formula por infracción de los Arts. 2.1.a), 27, 28 y 35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional. Se señala que la inconstitucionalidad de un precepto de ley sólo puede ser declarada por el Tribunal constitucional, de acuerdo con lo que establece su Ley orgánica en los Arts. 2.1.a), 27, 28 y 35; señala que hay que distinguir entre normas derogadas por oponerse a la Constitución y normas declaradas inconstitucionales, de acuerdo con lo que señala la STC 11/1981 y reproduce en apoyo de su argumentación, la STC 39/2002, de 14 de febrero, en la que se declaró la inconstitucionalidad del Art. 9.2 CC en relación a la ley nacional del marido como punto de conexión para determinar el régimen económico matrimonial en los matrimonios de distinta vecindad civil. Dice que el juez debería haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, porque la Ley Orgánica le obliga y que al no hacerlo, la Audiencia Provincial no pudo desconocer lo dicho en la Disposición transitoria de la Ley 11/1990.

El motivo se desestima.

La disposición derogatoria 3 CE establece que “asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución” y de acuerdo con esta disposición, los jueces no deben aplicar la ley preconstitucional cuando sea contraria

a lo dispuesto en la Constitución, por haber sido derogada por ésta. En este sentido resulta muy recomendable la lectura atenta de la STC 39/2002, de 14 febrero, que el recurrente cita como argumento en apoyo de su razonamiento. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un juez de 1ª Instancia acerca del ajuste a la constitución del Art. 9.2 CC, que establecía como punto de conexión para la determinación del régimen de bienes de un matrimonio con distinta nacionalidad/vecindad civil, la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, de acuerdo con la redacción anterior a la ley 11/1990 (redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y mantenido por la ley 21/1987, de 11 noviembre). El Tribunal Constitucional señala, con abundante cita de su propia jurisprudencia, que “[...] cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción [...]”. Está claramente admitida, pues, la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, lo que es una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria, que obliga a los jueces y tribunales del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos (en un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre 1999, que declaró derogado el Art. 47.2 LRC). Por tanto, el juez puede declarar la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

CUARTO. La constitucionalidad de la regla de la unidad familiar para atribuir a la mujer casada la vecindad civil de su marido.

A la cuestión que se enuncia se refieren los motivos segundo, quinto, sexto y noveno que se van a resumir, para después realizar su análisis de forma conjunta.

El segundo motivo denuncia el incumplimiento de la disposición transitoria de la Ley 11/1990. Dicha disposición permite a la mujer casada recuperar la vecindad civil que ostentaba antes de contraer matrimonio con dos condiciones: que lo solicite de forma expresa y que lo haga en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley 11/1990. Según el recurrente, dicha DT demuestra que el legislador estaba convencido de la vigencia del Art. 14.4 CC antes de la entrada en vigor de la ley de 1990, porque sino todas las mujeres habrían readquirido la vecindad civil ope legis a la entrada en vigor de la Constitución. Esta norma no impone a la mujer casada la obligación de efectuar la declaración de voluntad de recuperar la vecindad perdida que sólo ocurrirá si se efectúa la declaración. Por ello entiende el recurrente que una vez transcurrido el plazo de un año previsto en la ley de 1990 sin haber hecho expresa manifestación de voluntad, “es cuando puede afirmarse que se ha producido la declaración de mantenimiento de la vecindad adquirida con anterioridad”. Por ello entiende el recurrente que el silencio de Dª Milagrosa tiene el valor de una declaración de mantenimiento de la vecindad civil navarra adquirida por matrimonio.

El quinto motivo del recurso señala la infracción del Art. 2.3 CC, en relación con el Art. 9.3 CE. Dice que la sentencia impugnada entiende que el requisito de la manifestación de voluntad de adquirir la vecindad civil del marido ha de ser expresa y realizada en forma, lo que supone reconocer efectos retroactivos al Art. 14.4 CC redactado por la ley 11/1990 y ello es contrario a la Constitución y al Art. 2.3 CC. Señala que el recuperar o no la vecindad es un derecho y no una obligación legal y por tanto es renunciabile; además, la vecindad adquirida por razón de matrimonio no es un acto nulo, porque era válido de acuerdo con la legislación vigente, sino que sería anulable, si el interesado ejerciera la concreta acción, lo que no ha ocurrido en este caso.

El sexto motivo denuncia la infracción del Art. 327 CC y de los Arts. 2, 3 y 92 LRC. Se dice que la seguridad jurídica exige que las circunstancias que afectan al estado civil de las personas consten en el Registro civil y por ello se inscribe lo relativo a la nacionalidad y la vecindad civil. Aunque la modificación de la vecindad civil de Dª Milagrosa se lleva a cabo por el marido, mientras la persona afectada no haga la manifestación expresa correspondiente, la inscripción de la vecindad da fe de la que se ostenta y por ello el 7 de junio de 1996 se inscribe una manifestación de Dª Milagrosa en el sentido de que era su voluntad conservar la vecindad civil de Navarra que ostentaba, de modo que las inscripciones que constan en la fe de nacimiento de Dª Milagrosa perduraron hasta su muerte.

El noveno motivo denuncia la infracción del Art. 14.5 CC por exigir la reiteración de la voluntad de mantener la vecindad de origen. Dice que de acuerdo con el Art. 14.5 CC, la vecindad adquirida no tiene que ser reiterada y ello de acuerdo con la sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 2000 y el Art. 65 LRC, que establece que una vez prestada la declaración no necesita ser reiterada y que se harán constar en el Registro civil. Fue significativo el silencio de Dª Milagrosa en relación a la vecindad adquirida por razón de matrimonio, sin necesidad de hacer manifestación expresa de ello y, en consecuencia, tampoco era preciso que se realizara ninguna otra declaración ante el Encargado del Registro civil, máximo cuando la ley que lo exige es posterior a la Constitución. Según este motivo, debe declararse que Dª Milagrosa no tuvo ninguna necesidad de hacer declaración alguna para mantener la vecindad civil navarra que había adquirido en 1968 y siempre deseó mantener, no haciendo uso de ninguna de las posibilidades que se le ofrecieron en 1975 y 1990 mediante la declaración ante el Encargado del Registro civil y desde 1978 por la vía de la defensa de Derechos Fundamentales de la Persona.

Los motivos no se estiman.

La complejidad de este asunto viene provocada por la falta de diligencia del legislador en la regulación de esta materia. Debe ponerse de relieve que la derogación del denominado principio de unidad familiar en la vecindad civil, en cuya virtud la ley del marido determinaba

la de la esposa y la de los hijos sin potestade, se mantuvo hasta la reforma efectuada en 1990; sin embargo, la ley 14/1975, de 2 de mayo y excluyó la comunicación a la mujer casada de la nacionalidad española que adquiría su marido (Art. 21 CC, redactado por ley 14/1975).

QUINTO. Los argumentos del recurrente obligan a esta Sala a examinar las cuestiones que se estudian a continuación.

A) La constitucionalidad del Art. 14.4 CC.

El Art. 14.4 CC, redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y que no fue reformado hasta la ley 11/1990, decía: "la mujer casada seguirá la condición del marido". Se trataba por tanto, de una norma preconstitucional que contenía una flagrante lesión del derecho a la igualdad de los cónyuges, cuando establecía un trato discriminatorio entre el marido y la mujer, dado que imponía a ésta una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido la iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no. Ya hemos citado antes la STC 39/2002, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y, por tanto, la derogación, del Art. 9.2 CC, por ser contrario al principio de igualdad, señalando dicha sentencia que dicha norma "[...] representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona reconocida en el Art. 10.1 CE ", entre las cuales, evidentemente, se encuentra el sexo como criterio de diferenciación jurídica, que en este supuesto se une el de la igualdad en el matrimonio.

El argumento que utiliza la mencionada sentencia para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del Art. 9.2 CC es el siguiente: "[...] no cabe duda de que el Art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación

jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al Art. 14 CE, sino también al más específico, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (Art. 32 CE), pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón" y acaba diciendo que "[...] La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad".

El anterior razonamiento obliga a analizar el ajuste del Art. 14.4 CC, en la redacción vigente hasta 1990 y en cuya virtud D^ª Milagrosa habría adquirido la vecindad civil navarra, como consecuencia de la opción efectuada por su marido en 1968. Resulta claro que los mismos argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en relación a la inconstitucionalidad del Art. 9.2 CC, se proyectan a la adquisición de la vecindad civil por parte de la mujer casada. La imposibilidad de que ésta adquiriera una vecindad distinta de la del marido o mantuviera la suya de origen a pesar del matrimonio constituía una discriminación por razón de sexo que hacía ilusoria, al menos en este punto, la norma del Art. 32.1 CE, que establece la igualdad jurídica en el matrimonio. Por ello el mismo preámbulo de la Ley 11/1990 decía que el propósito de dicha ley era "eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aun perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo de la igualdad". Esta opción fue también sostenida por la STS de 6 octubre 1986, aunque no hubo que aplicarla en aquel caso por tratarse de un matrimonio muy anterior a la entrada en vigor de la Constitución. No cabe duda, pues, de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el Art. 14.4 CC, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los Arts. 14 y 32.1 CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido.

B) Consecuencias de la inconstitucionalidad sobrevenida. La consecuencia de todo lo anterior es que la norma contenida en el Art. 14.4 CC quedó derogada por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada

en vigor de la Constitución en 1978.

C) Los efectos de la derogación del Art. 14.4 CC en la vecindad civil de D^ª Milagrosa. Para determinar los efectos que dicha derogación produjo en la situación jurídica de D^ª Milagrosa debe recordarse aquí que a) D^ª Milagrosa había adquirido la vecindad civil navarra como consecuencia de haberla adquirido su marido y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 15.5 CC, sustituido en la reforma de 1974, por el Art. 14.4 CC; b) D^ª Milagrosa, aunque es redundante con lo anterior, no había efectuado ninguna declaración de voluntad favorable a querer adquirir la vecindad; c) Está probado que la causante, cuya vecindad civil se discute, había residido siempre en Barcelona, salvo cortos periodos de tiempo.

La constatación de que el Art. 14.4 CC había quedado derogado en virtud del párrafo 3 de la disposición derogatoria de la Constitución implica que dicha norma había dejado de aplicarse y que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, nada impedía a D^ª Milagrosa adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su efectiva residencia, que como consta probado, fue siempre Cataluña. D^ª Milagrosa mantuvo la residencia en Cataluña durante un periodo de diez años después de la entrada en vigor de la Constitución por lo que adquirió por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia, que según las pruebas aportadas fue Cataluña y en consecuencia, desde diciembre de 1988 ostentó la vecindad civil catalana, en virtud de lo dispuesto en el Art. 14, 3, 1^º CC, entonces vigente.

D) El significado de las declaraciones posteriores de D^ª Milagrosa. Esta solución tropieza en el presente procedimiento, con el problema del significado de las declaraciones de D^ª Milagrosa relativas que ostentaba la vecindad civil de Navarra efectuadas en dos testamentos otorgados en 1986 y 1987 y, además, la declaración de voluntad de querer conservarla realizada en la declaración ante el Encargado del Registro civil en 1996.

Antes de entrar a examinar el concreto problema planteado, debe advertirse que las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar del Código

civil, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en aquellos casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (Arts. 14.3.4, 14.4 y 15.1 CC) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (Art. 14.5.1^º) y de conservar la vecindad originaria (Art. 14.5.2^º CC), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas.

Por ello debe concluirse que no habiendo efectuado D^ª Milagrosa la declaración ante el funcionario autorizado, que es el Encargado del Registro civil, la declaración realizada en los testamentos otorgados en Navarra en 1986 y 1987 no tuvo el efecto del Art. 14.3.2^º CC, que habría determinado que no se adquiriera la vecindad del lugar de residencia. Pero es que, además, era cierto que en aquel momento tenía la vecindad civil navarra, puesto que no adquirió la catalana por residencia hasta el año 1988.

Respecto de la declaración efectuada en 1996 ante el Encargado del Registro civil de Pamplona, no pudo producir el denominado "efecto conservativo", porque en el momento de efectuar la declaración no ostentaba la vecindad civil navarra, sino la catalana y siendo como son las normas sobre vecindad civil de carácter imperativo y no depender de la voluntad de las personas tener una u otra vecindad, excepto en los casos y con los requisitos establecidos en la ley vigente en cada momento, no puede darse a esta declaración de voluntad el efecto que se pretende, dado que, además, no residía D^ª Milagrosa en Navarra, por lo que no puede equipararse a la adquisición prevista en el Art. 14.5 CC, vigente en el momento de efectuar la citada declaración de "conservar".

Además, debe recordarse aquí que por las mismas razones que se exponen, la declaración de voluntad debe ser expresa y realizarse en la forma prevista en la ley, que por otra parte, no prevé una declaración de "conservación", que resulta inútil a los efectos de la determinación de la vecindad porque o bien se ostenta la que se ostenta y que aparece determinada según lo legalmente establecido, o bien no es la vía correcta para adquirir otra distinta.

En consecuencia, aunque por distintos argumentos a los utilizados en la sentencia recurrida, cabe concluir que D³ Milagrosa ostentaba la vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento, al quedar derogado el Art. 14.4 CC por la entrada en vigor de la Constitución y tener desde esta fecha D³ Milagrosa la autonomía para adquirir una vecindad civil distinta de la de su marido por residencia de diez años en un lugar distinto del correspondiente a la vecindad civil que se ostenta.

SEXTO. La opción concedida en la Disposición transitoria de la Ley 11/1990.

Resta por examinar un punto importante en el razonamiento del recurrente, que se contiene en el segundo motivo ya resumido. Se refiere al para el recurrente, "incumplimiento" de la Disposición transitoria 1 de la Ley 11/1990, que estableció que "la mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición de su marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Encargado del Registro civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley".

La derogación de la norma del Art. 14.4 CC no produjo efectos retroactivos a las situaciones ya consolidadas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero la doctrina que aquí se sostiene y aplica se centra en la aplicación posterior de los principios contenidos en la Constitución por una derogación sobrevenida de la norma estudiada. En el caso que se concluya que la disposición transitoria transcrita tuvo como finalidad la de permitir a las mujeres casadas en la situación que en ella se preveía optar por la vecindad civil de origen, sin tener en cuenta esta derogación, debería considerarse que la citada Disposición transitoria contenía una norma inconstitucional, por haber olvidado el legislador dicha derogación por incompatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges y obligaría a esta Sala a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces a interpretar y aplicar las leyes "según los preceptos y principios constitucionales", estableciendo la denominada interpretación secundum constitutionem, que debe ser utilizada en este punto por esta Sala.

De acuerdo con esta técnica, debe entenderse que la citada Disposición transitoria se aplicará en aquellos casos en que la mujer no

haya adquirido la vecindad civil de origen en el momento de entrar en vigor la ley 11/1990, puesto que otra cosa sería tanto como afirmar que la mujer casada siguió estando vinculada a la vecindad civil del marido en el período siguiente a la entrada en vigor de la Constitución, que consagraba el principio de igualdad entre los cónyuges y se mantendría en vigor una disposición que en este punto, limitaba la igualdad de la mujer por estar casada. La Disposición transitoria de la ley 11/1990 no es la única forma de recuperar la vecindad civil perdida por el matrimonio, puesto que seguían funcionando los distintos sistemas establecidos en el Art. 14 CE, es decir, la de residencia de dos años, con declaración favorable y la de 10 años, sin declaración en contra, que a partir de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del Art. 14.4 CE, permitieron a las mujeres casadas adquirir una vecindad distinta de la de su marido, cerrando el ciclo la citada disposición transitoria cuando ello no hubiese ocurrido. De este modo, al haber quedado excluido por la norma constitucional el principio de unidad familiar, la mujer casada pudo adquirir, con independencia de su cónyuge una vecindad civil distinta de la que ostentaba su marido, cumpliendo los requisitos exigidos en el Código. Y ello es lo que ocurrió en el presente caso, puesto que residiendo D³ Milagrosa en Barcelona, según se ha probado, adquirió la vecindad civil catalana en 1988, es decir, diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, por no haber efectuado una declaración en contra de la misma, por lo que al estar consolidada esta situación en el momento de entrada en vigor de la ley 11/1990, no tuvo necesidad de efectuar la opción prevista en la disposición transitoria de esta ley.

SÉPTIMO. El fraude a la ley en la adquisición de la vecindad civil.

El tema se plantea en los motivos séptimo y octavo, que se van a examinar conjuntamente.

El séptimo motivo denuncia la infracción del Art. 6.4 CC por inexistencia de fraude de ley en la manifestación de D³ Milagrosa de mantener su vecindad civil navarra. Dice el recurrente que D³ Milagrosa efectuó a lo largo de su vida diversas manifestaciones de voluntad relativas a que ostentaba la vecindad civil navarra antes y después de haberla

adquirido por razón de matrimonio y que su voluntad era conservarla. Aceptó que la había adquirido ex lege y en los dos testamentos que otorgó en Pamplona manifestó que ostentaba aquella vecindad. Al no haber ejercido nunca su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, ratificó la adquisición de la vecindad civil navarra, de la que no se vio privada por la entrada en vigor de la CE. Además, resulta extraño que la Audiencia declare fraudulenta la declaración de querer mantener la vecindad civil navarra y, en cambio, no imponga la anulación de la inscripción, infringiendo así los Arts. 327 CC y 2, 3 y 92 LRC. Por ello si antes de cumplirse los diez años de la muerte de su marido D³ Milagrosa comparece declarando que desea mantener la vecindad civil navarra y ello para evitar que pueda surtir efecto la pérdida automática, no comete un acto en fraude a la ley.

El octavo motivo denuncia la infracción del Art. 6.4 CC, por existir fraude a la ley en la reclamación de la legítima catalana por parte del demandante D. Victorio. Argumenta que la demanda no va dirigida de forma directa a la reclamación de la legítima, sino a la impugnación de la vecindad civil de D³ Milagrosa adquirida por razón de matrimonio; por ello la reclamación de la legítima enmascara dicha reclamación por medio de la que se ejerce un derecho que tuvo la causante y que no ejerció, por lo que constituye un auténtico fraude de ley porque el demandante no está legitimado para impugnar un derecho personalísimo.

Se estiman ambos motivos.

El Art. 16, 1, 2³ CC, al establecer las normas sobre conflictos de leyes, se remite a lo dispuesto en el capítulo IV del Título preliminar, con la excepción de la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del Art. 12 "sobre calificación, remisión y orden público". La consecuencia es clara: se aplica el Art. 12.4 CC en el derecho interregional, que establece que "se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española". En principio, por tanto, el recurrente ha equivocado la cita de la norma alegada como infringida: no se trata del Art. 6.4 CC, sino del Art. 12.4, aplicable por remisión del Art. 16.1 CC al derecho interregional.

La aplicación de esta regla ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina española

especialmente a partir de la sentencia de este Tribunal, de 5 abril 1994, que declaró efectuada en fraude de ley la adquisición de la vecindad vizcaína por unos cónyuges que habían residido más de dos años en una villa sometida a este Derecho, otorgando dos días después sendos testamentos que declararon sometidos al Derecho foral, en los que nombraron herederos a sus nietos y separaron de la herencia expresamente a sus dos hijos. Puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque:

1^o El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el Art. 14 CC; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.

2^o Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de 10 años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persiga una probada finalidad de defraudar la norma aplicable.

3^o La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.

Consecuencia de todo lo anterior es que no debe admitirse que la declaración de D³ Milagrosa fuese realizada en fraude de ley, como, además, concluyó la sentencia del TSJN en la sentencia de 3 marzo 1994 con relación a la vecindad civil navarra adquirida por el marido de D³ Milagrosa.

Sin embargo, la estimación de estos motivos no comporta la del recurso de casación, porque como ya se ha dicho antes, esta fue

una declaración carente de utilidad al ostentar D^a Milagrosa la vecindad civil catalana cuando la efectuó y resultar extemporánea dicha declaración.

OCTAVO. El tercer motivo del recurso denuncia la infracción del Art. 14 CE y la inaplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del punto 3 de la disposición derogatoria CE. La tesis mantenida por el recurrente en este motivo consiste en que la derogación del Art. 14.4 CC, aunque se produjo formalmente el 29 diciembre 1978 no pudo surtir efecto sino después de publicada la Ley 11/1990. En resumen, afirma el recurrente que desde la entrada en vigor de la Constitución, las mujeres casadas pudieron pedir la recuperación de su vecindad de origen y caso de negársela, haber acudido al amparo; por tanto, adquirieron un derecho a poder cambiar la vecindad civil, que se pudo ejercitar hasta el 29 de diciembre de 1993, en que este derecho prescribió por el transcurso de 15 años.

No se estima este motivo.

La argumentación de este motivo es absolutamente artificiosa; se basa en la prescripción de la acción para reclamar el cumplimiento de un derecho fundamental. En primer lugar hay que señalar que los derechos fundamentales rigen en cualesquiera situaciones originadas después de la entrada en vigor de la Constitución, aunque no cabe otorgarle una retroactividad de grado máximo, puesto que no pueden revisarse situaciones consolidadas antes de la entrada en vigor de la misma. Además, los derechos fundamentales son irrenunciables, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 6.2 CC, aunque es cierto que queda a la libre voluntad de las personas decidir o no sobre la oportunidad de su ejercicio. Por tanto, al no ser necesaria el ejercicio de la opción, tal como ya se ha afirmado en el Fundamento séptimo de esta sentencia y sentados los principios generales sobre la eficacia de la Constitución en estos aspectos, deben rechazarse los argumentos sostenidos en este motivo. Además, debe recordarse que aquí no se trata de discutir la violación de un derecho fundamental, ni del ejercicio para su protección por parte de la persona afectada. Aquí sólo se discute cuál es la ley aplicable a la sucesión de D^a Milagrosa y para ello hay que determinar su vecindad civil.

Estos mismos argumentos deben considerarse suficientes para el rechazo del cuarto motivo, donde se denuncia la infracción de los Arts. 14 y 24.1 CE y su interpretación por el Tribunal constitucional en relación con los Arts. 10 y 416.1 LEC. Se dice que la acción que se deriva de la violación de los derechos fundamentales, en este caso, la igualdad, tiene el carácter de personalísima y no puede ser ejercitada por nadie más que por el afectado y que la establecida en la disposición transitoria de la ley 11/1990 se refiere de forma exclusiva a la mujer discriminada. Por tanto, fallecida la titular del derecho, D^a Milagrosa, nadie podía pedir en sede jurisdiccional, que le fuera restituido el derecho conculcado.

NOVENO. La estimación parcial del recurso de casación, con la aceptación de los motivos séptimo y octavo, no implica la casación de la sentencia recurrida porque dicha estimación no afecta al núcleo esencial del recurso. En consecuencia, se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Leonardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 noviembre 2003.

Las costas del recurso de casación no se imponen a ninguna de las partes, por tratarse de un asunto que presenta problemas debatidos en derecho.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1^o Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Leonardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, de 4 noviembre de 2003, dictada en el rollo de apelación n^o 83/2003.

2^o No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3^o No imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Juan Antonio Xiol Ríos.- Roman García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesús Corbal Fernández.- Jose Ramón Ferrándiz Gabriel.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Encarnación Roca Trias.- Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnación Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

3. STC 195/2009. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: apreciación sobre la prescripción del delito que no ofrece una tutela reforzada de la libertad personal del acusado al interpretar la ley vigente (STC 63/2005); doctrina constitucional vinculante. Voto particular.

■ Fecha: 28/09/2009 - Jurisdicción: Constitucional - Origen: Tribunal Constitucional - Tipo Resolución: Sentencia - Ponente: PASCUAL SALA SÁNCHEZ

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Eugeni Gay Montalvo, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 8817-2006, promovido por don Juan José F. B., representado por el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán y asistido por el Abogado don Alberto de Miquel Miquel, contra la Sentencia de 24 de julio de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación núm. 1014-2004, interpuesto contra la Sentencia de 16 de marzo de 2004 (rollo de Sala núm. 5-2002 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) en la que se condenaba al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han comparecido Grupo Torras, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo y asistida por el Abogado don Miguel Bajo Fernández, y don Paul Amager Dawson, representado por la Procuradora de

los Tribunales doña María Victoria Hernández Claverie y asistido por el Letrado don Gonzalo Martínez Fresneda. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 22 de septiembre de 2006 el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de don Juan José F. B., interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Mediante Sentencia de fecha 16 de marzo de 2004 la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al ahora demandante de amparo, como autor de un delito de apropiación indebida, con la agravante muy cualificada de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la pena de dos años de prisión menor, con la accesoria de suspensión de cargo público, así como al pago de la parte proporcional de las costas, incluyendo las de la acusación particular.

Los hechos que se le imputan al recurrente se refieren a su participación como

Secretario del Consejo de Administración de Inpacsa y como asesor jurídico de Torras Hostench, S.A., en el diseño y formalización de los contratos de una serie de operaciones (sustancialmente, la venta por parte de la sociedad Inpacsa de sus acciones de la sociedad Icsa por un importe de 4.200 millones de pesetas, inferior al de mercado, situando estas acciones en una sociedad meramente instrumental en el extranjero, para luego venderlas por un precio final de casi 12.000 millones de pesetas, de forma que la plusvalía generada no revierte ni en Inpacsa, ni en sus accionistas, ni en Torras, sino que es hecha suya por los acusados —entre los que se encontraba el recurrente en amparo—, que la ocultan haciéndola transitar por cuentas particulares en Suiza y otros países), habiendo recibido el recurrente diez millones de pesetas en una cuenta en Suiza.

En el antecedente de hecho tercero de esta Sentencia se reproduce el Auto de 11 de abril de 2003, por el que se resolvieron las cuestiones previas planteadas por las defensas en el acto del juicio. En dicho Auto, y en relación con la alegada prescripción del delito, la Audiencia Nacional, tras fijar el plazo de prescripción aplicable en cinco años, afirma que la presentación de la querrela por el Grupo Torras el día 8 de enero de 1993 interrumpió el plazo de prescripción respecto del recurrente y otros querrelados antes de que transcurriesen los cinco años.

b) Contra la anterior resolución se interpuso un recurso de casación, desestimado por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 24 de julio de 2006.

En el fundamento jurídico octavo de la Sentencia el Tribunal Supremo aborda como “cuestión común a todos los condenados” la posible prescripción de los delitos objeto de condena. El citado fundamento jurídico tiene el siguiente tenor literal:

“Los condenados, que ya en día plantearon la prescripción de sus responsabilidades penales en los hechos objeto de enjuiciamiento y que, como vimos, tan sólo fue apreciada por el Tribunal de instancia para la referida ‘operación Croesus’, pero no para la ‘operación Inpacsa-Icsa’, por la que finalmente fueron condenados, con motivo de la publicación de la STC 63/2005, de fecha 14 de marzo, relativa a la interpretación de

la expresión ‘...cuando el procedimiento se dirija contra el culpable...’ contenida en el artículo 132.2 del Código Penal de 1995, y en su equivalente 114 del Código de 1973, para describir el momento interruptivo del plazo de prescripción, presentaron ante este Tribunal los correspondientes escritos en solicitud de la aplicación de la doctrina contenida en dicha resolución que, a juicio de quienes la alegan, vendría a suponer la extinción de su responsabilidad en este caso por haber prescrito, conforme a ella, el delito enjuiciado. Escritos que en su día fueron proveídos en el sentido lógico de aplazar hasta el dictado de la presente Sentencia cualquier pronunciamiento al respecto de la cuestión planteada, obligatorio, por otra parte, dado el carácter de orden público que presenta el instituto de la prescripción.

En resumen, podemos decir que el Tribunal Constitucional, constituido en una de sus Secciones, viene a afirmar que para que pueda entenderse interrumpido el curso del término prescriptivo, es decir, para entender que, efectivamente, el procedimiento se ha ‘dirigido contra el culpable’, no basta con el hecho de la mera presentación de la denuncia o querrela, como esta Sala venía proclamando, sino que se requiere, además, lo que aquel Tribunal califica como ‘acto de interposición judicial’, sin precisar con mayor detalle cuál ha de ser la clase o el contenido de ese ‘acto’, pero en clara referencia, al menos, al pronunciamiento sobre la incoación del procedimiento o la admisión a trámite del escrito de querrela.

En este sentido, el Pleno no jurisdiccional celebrado por esta Sala, el pasado día 25 de abril del presente año, adoptó los siguientes Acuerdos:

1º Que ‘El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza, con plena jurisdicción, las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE.’

2º ‘Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005.’

Ello significa que continúa vigente la doctrina jurisprudencial contenida en numerosas SSTs, que interpreta que la mera presentación

ante el Juzgado de la querrela o denuncia basta para producir los efectos interruptivos a los que se refiere el meritado artículo 132.2 del Código Penal.

La peculiaridad del caso que nos ocupa obliga, no obstante, a recordar las incidencias por las que transcurrió el inicio de las actuaciones hasta su definitiva admisión a trámite.

El proceso fue el siguiente:

– Los hechos denunciados presuntamente comenzaron a efectuarse en 1988 y finalizaron su comisión, en cuanto al delito de apropiación indebida cuya prescripción se pretende, el 29 de noviembre de 1988.

– La querrela del Grupo Torras se presenta el 8 de enero de 1993 (no habiendo transcurrido aún el plazo de cinco años que, según la Audiencia, es el que aquí corresponde para la prescripción).

– La citada querrela el día 26 de enero de 1993, y desestima recurso de reforma el 16 de febrero siguiente.

– Los querellantes recurren esa inadmisión a trámite y el Tribunal de apelación se pronuncia, por Auto de 21 de junio de 1993, en el sentido de anular la resolución recurrida por razones de forma, al haberse acordado en el seno de unas ‘diligencias indeterminadas’.

– Devuelta la causa al Juzgado de Instrucción, nuevamente se inadmite la querrela, en fecha 9 de julio de 1993, y el recurso de reforma contra esta decisión, el 27 de julio, cuando aún no se habían alcanzado los referidos cinco años para la prescripción.

– Y recurrida esta nueva inadmisión, finalmente se estima el recurso y se admite a trámite la querrela, el día 11 de febrero de 1994, habiéndose cumplido ya el plazo de prescripción de cinco años desde la comisión del ilícito que venció en noviembre de 1993.

Con todo, este Tribunal encargado del conocimiento del presente recurso, por estricto respeto al Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala en la referida fecha, ha de concluir en que los delitos a los que se refiere la resolución de instancia no deben considerarse prescritos pues para determinar la interrupción del plazo de prescripción rige, como se ha dicho y afirmado nuevamente en el referido Acuerdo y aunque ello no se comparta íntegramente por alguno de los integrantes de esta Sala, la fecha de presentación de la querrela, fecha a la que,

incluso, habría de retrotraerse la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando, resolviendo finalmente recurso de apelación contra la inadmisión a trámite de dicha querrela dispuesta por el Juzgado Central de Instrucción, decidió admitirla, aun cuando en ese momento ya hubieran transcurrido los cinco años desde la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Por tales razones, los argumentos expuestos en los referidos escritos y la pretensión que en ellos se deducía han de ser rechazados”.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Comienza recordando la demanda que el delito de apropiación indebida se habría consumado el día 29 de noviembre de 1988, la querrela criminal se interpuso el día 8 de enero de 1993, pero fue inicialmente inadmitida (por Auto de 26 de enero de 1993), inadmisión anulada por cuestiones de forma por el Tribunal de apelación; de nuevo inadmitida por Auto de 9 de julio de 1993 y finalmente admitida a trámite por Auto del Tribunal de apelación, de 11 de febrero de 1994, que estima el recurso del querellante contra la segunda inadmisión. Y desde la fecha de consumación del delito hasta la del Auto que acuerda su admisión a trámite transcurrieron más de cinco años, plazo de prescripción aplicable a este delito según la resolución recurrida. Por ello se solicitó al Tribunal Supremo que, de conformidad con la doctrina constitucional sentada en la STC 63/2005, de 14 de marzo, en este supuesto debió estimarse la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal. Sin embargo el Tribunal Supremo no lo hizo, limitándose a aplicar un Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala que rechazaba la aplicación de la doctrina constitucional y acordaba mantener su jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción.

Realizadas las anteriores precisiones, se denuncia, en primer lugar, que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo respecto de la prescripción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues

el entendimiento de que la mera presentación de una denuncia o querrela interrumpe el cómputo del plazo de prescripción no cumple con las exigencias de razonabilidad reforzada —de conformidad con la doctrina de la STC 63/2005—, no apreciándose entre la decisión adoptada y los fines y fundamentos que justifican la institución de la prescripción un nexo de coherencia lógica. En efecto, el plazo de prescripción de cinco años se cumplía el día 29 de noviembre de 1993, fecha en la que la querrela había sido presentada, pero inadmitida. Reconoce el recurrente que en el presente caso —y a diferencia del resuelto en la STC 63/2005— existen resoluciones judiciales dictadas antes de que transcurriera el plazo de prescripción, pero ninguna de ellas puede considerarse un “acto de interposición judicial” que dirija el procedimiento contra una determinada persona, únicos actos que serían aptos para interrumpir la prescripción. Considerar que un Auto de inadmisión de una querrela puede ser un acto de interposición judicial válido para interrumpir la prescripción contradice el fundamento de su exigencia, pues, por mucho que esté dictado por un Juez, no dirige el procedimiento contra nadie, sino que lo impide. Por otra parte, y al margen de los dos Autos del instructor por los que se inadmite la querrela, existe un tercer Auto, de 21 de julio de 1993, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que anula la primera inadmisión, pero exclusivamente por cuestiones formales (se incoaron diligencias indeterminadas no previstas en la ley), decisión que en nada afecta al fondo de la cuestión. Es el Auto de 11 de febrero de 1994, que ordena admitir a trámite la querrela al estimar el recurso de apelación del querellante contra la segunda inadmisión, el primer acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra los querrelados, pero el mismo fue dictado cuando ya había transcurrido el plazo de cinco años de prescripción.

Como segundo motivo de amparo se denuncia la vulneración de los arts. 24.1, 24.2 y 25.1 CE, que se imputan al hecho de que el Tribunal Supremo se limite a aplicar una interpretación de los arts. 132.2 CP y 114 CP 1973 adoptada en un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, sin razonamiento alguno respecto de la aplicabilidad al caso concreto

del instituto de la prescripción (lo que resulta contrario a las exigencias de tutela reforzada derivadas de la STC 63/2005) y contra la tesis de tres de los Magistrados (de una Sala de cinco), que expresan su opinión discrepante en votos particulares, que la demanda reproduce parcialmente. Dichos Magistrados acatan lo decidido en tal acuerdo, en contra de su libre e independiente interpretación, sobre la base de una práctica consuetudinaria, pero contraria a los arts. 117.3 CE, 12.1, 12.3 y 255.1 LOPJ. Que tal costumbre se convierta en fuente interpretativa de la norma penal, vinculante y con efectos directos sobre los derechos fundamentales del justiciable se considera contrario al principio de legalidad penal.

En el tercero de los motivos de amparo, bajo la invocación de nuevo de los arts. 24.1 y 24.2 CE, se afirma que la interpretación del art. 132.2 CP llevada a cabo por el Tribunal Supremo, al no acatar la realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 63/2005, no respeta el contenido de los arts. 5.1 y 7.2 LOPJ, lo que vulneraría el principio de legalidad penal y resulta irrazonable.

Finalmente, como cuarto motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por entender que la Sentencia condenatoria carece de fundamentación respecto de los elementos configuradores del delito aplicado, la participación del recurrente en los mismos como autor y su conocimiento de los elementos del tipo. También se afirma que no existe actividad probatoria de cargo que sustente la condena, pues los indicios manejados son claramente insuficientes.

En el suplico de la demanda se solicita el otorgamiento del amparo y la anulación de la resolución judicial impugnada.

4. Por providencia de 6 de marzo de 2007 la Sala Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que, en el plazo de diez días, remitieran certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 1014-2004 y al rollo de Sala núm. 5-2002, respectivamente,

interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por otra providencia de la misma fecha se acordó la apertura de la correspondiente pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión, concediéndose un plazo común de tres días a los recurrentes y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el art. 56 LOTC. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 27 de marzo de 2007, la Sala Segunda acordó suspender la ejecución de la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de marzo de 2004, en lo relativo a la condena del recurrente a la pena privativa de libertad de dos años de prisión y a la accesoria de suspensión de cargo público.

6. A través de una diligencia de ordenación de fecha 3 de septiembre de 2007 se acordó tener por personadas y parte en el procedimiento a las Procuradoras doña Isabel Juliá Corujo, doña María Jesús González Díez y doña María Victoria Hernández Claverie, en nombre y representación, respectivamente, de Grupo Torras, S.A., don Javier de la R. M. y don Paul A. D.. Igualmente se acordó dar vista de las actuaciones a las partes y al Ministerio público por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el día 11 de octubre de 2007 la representación procesal de don Paul Amager Dawson presentó sus alegaciones, adhiriéndose al recurso de amparo en sus tres primeros motivos de recurso.

8. El día 15 de octubre de 2007 la representación procesal de don Javier de la R. evacuó el trámite de alegaciones, haciendo suya la argumentación y los motivos de amparo expuestos en la demanda.

9. Ese mismo día 15 de octubre de 2007, la representación procesal de la mercantil Grupo Torras, S.A., registró su escrito de alegaciones, interesando la desestimación íntegra del recurso. Entiende esta parte que la interpretación del art. 132 CP llevada a cabo en el presente caso no vulnera dere-

cho fundamental alguno, al ser razonada, razonable y respetar el tenor literal de la ley, pues la denuncia y la querrela con que puede iniciarse un proceso penal forma ya parte del procedimiento. Y dicha interpretación no puede ser revisada en amparo por el Tribunal Constitucional, que no puede intervenir en una cuestión de legalidad ordinaria, como es la de la prescripción, competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios. Por otra parte entiende que este caso no es equiparable al de la STC 63/2005, pues en el presente sí hubo una serie de resoluciones judiciales antes de que finalizara el plazo de prescripción, tal y como se reconoce en el propio recurso, que implican la existencia de un procedimiento dirigido contra el culpable, registrado con un número que lo identifica y en el que se han producido notificaciones y recursos. Igualmente se rechaza que existan vulneraciones de derechos fundamentales derivadas de que el Tribunal Supremo se someta a lo acordado en un Pleno no jurisdiccional, y afirma que el Tribunal Supremo no vulnera con su actuación el art. 5.1 LOPJ, pues no se niega la vinculación de los órganos judiciales a la jurisprudencia constitucional en todos los aspectos propiamente constitucionales, una vinculación que no se extiende a las cuestiones de legalidad ordinaria como la de la prescripción. Finalmente, mantiene que no existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues existió múltiple prueba de cargo válidamente practicada y suficiente para enervar dicha presunción, conforme al razonamiento explicitado por los órganos judiciales.

10. El día 18 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la desestimación del presente recurso de amparo.

En relación con el primer motivo de amparo entiende el Fiscal que, si bien el Tribunal Supremo utiliza como ratio decidendi en la resolución cuestionada su propia doctrina en materia de prescripción (conforme a la cual la mera presentación de la querrela interrumpe el plazo prescriptivo), doctrina contraria a la establecida en la STC 63/2005, de 14 de marzo, lo cierto es que la Sentencia recoge también los diversos Autos judiciales dictados sobre la incoación del procedimiento y sobre la admisión a trámite de la querrela, afirmando

incluso que la admisión tiene efectos retroactivos a un momento muy anterior al de finalización del plazo de prescripción. A ello añade el Fiscal que, desde el momento de la presentación de la querrela hasta su definitiva admisión, el recurrente estuvo personado en las actuaciones, siendo su primer escrito, de fecha 5 de febrero de 1993, muy anterior a la finalización del plazo de prescripción, y habiendo ejercido plenamente su derecho de defensa desde ese momento, pues impugnó las resoluciones judiciales de las que discrepaba, rebatió los argumentos de contrario y aportó la documentación que estimó pertinente. Por todo ello cabe entender que las resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción tienen efectos interruptivos del plazo de prescripción conforme a la doctrina constitucional que el recurrente invoca, pues de ella se desprende que una actuación judicial desfavorable a las pretensiones acusadoras o que no diera curso a las mismas tendría efectos interruptivos.

También rechaza el Fiscal el segundo motivo de amparo, sosteniendo —por remisión a lo anteriormente expuesto— que la aplicación al caso del instituto de la prescripción sí es respetuosa con los derechos fundamentales en juego y rechazando que de la lectura de los votos particulares a la Sentencia se desprenda que la mayoría de los Magistrados de la Sala no acatan la decisión adoptada, pues no existe la unanimidad en los criterios expuestos en los votos particulares que el recurrente sostiene como base fáctica de su queja.

En cuanto a la tercera de las quejas, relativa a que la decisión del Tribunal Supremo no respeta el contenido de los artículos 5.1 y 7.2 LOPJ, sostiene el Fiscal que el recurrente reitera la queja expuesta en el primer motivo de amparo y prescindiendo del tenor de la resolución recurrida.

Finalmente, el cuarto motivo de amparo se rechaza por entender que de la lectura de los fundamentos jurídicos duodécimo y decimo-cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo se desprende que existía prueba de cargo, explicitada en las resoluciones judiciales, a partir de la cual de forma razonada y razonable se considera acreditada la participación del recurrente en los hechos y su conciencia de la misma en todo momento. En efecto, el recurrente era miembro del Consejo de

Administración, Secretario de dicho Consejo y Abogado de una sociedad que dejó de percibir casi ocho mil millones de pesetas de la venta de uno de sus activos, confeccionó los documentos para las transacciones, colocó a empleados suyos como testafierros, ocultó datos de la operación a los accionistas y, finalmente, cobró parte del importe distraído. Un conjunto de datos a partir de los cuales no puede tildarse de inmotivado inferir su participación en los hechos a título de autor y con plena conciencia de los mismos.

11. A través de una diligencia de ordenación de fecha 19 de noviembre de 2007 se hace constar que la representación procesal del demandante de amparo no ha formulado alegaciones, quedando el presente recurso pendiente para deliberación.

12. El día 5 de mayo de 2008 la representación procesal de don Francisco Javier de la R. M. manifiesta la voluntad de éste de desistir de su personación en el presente recurso. De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, acordándose posteriormente, mediante providencia de 8 de julio de 2008, continuar la tramitación del recurso sin la intervención de don Francisco Javier de la R. M..

13. Por providencia de 24 de septiembre de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 24 de julio de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de marzo de 2004, en la que se condenaba al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida.

Las quejas del recurrente se articulan, sustancialmente, en torno a la no apreciación por parte de los órganos judiciales de la prescripción del delito, en aplicación de una interpretación del Tribunal Supremo (conforme a la cual la mera presentación de una denuncia o querrela interrumpe el plazo de prescripción), sin razonamiento alguno respecto del caso concreto, que incumple las

exigencias de motivación reforzada derivadas de la STC 63/2005, de 14 de marzo, y que resulta frontalmente contraria a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (que exige, en estos casos, un acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción), no respetando así el contenido de los arts. 5.1 y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Por todo ello, articulado en los tres primeros motivos de amparo, entiende la demanda que se habría producido la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Por último se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la insuficiente motivación de la condena y la insuficiencia de la prueba de cargo practicada.

El compareciente don Paul A. D. se adhirió a los tres primeros motivos de recurso. El Ministerio Fiscal y el Grupo Torras, S.A., por su parte, interesan la desestimación íntegra del mismo, por entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas. Ambos ponen de relieve que el presente caso no es equiparable al resuelto por la STC 63/2005, ya que en el presente hubo múltiples resoluciones judiciales dictadas antes de que finalizara el plazo de prescripción (como reconoce el recurso y se hace constar en la Sentencia del Tribunal Supremo), que implican la existencia de un procedimiento dirigido contra el recurrente, quien —destaca el Fiscal— tuvo conocimiento del mismo y pudo ejercitar plenamente su derecho de defensa. E igualmente señalan que existe prueba de cargo válida y suficiente para sustentar la condena, de conformidad con el razonamiento expuesto por los órganos judiciales.

2. Así centrado el objeto del recurso nuestro análisis ha de comenzar por el estudio de las vulneraciones que el demandante de amparo imputa a las resoluciones recurridas, en cuanto no apreciaron que los hechos enjuiciados estaban prescritos, y que se articulan en los tres primeros motivos de amparo. Para ello conviene recordar brevemente nuestra doctrina en relación con la citada institución.

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2). Y ello porque, como afirmamos en la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y recordábamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2, "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadimos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción hemos declarado que es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no

arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal, recientemente hemos destacado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, hablándose de una tutela reforzada, que exige “tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución”. Por tanto, la decisión “debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; reproduciéndola STC 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Como recordábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, la inteligencia del carácter reforzado del canon de enjuiciamiento constitucional aplicable en estos casos parte de la idea de que la prescripción penal afecta a los derechos de libertad del art. 17 CE, dado que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues

descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo. “Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma penal —en el de este proceso, la reguladora del instituto de la prescripción—, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o análoga en perjuicio del reo. Y es por ello también que la expresión ‘[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable’ no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable —cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez”.

3. Partiendo de las premisas anteriormente expuestas, nuestra doctrina ha concluido que la interpretación del art. 132.2 del Código penal (CP) —y del anterior art. 114 CP de 1973—, conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

En este sentido hemos afirmado que tal interpretación genera “indefensión e inseguridad jurídica en los querrelados” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10, en un supuesto en que los mismos no tuvieron noticia alguna de la existencia de un procedimiento supuestamente seguido contra ellos durante los casi dos años que mediaron entre la presentación de la querrela y su admisión a trámite), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el

de la mera recepción por parte del órgano judicial de la notitia criminis supone atender “a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12). También hemos destacado, en las Sentencias que acaban de citarse, que dicha interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, puesto que —en el actual estado de la legislación— dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales.

Y por todo ello hemos concluido que resulta imprescindible la existencia de algún “acto de interposición judicial” que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito; y que sin la intermediación del Juez no podría hablarse de un procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, ni dirigido contra nadie. En palabras de la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5: “De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión. Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso”. En el mismo sentido, STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.

Más allá de dicha exigencia, como señalábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12, la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales no corresponde a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria y, particularmente, al Tribunal Supremo como

órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). Por tanto nuestro enjuiciamiento de las decisiones en materia de prescripción en estos casos habrá de limitarse a analizar, en atención a las circunstancias de cada caso concreto, si existió algún acto de interposición judicial y si la valoración del mismo por los órganos de la jurisdicción ordinaria como suficiente para considerar existente un procedimiento dirigido contra el culpable con virtualidad para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción es acorde con las exigencias de motivación reforzada anteriormente expuestas, en la medida en que se exteriorice un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y el fundamento y fines de la institución.

4. Con la doctrina anteriormente expuesta este Tribunal no pretende interpretar el art. 132.2 CP, señalando cuál es el momento en que puede entenderse que existe un procedimiento dirigido contra el culpable, pues ello excedería del ámbito de nuestra jurisdicción. Conforme a nuestra constante doctrina, que ahora reiteramos, al resolver un recurso de amparo sólo corresponde a este Tribunal decidir si han existido o no las violaciones de los derechos fundamentales que se denuncian. La función de interpretar y aplicar la legislación vigente, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, y en particular al Tribunal Supremo, como órgano superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (por todas, entre otras muchas, SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 252/2007, de 17 de diciembre, FJ 3; 50/2007, de 12 de marzo, FJ 4). Nuestra doctrina tan solo establece un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivado de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los otros derechos fundamentales y valores constitucionales que

están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE: la exigencia de lo que hemos denominado acto de interposición judicial, que constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego. Y ello supone el ejercicio propio de nuestra jurisdicción y entra de lleno en el ámbito de nuestras competencias, dado que se trata de un derecho susceptible de tutela en el proceso de amparo y que se alegan vulneraciones concretas y efectivas del mismo, operando, por tanto, el Tribunal dentro de los límites de su jurisdicción de amparo (SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1; 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 118/2002, de 20 de mayo, FJ 10).

No puede olvidarse que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de éstos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5; 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6). El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, "salvo en materia de garantías constitucionales" (art. 123 CE). Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales. A esa lógica responden las previsiones del art. 5.1 LOPJ, cuando establece que todos los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos "según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", y del art. 7.2 LOPJ cuando establece que los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.2 CE vinculan a los Jueces y Tribunales "de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones

judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido".

5. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso hace necesario recordar tanto las peculiares circunstancias del mismo como la motivación ofrecida por los órganos judiciales para rechazar la existencia de prescripción:

a) Del examen de lo actuado y de las resoluciones judiciales recurridas se desprende —y ello no es objeto de discusión en el presente proceso de amparo— que los hechos por los que el recurrente resultó condenado comenzaron a ejecutarse en el año 1988, finalizando el día 29 de noviembre de 1988. Tampoco se discute que el plazo de prescripción del delito de apropiación indebida era de cinco años, conforme a lo establecido por la Audiencia Provincial en la Sentencia de instancia. Con anterioridad al vencimiento del mismo, el día 8 de enero de 1993, se interpuso la querrela del Grupo Torras y se abrió un procedimiento en el que se dictaron una serie de resoluciones judiciales antes de concluyera el citado plazo; en concreto, el Instructor dictó un Auto inadmitiendo la querrela el día 26 de enero de 1993 y desestimó el recurso de reforma interpuesto contra él por otro Auto de fecha 16 de febrero de 1993; interpuesto recurso de apelación, el Tribunal de apelación dictó un Auto, de fecha 21 de junio de 1993, por el que anula la resolución recurrida por haberse acordado en el seno de unas "diligencias indeterminadas"; devuelta la causa al Juzgado de Instrucción, éste volvió a inadmitir la querrela mediante un Auto de fecha 9 de julio de 1993, confirmado en reforma mediante otro Auto de fecha 27 de julio. Esta segunda inadmisión fue recurrida en apelación, siendo estimado el recurso y admitida a trámite la querrela mediante Auto de fecha 11 de febrero de 1994, esto es, ya con posterioridad al cumplimiento del plazo de cinco años de prescripción.

En definitiva, y como ponen de relieve tanto el Ministerio Fiscal como quien fuera querellante en el proceso ante la jurisdicción ordinaria, en el presente caso —y a diferencia de lo que sucedía en los supuestos de las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero—, con anterioridad al vencimiento del plazo de prescripción, no sólo se habría interpuesto la querrela, sino que se habrían

producido varias actuaciones judiciales en el seno de un procedimiento judicial, de cuya existencia tuvo conocimiento el recurrente, puesto que —como también destaca el Fiscal— desde el primer momento estuvo personado en las actuaciones y ejerció su derecho de defensa, impugnando las resoluciones de las que discrepaba, rebatiendo los argumentos de contrario y aportando la documentación que estimó pertinente.

b) Constatada, pues, la existencia de "actos de interposición judicial" previos al vencimiento del plazo de prescripción, habremos de analizar a continuación la valoración de los mismos por los órganos de la jurisdicción ordinaria para comprobar si el contenido de sus resoluciones es acorde con las exigencias de motivación reforzada anteriormente expuestas.

La Audiencia Provincial, en primera instancia, en el Auto de fecha 11 de abril de 2003, reproducido posteriormente en la Sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, se limitó a rechazar la alegada prescripción del delito en atención a la fecha de presentación de la querrela por el Grupo Torras, sosteniendo que la presentación de la querrela interrumpe el plazo de prescripción y sin ninguna otra referencia a la actuación de los órganos judiciales.

El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia de casación —reproducido literalmente en los antecedentes de esta resolución— parte de la misma premisa, pues frente a la invocación de la doctrina sentada en la STC 63/2005, de 14 de marzo, recuerda y transcribe los acuerdos adoptados en el Pleno no jurisdiccional de 25 de abril de 2006, y manifiesta que continúa vigente su doctrina jurisprudencial, "pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005", conforme a la cual para determinar la interrupción del plazo de prescripción a los efectos del art. 132.2 CP basta con la mera presentación de la querrela o denuncia, prescindiendo de la exigencia de lo que este Tribunal ha calificado como acto de interposición judicial.

Ello no obstante, la Sentencia de casación considera a renglón seguido "la peculiaridad del caso", recordando todas "las incidencias por las que transcurrió el inicio de las actuaciones hasta su definitiva admisión a trámite".

Dicho lo cual da cuenta de todo lo sucedido y de las resoluciones judiciales dictadas en la compleja fase de admisión de la querrela. Pero, tras enumerarlas, no realiza valoración alguna de las mismas, sino que vuelve a afirmar que, por estricto respeto al acuerdo adoptado por el Pleno, ha de concluirse que los hechos no están prescritos, atendiendo a la fecha de presentación de la querrela, fecha a la que habría de retrotraerse la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de admitir a trámite la querrela.

Por tanto, como señala el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo emplea como ratio decidendi su propia doctrina en materia de prescripción (conforme a la cual la mera presentación de la querrela interrumpe la prescripción), una doctrina contraria a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional. Y, pese a que al reconocer las peculiaridades del caso, da cuenta de la existencia de resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, no realiza una valoración de la suficiencia de las mismas como actos de interposición judicial idóneos para interrumpir el cómputo de los plazos de prescripción, exteriorizando un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y el fundamento y fines de la institución, conforme a lo exigido por nuestra doctrina. La Sentencia se limita a enumerarlas, para, a continuación, volver a afirmar su doctrina que de nuevo se remite a la fecha de presentación de la querrela.

De todo ello no cabe sino concluir que la decisión adoptada por los órganos judiciales al rechazar la prescripción del delito no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por nuestra doctrina, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

6. La estimación del recurso y el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de un déficit de motivación en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 24 de julio de 2003, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2004, nos exime de examinar las restantes vulneraciones alegadas —en concreto, la denunciada vulneración del

derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)—, en la medida en que conduce a anular la resolución recurrida y a retrotraer las actuaciones, a fin de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien acerca de la suficiencia o insuficiencia de los actos de interposición judicial producidos en el caso para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción, conforme al canon de motivación reforzada anteriormente expuesto.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Juan José F. B. y, en su virtud:

1º Declarar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente —exclusivamente en lo referido al recurrente— la Sentencia de 24 de julio de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2004, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las Sentencias indicadas, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos quinto y sexto.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve

VOTO

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto de la Sentencia dictada, el 28 de septiembre de 2009, en el recurso de amparo núm. 8817-2006.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia por las razones que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Como ya dije en mi Voto particular concurrente a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 6819-2002: “Las Sentencias y Autos que hasta ahora (marzo de 2005) ha dictado este Tribunal en relación con la prescripción penal, así entre las más antiguas la STC 301/1994 hasta el reciente ATC 340/2004, de 13 de septiembre, pasando por la serie de Sentencias 63, 64, 65 y 66 de 2001, han partido de una constante doctrina en la que, por un lado, se ha señalado que la apreciación del sentido y alcance del instituto jurídico de la prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad penal, es una cuestión de legalidad, que corresponde a los órganos judiciales ordinarios y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 152/1987 y 157/1990)”, y por otro lado “también ha afirmado que corresponde al mismo, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial, al objeto de comprobar la razonabilidad constitucional del motivo apreciado, reparando, en su caso, en esta vía de amparo, la aplicación arbitraria o carente de fundamento, así como aquella que resulte de un error patente con relevancia constitucional (SSTC 23/1987, 36/1988, 149/1989, 63/1990, 164/1990, 192/1992 y 55/1993)”, conforme se recoge en la serie de Sentencias que citamos al principio”.

También dije en aquella ocasión que: “En definitiva, la interpretación del precepto regulador de la prescripción penal es una cuestión de legalidad ordinaria que solo puede ser examinada en amparo con arreglo al canon del art. 24.1 CE, es decir, comprobando si existe razonabilidad y ausencia de arbitrariedad o error patente, en el caso concreto”, añadiendo: “El referido y hasta ahora invariable criterio ha supuesto que los casos que nos son sometidos, han de examinarse uno por uno, con un inevitable y obligado casuismo, sin establecer ninguna doctrina interpretativa general que, por sugestiva y acertada que se presente, puede invadir las funciones que son propias de la jurisdicción ordinaria, conforme al art. 117 CE y singularmente, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la que, por

otra parte, en esta cuestión tampoco ha tenido un criterio uniforme”.

2. Más tarde, en el Voto particular, esta vez discrepante, que formulé a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 1907-2003 y 1911-2003, en fecha 20 de febrero de 2008, insistí en el mismo criterio y separándome de la mayoría del Tribunal, dije: “Además de apartarse aún más que la STC 63/2005 de nuestra doctrina anterior sobre la naturaleza de pura legalidad ordinaria de cuanto afecta a la prescripción, cuya interpretación y aplicación no nos corresponde, apunta a la posible construcción, a favor de los responsables de un delito, de un cierto derecho a que este prescriba, cuando la institución de la prescripción a lo que sirve esencialmente es a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que no genera ningún derecho fundamental constitucionalmente susceptible de amparo”.

“Cierto es que el instituto de la prescripción pone límites temporales al ejercicio por el Estado del ius puniendi en aras de la seguridad jurídica y que no caben interpretaciones extensivas o analógicas en perjuicio del reo que prolonguen el plazo de aquel ejercicio”, “ni tampoco creo que sean constitucionalmente imponibles a la jurisdicción ordinaria interpretaciones tan estrictas que puedan conducir a privar a la víctima de un delito de su derecho a que el Estado actúe, dentro del plazo legal pero en toda su extensión, contra quien la convirtió en perjudicada por una conducta ilícita, obligando incluso a prevenir los retrasos de los órganos jurisdiccionales para calcular cuantos días antes de la fecha límite del periodo prescriptivo ha de actuar para evitar que el delito quede impune”.

“En efecto, una cosa es que el órgano jurisdiccional del Estado, encargado de la persecución de un delito, no lo haga durante el plazo prescriptivo o abandone esa persecución durante el mismo plazo, con la consiguiente presunción de renuncia del ius puniendi y otra cosa, que hay que ponderar también constitucionalmente en cada caso,

es que desaparezca prácticamente el ius ut procedatur de la víctima del delito, que si bien no supone un derecho a que se siga el proceso completo, ni siquiera a que se inicie, al menos exige que una vez advertido el órgano competente, por la presentación de la denuncia o la querrela, de la posible existencia del delito, actúe en un plazo razonable, ejercitando el ius puniendi del Estado, si procede, de manera que no se reduzca sistemáticamente el plazo prescriptivo, pues también esa incertidumbre lesionaría la seguridad jurídica, que es precisamente el principio que inspira la institución de la prescripción”.

3. En el presente caso se vuelve a aplicar la doctrina, de la que discrepo, en relación con el establecimiento de reglas generales de interpretación sobre la prescripción penal, reiterándose el criterio mantenido en las dos Sentencias precedentes y antes citadas acerca de la necesidad de un acto de interposición judicial para entender producida la interrupción prescriptiva, criterio que, cualquiera que sea su grado de acierto, sigo pensando que no nos corresponde establecer.

4. La insistencia en mantener mi criterio sobre la interpretación del instituto de la prescripción, partiendo de la base de que es materia reservada, con carácter general, a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y solo caso por caso a este Tribunal, aplicando nuestro canon sobre la tutela judicial efectiva, aunque sea con la exigencia de motivación reforzada, obedece a la esperanza de que alguna vez podamos modificar la doctrina que últimamente se viene sentando.

Ahora bien, ello no es obstáculo para reconocer que esa doctrina ha de ser respetada y aplicada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 5 LOPJ, sin que sea admisible, como sucede en el caso a que este recurso de amparo se refiere, que se prescinda de ella o se la discuta para no obedecerla.

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.

otras novedades jurisprudenciales

Privado

Sociedades de responsabilidad limitada. acción de responsabilidad de los administradores sociales. Plazo de prescripción extintiva. - Voces: CONTRATO DE OBRA, DAÑOS, DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD, PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA, APELACIÓN, CONCURSO..... (Tol 1627884)

PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE): derecho de configuración legal. Dº fundamental de asociación (art. 22 CE) en relación con la exigencia constitucional..... (Tol 1627876)

DACIOÓ EN PAGO. Datio pro soluto y datio pro solvendo: concepto, diferencias, doctrina jurisprudencial. Se aplican por analogía las normas de la compraventa, pero no necesariamente todas absolutamente: cabe que se acuerde en pago de unos servicios..... (Tol 1627880)

LEGITIMACIÓN. Supuestos de legitimación extraordinaria por sustitución. Únicamente son los previstos en la ley. Carece de legitimación para pedir la división de la cosa común quien no es partícipe en la copropiedad. - Voces: ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA.... (Tol 1602567)

Laboral

Jurisdicción social: incompetencia: determinación procedencia o improcedencia retención empresarial cantidades sobre salarios en concepto de Impuesto sobre la Renta de no residentes (IRNR): trabajadores que prestan servicios en una Embajada de España.... (Tol 1602341)

Penal

Delitos de Falsedad en Documento Privado, Estafa y Denuncia Falsa. Carta falsa. Absoluciones de letrados y terceros - Voces: AMENAZAS, APROPIACIÓN INDEBIDA, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS, COMPENSACION, ACTUACIONES PROCESALES, APELA..... (Tol 1628061)

Delito de abuso sexual - Condenado por abusos sexuales con menores aprovechando su condición de cuidador -canguro- de los menores. La aplicación de la agravante específica de especial vulnerabilidad del art. 180.1.3º Cpenal impide la aplicación, además de (Tol 1628063)

Delito de contra la propiedad industrial del art. 270 del Código Penal. Absolución del titular de un establecimiento para la venta y alquiler de juegos de ordenador. Realización de copias de seguridad de los originales para su propio uso sin ningún tipo (Tol 1631666)

Caso Bada-Bing. Agresión racista en partido de fútbol. Delitos de lesiones, amenazas, coacciones y desórdenes públicos con el agravante de racismo. - Juzgado de lo Penal - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: Francisco Javier Pauli Collado..... (Tol 1631664)

Delito contra la hacienda pública y la seguridad social. Determinar qué es incremento patrimonial a integrar en la base imponible es una cuestión jurídica y no de hecho. - Voces: CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS, COMPENSACION, DACIÓN EN PAGO, INSTRUCCIÓN..... (Tol 1602554)

STC 195/2009. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: apreciación sobre la prescripción del delito que no ofrece una tutela reforzada de la libertad personal del acusado al interpretar la ley vigente (STC 63/2005); doctrina constitucional..... (Tol 1599914)

Financiero-Tributario

PROTECCIÓN DE DATOS. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE PARA IMPUGNAR EN VÍA JURISDICCIONAL LA RESOLUCIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DICTADA EN EL EXPEDIENTE INCOADO A RAÍZ DE LA DENUNCIA. - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdiccional (Tol 1627797)

RESUMEN: IRPF. Ganancia patrimonial obtenida por la transmisión en el año 2004 de un inmueble construido antes del 31-12-86. Ganancia no sujeta al Impuesto, en aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Novena del Texto Refundido de la Ley.. (Tol 1629125)

Público

PROTECCIÓN DE DATOS. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE PARA IMPUGNAR EN VÍA JURISDICCIONAL LA RESOLUCIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DICTADA EN EL EXPEDIENTE INCOADO A RAÍZ DE LA DENUNCIA. - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdiccional (Tol 1627979)

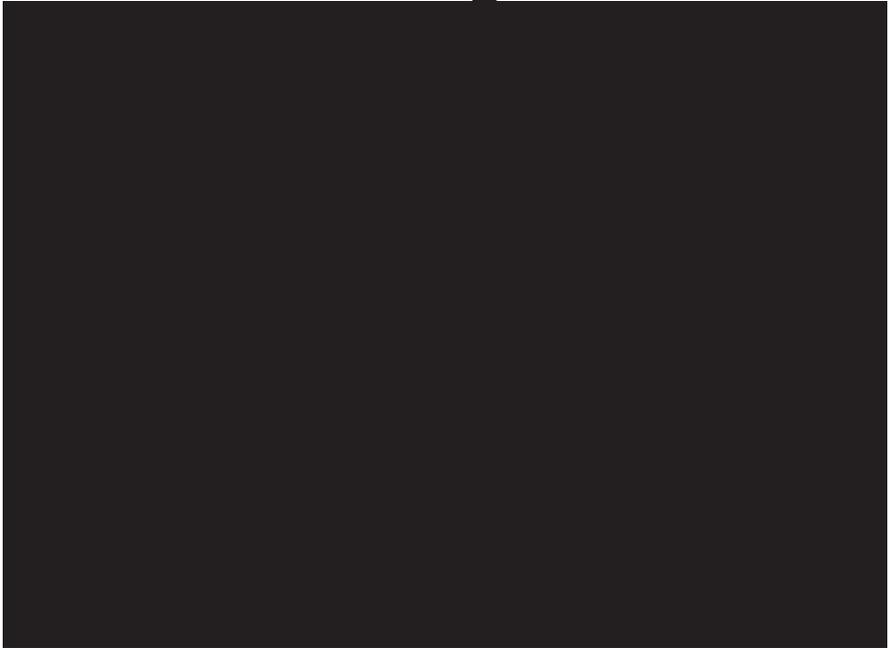
RESUMEN: IRPF. Ganancia patrimonial obtenida por la transmisión en el año 2004 de un inmueble construido antes del 31-12-86. Ganancia no sujeta al Impuesto, en aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Novena del Texto Refundido de la Ley.. (Tol 1629125)

LAUTSI v ITALIA. Crucifijo en la escuela rompe neutralidad del Estado. Violación de los artículos 2 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia..... (Tol 1631665)

Auto que en ejecución de la sentencia fija la cuantía de la indemnización. Tratándose de autos dictados en ejecución de sentencia, el acceso a la casación se circunscribe a los que resuelvan cuestiones no decididas directamente o indirectamente en la sentencia (Tol 1602403)

STC 195/2009. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: apreciación sobre la prescripción del delito que no ofrece una tutela reforzada de la libertad personal del acusado al interpretar la ley vigente (STC 63/2005); doctrina constitucional..... (Tol 1599914)

**novedades
legislativas**



Privado

Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario..... (Tol 1622245)

Resolución de 9 de octubre de 2009, de la Presidencia del Consorcio de Compensación de Seguros, por la que se aprueban los modelos de declaración e ingreso a través de la vía telemática de los recargos recaudados por las entidades aseguradoras..... (Tol 1622005)

Laboral

Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local..... (Tol 1622246)

Orden TIN/2786/2009, de 14 de octubre, por la que se implanta el proceso telemático normalizado CAS@, para la tramitación de las solicitudes de autorización y comunicaciones de los conciertos con medios privados para hacer efectivas las prestaciones.... (Tol 1605563)

Resolución de 15 de octubre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos en materia de protección por desempleo (TOL1.605.564) Resolución de 6 de octubre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la aplicación informática de gestión de prestaciones por desempleo (SILD) (Tol 1600012)

Financiero-tributario

Orden EHA/2784/2009, de 8 de octubre, por la que se regula la interposición telemática de las reclamaciones económico-administrativas y se desarrolla parcialmente la disposición adicional decimosexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (Tol 1601825)

Orden EHA/2874/2009, de 15 de octubre, por la que se aprueban normas complementarias para la tramitación y gestión de los incentivos regionales previstos en la Ley 50/1985, de 27 de diciembre..... (Tol 1625462)

Público

Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (TOL 1.629.895) Orden CUL/2834/2009, de 19 de octubre, por la que se dictan normas de aplicación del Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, en las materias de reconocimiento del coste de una película... (Tol 1622182)

Ley de Ordenación del Transporte y la Movilidad por Carretera de Madrid..... (Tol 1622009)

Proceso civil

Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Tol 1631667)

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (Tol 1631668)

novedades bibliográficas



DERECHO CIVIL Y MERCANTIL

Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
ISBN 8499032648
1ª Edición / 1956 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2009 - Editorial Aranzadi -
Real Decreto Legislativo 1/2007
Precio: 205,00 euros

Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia

X. O'Callaghan Muñoz
ISBN 8492513039
7ª Edición / 320 págs. / Rústica / Castellano / Libro
02/2009 - Dijusa -
Precio: 41,60 euros

Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones

X. O'Callaghan Muñoz
ISBN 8492513047
6ª Edición / 747 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dijusa -
Precio: 83,20 euros

Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Javier Megías López
ISBN 8498766532
1ª Edición / 556 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Textos Legales
Concordancias y jurisprudencia
Precio: 21,00 euros

Anuario de Derecho de Fundaciones 2009

Santiago Muñoz Machado
ISBN 8498900646
1ª Edición / 656 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2009 - Iustel -
Precio: 69,00 euros

Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado

Rafael Gómez-Ferrer Sapiña
ISBN 8498766656
1ª Edición / 340 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2008 - Tirant lo Blanch - Monografías nº 669
Estudio y formularios
Precio: 39,90 euros

Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales

Rosa García Pérez
Klaus Jochen Albiez Dohrmann
ISBN 8499032796
1ª Edición / 1132 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2008 - Editorial Aranzadi - Grandes Tratados
Régimen Fiscal y Corporativo
Precio: 148,10 euros

Legislación Concursal con Comentarios, Concordancias, Resoluciones Judiciales Sistematizadas y Formularios

Ildefonso Prieto García Nieto
ISBN 8492507152
2ª Edición / 848 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2008 - Dapp -
Precio: 109,20 euros

DERECHO ADMINISTRATIVO

Curso de Derecho Administrativo Parte General

Catalina Escuin Palop
ISBN 8498766621
1ª Edición / 420 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Manuales de Derecho Administrativo, Financiero e Internacional Público
Precio: 34,90 euros

Legislación sobre armas y explosivos

S. Prados Prados
ISBN 8430949291
7ª Edición / 576 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tecnos - Textos Legales
Precio: 25,00 euros

Normativa sobre documentos administrativos

Varios Autores
ISBN 8430949356
1ª Edición / 440 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tecnos - Textos Legales
Para funcionarios de la Administración del Estado
Precio: 17,00 euros

Contratos del Sector Público

Varios Autores
ISBN 8447032892
24ª Edición / 639 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Civitas -
Precio: 28,45 euros

Enciclopedia Jurídica de Administración Local

Varios Autores
ISBN 8470524437
1ª Edición / 4640 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2009 - El Consultor de los Ayuntamientos y Juz. -
Precio: 150,00 euros (Descuento Artículo -20%)

La nueva Ley de Contratos del Sector Público

José Antonio Moreno Molina
Francisco Pleite Guadamillas
ISBN 8481262889
1ª Edición / 750 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2009 - La Ley -
Estudio sistemático
Precio: 155,00 euros

La financiación de los Partidos Políticos

Gaspar Ariño Ortiz
ISBN 8496889564
1ª Edición / 70 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Ediciones Cinca -
Precio: 7,00 euros

Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo

Isaac Martín Delgado
ISBN 8498766192

1ª Edición / 156 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Derecho y Tic's
Precio: 24,90 euros

Responsabilidad Patrimonial de la Administración

Francisco García Gómez de Mercado
ISBN 849836597X
1ª Edición / 313 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Cuándo y cómo indemniza la Administración
Precio: 35,00 euros

Financiación de las obligaciones de servicio público

Juan José Montero Pascual
Helmut Brokelmann
Juan de la Cruz Ferrer
Massimo Deiana
Susana Franco Escobar
Alfonso Llorente Caballero
Sara Medina González
Eva María Menéndez Sebastián
ISBN 8498766060
1ª Edición / 310 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Monografías
Nº637
Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión,
correos y transporte aéreo, marítimo
Precio: 34,90 euros

DERECHO PENAL

Humboldt-Kolleg La Transformación Jurídica de las Dictaduras en Democracias y la elaboración jurídica del pasado

Francisco Muñoz Conde
Thomas Vormbaum
Juana del Carpio Delgado
Alfonso Galán Muñoz
ISBN 8498766567
1ª Edición / 414 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Teoría ñ
Precio: 39,90 euros

Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

Antonio García-Pablos de Molina
ISBN 8498365872
1ª Edición / 304 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 28,00 euros

Terrorismo, Tortura y Derecho Penal

Kai Ambos
ISBN 8492788038
1ª Edición / 140 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Atelier -

Respuestas en situaciones de emergencia
Precio: 16,00 euros

Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995

Eva María Souto García
ISBN 8498765773
1ª Edición / 451 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2009 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
Precio: 59,90 euros

La corrupción en la contratación pública en Europa

Carlos Guillermo Castro Cuenca
ISBN 8493530069
1ª Edición / 480 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Ratio Legis -
Precio: 46,00 euros

La justicia juvenil en España

Tomás Montero Hernanz
ISBN 8481262846
1ª Edición / 604 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - La Ley -
Comentarios y reflexiones
Precio: 52,00 euros

DERECHO DEL TRABAJO

Introducción al Derecho del Trabajo

Efrén Borrajo Dacruz
ISBN 8430949593
18ª Edición / 400 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tecnos - Biblioteca Universitaria
Precio: 32,50 euros

Manual de Seguridad Social

José Luis Monereo Pérez y otros
ISBN 8430949615
5ª Edición / 608 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tecnos - Biblioteca Universitaria
Precio: 34,50 euros

La eficacia de las Directivas comunitarias en el ámbito laboral

Iciar Alzaga Ruiz
ISBN 8447033139
1ª Edición / 240 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Civitas -
Ignacio García-Perrote Escartín (prologuista)
Precio: 38,00 euros

Problemática de la subcontratación en la construcción: análisis jurídico y resoluciones prácticas

Alberto Paramio
ISBN 8498981069
1ª Edición / 574 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Lex Nova -
Precio: 42,00 euros

La dimisión provocada

Rosa Mª González de Patto
ISBN 8498365996
1ª Edición / 504 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores
Precio: 47,00 euros

El despido

Antonio V. Sempere Navarro
Rodrigo Martín Jiménez
ISBN 8499032575
2ª Edición / 950 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Editorial Aranzadi -
Precio: 162,00 euros

La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha

Mª Jose Romero Ródenas
ISBN 8496721892

1ª Edición / 285 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Bomarzo -
Precio: 30,00 euros

Privacidad del trabajador versus Deberes de prevención del delito en la empresa

José R. Agustina Sanllehi
ISBN 8496261743
1ª Edición / 248 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Edisofer -
Precio: 20,00 euros

El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia

José Francisco Blasco Lahoz
ISBN 8496721922
1ª Edición / 108 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Bomarzo -
Precio: 12,00 euros

Trabajadores Maduros Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social

Jesús R. Mercader Uguina
ISBN 8498981085
1ª Edición / 450 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Lex Nova -
Precio: 40,00 euros

Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales

Amparo Garrigues Giménez
ISBN 8496721825
1ª Edición / 541 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Bomarzo -
Precio: 40,00 euros

El plan de prevención de riesgos laborales en la empresa

Susana De la Casa Quesada
Manuel García Jiménez
ISBN 8498365791
1ª Edición / 160 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Organización, evaluación y planificación
Precio: 18,00 euros

Los servicios de prevención externos

Francisco Vila Tierno
ISBN 8498366011
1ª Edición / 126 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 16,00 euros

DERECHO PROCESAL

Poder Judicial ¿Garantía de la potestad jurisdiccional constitucional?

Antonio María Lorca Navarrete
ISBN 8487108601
1ª Edición / 86 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Instituto Vasco Derecho Procesal -
¡No invocar el poder judicial en vano!
Precio: 9,36 euros

Realismo jurídico y experiencia procesal

Manuel Serra Domínguez
ISBN 8492788054
1ª Edición / 1095 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Atelier -
Precio: 90,00 euros

Jurisprudencia e Instituciones Jurídico-Laborales

Jesús García Ortega y otros
ISBN 8498766176
1ª Edición / 867 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Homenajes y Congresos
Estudios en Homenajes al profesor Ramírez Martínez
con motivo de su jubilación
Precio: 89,90 euros

Actividad pericial y proceso penal

Aurora García Vitoria
ISBN 8498766265
1ª Edición / 231 págs. / Rústica / Castellano / Libro

10/2009 - Tirant lo Blanch - Monografías N°648
Especial consideración de la pericia caligráfica
Precio: 24,90 euros

Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género

Montserrat Hoyos Sancho
ISBN 8498981050
1ª Edición / 846 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Lex Nova -
Aspectos procesales, civiles, penales y laborales
Precio: 62,00 euros

Personal colaborador con el Poder Judicial 2ª Edición 2009

Juan Montero Aroca
José Flors Maties
ISBN 8498766494
2ª Edición / 367 págs. / Rústica / Castellano / Libro
10/2009 - Tirant lo Blanch - Textos Legales
Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y Graduados
Sociales
Precio: 9,00 euros

Rigor doctrinal y práctica forense

José Luis Vázquez Sotelo
ISBN 8492788046
1ª Edición / 901 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Atelier -
Precio: 90,00 euros

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

Memento Cierre Fiscal Contable . Ejercicio 2009

Varios Autores
ISBN 8492612363
1ª Edición / 800 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Francis Lefebvre -
Precio: 104,52 euros

Memento Experto Operaciones Vinculadas

Varios Autores
ISBN 8492612436
1ª Edición / 250 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Francis Lefebvre -
Precio: 48,41 euros (Descuento Artículo -5%)

Sistema fiscal español Selección de legislación

Félix Domínguez Barrero
Julio López Laborda
ISBN 8492774371
21ª Edición / 1091 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Pressas Universitarias de Zaragoza -
Precio: 36,00 euros

Cierre Fiscal y Contable 2009

Varios Autores
ISBN 8493620289
1ª Edición / 603 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Quantor Grupo Editorial -
Precio: 102,96 euros

Actividades de impuestos . Un enfoque por competencias

Ana María Delgado García
Rafael Oliver Cuello
Esteban Quintana Ferrer
ISBN 8476988915
1ª Edición / 508 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - J.M. Bosch Editor, S.A. -
Precio: 60,00 euros

Crédito tributario y concurso de acreedores

Marina Aguilar Rubio
ISBN 8481262943
1ª Edición / 424 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - La Ley -
Precio: 48,00 euros

Todo Procedimiento Tributario 2009/2010

José María Peláez Martos
Miguel Ángel Fernández-Vázquez Maeso
Luis Chico Aragón
José Antonio Fuentes Jiménez
Teresa Galán Hernández
José Luis Morales Gallego
Juan José Guaita Gimeno
ISBN 8482358189
1ª Edición / 2048 págs. / Rústica / Castellano / Libro

2009 - CISS -
Precio: 117,50 euros

Deuda Tributaria y Responsabilidad Civil por Delito Fiscal

Alberto Sanz Díaz-Palacios
ISBN 8496758982
1ª Edición / 171 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Atelier -
Precio: 19,00 euros

DERECHO CONSTITUCIONAL

El Estado Constitucional Español

Alberto Pérez Calvo
ISBN 842901571X
1ª Edición / 256 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Reus S. A., Editorial -
Precio: 28,01 euros

Derecho Constitucional Derechos Fundamentales y Libertades públicas

Francisco Manuel García Costa
ISBN 8484257568
1ª Edición / 215 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Diego Marín Librero -
Precio: 13,00 euros

El Estado Constitucional

Antonia Navas Castillo
Florentina Navas Castillo
ISBN 8498498074
1ª Edición / 546 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dykinson -
Precio: 45,00 euros

Criaturas de la moralidad

Alfonso García Figueroa
ISBN 8498790808
1ª Edición / 272 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Trotta - Derecho
Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a
través de los derechos
Precio: 20,00 euros

Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado

Javier García Roca
ISBN 8425914639
1ª Edición / 644 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Centro de estudios políticos y constituc -
Precio: 30,00 euros

La Europa de los Derechos

Javier García Roca
Pablo Santolaya Machetti

ISBN 8425914647
1ª Edición / 1006 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Centro de estudios políticos y constituc -
El convenio europeo de Derechos humanos
Precio: 35,00 euros

La imparcialidad judicial

Carlos Gómez Martínez y otros
ISBN 8492596198
1ª Edición / 313 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Consejo General del Poder Judicial -
Precio: 19,00 euros

El Estado Constitucional

Antonia Navas Castillo
Florentina Navas Castillo
ISBN 8498498074
1ª Edición / 546 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dykinson -
Precio: 45,00 euros

Leyes Políticas

Francesc de Carreras Serra
ISBN 8499032311
14ª Edición / 890 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Editorial Aranzadi - Códigos Básicos
Precio: 30,69 euros

Constitucionalismo moderno

Horst Dippel
ISBN 849768690X
1ª Edición / 246 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Marcial Pons -
Precio: 25,00 euros

Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional

María del Carmen Calvo Sanchez
ISBN 849278802X
1ª Edición / 388 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Atelier -
Precio: 46,00 euros

DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO Y DERECHO CANÓNICO

El derecho de patronato en el pensamiento jurídico-regalista de Mayáns

Mercedes Salido López
ISBN 8498365856

1ª Edición / 304 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 25,00 euros

Normas de Derecho Eclesiástico

Mª Leticia Rojo Álvarez-Manzaneda
ISBN 8498365988

16ª Edición / 456 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 18,00 euros

Legislación eclesiástica

Francisca Pérez-Madrid
ISBN 8499032168
11ª Edición / 426 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Editorial Aranzadi - Códigos Básicos
Precio: 26,27 euros

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional

Juan Antonio Carrillo Salcedo
ISBN 8430937412

2ª Edición / 192 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2001 - Tecnos -
Precio: 16,00 euros

Introducción al Derecho Internacional Público Práctica española

Carlos Jiménez Piernas
ISBN 8430950052

1ª Edición / 502 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tecnos -
Adaptado al EEES
Precio: 35,00 euros

Derecho Internacional Público

Cesáreo Gutiérrez Espada
María José Cervell Hortal
ISBN 8484257533

1ª Edición / 159 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Diego Marín Librero -
Precio: 12,00 euros

Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional

John Jackson
ISBN 8497686322

1ª Edición / 392 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Marcial Pons -
Precio: 42,00 euros

La Ley 54/2007 de adopción internacional : Un texto para el debate

Esther Gómez Campelo
ISBN 8429015752

1ª Edición / 198 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Reus S. A., Editorial -
Precio: 25,00 euros

Javier García Roca
Pablo Santolaya Machetti
ISBN 8425914647

1ª Edición / 1006 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Centro de estudios políticos y constituc -
El convenio europeo de Derechos humanos
Precio: 35,00 euros

Derecho contractual comparado

Sixto Sánchez Lorenzo
ISBN 844703268X

1ª Edición / 858 págs. / Tapa dura / Castellano / Libro
2009 - Civitas -
Una perspectiva europea y transnacional
Precio: 121,60 euros (Descuento Artículo -5%)

Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho Europeo

Francisco Javier Orduña Moreno
F. de la Puente de Alfaro
Luz María Martínez Velencoso

ISBN 844703304X
1ª Edición / 662 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
2009 - Civitas -
Prólogo de Eugenio Rodríguez Cepeda
Precio: 88,50 euros

La eficacia de las Directivas comunitarias en el ámbito laboral

Iciar Alzaga Ruiz
ISBN 8447033139

1ª Edición / 240 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Civitas -
Ignacio García-Perrote Escartín (prologuista)

Instituciones e Intermediarios Financieros Españoles en el Marco de la Unión Económica y Monetaria

Mª Pilar Sierra Fernández
ISBN 8492669047

1ª Edición / 461 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Abecedario -
Precio: 29,95 euros

La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo

Helena Villarejo Galende
ISBN 8498365449

1ª Edición / 180 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 18,00 euros

El Consejo de la Unión Europea

Josu de Miguel Bárcena
ISBN 8499031846

1ª Edición / 300 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Aranzadi -
Poder normativo y dimensión organizativa
Precio: 38,00 euros

DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

Derecho Romano Manual práctico de ejercicios y esquemas I

José Luis Zamora Manzano
ISBN 8498498090

1ª Edición / 132 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dykinson -
Historia, procesos y derechos reales
Precio: 15,00 euros

Compendio de Historia del Derecho

José Sánchez-Arcilla Bernal
ISBN 849849446X

1ª Edición / 374 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dykinson -
Precio: 52,00 euros

INTRODUCCIÓN AL DERECHO TEORÍA JURÍDICA

Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas

Francisco J. Laporta
Juan Ruiz Manero

Miguel Ángel Rodilla
ISBN 8461346580
1ª Edición / 122 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Fundación Coloquio Jurídico Europeo -
Precio: 15,00 euros

Criaturas de la moralidad

Alfonso García Figueroa
ISBN 8498790808

1ª Edición / 272 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Trotta - Derecho
Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos
Precio: 20,00 euros

El Consejo de la Unión Europea

Josu de Miguel Bárcena
ISBN 8499031846

1ª Edición / 300 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Aranzadi -
Poder normativo y dimensión organizativa
Precio: 38,00 euros

Pluralismo cultural y democracia

Ángela Aparisi Miralles
Mª Cruz Díaz de Terán Velasco

ISBN 8499032877
1ª Edición / 244 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Aranzadi -
Precio: 32,00 euros

Derecho, justicia, razones

Bruno Celano
ISBN 8425914612

1ª Edición / 509 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Centro de estudios políticos y constituc -
Precio: 28,00 euros

Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica

Alberto Montoro Ballesteros
ISBN 8484256995

1ª Edición / 79 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Diego Marín Librero -
Precio: 8,00 euros

Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la universalidad. Entrevistas a diez maestros

Francisco Sosa Wagner
Mercedes Fuertes

ISBN 8497686780
1ª Edición / 157 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Marcial Pons -
Precio: 12,00 euros

La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la U.E.

Salvador Pérez Álvarez
ISBN 8498365899

1ª Edición / 252 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 25,00 euros

John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia

Silvina (ed.) Ribotta
ISBN 8498493625

1ª Edición / 368 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dykinson -
Precio: 30,00 euros

La justicia en los juegos

Gregorio Robles Morchón
ISBN 8498790816
1ª Edición / 96 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Trotta - Minima
Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho
Precio: 10,00 euros

Pluralismo cultural y democracia

Ángela Aparisi Miralles
Mª Cruz Díaz de Terán Velasco
ISBN 8499032877
1ª Edición / 244 págs. / Rústica / Castellano / Libro

2009 - Aranzadi -
Precio: 32,00 euros

El proceso de reforma de las Naciones Unidas

Rosa Riquelme Cortado
ISBN 8430948880
1ª Edición / 424 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tecnos - Estado y sociedad
La dimensión institucional y el mantenimiento de la Paz
y de la seguridad internacionales
Precio: 25,00 euros

La invención de los derechos humanos

Lynn Hunt
ISBN 8483831856
1ª Edición / 296 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Tusquets - Tiempo de Memoria
Precio: 20,00 euros

CRIMINOLOGÍA

Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad

Asier Urruela Mora
ISBN 8498365937
1ª Edición / 328 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Comares -
Precio: 29,00 euros

Introducción a la Criminología

Alfonso Serrano Maillo
ISBN 8498497647
6ª Edición / 646 págs. / Rústica / Castellano / Libro
2009 - Dykinson -
Precio: 45,00 euros